

RENATO SABINO CARVALHO FILHO

Bases para uma teoria da estipulação de salário

Tese de Doutorado

Orientador: Prof. Dr. Homero Batista Mateus Da Silva

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO – SP

Versão corrigida em 2017

RENATO SABINO CARVALHO FILHO

Bases para uma teoria da estipulação de salário

Tese apresentado à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito do Trabalho, sob a orientação do Prof. Dr. Homero Batista Mateus da Silva

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO – SP

2017

Nome: CARVALHO FILHO, Renato Sabino

Título: Bases para uma teoria da estipulação de salário

Tese apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo
como exigência parcial para obtenção
do título de Doutor em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____
Instituição: _____
Julgamento: _____
Assinatura: _____

Prof. Dr. _____
Instituição: _____
Julgamento: _____
Assinatura: _____

Prof. Dr. _____
Instituição: _____
Julgamento: _____
Assinatura: _____

Prof. Dr. _____
Instituição: _____
Julgamento: _____
Assinatura: _____

Prof. Dr. _____
Instituição: _____
Julgamento: _____
Assinatura: _____

*Dedico este trabalho à minha
família, base de tudo.*

AGRADECIMENTOS

A Deus, por todas as dádivas, força e proteção.

À minha família, em especial minha mãe, Beatriz, e minha irmã, Maria, pelo apoio incondicional e pela compreensão nos momentos mais difíceis ao longo de todo o programa de Doutorado.

Ao meu orientador, Prof. Homero Batista Mateus da Silva, que me guiou no amadurecimento intelectual e descoberta do mundo da eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho e me fez repensar e amadurecer o direito.

A Júlio César Bebber, Thereza Christina Nahas, Maurício Pereira Simões, Guilherme de Luca, Thiago Mendonça de Castro e Denise Alcântara, pelo auxílio durante a realização dos créditos, pesquisa e elaboração da presente tese.

A Silvia Regina Ponde Galvão Devonald e a todos os servidores com quem trabalhei no Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, pelo apoio incessante para que o presente trabalho fosse concluído.

Aos meus amigos, que estavam sempre presentes e souberam compreender os momentos de isolamento que a pesquisa demandou.

**“Melhor é colocar sua confiança no Senhor
teu Deus que confiar nos homens.”
(Salmo 118:8)**

CARVALHO FILHO, Renato Sabino. **Bases para uma teoria da estipulação de salário**. 2017. Tese (Doutorado em Direito Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

RESUMO

O presente estudo objetiva contribuir com a ciência jurídica na criação de bases para uma teoria de estipulação de salários. Existem algumas situações em que o pagamento apenas do salário base se mostra injusto e desigual, podendo mascarar grandes fraudes na busca pela redução de custos. Entretanto, o salário é o meio de sustento do empregado, pelo qual ele mantém a sua dignidade e de sua família. Dessa forma, a legislação deve impedir o desrespeito à garantia de isonomia salarial. A problemática que impulsionou este trabalho foi a necessidade de se avaliar a lacuna jurídica existente quanto a critérios gerais e mais objetivos para a estipulação de salário. Para isso, são analisados aspectos doutrinários do salário, como morfologia, características e meios de estipulação. Após, o princípio da isonomia e da isonomia salarial são estudados, tanto na legislação internacional quanto na brasileira. Por fim, é desenvolvida a tese, com a constatação de vazios normativos e forma de sua solução, notadamente nas situações de acúmulo de funções e terceirização.

Palavras-chave: Salário. Isonomia. Estipulação.

CARVALHO FILHO, Renato Sabino. **Bases para uma teoria da estipulação de salário**. 2017. Tese (Doutorado em Direito Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

ABSTRACT

The present study aims to contribute to the legal science in the creation of basis for a theory of salary stipulation. There are some situations in which the payment of basic salary is unfair and uneven, and may mask large fraud in pursuit of lower costs. However, the salary is the means of livelihood of the employee, by which he maintains his dignity and his family's. Thus, the legislation should prevent the disrespect to guarantee wage equality. The problems that propelled this work were the need to evaluate the existence of a possible legal loophole as general and objective criteria for the stipulation of salary. For this, doctrinal aspects are analyzed, such as morphology, characteristics and means of provision. After, the principles of equality and of salary equality are studied, both in international and Brazilian laws. Finally, the thesis is developed to identify normative lack and try to solve them notably in cases of accumulation of functions and outsourcing.

Keywords: Wage equality. Stipulation.

RÉSUMÉ

La présente étude vise à contribuer à la science juridique à la création des bases d'une théorie de la stipulation des salaires. Il y a des situations où le paiement du salaire de base se montre injuste et inégal et peut masquer une fraude importante dans la poursuite de réduire les coûts. Toutefois, le salaire est le moyen de subsistance de l'employé, par laquelle il maintient sa dignité et sa famille. Ainsi, la législation devrait empêcher l'irrespect pour garantir l'égalité salariale. Les problèmes qui propulsent ce travail étaient qu'il fallait évaluer le vide juridique existant comme critères généraux et plus de buts pour la stipulation du salaire. Pour ce faire, aspects doctrinaux sont analysés, tels que la morphologie, les caractéristiques et les moyens de disposition. Après, le principe de l'égalité et de l'égalité de rémunération sont étudiés, tant en droit international et en brésilien. Enfin, la thèse est développée, avec la forme normative de vos solutions, notamment en cas d'accumulation de fonctions et d'externalisation.

Mots-clés : Salaire l'égalité. La stipulation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
1 SALÁRIO	18
1.1 O TRABALHO NA HISTÓRIA COMO FATOR GERADOR DO SALÁRIO	18
1.1.1 Noções de contrato de trabalho e a busca da dignidade humana por meio do salário	23
1.2 O SALÁRIO NA HISTÓRIA E A SUA PREVISÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL	28
1.3 O SALÁRIO JUSTO	36
1.4 CONCEITO LEGAL DE SALÁRIO, REMUNERAÇÃO E RETRIBUIÇÃO.....	47
1.5 ELEMENTOS CARACTERIZADORES DO SALÁRIO	51
1.5.1 A alimentariedade	53
1.5.2 A forfetariedade	53
1.5.3 A comutatividade	53
1.5.4 A proporcionalidade com a natureza da prestação	56
1.5.5 A habitualidade	57
1.5.6 A periodicidade	58
1.5.7 A suficiência	59
1.5.8 A irredutibilidade	60
1.5.9 A indisponibilidade	63
1.5.10 A pós retributividade	63
1.5.11 A natureza composta	63
1.5.12 A tendencial determinação heterônoma.	64
1.6 FORMAS DE FIXAÇÃO DO SALÁRIO	64
1.6.1 O salário por unidade de tempo	65
1.6.2 O salário por unidade de obra	66
1.6.3 O salário por tarefa	67
1.7 ASPECTOS DA MORFOLOGIA DO SALÁRIO	69
1.7.1 O salário mínimo	69
1.7.2 O salário profissional	73
1.7.3 O piso salarial	75
1.7.4 O salário-base	76

1.7.5 As gratificações	77
1.7.6 Os adicionais	81
2 A IGUALDADE SALARIAL.....	83
2. 1 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE	83
2.2 A IGUALDADE SALARIAL NO DIREITO INTERNACIONAL	90
2.3 A IGUALDADE SALARIAL NO DIREITO BRASILEIRO	93
2.3.1 A equiparação salarial.....	96
1.3.1.1 Requisitos	97
2.3.1.2 Causas de exclusão.....	102
2.3.2 O art. 358 da CLT	103
3 BASES PARA UMA TEORIA DA ESTIPULAÇÃO DO SALÁRIO.....	107
3.1 A ESTIPULAÇÃO DO SALÁRIO QUANDO NÃO EXISTIR OU NÃO HOUVER PROVA DA IMPORTÂNCIA AJUSTADA	109
3.1.1 O artigo 460 da CLT e as críticas quanto à aplicação e conteúdo	109
3.1.2 Proposta de critérios para a fixação de salário supletivo	116
_Toc4822935923.2.1 A LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA ATUAL QUANTO AO ACÚMULO DE FUNÇÕES E A ESTIPULAÇÃO DE SALÁRIO.....	122
3.2.2 Proposta de critérios para a fixação de novo salário quando houver quebra de comutatividade por acúmulo de funções	128
3.2.2.1 Da necessidade de alteração legislativa quanto à mobilidade funcional.....	129
3.2.2.2 Da necessidade de alteração legislativa quanto à estipulação de salário na mobilidade funcional	139
3.3 A ESTIPULAÇÃO DO SALÁRIO EM DISSÍDIO COLETIVO.....	146
3.3.1 A legislação e jurisprudência atual quanto ao estabelecimento de piso salarial por meio de dissídio coletivo	147
3.3.2 Proposta de critérios para a fixação de novo salário normativo em dissídio coletivo.....	155
3.4 A ESTIPULAÇÃO DO SALÁRIO EM CASOS DE SUBSTITUIÇÃO DE EMPREGADOS	159
3.4.1 A legislação e jurisprudência atual quanto à estipulação de salários em caso de substituição de empregados	160
3.4.2 Proposta de critérios para a fixação de novo salário em caso de substituição de empregados	163

3.5 A ESTIPULAÇÃO DO SALÁRIO EM CASOS DE TERCEIRIZAÇÃO.....	165
3.5.1 A legislação e jurisprudência atual quanto à estipulação de salários em caso de terceirização.....	166
3.5.2 Proposta de critérios para a fixação de salário isonômico em caso de terceirização	171
CONCLUSÃO	179
REFERÊNCIAS	183

INTRODUÇÃO

O salário constitui o mais importante direito trabalhista, pois é ele que garante o sustento do trabalhador e de sua família, permitindo-lhe atingir o patamar de dignidade necessário para a vida em sociedade.

A normatização internacional acerca da matéria prevê a necessidade de se respeitar um valor mínimo a ser pago ao empregado, que pode ser fixado por lei, por norma coletiva ou, em alguns ordenamentos jurídicos, pelo Poder Judiciário. Entretanto, é comum que as partes pactuem um salário básico em valor superior, a ele sendo aplicados os devidos reajustes, sempre respeitada a regra de que é devido salário igual para trabalho igual.

A experiência forense, contudo, mostra que atualmente existe uma série de alterações contratuais que demandam uma análise sobre a necessidade de se revisar o valor do salário, ou, ao menos, de se conferir direito a um acréscimo salarial. Como exemplo, temos hipóteses de acúmulo de função, substituição de empregados e terceirização.

Alheio a isso, existem algumas situações em que o Poder Judiciário deve fixar o montante do salário, seja em ação individual, seja em dissídio coletivo.

Ponto em comum em todas as situações acima descritas é o vazio legislativo completo, sem qualquer previsão normativa acerca da forma de se estipular o valor nominal do salário ou do acréscimo salarial, ou o vazio ontológico, nos casos em que a norma atualmente existente não mais corresponde a sua essência.

E esta é exatamente a problemática que impulsionou o presente trabalho, no intuito de buscar respostas a essas lacunas normativas e conseguir resolver problemas do dia-a-dia das relações do trabalho ou, até mesmo, os casos específicos que a cada dia são levados à Justiça do Trabalho.

Para tanto, usou-se a pesquisa doutrinária nacional e internacional, bem como a análise dos precedentes da Subseção de Dissídios Individuais I do

TST ou das Subseções de Dissídios Coletivos do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região.

A tese está dividida em três partes.

No primeiro capítulo, é feita a análise do salário enquanto contraprestação pelo labor prestado pelo empregado. Em síntese, busca-se explorar o salário na história e conceituar o que se enquadra na ideia de salário justo. Ainda, é feita a verificação dos requisitos para o reconhecimento de uma verba como salário, o que é fundamental para analisar a natureza jurídica dos pagamentos que são feitos aos empregados. Por fim, debruça-se sobre a morfologia do salário, com a análise doutrinária das principais tipologias, até mesmo para se identificar a natureza jurídica específica de verbas citadas no último capítulo.

Já o segundo capítulo é dedicado ao estudo da isonomia salarial e a necessidade de sua efetivação no mundo do trabalho. Para tanto, conceitua-se o princípio da igualdade, em suas vertentes formal e material. Após, destaca-se especificamente a isonomia salarial, tanto no ordenamento jurídico internacional quanto no pátrio. Ao final, é feita a análise dos artigos 461 e 358 da CLT, que são dois dos principais dispositivos que chancelam a obrigatoriedade do respeito à isonomia salarial na lei brasileira. Este capítulo é importante porque a isonomia salarial é o fundamento maior que embasa toda a tese defendida neste estudo.

O último capítulo traz cinco teses a respeito da estipulação de salário.

A primeira delas objetiva analisar se o art. 460 da CLT apresenta critérios suficientes na atual conjuntura do mundo do trabalho para que o julgador arbitre o valor do salário em uma relação de emprego.

A segunda diz respeito aos casos de acúmulo de funções, com possível quebra da comutatividade inicialmente ajustada pelas partes, momento em que se analisa se tal alteração objetiva qualitativa ao contrato deve ensejar o pagamento de acréscimo salarial e, em caso de conclusão positiva, quais seriam os melhores critérios para que seja feita a justa remuneração do empregado.

A terceira trata da fixação de salários pelos tribunais quando do julgamento de dissídios coletivos, notadamente para se verificar se o critério da equidade (o único previsto no art. 766 da CLT) é suficiente para alicerçar as

sentenças normativas prolatadas e, em caso negativo, quais critérios se mostrariam mais condizentes.

O quarto ponto é o vazio legislativo atual quanto à estipulação de salário em casos de substituição de empregados, tendo em vista que a matéria é regulada por súmula de jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, que supostamente não acompanhou a realidade das empresas, ante a pulverização de tarefas praticadas quando do afastamento do empregado ocupante do cargo ou da função.

Por fim, a tese se preocupa em analisar se é cabível a estipulação de acréscimo salarial nas relações de trabalho terceirizadas, bem como em propor critérios para que haja a isonomia salarial.

Busca-se, dessa forma, trazer contribuição inédita ao ordenamento jurídico, para que sejam fixados critérios gerais, ou atualizados os já existentes, acerca da estipulação de salário nas hipóteses acima mencionadas.

1 SALÁRIO

1.1 O TRABALHO NA HISTÓRIA COMO FATOR GERADOR DO SALÁRIO

O trabalho tem clara ligação com a capacidade de transformação do ser humano. Com efeito, a partir do momento em que o homem desempenha determinada atividade, realiza seus planos, atinge suas satisfações e cria, inclusive, novas perspectivas e ansiedades.

Assim, o trabalho é a atividade mais importante desempenhada pelo homem no decorrer de sua vida. Isso porque desempenha importante papel no cenário da economia capitalista, agressiva e desigual.

É possível dizer que a atividade laboral é exatamente um dos pontos em que o homem se diferencia dos demais seres vivos existentes, em decorrência de sua importância no contexto global. Por ser a fonte do sustento do trabalhador e de sua família, há uma clara ligação entre o labor e a manutenção da vida.

A distinção entre o homem e as demais criaturas existentes foi, inclusive, enfatizada pelo Papa João Paulo II, na Encíclica “*Laborem Exercens*”, de 1981. Nela, aponta que o ser humano deve manter sua vida por intermédio do trabalho desempenhado, ao contrário dos demais seres, que tem atividades não laborativas como forma de sobrevivência.

O trabalho é uma das características que distinguem o homem do resto das criaturas, cuja atividade, relacionada com a manutenção da própria vida, não se pode chamar trabalho; somente o homem tem capacidade para o trabalho e somente o homem o realiza preenchendo ao mesmo tempo com ele a sua existência sobre a terra. Assim, o trabalho comporta em si uma marca particular do homem e da humanidade, a marca de uma pessoa que opera numa comunidade de pessoas; e uma tal marca determina a qualificação interior do mesmo trabalho e, em certo sentido, constitui a sua própria natureza¹.

¹ JOÃO PAULO II, Papa. **Carta encíclica *Laborem Exercens***. Roma, 14 set. 1981. Disponível em: http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_14091981_laborem-exercens.html. Acesso em: 20 abr. 2017.

Segundo o Pontífice, trabalhar é uma característica intrínseca ao ser humano, o que permite concluir que a capacidade de trabalhar é um dos pontos que destaca o homem dos demais seres vivos.

A inserção em determinado contexto social ocorre a partir do momento em que o homem trabalha. Da mesma forma, a sociedade é que determinará a medida de valoração da atividade desempenhada, bem como os seus reflexos para os integrantes do grupo social.

O trabalho é, portanto, uma característica humana. E pode-se considerar que, após o nascimento, o homem se desenvolve ao redor do trabalho, com a assimilação de seu valor na ordem ética-jurídica².

Daí advém, também, a importância do salário, pois ele se traduz como sendo a forma pelo qual o ser humano consegue transformar a força do seu trabalho, independentemente de físico ou psíquico, em meio de sua sobrevivência e de sua família.

Em tal viés histórico, observa-se que é por meio do trabalho que o homem está em constante busca para atingir os seus objetivos e conquistar melhoria de vida, e o recebimento da contraprestação salarial, também, viabiliza estas conquistas. Nesse sentido:

Em todas as investidas do homem está presente a capacidade do trabalho humano, o que pode ser notado considerando-se desde o esforço pela conquista da terra e da civilização até a busca de melhores condições de vida. Foi a capacidade adquirida pelo homem primitivo – exemplo de libertação na pré-história - de manter-se na vertical que permitiu a liberação das mãos e, portanto, a utilização destas na transformação do mundo em proveito do ser humano³.

É certo que o viés financeiro da prestação de um serviço assume papel de grande relevância, pois é por meio da contraprestação salarial que o homem agrega condições para se inserir em um contexto social, no espaço e na

² BATTAGLIA, Felice. **Filosofia do Trabalho**. Tradução de Miguel Reale. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 15

³ CAVALCANTI, Lygia Maria de Godoy Batista. **A flexibilização do Direito do Trabalho no Brasil: Desregulação ou Regulação Anética do Mercado?**. São Paulo: LTr, 2008, p. 21.

sociedade em que vive como um todo. Assim, é inegável que o salário tem papel decisivo no elemento subjetivo que impulsiona o homem a trabalhar.

Partindo-se da premissa que é do salário que advém o sustento, conclui-se que o exercício do trabalho é a principal atividade exercida pelo homem ao longo de sua vida, pois dele advém a sua possibilidade de sustento, básico ou não, e a sua inserção em uma determinada classe na sociedade.

No âmbito do estudo da psicologia, o trabalho tem em si a essência valorativa acerca da vida das pessoas, de maneira que seja caracterizado como o marco transitório para o homem entre a fase infantil e a vida adulta.

Como ensina Renata Alves de Paula Monteiro:

Portanto, a partir dessa ideia de socialização e construção de identidade, podemos pensar que o trabalho, o momento de inserção profissional pode ter um papel importante na construção de uma identidade de adulto, uma vez que o adulto tem seu papel social tradicionalmente associado ao de trabalhador. A etapa de vida de estabelecimento da identidade adulta é tradicionalmente marcada pela inserção profissional⁴.

A relação de trabalho mediante o pagamento de salário é responsável não apenas por trazer uma garantia financeira, além de ser o instrumento pelo qual a pessoa pode obter a sua formação na escala humanística. Com efeito, o complexo das atividades laborais gera diversos elementos fundamentais para se efetivar a dignidade da pessoa humana, princípio este essencial e básico nas relações jurídicas.

Ao tentar classificar o trabalho, diferentes linhas de conceituação o descrevem como o exercício produtivo que guarda ligação com o dispêndio de energia humana, com o objetivo de produzir riqueza ou uma utilidade. Isso significa que existe uma conexão entre a prestação de uma atividade para se satisfazer uma necessidade de outrem, com dependência econômica⁵.

⁴ MONTEIRO, Renata Alves de Paula. **A transição para a vida adulta no contemporâneo: Um estudo com jovens cariocas e quebequenses**. 2011. 224 f. Tese (Doutorado em Psicologia) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Filosofia e Ciências Humanas (Instituto de Psicologia), 2011, p. 127-128.

⁵ CAVALCANTI, Lygia Maria de Godoy Batista. **op. cit.**, p. 23.

Hegel classifica o trabalho como um processo no qual ocorrem os mais variados “carecimentos particulares com meios também particulares, que especifica, com vista a estes fins múltiplos e pelos mais diversos processos, o material fornecido pela natureza”⁶.

Para Karl Marx, o trabalho está inserido na categoria fundamental do ser humano que quer alcançar determinados resultados até então distantes, porém fundados em um único ideal:

[...] é um processo entre o homem e a Natureza, um processo em que o homem, por sua própria ação, media, regula e controla seu metabolismo com a natureza. Ele mesmo se defronta com a matéria natural como uma força natural. Ele põe em movimento as forças naturais pertencentes a sua corporalidade, braços e pernas, cabeça e mão, a fim de apropriar-se da matéria natural numa forma útil para sua própria vida. Ao atuar, por meio desse movimento, sobre a Natureza externa a ele e ao modificá-la, ele modifica ao mesmo tempo sua própria natureza. [...] Pressupomos o trabalho numa forma em que pertence exclusivamente ao homem. [...] o que distingue, de antemão, o pior arquiteto da melhor abelha é que ele construiu o favo em sua cabeça, antes de construí-lo em cera. No fim do processo de trabalho obtém-se um resultado que já no início deste existiu na imaginação do trabalhador, e, portanto idealmente. [...] Ele apenas não efetua uma transformação da forma da matéria natural; realiza, ao mesmo tempo, na matéria natural seu objetivo, que ele sabe que determina como lei, a espécie e o modo de sua atividade e ao qual tem de subordinar a sua vontade⁷.

Na visão Marxista, o trabalho tem ligação com a força que é apreendida pelo trabalhador, na busca por um resultado que já existe no inconsciente, tornando-o um verdadeiro ideal.

Acrescente-se ainda que, segundo Marx, o trabalho tem o condão de regularizar e controlar o metabolismo com a natureza, o que significa dizer que existe uma relação entre a natureza externa e a sociedade humana, fundada na sociedade e no impacto pelo capitalismo. É inegável que o resultado almejado

⁶ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Filosofia do Direito**: Linhas Fundamentais da Filosofia do Direito ou Direito Natural e Ciência do Estado em Compêndio. Trad. Paulo Meneses et al. São Leopoldo, RS, Ed. Ed. Sinus/Unicap/Loyola, 2010, p. 196.

⁷ MARX, Karl. **O Capital**: Crítica da Economia Política, Livro Primeiro Tomo 1. Trad. Regis Barbosa & Flávio R. Kothe, São Paulo, Nova Cultural, 1996, p. 297-298.

com o trabalho é o pagamento do salário que é ofertado ao trabalhador, o que não pode ser confundido com o lucro.

É perceptível, assim, conexa similaridade entre o pensamento e conceituação de Hegel, que viveu entre 1770 e 1831, e as ideias de Marx, que, por sua vez, viveu de 1818 a 1883. É que ambos trazem o trabalho como pressuposto para se desempenhar um processo em busca de uma determinada finalidade ou de um ideal, que, em verdade, não deixa de ser o salário.

Há na doutrina certa dificuldade em se delimitar o conceito puro de trabalho, do ponto de vista jurídico.

Em tal norte, na perspectiva do direito, o trabalho vem sendo interpretado pela hermenêutica como um direito social e fundamental de elevada densidade, em decorrência de sua precisão em relação ao conteúdo e compreensão dos próprios enunciados, tendo em vista que “a técnica legislativa utilizada na construção destes é a da utilização de conceitos indeterminados, sabidamente abertos ao preenchimento pontual no plano da concretude normativa”⁸.

Ao se observar toda essa explicação sobre a relevância que se incorporou ao trabalho, é imperioso demonstrar o importante “status” que ele assume na compreensão do papel do homem na sociedade em que vive. Com efeito, o trabalho se direciona aos mais variados momentos da vida, podendo estar presente desde a concepção, com a transformação da energia para a materialização da vida, até o desenvolvimento e alocação da energia para o desenvolvimento das variadas profissões.

A definição do trabalho adquire importância cada vez maior para compreensão da vida humana, pois implica em diversos aspectos da vida, desde sua concepção como transformação de energia – para os físicos o trabalho pode ser realizado enquanto se consome certa quantidade de energia (térmica, química, elétrica) – até sua compreensão como fator de produção (segundo os economistas) ou seja, como uma atividade para produzir bens econômicos⁹.

⁸ VIOLA, Ricardo Rocha. Efetividade dos direitos fundamentais e densidade normativa? Um falso problema. **Revista Ideia**, Uberlândia, v. 1, p. 1-17, 2009, p. 13.

⁹ MONTEIRO, Renata Alves de Paula. **A transição para a vida adulta no contemporâneo: Um estudo com jovens cariocas e quebequenses**. 2011. 224 f. Tese (Doutorado em Psicologia)

Vê-se, a partir de tal premissa, que o trabalho traz reflexos de extrema relevância no contexto social, tendo em vista que não se limita ao mero texto da lei, mas também traz impacto na atividade humana que se desenvolve. Além disso, o trabalho também fomenta a compreensão do homem como ente existente no local em que vive.

Fato é que o desenvolvimento do trabalho demanda uma postura ativa, por meio do consumo de energia e atividade produtiva. Entretanto, o trabalho direciona-se como um valor intrínseco do homem e tem por sua finalidade a busca da contraprestação envolvida.

Ainda que se adote a teoria de que o trabalho é meramente um instrumento de alcance de determinado fim, é inegável que ele é uma característica e garantia essencial para que o princípio jurídico basilar da dignidade da pessoa humana seja, de fato, efetivado.

1.1.1 Noções de contrato de trabalho e a busca da dignidade humana por meio do salário

Uma vez compreendido que o trabalho gera o pagamento de salário, é cediça a relação deste com a efetivação das garantias e direitos fundamentais inseridos na Constituição Federal, em consonância com os tratados internacionais ratificados, em especial as convenções da Organização Internacional do Trabalho.

No ordenamento jurídico pátrio vigente, a Consolidação das Leis do Trabalho regula as relações empregatícias, cabendo ao Poder Judiciário Trabalhista a missão de decidir os conflitos delas advindos, nos termos do artigo 114 da Constituição.

Em tal norte, o Direito Individual do Trabalho posiciona-se como um ramo de compreensão e análise responsável por interpretar o contrato individual

de trabalho frente às disposições imperativas e normativas ali existentes, tudo com respaldo no princípio da dignidade da pessoa humana.

Entretanto, para se compreender a importância da determinação do valor do salário, é necessário compreender o alcance do conceito de contrato individual de trabalho, pois é a partir deste que aquele é pago.

O contrato de trabalho é marcado pela fidúcia genérica depositada pelo empregador em determinado empregado e vice-versa. De acordo com o artigo 442 da CLT, o contrato individual de trabalho é definido como sendo o “acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”.

Pode-se interpretar, classicamente, o contrato como sendo o “acordo tácito ou expresso mediante o qual ajustam as partes pactuantes direitos e obrigações recíprocas”¹⁰. No mesmo sentido, Caio Mário da Silva Pereira aponta que o contrato é “um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos”¹¹.

Judith Martins-Costa aponta que o contrato, por seu genótipo, é:

uma atividade comunicativa voluntária e lícita entre sujeitos qualificados como suas ‘partes’, atividade, essa, expressada em um acordo, determinado ou determinável temporalmente, voltado, teleológica e vinculativamente, para a produção de efeitos jurídicos primordialmente entre as partes, e cuja função

¹⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 542.

¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Contratos**. v. 3. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 7. Maria Helena Diniz aponta que o contrato é “destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial” (**Curso de direito civil brasileiro**. Vol. 3. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 30).

Ainda: “O contrato é um negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelos princípios da função social e da boa-fé objetiva, autodisciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia das suas próprias vontades” (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, Contratos: Teoria Geral**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 47).

Paulo Nalin também traz interessante conceito de contrato, por também mesclar os seus efeitos perante terceiros. Assim, o conceito contemporâneo de contrato seria “a relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares, subjetivos da relação, como também perante terceiros” (**Do contrato: conceito pós-moderno**. Curitiba: Juruá, 2005.p. 255).

Vê-se que “seja qual for a perspectiva adotada – histórica, teórica, pragmática ou comparatista –, não há um seu conceito imutável e naturalisticamente apreensível” (MARTINS-COSTA, Judith, **op. cit.** p. 24).

é a de fazer circular a riqueza entre patrimônios, transformando a situação jurídico-patrimonial dos envolvidos e gerando-lhes uma expectativa ao cumprimento garantida pelo Ordenamento, segundo os seus critérios técnicos e valorativos¹².

Esta definição traz os dois elementos qualificantes do contrato, quais sejam, a sua estrutura e a sua função. A estrutura contratual se faz presente no acordo havido entre as partes, sendo o contrato um tipo de negócio jurídico bilateral ou plurilateral que objetiva constituir, modificar ou extinguir relações jurídicas com o estabelecimento de uma relação vinculante às partes que do contrato participam. Já a função do contrato é a de promover a circulação de riqueza, “atual ou potencial, de um patrimônio para outro, compreendendo-se por ‘riqueza’ todos os bens e ‘utilidades’ suscetíveis de avaliação econômica, ainda que não sejam ‘coisas’ em sentido próprio”¹³.

Vê-se que, assim como qualquer outro, o contrato individual de trabalho alberga a existência de mútuo acordo envolvendo o empregado e o empregador, respeitada a normatização positivada. Ele deve ser pautado na boa-fé, e é gerador de direitos e de obrigações recíprocas entre as partes: a prestação de serviços é a principal obrigação do empregado e o pagamento do salário, a principal obrigação do empregador.

Há, ainda, no contrato de trabalho a autonomia que se constitui na faculdade das partes para a livre criação “na órbita do direito, desde que se submetam as regras impostas pela lei e que seus fins coincidam como o interesse geral, ou não o contradigam”¹⁴.

Trata-se da nítida expressão do direito de liberdade e também do direito de igualdade inerente a cada parte de um contrato, figurando como um elemento fundamental e decisivo para existir uma relação jurídica decorrente do contrato.

Tal liberdade, contudo, não pode ser tida por ilimitada. Com efeito, a vontade das partes deve respeitar a ordem pública, as leis vigentes e os

¹² MARTINS-COSTA, Judith. Contratos. Conceito e evolução. **Teoria geral dos contratos** (coord. LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore). São Paulo: Atlas, 2011, p. 23-66. p. 60.

¹³ **Ibidem**. p. 52.

¹⁴ RODRIGUES, Silvio. **Dos Contratos e das declarações unilaterais de vontade**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 15.

costumes. Ensina Maria Helena Diniz que tal direito “se funda na liberdade contratual dos contratantes, consistindo no poder de estipular livremente, como melhor convier, mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica”¹⁵. Da mesma forma, preceitua o parágrafo único do art. 2035 do Código Civil que “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

Ocorre que o contrato de trabalho se diferencia de muitos contratos civis comuns, pois por meio dele se resguardam valores intrínsecos e extrínsecos que envolvem a dignidade da pessoa, e não meramente um acordo de vontades com prestações recíprocas.

O contrato de trabalho é, assim, um negócio jurídico que engloba “uma pessoa natural obriga-se perante pessoa natural, jurídica ou ente despersonalizado a uma prestação pessoal, não eventual, subordinada e onerosa de serviços”¹⁶.

O art. 442 da CLT permite que o contrato de trabalho seja feito de forma tácita ou expressa. Neste último caso, poderá ser verbal ou por escrito. É importante salientar que o acordo de vontades, ainda que de forma implícita, traz em si a pactuação de uma contraprestação salarial.

Destaca-se que o objeto central do contrato de trabalho é o dispêndio de energia por parte do trabalhador, o que significa dizer que a atividade do trabalho faz parte do conteúdo do contrato, motivo pelo qual há constante preocupação em promover a dignidade da pessoa por meio de regras protetivas.

O contrato de trabalho não pode ser entendido como um documento escrito, porque essa não é a sua complexa essência, mas sim apenas uma de suas formas. Contrato é muito mais que isso e envolve aspectos que têm na sua autodeterminação da vontade um dos seus pontos nucleares e que no Direito do Trabalho tem peculiaridades, uma vez que, ao contrário dos direitos do contrato comum, nos quais o seu objeto é totalmente desvinculado da pessoa física contratante, nos contratos de

¹⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Teria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. 24^o ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 23.

¹⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 543.

trabalho há o comprometimento da própria pessoa do trabalhador com um fazer – para outro – que a insere como pessoa no próprio objeto do contrato¹⁷.

Destaca-se que o Estado Democrático de Direito tem, entre seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho, a teor do art. 1º, incisos III e IV. E, é sob esta perspectiva que os contratos empregatícios devem ser interpretados, preservando-se ao máximo os fundamentos da República. Em tal espectro, o direito ao trabalho é próprio e exclusivo do indivíduo, em sua qualidade de pessoa humana¹⁸.

Com efeito, a compreensão da dignidade da pessoa humana, que deve pautar as relações de trabalho, demanda profunda reflexão. Ela não envolve apenas vantagens são atribuídas aos seres humanos, mas também a necessidade de se garantir o pleno exercício de direitos e a possibilidade de reparação na hipótese de sua violação.

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distinta de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos¹⁹.

A hermenêutica constitucional aponta para a impossibilidade de se aceitar que qualquer pessoa receba tratamento que coloque em risco a plena efetividade de uma vida digna.

Entretanto, atribuir um conceito específico à dignidade da pessoa é tarefa deveras complexa²⁰.

¹⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito Contemporâneo do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 335-336.

¹⁸ MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 538.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

²⁰ “Portanto, não é possível encontrar de antemão uma definição para a dignidade da pessoa humana; é preciso compreendê-la dentro de seu desenvolvimento no tempo e identificar como ela pode se relacionar com a teoria do direito como integridade, que revela preocupação com a

Correto está o entendimento segundo o qual a dignidade é um valor inerente à essência da pessoa, o que significa dizer que a dignidade é atrelada à própria existência da pessoa.

É por tal motivo que a manutenção da dignidade da pessoa humana é imprescindível para a existência do Estado.

A dignidade nasce com a pessoa, é inata e inerente à sua essência. O indivíduo nasce com integridade física e psíquica, cresce e vive no meio social, e tudo o que o compõe tem que ser respeitado. A dignidade humana é um valor preenchido a priori, isto é, todo ser humano tem dignidade só pelo fato já de ser pessoa²¹.

É certo que, por atuar como fundamento do princípio estruturante do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana acaba por impregnar todo o ordenamento jurídico, em todos os ramos, seja pela atuação do Poder Legislativo ou Judiciário²².

Não é apenas no contrato de trabalho, portanto, que ela deve estar presente. Todavia, a partir do momento em que a partir do seu trabalho o homem garante o seu sustento, fica patente que o salário a ser pago como contraprestação ao serviço prestado é forma de garantia da dignidade do indivíduo e de sua família.

1.2 O SALÁRIO NA HISTÓRIA E A SUA PREVISÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Por ser indubitavelmente o principal direito trabalhista de um empregado, aquele que lhe garante a subsistência, o salário ocupa grande

segurança jurídica, sem, contudo, fechar a interpretação para necessárias modificações que a sociedade exige” (PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. **O princípio da dignidade da pessoa humana na perspectiva do direito como integridade**. São Paulo: LTr, 2009, p. 19)

²¹ BORGES, Rosângela Mara Sartori. **Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**: Instrumento da Não-Discriminação. In: FACHIN, Zulmar (Coord.). **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Método, 2008, p. 229.

²² ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo. LTr, 2005, p. 251.

importância na análise da evolução do direito trabalhista em qualquer ordenamento jurídico.

Na Antiguidade Clássica, foram as filosofias greco-romana e o pensamento cristão que fizeram surgir as primeiras noções de dignidade e de igualdade. Os trabalhadores eram escravizados e, assim, considerados um bem. Com isso, não havia o pagamento de salário em troca da energia de trabalho.

Na Grécia, Roma e Egito da Antiguidade, o regime da escravidão era a principal forma de exploração do trabalho humano, estando inserido na estrutura do sistema econômico da época. Os escravos, os quais, juridicamente, eram considerados objeto de direito, trabalhavam nas tarefas braçais mais árduas, as quais não eram consideradas dignificantes ao cidadão livre²³.

Os pequenos burgos surgidos no período feudal da Idade Medieval fizeram mudar tal concepção, pois houve crescimento de práticas comerciais pela nova burguesia. Neles, o trabalho dos vassallos e também o dos artesãos eram organizações em corporações de ofício, que, por sua vez, eram formadas por um mestre e seus aprendizes. Nas corporações de ofício, os produtos eram produzidos para atender o mercado pouco extenso da época, trazendo a união entre os mestres e permitindo a livre prática comercial.

Além disso, também proporcionavam a formação dos jovens. Muitos aprendizes eram lá deixados por seus pais quando ainda eram crianças, em busca de qualificação profissional, de maneira que o mestre agia como um controlador que auferia ganhos com os aprendizes. Para os jovens, era uma oportunidade de se tornar mestre, após criar autonomia com o fim do período de aprendizado. Em tal período, não havia a remuneração por salário, tendo em vista que a relação entre o mestre e o aprendiz não era empregatícia, mas sim a natureza de uma sociedade de direitos e deveres recíprocos, em sistema de cooperação mútua²⁴.

²³ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Trabalho escravo, forçado e degradante: trabalho análogo à condição de escravo e expropriação da propriedade**. RDT (Brasília), v. 18, 06, p. 04-08, 2012, p. 05.

²⁴ SUSSEKÜND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANA, Segadas. **Instituições de direito do trabalho**. v. 1. 22. Ed. São Paulo: Editora LTr, 2005, p. 327.

Com a expansão do comércio, as corporações de ofício, preparadas para o comércio local no feudo, não conseguiam mais atender o comércio regional, nacional e internacional, o que acarretou a sua decadência.

Dessa forma, surgiram pequenas manufaturas, que, já, se caracterizavam por uma produção mais ampla, com maior organização do trabalho. Assim, era necessária a contratação de trabalhadores. Estes não eram mais os donos da matéria-prima, tal qual os mestres, mas vendiam apenas a sua força de trabalho. Em tal momento, surge a necessidade de pagamento de uma contraprestação. Entretanto, nessa época, não havia liberdade maior para o trabalhador negociar o salário e tanto o valor quanto a forma de pagamento dependiam da vontade de quem detinha os meios de produção²⁵. Nascia, assim, a sociedade industrial.

Em 1789, houve a Revolução Francesa, e, com ela, a aprovação no mesmo ano da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, pela Assembleia Nacional Francesa, estabelecendo a universalidade dos direitos dos homens em dezessete artigos.

Por outro lado, em tal período também foi editada a Lei de Allarde, de 2 de março de 1791, que extinguiu as corporações de ofício. Após, a Lei de Chapelier ou Edito de Turgot, de 14 de junho de 1791, que proibiu qualquer tipo de coalizão ou agremiação, greves ou sindicalização.

Nota-se que referida norma se apresenta como um instrumento relevante da era da liberdade meramente formal que englobava a figura da pessoa-trabalhadora.

Tal mudança decorreu do liberalismo total propagado pela burguesia da época, que pretendia a livre circulação do capital. Assim, a liberdade de controle nas relações privadas acarretou a total liberdade na contratação, até mesmo porque as agremiações permitiam, ao menos, o controle de uns trabalhadores sobre os outros.

Como consequência, surgiu o Estado Liberal, que era um Estado mínimo, com pouco poder e pouca interferência nas relações entre os particulares. O liberalismo clássico é, portanto, impregnado da visão individualista

da burguesia do século XVIII, com a possibilidade de as pessoas manifestarem a sua vontade plenamente e poderem contratar conforme quisessem.

Havia, portanto, a liberdade formal para o empregado discutir acerca da sua remuneração. Diz-se formal porque a força de trabalho era vista como uma mercadoria e, na prática, os donos das indústrias aproveitavam-se da grande quantidade de força de trabalho e da lei da oferta e da procura para pagar salários baixos em troca de longas jornadas de trabalho. Com efeito, não havia limite mínimo para o salário e sequer existia a preocupação com o mínimo vital necessário para a sobrevivência do trabalhador²⁶.

Neste cenário, com o agrupamento dos trabalhadores, começa a surgir a consciência coletiva de que eles precisariam se juntar para lutar contra as péssimas condições de trabalho que lhes eram impostas.

Com isso, o Estado não poderia ser omissivo e se manter à margem de todos os problemas que ocorriam. A população passa, portanto, a reivindicar do Estado um comportamento ativo, para que pudesse, efetivamente, gozar de seus direitos fundamentais, em detrimento de terem apenas a igualdade formal.

Neste momento, não se queria apenas a liberdade perante o Estado (característica dos direitos fundamentais de 1ª dimensão), mas também a liberdade por meio do Estado. Havia a necessidade de se garantir o cidadão no plano econômico, social e cultural, se lhe conceder um fundamento existencial-material humanamente digno²⁷.

Surgem, portanto, os direitos fundamentais de 2ª dimensão, com eficácia positiva e caracterizados por serem direitos de promoção, objetivando uma maior intervenção do Estado nas relações privadas, tudo com o objetivo de coibir os abusos típicos do liberalismo total. Há grande ligação com o Estado Social. Com efeito, não há como garantir o direito à vida a um cidadão que está passando fome, bem como que não há como garantir a igualdade material ao cidadão que não tem direito ao estudo.

²⁵ **Ibidem**. p. 328.

²⁶ SUSSEKÜND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANA, Segadas. **Instituições de direito do trabalho**. v. 1. 22. Ed. São Paulo: Editora LTr, 2005, p. 328.

²⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2002. p. 385.

Os direitos fundamentais de 2ª dimensão têm forte cunho social, porém não são direitos coletivos, uma vez que se reportam à pessoa individualmente. A nomenclatura “direitos sociais” é utilizada por terem ligação com a justiça e por corresponderem às reivindicações dos menos favorecidos.

São, assim, direitos de prestação, pois se consagram a partir do agir do Estado. São os que imputam ao ente estatal a necessidade de assegurar e promover aos entes sociais condições mínimas para uma vida digna, com o objetivo de tentar reduzir ou erradicar qualquer forma de desigualdade social existente.

Como exemplos de direitos fundamentais de 2ª dimensão, temos as liberdades sociais, quais sejam, a liberdade de sindicalização, o direito à greve, bem como os direitos trabalhistas²⁸.

Pondere-se que os direitos sociais desta dimensão advêm de uma época marcada por variadas crises e depressões econômicas, além de grandes guerras, o que causou grande impacto no modo de viver da sociedade da época. “É, portanto, um século em que o Direito Público sofre poderosíssimos embates e em que à fase liberal do Estado constitucional vai seguir-se uma fase social”²⁹.

Ao longo do desenvolvimento da 2ª dimensão dos direitos fundamentais, há registros que apontam para um notório crescimento econômico na Europa, a partir de asseverações que são atribuídas à Revolução Industrial, em que os trabalhadores tinham produção em grande escala.

Entretanto, na mesma medida em que havia altos índices de produtividade entre os trabalhadores, também havia muitas violações aos direitos laborais, o que passou a ser corriqueiro e gerou, inclusive, grande insatisfação entre a classe trabalhadora, que notava claramente a concentração de riqueza limitada à outra parcela da população³⁰.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009, p. 48.

²⁹ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Coimbra Editora, 2000, p. 80.

³⁰ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. São Paulo: Malheiros, 1980, p. 31.

Como exemplo, as jornadas de trabalho chegavam a ter duração de 15 horas, não havendo diferenciação com relação às mulheres e crianças. Ademais, permitia-se o trabalho infantil de forma equiparado ao labor adulto³¹.

O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e de igualdade não gerava a garantia de seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social³².

Neste processo, a desigualdade social acabou se tornando uma realidade marcante na época, o que fez com que a população passasse a desejar melhorias nas suas condições de trabalho.

Com arrimo nessas insatisfações, muitos movimentos apareceram na sociedade, com o objetivo de trazer mais dignidade aos trabalhadores.

Já no século XIX, quando se percebeu que a agremiação dos trabalhadores garantia que eles se reunissem para buscar os seus direitos, a Lei de Chapelier foi revogada em 25 de maio de 1864, permitindo-se, assim, a criação de sindicatos na França.

A doutrina social católica também teve grande importância na seara trabalhista, pois divulgou os direitos laborais de forma universal, como na Encíclica “Rerum Novarum” de Leão XIII, em 1891, na Carta Encíclica “Quadragesimo Anno” de Pio XI, em 1931 e a Encíclica “Mater et Magistra” de João XXIII, em 1961.

A encíclica papal “Rerum Novarum”, do Papa Leão XIII, de 15 de maio de 1891 é um retrato das grandes desigualdades e da ausência de direitos que protegessem os trabalhadores. Ela bem retrata as condições desproporcionais as quais os trabalhadores eram submetidos no período da Revolução Industrial. Constata-se que o Papa Leão XIII traz uma crítica direta às condições de vida proporcionadas pelos empregadores aos empregados, além de discordar das

³¹ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 42.

condições sociais ausentes de dogmas e princípios que eram defendidos pela Igreja Católica e criticar a inércia do Estado com relação aos benefícios que eram ofertados à população em geral. Pode se falar, ainda, na inserção das “denominadas liberdades sociais, como o direito de sindicalização e de greve³³”.

Estamos persuadidos, e todos concordam nisto, de que é necessário, com medidas prontas e eficazes, vir em auxílio dos homens das classes inferiores, atendendo a que eles estão, pela maior parte, numa situação de infortúnio e de miséria imerecida. O século passado destruiu, sem as substituir por coisa alguma, as corporações antigas, que eram para eles uma *protecção*; os princípios e o sentimento religioso desapareceram das leis e das instituições públicas, e assim, pouco a pouco, os trabalhadores, isolados e sem defesa, têm-se visto, com o decorrer do tempo, entregues à mercê de senhores desumanos e à cobiça duma concorrência desenfreada. A usura voraz veio agravar ainda mais o mal. Condenada muitas vezes pelo julgamento da Igreja, não tem deixado de ser praticada sob outra forma por homens ávidos de ganância, e de insaciável ambição. A tudo isto deve acrescentar-se o monopólio do trabalho e dos papéis de crédito, que se tornaram o quinhão dum pequeno número de ricos e de opulentos, que impõem assim um jugo quase servil à imensa multidão dos proletários³⁴.

É certo, ainda, que, naquela ocasião, o Papa também criticou o socialismo e alguns movimentos operários a ele ligados, ponderando sobre a necessidade de conciliar o capital e o trabalho, porém a partir da aplicação de condutas que viessem a garantir a ética e a moralidade.

E, como resultado, a Encíclica “Rerum Novarum” tornou-se fonte de direitos fundamentais da 2ª dimensão, o que teve impacto nos ordenamentos jurídicos laborais de vários países do mundo.

Os direitos da 2ª dimensão trazem em si uma tentativa de valorar instrumentos de tutela trabalhista, a partir do momento em que efetivam ideais de dignidade da pessoa, o que, de certa forma, fez esse período histórico tornar-se

³² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009, p. 47.

³³ CÉSAR, João Batista Martins. **Tutela coletiva dos direitos fundamentais dos trabalhadores**. São Paulo: LTr, 2013, p. 28.

³⁴ LEÃO XIII, Papa. **Carta encíclica Rerum Novarum**: sobre a condição dos operários. Roma, 15 mai. 1891. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html>. Acesso: 19 abr. 2017.

um divisor de águas nas garantias de proteção do homem enquanto trabalhador, que estava inserido no contexto social existente.

É por isso que esses direitos, também denominados de “direitos de igualdade”, vinculam-se a uma conduta positiva e objetiva do Estado em face às condições sociais, buscando melhorá-las e, também, erradicar diferenças existentes na população, promovendo, assim, a dignidade da pessoa humana na história do direito do trabalho.

Tais direitos foram “introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social; nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar”³⁵.

Assim:

A constitucionalização dos direitos sociais ganhou algum alento com a Constituição francesa de 1848, principalmente com o seu art. 2º, nº 13. Entretanto, é no atual século que eles realmente são implantados, tornam-se extensos e intensos, não mais ficando abaixo dos textos constitucionais.

Dessa constitucionalização ou verticalização dos 'direitos sociais' - dos quais os trabalhistas são espécie - são pioneiras: a Constituição de Querétaro (México), a de Weimar (Alemanha) e a soviética. Respectivamente, de 1917, 11-8-1919 e 1918³⁶.

Já em meados do século XX, houve um pedido mundial de universalização dos direitos dos trabalhadores no Tratado de Versalhes, que criou a Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1919.

No período pós-Segunda Guerra Mundial, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, promulgada pela Organização das Nações Unidas, chancela o direito do trabalho como parte dos direitos humanos, garantindo a toda a pessoa o direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho e a condições equitativas e satisfatórias de trabalho, bem como garante proteção contra o desemprego (artigo 23º, item 1). A Declaração também garante expressamente o

³⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo : Editora Malheiros, 2006, p. 518.

³⁶ CATHARINO, José Martins. **Os direitos sociais trabalhistas na área constitucional**: no passado, no presente e no futuro. Revista de informação legislativa, Brasília, n. 87, p. 41-58. jul./set. 1985, p. 42.

direito de fundação de sindicatos e de sua filiação para a defesa dos interesses dos trabalhadores (artigo 23º, item 4).

A OIT editou, ainda, diversas Convenções e Recomendações sobre a necessidade de se garantir um patamar mínimo de salário aos empregados, inicialmente de algumas categorias específicas e, após, aplicável a todos os trabalhadores. Em consequência, a legislação dos países que as ratificavam passou a englobar os limites mínimos de pagamento do salário.

1.3 O SALÁRIO JUSTO

Em respeito à ética, ao se estipular o valor do salário de um empregado, deve-se buscar um valor justo, que atenda ao trinômio das necessidades do trabalhador, das possibilidades da empresa e das exigências do bem comum.

A dificuldade em se definir a justiça do salário passa, inclusive, pela dificuldade em se considerar efetivamente o que pode ser tipificado como trabalho sujeito a pagamento do salário. Como aponta Jan Lucassen:

To begin with, what is work – whether paid or unpaid? Unpaid work usually occurs in a domestic context: cooking, washing, ironing and looking after children. Beyond that, however, there is also other unpaid voluntary work. If work is paid work, i.e. if it is exchanged for a salary or wage, it is usually called “labour”. The concept of work also includes independent entrepreneurship, from the simplest self-employed operator right up to the international banker, to the extent that the banker doesn’t get rich without doing any work³⁷.

Há, contudo, certa dificuldade na doutrina para se definir os parâmetros do que seria o salário justo. É inegável, porém, tratar-se de um direito de todo trabalhador. Com efeito, o art. XXXIII, item 3, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, editada pela Organização das Nações Unidas em 1948, dispõe

³⁷ LUCASSEN, Jan. **Outlines of a History of Labour**. IISH-Research Paper, ISSN 0927-4618, 2013, p. 06. Em tradução livre: “Para começar, o que é trabalho – seja pago ou não? O trabalho não pago usualmente ocorre em um contexto doméstico: cozinhar, lavar, passar e cuidar das crianças. Para além desse, todavia, há também outros trabalhos voluntários não pagos. Se o trabalho for pago, ou seja, se ele for trocado pelo pagamento de um salário ou uma recompensa, ele é usualmente chamado de “trabalho”. O conceito de trabalho também

que “Todo homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social”.

Historicamente, após as Revoluções Industrial e Francesa, o liberalismo exerceu grande influência sobre a noção de salário justo. O tema foi objeto de documentos pontifícios da Igreja Católica, como contraponto à noção de que a relação trabalho e salário era equiparada à de mercadoria e preço.

É possível perceber que a imposição de limites salariais sempre foi um tema bastante debatido em toda a Europa, ante a ausência de parâmetros de justiça e igualdade.

Wages and prices have long been central concerns of economic historians, for they bear on such fundamental issues as the pace of economic development, economic leadership, and the standard of living. Unearthing the facts is the first task, and it has been accomplished by the meticulous scholarship of the historians who have written the price histories of so many European cities. While these investigations uncover the indispensable raw data and probe developments in the cities concerned, the material must be collated to reveal the patterns of change from the Middle Ages to the First World War³⁸.

Indo além, Amauri Mascaro Nascimento, ao discorrer sobre o tema³⁹, ensina que, na época do pensamento escolástico, havia uma tentativa de harmonização entre a fé católica e a razão. O valor do salário era definido pela “*communis aestimatio*”, ou seja, a partir de uma estimativa comum coerente, feita por pessoas sensatas da região, entre as necessidades do trabalhador e o trabalho efetivamente prestado (tal era o pensamento de Molina, Lugo e Lésio).

inclui o empreendedorismo independente, do mais simples operador autônomo até o banqueiro internacional, na medida em que o banqueiro não fica rico sem fazer nenhum trabalho”.

³⁸ ALLEN, Robert C. **The Great Divergence in European Wages and Prices from the Middle Ages to the First World War**. Explorations in Economic History 38, 411–447, 2001, p. 411. Em tradução livre: “Os salários e os preços têm sido há muito tempo preocupações centrais dos historiadores econômicos, pois eles se relacionam com questões fundamentais, tais como o ritmo do desenvolvimento econômico, a liderança econômica e o padrão de vida. Desenterrar os fatos é a primeira tarefa, e ela foi cumprida pelo conhecimento meticuloso dos historiadores que escreveram as histórias dos preços em muitas cidades europeias. Enquanto esses investigadores descobriam os dados brutos indispensáveis e demonstravam o desenvolvimento nas cidades envolvidas, o material deve ser recolhido para demonstrar os padrões de mudança da Idade Média para a Primeira Guerra Mundial”.

³⁹ **Teoria jurídica do salário**. 2. ed. São Paulo: Editora LTr, 1.997. p. 18.

Nessa época, respeitava-se o bem comum, pois os salários eram fixados pelas corporações, e não pelos patrões.

Com o avanço do liberalismo e as mudanças nas condições econômico-sociais, os teólogos (notadamente Costa-Rossetti, Lehmkuhl e Liberadora) mudaram seu pensamento para definir que o justo salário era caracterizado pela junção do trabalho-produtivo (“opus”) e trabalho-atividade (“labor”).

A ausência de limites impostos pelo Estado dentro das relações privadas permitiu que os donos dos bens de produção explorassem ao máximo o trabalho alheio. Nessa época do desenvolvimento do capitalismo, a relação de trabalho tinha a conotação de compra e venda de mercadoria. O trabalho tinha, então, um preço natural e um preço de mercado. O primeiro diz respeito aos valores suficientes para o trabalhador manter a sua subsistência, ou seja, ele variava de acordo com a mudança no valor dos bens necessários ao sustento. Já o preço de mercado é o que efetivamente se pagava ao empregado, de acordo com a lei da oferta e da procura, ficando mais alto quando existia pouca oferta de mão-de-obra e mais baixo quando houvesse muitas pessoas em busca de trabalho. A partir daí, surgiu a Lei de Bronze do salário, segundo a qual “são os salários mais baixos os que estabelecem o nível normal do preço do trabalho, não devendo eles serem superiores nem inferiores ao estritamente indispensável para sustentar o trabalhador em suas necessidades diárias e permitir-lhe sua reprodução”⁴⁰.

A Teoria dos Fundos dos Salários, por sua vez, pregava que o valor do salário médio deveria corresponder ao resultado da divisão entre o capital que circulava no país e o número de trabalhadores existentes. A teoria foi inspirada em Stuart Mill, para quem a concorrência não causava interferência na estipulação do salário, tendo em vista que este era influenciado apenas pela relação capital-população⁴¹.

Indo além, acerca da referida teoria de Stuart Mill:

⁴⁰ SUSSEKÜND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANA, Segadas. **Instituições de direito do trabalho**. v. 1. 22. Ed. São Paulo: Editora LTr, 2005, p. 329.

⁴¹ SUSSEKÜND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANA, Segadas. **Instituições de direito do trabalho**. v. 1. 22. Ed. São Paulo: Editora LTr, 2005, p. 329-30.

the character and condition of the national industries determine the proportion which labour will bear to the other part of capital, which is not wages-fund, but fixed capital, raw materials, &c. He allows that, since wages may be higher or lower while the amount of labour remains the same, this is not quite the same thing as determining the proportion of wages-fund to capital. But he argues that if the supply of labour, the total amount of capital, and the proportion of capital that is not wages-fund to labour, be all three given, the wages-fund and the average rate of wages must also be determined; and that its determination gives us the rather remarkable result that not only the average rate of wages, but the whole money spent in wages is decreased by an increase in the supply of labour⁴².

Assim, as escolas liberais traduziam a noção de salário justo em questões meramente econômicas, com o resultado da lei da oferta e da procura. Não haveria, assim, um aspecto de justiça social ou de dignidade do trabalhador e de sua família. O trabalhador e o seu patrão assumiriam a posição de vendedor e de comprador da força de trabalho, sem que fosse considerado o poder de opressão que este exercia sobre aquele. Em tal época, Molinari chegou a propor a existência de “bolsas de trabalho” que, à semelhança do mercado das bolsas de comércio, permitiriam a cotação da mão-de-obra dos trabalhadores. Pensava-se que a venda da energia de trabalho de forma coletiva nesses mercados seria mais vantajosa financeiramente do que a compra e venda isolada⁴³.

Com as ideias comunistas, Karl Marx pregava que a definição do valor do salário deveria ser regida por um limite físico, qual seja, o necessário para que os trabalhadores mantenham a sua sobrevivência, perpetuando a sua existência física, bem como um limite histórico-social, influenciado pelo padrão de vida da

⁴² SIDGWICK, Henry. **The Wages Fund Theory**. The Fortnightly Review, volume 25, July-December 1879, p. 404. Em tradução livre: O caráter e a condição das indústrias nacionais determinam a proporção que o trabalho suportará com a outra parte do capital, que não é o salário-fundo, mas o capital fixo, as matérias-primas etc. Ele admite que, uma vez que os salários possam ser maiores ou menores, enquanto a quantidade de trabalho continua a mesma, isso não é exatamente a mesma coisa que determinar a proporção de salário-fundo para o capital. Mas ele argumenta que, se a oferta de mão-de-obra, o montante total de capital e a proporção de capital que não é salário-fundo para trabalho, sejam todos os três dados, o salário-fundo e a taxa média de salários também devem ser determinados; e que sua determinação nos dá o resultado bastante notável de que não só a taxa média de salários, mas todo o dinheiro gasto em salários é diminuída por um aumento na oferta de trabalho.

⁴³ SUSSEKÜND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANA, Segadas. **Instituições de direito do trabalho**. v. 1. 22. Ed. São Paulo: Editora LTr, 2005, p. 331.

sociedade em uma determinada época. Surgem diferenciações entre os valores de salários pagos em cada país⁴⁴.

Além disso, Marx também sustentava que deveria existir uma tutela mais rigorosa da classe operária, para que lhe fosse ofertado um salário mais justo. Assim, haveria a diminuição da mais valia, ou seja, a expropriação da energia de trabalho do operário, que não era devidamente remunerada.

[...] a resistência periódica que os trabalhadores opõem à redução dos salários e suas tentativas periódicas de conseguir um aumento de salário são fenômenos inseparáveis do sistema do salariado e ditadas pelo próprio fato de o trabalho se achar equiparado às mercadorias. [...] Dizer, neste caso, que o operário não deve lutar pelo aumento proporcional do seu salário, equivale a pedir-lhe que se resigne a que se lhe pague o seu trabalho com nomes não com coisas⁴⁵.

Os católicos liberais estabeleciam o trabalho-produto como o principal fator para se buscar a justiça no salário, pregando que o único critério válido seria a equivalência econômica existente entre o valor a ser pago e a efetiva colaboração do empregado com sua energia de trabalho. Vê-se, assim, que o contrato de trabalho era entendido como um contrato de arrendamento (*“locatio operis”*) e cujo objeto era simplesmente o trabalho do empregado. Era neste ponto que havia grande influência da lei da oferta e da procura, pois as necessidades dos trabalhadores não eram consideradas prioritariamente para a fixação do valor justo do salário. O salário justo era, assim, o valor equivalente ao resultado útil que o trabalhador proporcionava ao seu patrão. Já os católicos sociais apresentavam pensamento diferente porque não consideravam apenas a utilidade do labor do trabalhador para a definição do seu salário, mas também acrescentavam as necessidades pessoais e familiares do trabalhador. Dá-se, portanto, maior força aos aspectos subjetivos da prestação de serviços, sendo a pessoa o centro que merece a atenção, e não o resultado do seu trabalho. Em tal panorama, o salário justo é aquele capaz de atender as necessidades mínimas para que o empregado e sua família tenham uma vida decente⁴⁶.

⁴⁴ **Ibidem.** p. 330.

⁴⁵ MARX, Karl. **Salário, preço e lucro**. 4. ed. São Paulo: Centauro:2002, p. 52.

⁴⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Teoria jurídica do salário**. São Paulo: LTr, 1997, p. 18-20

Em tal ponto, a Encíclica “*Rerum Novarum*”, feita pelo Papa Leão XIII em 1891, demonstra a influência deste pensamento.

Constata-se, em um primeiro momento, que o Pontífice da Igreja Católica apresentou duras críticas ao tratamento que era ofertado aos empresários por parte de seus empregadores. O Papa condena os tratamentos que se revestiam de abusividade em relação aos trabalhadores, comparando-o com o pecado, estando o empregador, portanto, sujeito a punição perante as forças maiores.

Também se verifica que havia uma preocupação com o tratamento diferenciado entre as pessoas, mormente, em relação à idade e ao sexo:

Obrigações dos operários e dos patrões

10. [...]

Quanto aos ricos e aos patrões, **não devem tratar o operário como escravo, mas respeitar nele a dignidade do homem, realçada ainda pela do Cristão.** O trabalho do corpo, pelo testemunho comum da razão e da filosofia cristã, longe de ser um objecto de vergonha, honra o homem, porque lhe fornece um nobre meio de sustentar a sua vida. O que é vergonhoso e desumano é usar dos homens como de vis instrumentos de lucro, e não os estimar senão na proporção do vigor dos seus braços. **O cristianismo, além disso, prescreve que se tenham em consideração os interesses espirituais do operário e o bem da sua alma. Aos patrões compete velar para que a isto seja dada plena satisfação, para que o operário não seja entregue à sedução e às solicitações corruptoras, que nada venha enfraquecer o espírito de família nem os hábitos de economia.** Proíbe também aos patrões que imponham aos seus subordinados um trabalho superior às suas forças ou em desarmonia com a sua idade ou o seu sexo⁴⁷.

Em prosseguimento, há tentativa da Igreja Católica de garantir os direitos sociais, imputando aos empregadores, a quem se refere como “os ricos”, o dever de inibição de atos que atentem contra o trabalhador, especialmente os pobres, que são figuras hipossuficientes na relação de trabalho.

Mas, entre os deveres principais do patrão, é necessário colocar, em primeiro lugar, o de dar a cada um o salário que convém. Certamente, para fixar a justa medida do

⁴⁷ http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html, acessado em 16/11/2016, às 19h32.

salário, há numerosos pontos de vista a considerar. Duma maneira geral, recordem-se o rico e o patrão de que explorar a pobreza e a miséria e especular com a indigência, são coisas igualmente reprovadas pelas leis divinas e humanas; que cometeria um crime de clamar vingança ao céu quem defraudasse a qualquer no preço dos seus labores: «Eis que o salário, que tendes extorquido por fraude aos vossos operários, clama contra vós: e o seu clamor subiu até aos ouvidos do Deus dos Exércitos» (Tg 5,4). Enfim, **os ricos devem precaver-se religiosamente de todo o acto violento, toda a fraude, toda a manobra usurária que seja de natureza a atentar contra a economia do pobre,** e isto mais ainda, porque este é menos apto para defender-se, e porque os seus haveres, por serem de mínima importância, revestem um carácter mais sagrado. A obediência a estas leis — pergunta-mos Nós — não bastaria, só de per si, para fazer cessar todo o antagonismo e suprimir-lhe as causas?⁴⁸

Com relação ao quantitativo de salário, o documento papal apresenta um panorama da necessidade de pagamento de salário, enquanto principal obrigação do empregador. Em um primeiro momento, entende o Papa que só haverá lesão ao trabalhador se o empregador deixar de cumprir com sua obrigação.

A compulsoriedade do pagamento de salário é sobremaneira relevante, pois, como já apontado em linhas anteriores, é ele que garante a dignidade da pessoa, sendo um instrumento fundamental para a própria existência humana.

Confira-se:

O quantitativo do salário dos operários
27. Passemos agora a outro ponto da questão e de não menor importância, que, para evitar os extremos, demanda uma definição precisa. Referimo-nos à fixação do salário. Uma vez livremente aceite o salário por uma e outra parte, assim se raciocina, o patrão cumpre todos os seus compromissos desde que o pague e não é obrigado a mais nada. Em tal hipótese, a justiça só seria lesada, se ele se recusasse a saldar a dívida ou o operário a concluir todo o seu trabalho, e a satisfazer as suas condições; e neste último caso, com exclusão de qualquer outro, é que o poder público teria que intervir para fazer valer o direito de qual quer deles.

⁴⁸ http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html, acessado em 16/11/2016, às 19h32.

Semelhante raciocínio não encontrará um juiz equitativo que consinta em o abraçar sem reserva, pois não abrange todos os lados da questão e omite um deveras importante. Trabalhar é exercer a actividade com o fim de procurar o que requerem as diversas necessidades do homem, mas principalmente a sustentação da própria vida. «Comerás o teu pão com o suor do teu rosto» (Gn 3,19)⁴⁹.

Assim, ainda dispõe:

Eis a razão por que o trabalho recebeu da natureza como que um duplo cunho: é pessoal, porque a força activa é inerente à pessoa, e porque a propriedade daquele que a exerce e a recebeu para sua utilidade; e **é necessário, porque o homem precisa da sua existência, e porque a deve conservar para obedecer às ordens incontestáveis da natureza.** Ora, se não se encarar o trabalho senão pelo seu lado pessoal, não há dúvida de que o operário pode a seu bel-prazer restringir a taxa do salário. A mesma vontade que dá o trabalho pode contentar-se com uma pequena remuneração ou mesmo não exigir nenhuma. **Mas já é outra coisa, se ao carácter de personalidade se juntar o de necessidade, que o pensamento pode abstrair, mas que na realidade não se pode separar.** Efectivamente, conservar a existência é um dever imposto a todos os homens e ao qual se não podem subtrair sem crime. Deste dever nasce necessariamente o direito de procurar as coisas necessárias à subsistência, e que o pobre as não procure senão mediante o salário do seu trabalho.

Façam, pois, o patrão e o operário todas as convenções que lhes aprouver, cheguem, inclusivamente, a acordar na cifra do salário: **acima da sua livre vontade está uma lei de justiça natural, mais elevada e mais antiga, a saber, que o salário não deve ser insuficiente para assegurar a subsistência do operário sóbrio e honrado.** Mas se, constringido pela necessidade ou forçado pelo receio dum mal maior, aceita condições duras que por outro lado lhe não seria permitido recusar, porque lhe são impostas pelo patrão ou por quem faz oferta do trabalho, então é isto sofrer uma violência contra a qual a justiça protesta.⁵⁰ (grifos nossos)

O Papa Pio XI, na Carta Encíclica “Quadragésimo Anno”, de 15/05/1931, ao comemorar os 40 anos da Encíclica “Rerum Novarum” e analisar os seus benefícios para a Igreja Católica e para a sociedade, aponta que a equação sobre o salário justo é obtida a partir de três fatores: a necessidade de

⁴⁹ http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html, acessado em 16/11/2016, às 19h32.

se obter sustento ao trabalhador e sua família, a situação econômica da empresa e as exigências do bem comum. Assim enuncia o Pontífice:

[...].

O salário não é de sua natureza injusto

E primeiramente os que dizem ser de sua natureza injusto o contrato de compra e venda do trabalho e pretendem substituí-lo por um contrato de sociedade, dizem um absurdo e caluniam malignamente o Nosso Predecessor que na encíclica « [Rerum novarum](#) » não só admite a legitimidade do salário, mas se difunde em regulá-lo segundo as leis da justiça.

[...].

O justo valor da paga deve ser avaliado não por um, senão por vários princípios, como sabiamente dizia Leão XIII por estas palavras : “para determinar equitativamente o salário devem ter-se em vista várias considerações”. (45)

[...].

Carácter individual e social do trabalho

Como o domínio, assim também o trabalho, sobretudo o contratado, deve considerar-se não só relativamente aos indivíduos, mas também em função da sociedade. A razão é clara. Se a sociedade não forma realmente um corpo organizado, se a ordem social e jurídica não protege o exercício da actividade, se as várias artes, dependentes como são entre si, não trabalham de concerto e não se ajudam mutuamente, se enfim e mais ainda, não se associam e colaboram juntos a inteligência, o capital, e o trabalho, não pode a actividade humana produzir fruto: logo não pode ela ser com justiça avaliada nem remunerada equitativamente, se não se tem em conta a sua natureza social e individual.⁵¹

Prosseguindo em sua “Quadragesimo Anno”, Pio XI defende que a remuneração deve permitir o sustento do trabalhador e de sua família, ressaltando, desde então, que jamais se poderia admitir o trabalho infantil e acrescentando que a mulher deve se dedicar aos trabalhos domésticos. Em tal linha o primeiro pilar do justo salário é que o pai de família possa sustentar toda a casa, inclusive com as necessidades extraordinárias e imprevistas. O segundo pilar também externa preocupação com a situação da empresa, uma vez que o pagamento dos salários não pode impedir que o empresário aufera lucros, pois patrões e empregados devem se unir para vencer dificuldades e obstáculos. Por

⁵⁰ http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html, acessado em 16/11/2016, às 19h32.

fim, as exigências do bem comum também assumem grande relevância, pois o valor dos salários deve proporcionar o bem da economia pública, ponto em que se externa preocupação com a interferência do valor do salário na oferta de trabalho para toda a classe operária, pois a justiça social não é atingida com altos valores, mas sim com o pagamento dos salários para todos.

Já na Encíclica “Mater et Magistra”, de 15/05/1961, João XXIII aclara e amplia os ensinamentos da “Rerum Novarum”. Ao tratar da Remuneração do Trabalho, o Pontífice constata a existência de grande quantidade de trabalhadores que não conseguem ganhar o mínimo para a sua existência, o que reforça as profundas diferenças econômicas e sociais.

Do mesmo modo com que mantém a necessidade de se respeitar os três critérios propostos por Pio XI, João XXIII esclarece que a sua aplicação deve atender a riqueza disponível, o que pode variar na quantidade e na qualidade em cada nação e até mesmo de uma época para outra dentro de uma mesma nação. É por isso que, ele, o progresso social deve acompanhar o progresso econômica, para que o desequilíbrio social não aumente. Com efeito, destaca que a finalidade da economia nacional não é apenas a distribuição dos bens, mas sim a melhoria do estado pessoal dos indivíduos que integram a sociedade, devendo haver maior ganho por parte dos trabalhadores quando as empresas conseguirem aumentar rápida e consideravelmente sua capacidade. Por fim, é importante ressaltar que, no cenário de economia em expansão da época, João XXIII detalhou o que a doutrina social católica entende por bem comum, como necessário para se harmonizar a remuneração do trabalho e o rendimento:

79. Devem considerar-se exigências do bem comum no plano nacional: dar emprego ao maior número possível de trabalhadores; evitar que se constituam categorias privilegiadas, mesmo entre trabalhadores; manter uma justa proporção entre salários e preços; tornar acessíveis bens e serviços de interesse geral ao maior número de cidadãos; eliminar ou reduzir os desequilíbrios entre os setores da agricultura, da indústria e dos serviços; realizar o equilíbrio entre a expansão econômica e o desenvolvimento dos serviços públicos essenciais; adaptar, na medida do possível, as estruturas produtivas aos progressos das ciências e das técnicas; moderar o teor de vida já melhorado

⁵¹ https://w2.vatican.va/content/pius-xi/pt/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragésimo-anno.html, acessado em 16/11/2016, às 21h13.

da geração presente, tendo a intenção de preparar um porvir melhor as gerações futuras.

80. São exigências do bem comum no plano mundial: evitar qualquer forma de concorrência desleal entre as economias dos vários países; favorecer a colaboração entre as economias nacionais por meio de convênios eficazes; cooperar para o desenvolvimento econômico dos países menos prósperos.

81. É claro que estas exigências do bem comum, nacional ou mundial, também se devem ter presentes quando se trata de fixar as partes de rendimento que se hão de entregar, sob forma de ganhos, aos responsáveis pela direção das empresas; e, sob forma de juros ou dividendos, aos que forneceram os capitais.⁵²

A partir da análise das encíclicas, Arnaldo Sussekünd conclui que o justo salário exige que o empregado também seja destinatário das riquezas produzidas pela empresa. Arremata que, nos países em que houver intervenção estatal para a fixação e revisão dos salários, devem os seus sistemas buscar a justiça social e o salário justo. Por outro lado, se não houver a atuação do Estado, tal atribuição cabe aos sindicatos, que também podem atuar em complementação à intervenção estatal, onde ela existir, por meio de negociação coletiva e outros mecanismos.⁵³

Não há confundir, contudo, o salário justo com o salário vital, cujo objetivo é apenas satisfazer as necessidades básicas do trabalhador, que lhe concedem dignidade. O salário vital tem, portanto, intrínseca ligação com o salário mínimo a ser pago ao empregado, que pode também se apresentar como o salário profissional. De fato, “O fim do salário justo é alcançar um valor de retribuição do trabalho capaz de proporcionar ao trabalhador exatamente aquilo que merece em virtude do trabalho prestado. O objetivo do salário vital está em garantir ao ser humano o mínimo de que tem necessidade para sobreviver”.⁵⁴

Da mesma forma, a expressão salário justo também não é sinônima de salário suficiente. Este traduz a ideia de retribuição que deve satisfazer não somente as necessidades básicas, mas também as suas necessidades

⁵² https://w2.vatican.va/content/john-xxiii/pt/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater.html, acessado em 16/11/2016, às 21h37.

⁵³ SUSSEKÜND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANA, Segadas. **Instituições de direito do trabalho**. v. 1. 22. Ed. São Paulo: Editora LTr, 2005, p. 334.

⁵⁴ NASCIMENTO, **Teoria jurídica do salário**. São Paulo: LTr, 1997, p. 30.

relevantes. Apesar de não se cogitar de o trabalhador buscar o Poder Judiciário para postular diferenças salariais para se atingir o montante de um salário suficiente, existe um direito de reivindicação sindical da categoria, dando mostras que o salário suficiente tem carga de princípio socioeconômico e jurídico⁵⁵. O ponto nodal da diferença é que o salário justo corresponde ao salário merecido pelo empregado em decorrência do labor, o que não necessariamente cobre as suas despesas relevantes.

1.4 CONCEITO LEGAL DE SALÁRIO, REMUNERAÇÃO E RETRIBUIÇÃO

A onerosidade, enquanto requisito da relação empregatícia, exige a intenção de se pagar uma contraprestação pelo trabalho prestado, remunerando a energia de trabalho, gasta por parte do empregado em benefício do empregador.⁵⁶

Segundo Maurício Godinho Delgado, salário é “o conjunto de parcelas contraprestativas pagas pelo empregador ao empregado em função do contrato de trabalho”.⁵⁷ Trata-se de conceito que não foge à clássica acepção de José Martins Catharino, segundo quem o salário é a “contraprestação definida a quem põe seu esforço pessoal à disposição de outrem em virtude do vínculo jurídico de trabalho, contratual ou instituído”.⁵⁸ É o meio de subsistência do empregado, sendo obrigatório na relação empregatícia.

Sendo o valor do trabalho apenas uma expressão irracional que se dá ao valor da força de trabalho, daí resulta necessariamente que o valor do trabalho tem que ser sempre menor que o valor que produz, pois o capitalista põe a força de trabalho a funcionar por tempo mais longo que o necessário à reprodução de seu próprio valor. Compreende-se, assim, a importância decisiva da metamorfose do valor e do preço da força de trabalho em salário ou em valor e preço do próprio trabalho. Nessa forma aparente,

⁵⁵ **Ibidem**, p. 32.

⁵⁶ Para a presente afirmação, não se considera as hipótese de trabalho análogo ao escravo, tendo em vista que, neste, não há sequer manifestação de vontade por parte do trabalhador. Assim, por ser vítima do ato criminoso do tomador do serviço, ainda que seja direito do empregado o reconhecimento de todos os seus direitos trabalhistas, não houve intenção de sua parte de prestar o trabalho em decorrência de uma contraprestação.

⁵⁷ **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: Editora LTr, 2013. p. 713

⁵⁸ **Tratado jurídico do salário**. São Paulo: LTr, 1997. p. 90.

que torna invisível a verdadeira relação e ostenta o oposto dela, repousam todas as noções jurídicas do assalariado e do capitalista, todas as mistificações do modo capitalista de produção, todas as suas ilusões de liberdade, todos os embustes apoloéticos da economia vulgar⁵⁹.

É importante constatar que o salário não é o montante pago apenas pelo efetivo trabalho do empregado, mas também é aquele devido nas hipóteses de tempo à disposição ou quando a lei assim o determinar, a exemplo dos casos de interrupção do contrato de trabalho. Trata-se da “contraprestação da disponibilidade” prevista também no art. 4º da CLT.⁶⁰

Portanto, em sentido estrito, o salário é o valor pago quando o empregado efetivamente trabalha em benefício do empregador ou nas hipóteses de tempo à disposição. Já em sentido lato, o salário é o valor devido quando o empregado está inapto ou impedido de trabalhar, assim como quando a lei assegura o pagamento e faculta o labor.

O art. 457 da CLT demonstra a existência de distinção legal entre salário e remuneração. Segundo o “caput” do dispositivo, “Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber”. Não há, entretanto, definição legal do termo remuneração, razão pela qual três correntes surgiram na doutrina.

A primeira delas aponta que os termos salário e remuneração são sinônimos. A justificativa de que ambos têm natureza salarial não foi suficiente para que tal teoria fosse adotada pela doutrina majoritária, apesar de que, na praxe trabalhista, muitas pessoas usam os termos como equivalentes.

Uma segunda corrente denota que a remuneração seria um gênero que engloba todas as parcelas, recebidas pelo trabalhador, em virtude do contrato de trabalho, ainda que não seja pela efetiva prestação de serviço. O salário seria, assim, uma espécie nele inserido, a mais importante delas, abarcando apenas as parcelas que são pagas diretamente pelo empregador.

⁵⁹ MARX, Karl. **O Processo de produção do capital**. In: O Capital: crítica da economia política. 22.ed. Tradução: Reginaldo Sant’na.: Rio de Janeiro: Civilização, 2008. Livro Primeiro, Vol. II, p. 620.

Por fim, uma terceira corrente aponta que a redação do art. 457 da CLT tem o objetivo de inserir o valor pago a título de gorjetas dentro da base de cálculo do salário do empregado. Com efeito, a interpretação do art. 76 da CLT demonstra que a legislação definiu salário como sendo parcela paga pelo empregador.

No mesmo sentido leciona Godinho Delgado: “Em síntese, tratou-se de mero artifício legal seguido pelo caput do art. 457 da CLT, para permitir, sem perda de consistência da definição de salário feita pela lei, que as gorjetas incorporassem a base de cálculo salarial mensal”.

É de se observar, contudo, que a aplicação literal deste entendimento faria com que as gorjetas fossem inseridas na base de cálculo de uma vasta gama de parcelas pagas ao empregado pelo empregador, todas calculadas com base no salário.

Em razão disto, surge a teoria que prevalece até hoje de que o termo salário alcança todas as parcelas pagas pelo empregador, enquanto que a remuneração engloba também as gorjetas, que são pagas aos empregados por terceiros. Com isso, as gorjetas geram reflexos apenas sobre as verbas calculadas sobre a remuneração tais como férias, 13º salário, FGTS e contribuições previdenciárias e fiscais, diretriz esta contida na Súmula 354 do TST. As verbas cuja lei impõe o salário como base de cálculo não sofreriam, portanto, reflexos do pagamento das gorjetas.

Ocorre que, como bem assinala Maurício Godinho Delgado, em entendimento com o qual concordamos, essa interpretação restritiva, que teve o único objetivo de reduzir a carga de incidências trabalhistas ao empregador, acaba por permitir uma interpretação mais elástica. Isso porque, no conceito de remuneração, ficariam incluídas não apenas as gorjetas, mas sim todas as parcelas que são pagas por terceiros.⁶¹

⁶⁰ SUSSEKÜND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANA, Segadas. **Instituições de direito do trabalho**. v. 1. 22. Ed. São Paulo: Editora LTr, 2005, p. 347-8.

⁶¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 716-7.

Como exemplos, temos as gueltas, que são valores pagos diretamente ao empregado pelo fabricante de determinado produto para estimular a sua comercialização.

REMUNERAÇÃO. BONIFICAÇÕES CONCEDIDAS POR TERCEIROS EM VIRTUDE DO CONTRATO DE TRABALHO. “GUELTAS”. NATUREZA JURÍDICA. SÚMULA Nº 354/TST. GORJETAS. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA.

1. A exemplo das gorjetas ofertadas por clientes, as “bonificações” pagas por laboratórios, a título de “incentivo” pelo desempenho nas vendas, a empregada de empresa atacadista de produtos farmacêuticos e afins — as denominadas “gueltas” — decorrem diretamente do contrato de trabalho. Aludida parcela integra a remuneração da empregada para todos os efeitos legais. Aplicação, por analogia, da Súmula nº 354 do TST e do artigo 457, § 3º, da CLT. 2. Por força do contrato de trabalho, o empregador possibilita ao empregado auferir “bonificações” ou “prêmios” dos laboratórios cujos produtos sejam comercializados em maior quantidade. 3. O empregador atacadista igualmente se beneficia diretamente com o incremento nas vendas de produtos de determinado fornecedor. As “bonificações” percebidas por seus empregados, conquanto efetuadas por terceiros, repercutem diretamente no lucro do empreendimento e constituem verdadeiro atrativo à admissão de novos empregados. 4. Embargos não conhecidos. (TST, SBD11, E-RR 224400-06.2007.5.02.0055, rel. Min. João Oreste Dalazen, DEJT 30/05/2014)

A par da clássica distinção entre salário e remuneração aceita pela doutrina majoritária, é imprescindível citar a classificação de José Augusto Rodrigues, que muito bem define retribuição como sendo

Tudo que o empregado receber, em razão da existência do *contrato individual de emprego* ou da efetiva prestação do trabalho. Esses fragmentos, entretanto, apresentam diversificação imediata da *fonte* e da *motivação* do pagamento, urgindo, portanto, classificá-los por um critério de diferenciação, conforme digam respeito, estritamente, à contraprestação obrigacional de trabalho amplamente considerada e, até ao ressarcimento de danos ou despesas que a própria prestação impõe ao empregado.⁶²

⁶² **Tratado de direito material do trabalho.** São Paulo: LTr, 2007. p. 328.

O gênero “retribuição” se subdividiria em três distintas espécies, quais sejam, o salário, a remuneração e a retribuição indenizada. Assim como nas definições anteriormente mencionadas, o salário refere-se aos valores pagos diretamente pelo empregador em razão da prestação de serviços ou da simples disponibilidade de energia para ser utilizada pelo empregador. A remuneração, por sua vez, abrange o conjunto de pagamentos feitos pelo empregador e por terceiros, escapando, portanto, de ser uma obrigação contratual, mas sempre se relacionando a um prévio contrato de trabalho. Por fim, a retribuição indenizada diz respeito ao salário ou a remuneração com o acréscimo de um valor adicional para ressarcir o empregado dos danos efetivamente sofridos ou dos riscos de sofrê-los em decorrência da exposição a condições pessoalmente desfavoráveis. Como exemplo, há o pagamento de adicional de horas extras pelo trabalho em excesso de jornada. Não há confundir, contudo, a retribuição indenizada com o reembolso de despesas, pois este último demanda especificamente um gasto do empregado a ser indenizado pelo empregador.⁶³

Conclui, portanto, o doutrinador baiano que

*o salário, em sua indisponibilidade, forma o núcleo ou centro da retribuição, enquanto a remuneração e as indenizações gravitam em seu redor, formando círculos concêntricos, dos quais o da remuneração é o mais próximo. Tais círculos podem surgir e desaparecer ao sabor da efetiva prestação do trabalho e das peculiaridades que assumir.*⁶⁴

Vê-se, assim, que apenas o salário, enquanto núcleo da retribuição, é que goza da garantia da irredutibilidade.

1.5 ELEMENTOS CARACTERIZADORES DO SALÁRIO

Uma vez definido o salário, serão analisados os elementos que os caracterizam. Com efeito, a importância de se definir tal premissa reside no fato de que, a partir do momento em que tais elementos estão presentes, a verba tem natureza salarial e, assim, se encontra no âmbito do presente estudo. Acrescente-

⁶³ **Ibidem**, p. 329-330.

⁶⁴ **Ibidem**, p. 330.

se que, para a fixação do salário, é necessário perquirir se o pagamento integra o salário base ou se enquadra em uma gratificação ou adicional.

A doutrina pátria não é uníssona quanto ao rol dos elementos caracterizadores do salário, porém, para a presente tese, serão abordados os principais caracteres por ela apontados.

1.5.1 A alimentariedade

Pelo caráter alimentar, o salário tem o objetivo de prover o sustento do trabalhador e de sua família, sendo o traço que mais demonstra o papel socioeconômico do salário. Em sendo o alimento do trabalhador, é a causa principal da contratação com o empregador, gerando, assim, expectativa do empregado com relação ao valor do salário. Ademais, é exatamente em função da alimentariedade que o salário tem força atrativa com relação às demais verbas de retribuição pela força de trabalho.⁶⁵

Indo além:

O salário tem natureza alimentar, pois essencial para o trabalhador sobreviver. Na verdade, o salário não tem apenas natureza alimentar, mas também atinge outros fins, como habitação, higiene, transporte e educação. Sob outro aspecto, pode o trabalhador receber salário e não depender dele para sobreviver⁶⁶.

Infelizmente, nem sempre o valor supre o mínimo básico necessário para a sobrevivência do núcleo familiar, porém fato é que este configura o objetivo do pagamento.

Pondere-se que a alimentariedade é característica do salário, independentemente da importância paga, uma vez que não existe qualquer limitação na ordem jurídica. “A configuração hoje deferida à figura é unitária, não importando, assim, o fato de ser (ou não), na prática, efetivamente dirigida, em

⁶⁵ RODRIGUES PINTO, José Augusto. **Tratado de direito material do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007, p. 339.

⁶⁶ CASSAR, Vólja Bomfim. **Direito do trabalho**. 11.^a ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 750.

sua totalidade ou fração mais relevante, às necessidades estritamente pessoais do trabalhador e sua família.”⁶⁷

1.5.2 A forfetariedade

O caráter forfetário aponta que o salário é devido a partir do momento em que o trabalho é prestado, independentemente da situação financeira do empregador. O termo tem origem no substantivo francês “*forfait*”.

De fato, tal característica é ligada à alteridade, pela qual é o empregador que corre o risco do negócio, o que demonstra ser o pagamento do salário obrigação absoluta do empregador.⁶⁸ Portanto, não se pode admitir que, em razão da má situação financeira do empregador, o empregado deixe de receber seu salário após ter despendido sua energia de trabalho em benefício daquele.

Não há, portanto, aleatoriedade no pagamento do salário, o que faz este se diferenciar da retribuição do empreiteiro ou do lucro do sócio.⁶⁹

Magano refere-se à determinação, como sendo “a possibilidade de saber o trabalhador, através de critérios objetivos, o valor do seu ganho”. Lembra o autor, inclusive, que o art. 1º da Convenção 95 da OIT traz a possibilidade de avaliação dos ganhos em espécie como parte do conceito de salário. E traz, por fim, a conclusão de que, pela determinação, o pagamento da remuneração não depende da ocorrência de fatos aleatórios como a realização de espetáculo de cuja montagem o trabalhador efetivamente participou.⁷⁰

1.5.3 A comutatividade

Por fim, o caráter comutativo ou sinalagmático do salário demanda que o seu pagamento seja a contrapartida para a prestação de serviços. A

⁶⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 740.

⁶⁸ **Ibidem**. p. 740.

⁶⁹ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. **Curso de direito do trabalho**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 228.

comutatividade se traduz, assim, pelo prévio conhecimento do valor da contraprestação por parte dos sujeitos do contrato.

Em posicionamento com o qual concordamos, Magano refere-se ao presente elemento caracterizador como correlatividade⁷¹, apontando que os sujeitos da relação de emprego devem ter a possibilidade de avaliar a equivalência entre a prestação de trabalho e a contraprestação salarial. Aponta, ainda, que não há falar em correspectividade absoluta entre trabalho e salário, pois este também é pago em períodos em que não há efetiva prestação de serviços (art. 4º da CLT), daí porque a comutatividade se reflete na avaliação subjetiva da equivalência das prestações das partes.⁷²

Em sentido contrário, Orlando Gomes e Elson Gottschalk defendem que, tecnicamente, salário é apenas a contraprestação pelo trabalho prestado. Sustentam que as situações de pagamentos de valores sem a devida contraprestação, o que ocorre, por exemplo, quando se está doente, em férias ou no dia do repouso, não configuram pagamento de salário, e sim “indenização que a lei exige do empregador ou uma prestação assistencial de natureza também diversa. A importância prática resultante desse entendimento está vinculada ao próprio risco do trabalho. Também sobre ela não incidem os fracionamentos de décimo terceiro e de férias”. Aliás, por entender que tais pagamentos não correspondem tecnicamente ao salário é que os autores acrescentam mais um caractere do salário, qual seja, a sua persistência em situações em que não há trabalho.⁷³

Sem embargo, os autores reconhecem a existência de uma terceira corrente doutrinária, atualmente superada, que analisa a natureza dos pagamentos em casos de suspensão e interrupção do contrato de trabalho a depender de serem eles dependentes das vontades das partes. Em tal linha, se a interrupção ou suspensão for fortuita, imprevista ou imprevisível, haveria uma indenização de caráter previdencial ou assistencial, não existindo, assim, o

⁷⁰ MAGANO, Octávio Bueno. **Manual de direito do trabalho**. v. 2. São Paulo: Editora LTr, 1.981. p. 177.

⁷¹ O termo “correlatividade” foi utilizado pelo autor a partir da 3ª edição de sua obra (**Manual de direito do trabalho**. v. 2. 3. ed. São Paulo: Editora LTr, 1.992, p. 220). Antes, Magano usava a expressão correspectividade.

⁷² **Ibidem**, p. 221.

⁷³ **Curso de direito do trabalho**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 226-7 e 230.

princípio da correlatividade entre o trabalho prestado e o pagamento feito ao empregado. Por outro lado, nos eventos previsíveis, como férias, 13º mês de salário e repouso semanais remunerados, a hipótese seria de pagamento de salário diferido, que seria descontado de outras prestações salariais que foram pagas ao longo do mês, da semana ou do ano. Segundo tal pensamento, o que existiria, em verdade, seria uma prelevação ou retenção prévia do salário. O pagamento não seria decorrente do repouso, mas sim do trabalho já prestado, sendo apenas pago à época do repouso. Conclui, dessa forma, “que existe uma correlatividade genérica e mediata na qual a interdependência com a prestação de trabalho, embora existindo, não é, entretanto, evidente”.⁷⁴

Houve, contudo, contraponto a tal pensamento uma vez que a previsibilidade é relativa. Como exemplo, apesar de as férias serem previamente definidas pelo empregador, não é certo se o empregado terá efetivamente trabalhado ininterruptamente pelos 12 meses, bem como haverá perda do direito às férias em decorrência de faltas injustificadas. Assim, seria incerta a diminuição abstrata do salário atual e a retenção salarial para o pagamento da verba.⁷⁵

Maurício Godinho Delgado entende não ser o sinalagma um caractere do salário. Segundo o autor, ele existe apenas no contrato de emprego em seu conjunto, porém não no cotejo de prestação e contraprestação. Sustenta que o fato de o pagamento do salário ser decisivo para aceitar a relação de emprego não o torna caractere do salário, mas sim a causa de contratar. Por fim, aponta que a tendência do direito do trabalho é oposta à comutatividade, em decorrência dos períodos de interrupção e suspensão do contrato de trabalho.⁷⁶

⁷⁴ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. **Curso de direito do trabalho**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 227-8.

⁷⁵ **Ibidem**, p. 228.

⁷⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 742-3.

1.5.4 A proporcionalidade com a natureza da prestação

Uma vez estabelecida a premissa da existência de um sinalagma entre o trabalho e o salário, “o salário deve ser fixado proporcionalmente à natureza, à quantidade e à qualidade do trabalho prestado”⁷⁷

Vale ponderar que a Constituição traz claramente a necessidade da proporcionalidade entre o salário e a complexidade do trabalho no art. 7º, V. Conquanto o inciso diga respeito expressamente ao piso salarial, é inegável que tal característica do salário também deve estar presente em todos os casos.

Para Godinho, a equivalência econômica só pode ser considerada como um elemento do salário “caso se adotasse o procedimento de se considerar verificável a comutatividade pelo contraponto do conjunto do contrato e não parcela a parcela (como tradicionalmente se argumenta quanto ao sinalagma)”. Afasta, contudo, a equivalência como caractere, uma vez que, se essa equivalência realmente existisse, não haveria lucro por parte do empregador. Ainda que se entenda a equivalência como meramente jurídica, e não econômica, tal raciocínio retiraria a substância do próprio significado de comutatividade.⁷⁸

Contudo, é de se notar que a proporcionalidade traz em si um aspecto subjetivo da comutatividade, uma vez que compete aos sujeitos da relação empregatícia avaliar se o valor acordado a título de salário é condizente com a força de trabalho que será despendida.

De fato, ao comentar sobre a correspectividade, Magano alerta que, apesar da influência de critérios objetivos, são as partes envolvidas que melhor devem avaliar as suas necessidades para concluir que o valor do salário é equitativo com relação ao trabalho prestado.⁷⁹

⁷⁷ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. **Curso de direito do trabalho**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 229.

⁷⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 743.

⁷⁹ MAGANO, Octavio Bueno. MAGANO, Octávio Bueno. **Manual de direito do trabalho**. v. 2. São Paulo: Editora LTr, 1.981, p. 178. Segundo o autor, a correspectividade é a possibilidade de os sujeitos da relação de emprego avaliarem, com antecipação, a equivalência das suas prestações.

1.5.5 A habitualidade

A habitualidade é mais um dos elementos que caracterizam o salário e “Apresenta-se, em verdade, como corolário do fato de ser o contrato de trabalho de trato sucessivo.”⁸⁰

Em tal norte, apenas quando o pagamento tiver repetitividade no tempo é que se pode reconhecer a sua natureza salarial. O pagamento não habitual da parcela lhe dá a natureza indenizatória.

A determinação da habitualidade como elemento caracterizador do salário também tem previsão no art. 458 da CLT, que aponta que “Além do pagamento em dinheiro, compreende-se no salário, para todos os efeitos legais, a alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações “in natura” que a empresa, por força do contrato ou do costume, *fornecer habitualmente ao empregado*” (grifo nosso). Conquanto a redação tenha sido alterada pelo Decreto-lei n. 229/67, a habitualidade já tinha previsão na redação original do dispositivo.

Ensina José Augusto Rodrigues Pinto que a sucessividade impõe que o salário seja devido em prestações sucessivas, característica esta que decorre do fato de o contrato de trabalho em si ser de trato sucessivo.⁸¹

Godinho também aponta a persistência ou continuidade como um dos elementos caracterizados do salário, reiterando que a alteridade e o caráter forfetário do salário exigem do empregador a continuidade no pagamento do salário, mesmo em situações em que o Direito Civil desobrigaria o contratante. Para o direito trabalhista, o pagamento do salário deve ser feito, mesmo em casos de força maior.⁸²

No mesmo sentido é a jurisprudência do TST, por meio da Súmula 24 (“Insere-se no cálculo da indenização por antigüidade o salário relativo a serviço extraordinário, desde que habitualmente prestado”), Súmula 45 (“A remuneração do serviço suplementar, habitualmente prestado, integra o cálculo da gratificação

⁸⁰ MAGANO, Octávio Bueno. **Manual de direito do trabalho**. v. 2. São Paulo: Editora LTr, 1.981, p. 177.

⁸¹ PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de direito material do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007, p. 341.

⁸² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 741.

natalina prevista na Lei nº 4.090, de 13.07.1962.”), Súmula 60, I (“O adicional noturno, pago com habitualidade, integra o salário do empregado para todos os efeitos”), Súmula 376, I (“O valor das horas extras habitualmente prestadas integra o cálculo dos haveres trabalhistas, independentemente da limitação prevista no "caput" do art. 59 da CLT”), bem como pela Orientação Jurisprudencial n. 413 da SDI-1 (“A pactuação em norma coletiva conferindo caráter indenizatório à verba “auxílio-alimentação” ou a adesão posterior do empregador ao Programa de Alimentação do Trabalhador — PAT — não altera a natureza salarial da parcela, instituída anteriormente, para aqueles empregados que, habitualmente, já percebiam o benefício, a teor das Súmulas nos 51, I, e 241 do TST.”).

Na mesma linha também é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por meio das Súmulas 209 (“O salário-produção, como outras modalidades de salário-prêmio, é devido, desde que verificada a condição a que estiver subordinado, e não pode ser suprimido unilateralmente, pelo empregador, quando pago com habitualidade”) e 459 (“No cálculo da indenização por despedida injusta, incluem-se os adicionais, ou gratificações, que, pela habitualidade, se tenham incorporado ao salário”).

1.5.6 A periodicidade

Já a periodicidade é carectere do salário que delimita a obrigatoriedade de ele ser pago dentro de um determinado período de tempo.

No campo internacional, o art. 12, I, da Convenção 95 da OIT, de 1948, referente à proteção salarial, aponta que

O salário será pago em intervalos regulares. A menos que haja outras combinações satisfatórias que assegurem o pagamento do salário com intervalos regulares, os intervalos nos quais o salário deve ser pago serão prescritos pela legislação nacional ou fixados por convenção coletiva ou sentença arbitral.

Com efeito, o pagamento intervalado significa exatamente a configuração da periodicidade.

Em nosso ordenamento jurídico, o art. 459 da CLT impõe regra de que a periodicidade máxima do pagamento de salário é mensal, excetuando apenas o recebimento de comissões, gratificações e percentagens, que podem ser pagas a cada 3 meses (art. 4º, parágrafo único, da Lei n. 3.207/57).

1.5.7 A suficiência

Tem o salário a característica da suficiência, pois ele deve atender as necessidades básicas do trabalhador e de sua família. O art. 7º, IV, da Constituição denota a suficiência ao apontar que o salário mínimo deve “capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”.

Conquanto se trate da definição de salário mínimo, é inegável que a suficiência também deve estar presentes em todos os valores de salário pactuados nas relações de emprego, ainda que em patamares superiores ao mínimo.⁸³

Vê-se, portanto, que a Constituição tenta equiparar o salário vital com o salário suficiente, o que não ocorre na prática.

A previsão constitucional não cria direito subjetivo do empregado a que ele, efetivamente, tenha que receber um salário suficiente para o seu sustento e de sua família. Pensar o contrário permitiria ao empregado ajuizar ação trabalhista reclamando aumento do salário expressamente pactuado com o empregador, por violação à suficiência do salário. Aliás, é exatamente por tal motivo que Godinho afasta a suficiência como caractere do salário.⁸⁴

⁸³ MAGANO, Octávio Bueno. **Manual de direito do trabalho**. v. 2. São Paulo: Editora LTr, 1.981, p. 179.

⁸⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 744-5.

1.5.8 A irredutibilidade

O valor fixado como salário é irredutível, não se admitindo que o empregador pactue com o empregado a diminuição do valor ajustado. Trata-se de uma proteção do salário em face do empregador.

A Constituição de 1988, em seu art. 7º, inciso VI, garante a irredutibilidade como direito fundamental do trabalhador. Dessa forma, tem ele eficácia horizontal nas relações de trabalho, o que exige que sejam eles respeitados nas relações privadas. De fato, devem os direitos fundamentais irradiar a sua eficácia nas relações estatais e também naquelas entabuladas entre os particulares.⁸⁵

Júlio Ricardo de Paula Amaral ainda assinala que o caso é de eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais trabalhistas do art. 7º da Constituição, incluído o direito à irredutibilidade salarial. De fato, aponta o autor que a conclusão decorre da intangibilidade do conteúdo essencial dos direitos fundamentais trabalhistas, e da patente desigualdade entre os sujeitos da relação de emprego, podendo o empregador afrontar e violar a liberdade, a privacidade e a dignidade dos trabalhadores ao fazer uso inadequado de seus direitos e de suas faculdades legais.⁸⁶

Quanto ao ponto, ensina Renato Rúa de Almeida que:

⁸⁵ A maior diferença entre a eficácia vertical e horizontal é que, com relação aos particulares, haveria apenas a eficácia negativa dos direitos fundamentais, ao contrário do que ocorre com o Estado, em que se pode exigir uma prestação de cumprimento dos direitos. A propósito, Ingo Wolfgang Sarlet assinala que “o problema poder-se-á considerar parcialmente resolvido no caso dos direitos fundamentais que, em virtude de sua formulação, se dirigem (ao menos também) diretamente aos particulares [...]. Tal ocorre também com diversos dos direitos sociais, de modo especial no que diz com os direitos dos trabalhadores que têm por destinatário os empregadores, em regra, particulares. Em todas as hipóteses referidas, não há, na verdade, questionar uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais” (**A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009. p. 376-377).

⁸⁶ AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2007. p. 89. Segundo o autor, a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais teve sua origem na Alemanha, nos anos 50. Percebeu-se que alguns grupos que exerciam influência na sociedade tinham poder suficiente para vulnerar os direitos fundamentais. Com isso, passou-se a entender que, mesmo que não exista lei regulamentadora, os direitos fundamentais previstos na norma constitucional irradiavam efeitos, inclusive *erga omnes*, contra o Estado e contra os particulares (**ibidem**. p. 69).

Os que defendem a eficácia imediata e direta ressaltam a necessidade da proteção do princípio da dignidade da pessoa humana na base dos direitos fundamentais consagrado no texto constitucional brasileiro no art. 1º, inciso III, como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, mas, reconhecendo, ao mesmo tempo, que não constituem princípios de aplicação absoluta, mas que devem ser sopesados face à uma possível colisão com outros valores constitucionais pela aplicação do princípio da proporcionalidade e de seus sub-princípios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade propriamente dita, ou da razoabilidade.

Os que defendem a eficácia mediata e indireta dos direitos fundamentais entendem que deve ser preservada a liberdade nas relações privadas, além de ressaltarem a importância da intermediação do poder legislativo na regulamentação dos direitos constitucionais, evitando-se o risco de uma exacerbação de poderes do judiciário.

No entanto, admitem que, com a constitucionalização do direito privado, devem ser utilizadas as cláusulas gerais da boa-fé objetiva e seus direitos anexos, da função social do contrato, e, mesmo da teoria da empresa, para a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas.⁸⁷

Conquanto seja a irredutibilidade direito fundamental, o próprio texto constitucional permite a sua limitação, ao permitir a possibilidade de redução salarial por meio de negociação coletiva.

Não há falar em invalidade de tal restrição, uma vez que os direitos fundamentais não são absolutos e, com isso, podem sofrer limitações. Aliás, a Constituição da República Portuguesa dispõe expressamente sobre a medida da proteção e da limitação dos direitos fundamentais.⁸⁸ Na mesma linha, o art. 29 da Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas também prevê a limitação dos direitos fundamentais.⁸⁹

⁸⁷ Eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho. **Revista LTr**. São Paulo. a. 76, t. I., n. 6, p. 647-650, jun. 2012. p. 648.

⁸⁸ Artigo 18º - (Força jurídica) 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

⁸⁹ Toda pessoa tem deveres com a comunidade, posto que somente nela pode-se desenvolver livre e plenamente a sua personalidade. No exercício dos seus direitos e no desfrute de suas liberdades, todas as pessoas estarão sujeitas às limitações estabelecidas pela lei com a única finalidade de assegurar o respeito dos direitos e liberdades dos demais, e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, a restrição só se justifica se objetivar garantir outros bens e direitos fundamentais, que também devem estar previstos em norma constitucional. Assim, se o bem protegido não estiver previsto em plano constitucional, não há sequer falar em aplicação do princípio da proporcionalidade.⁹⁰

No caso em análise, a possibilidade de restrição ao direito fundamental à irredutibilidade salarial se justifica porque a necessidade de previsão de diminuição do salário por meio de convenção ou acordo coletivo decorre da necessidade de reduzir custos da empresa quando ela estiver em situação financeira delicada, tudo com o objetivo de se evitar dispensas coletivas e garantir a manutenção do emprego. Garante-se, assim, a proteção ao emprego, bem como a função social da empresa.

Parte da doutrina defende que existe invariabilidade sob aspecto do salário real, porém não do salário nominal. A justificativa é de que este deve ser reajustado de maneira a manter o poder de compra e o custo de vida do empregado⁹¹. Entretanto, razão está com José Augusto Rodrigues Pinto, para quem não se pode confundir a irredutibilidade com a imutabilidade do salário. Isso porque a imutabilidade “consagraria a impossibilidade de variá-lo para mais, subvertendo toda a índole protetora do Direito Individual do Trabalho”.⁹² Com efeito, se o salário real fosse invariável, não se poderia admitir um aumento salarial além da reposição da inflação do período.

Vale ponderar, contudo, que a irredutibilidade diz respeito apenas ao valor nominal do salário, ou seja, ao montante pactuado em moeda nacional. Nada impede, assim, que a inflação ou a oscilação da economia venham a reduzir o valor real do salário, representado pelo poder de compra que ele oferece.

Estes direitos e liberdades não podem, em nenhum caso, serem exercidos em oposição com os propósitos e princípios das Nações Unidas. Nada na presente Declaração poderá ser interpretado no sentido de conferir direito algum ao Estado, a um grupo ou uma pessoa, para empreender e desenvolver atividades ou realizar atos tendentes a supressão de qualquer dos direitos e liberdades proclamados nessa Declaração.

⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009, p. 97.

⁹¹ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2007, p. 229.

1.5.9 A indisponibilidade

A indisponibilidade do salário implica a impossibilidade de transação lesiva ou renúncia ao seu recebimento por parte do empregado. Godinho critica os que denominam este elemento de irrenunciabilidade, tendo em vista que o salário também deve ser protegido das transações supressivas de salário.⁹³

1.5.10 A pós retributividade

Pela presente característica, o salário é devido, apenas, após a prestação de serviços por parte do empregado. A partir do momento em que o salário é a contraprestação, primeiro o empregado deve despender a sua força de trabalho para poder receber o salário.⁹⁴ Tanto o é que o art. 459 da CLT prevê que o pagamento do salário deve ser feito até o 5º dia útil subsequente ao mês trabalhado.

Ao comentar sobre a pós-numeração (*postnumeratio*) como caractere do salário, Godinho aponta que, muitas vezes, os regulamentos de empresa ou normas coletivas prevêm o pagamento dos salários antes mesmo de terminado o mês da prestação de serviços, além de que o salário utilidade seria exceção à regra, tendo em vista que as utilidades são normalmente consumidas antes do término do mês da prestação de serviços.⁹⁵

1.5.11 A natureza composta

A natureza composta do salário decorre do fato de ele ser formado por vários elementos. Assim, o salário normal ou global é formado pelo salário-base

⁹² PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de direito material do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007, p. 340.

⁹³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 741.

⁹⁴ PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de direito material do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007, p. 341.

⁹⁵ **op. cit.** p. 742.

acrescido desses elementos, que, se permanentes, possuem natureza salarial para todos os efeitos legais.⁹⁶

Para ser considerada como elemento caracterizador do salário, deve-se interpretar a natureza composta como a mera possibilidade de ao salário serem acrescidas demais parcelas de natureza salarial. Isso porque, em muitos casos, o conjunto da retribuição do empregado cinge-se ao montante pago a título de salário-base, sem que, no caso concreto, ele seja acrescido de outra parcela.

1.5.12 A tendencial determinação heterônoma.

Por fim, parte da doutrina aponta que existe a tendência a que o salário seja determinado por fontes heterônomas, como a lei ou o Poder Judiciário, nas hipóteses das sentenças normativas dos dissídios coletivos.⁹⁷

Contudo, este não é um elemento caracterizador do salário. É fato que existe a intervenção legislativa para fixar limites mínimos ao ajuste do salário, como o salário mínimo. Ocorre que o que, efetivamente, define o valor do salário não é a vontade heterônoma, mas sim a vontade das partes. Isso porque é lícito ao empregador pagar valor superior aos limites mínimos previstos em lei ou em sentença normativa.

Acrescente-se, ainda, que muitas vezes a delimitação do limite mínimo do salário é feita em convenções ou acordos coletivos de trabalho, o que está inserido na autonomia provada coletiva das partes, sendo, portanto, fonte autônoma.

1.6 FORMAS DE FIXAÇÃO DO SALÁRIO

O salário pode ser fixado por unidade de tempo, por unidade de obra ou por tarefas.

⁹⁶ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2007, p. 230.

⁹⁷ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **op. cit.** p. 230.

1.6.1 O salário por unidade de tempo

A fixação do salário por unidade de tempo é a mais comum de se estabelecer o salário, sendo também chamada de “remuneração de economia”.⁹⁸ A unidade mínima de tempo para a delimitação do salário é a hora e a unidade máxima é o mês. Nada impede, portanto, que seja fixado salário por dia, semana ou quinzena. A definição do módulo de cálculo interfere em alguns outros direitos trabalhistas, como a quantidade dos dias de férias (artigos 130 e 130-A da CLT) ou a não inclusão do repouso semanal remunerado no cálculo de trabalho do horista e diarista.⁹⁹ Inegavelmente, a análise dos dispositivos legais da CLT nos permite concluir que a legislação trabalhista foi calcada no trabalho do horista. Tanto o é que os artigos 61 e seguintes denotam a importância da quantidade de horas trabalhadas na normatização pátria.

Apesar de o salário ser fixo, a fixação por unidade de tempo pode permitir que o valor varie a cada mês de trabalho a depender do módulo adotado, principalmente no caso do horista. Ademais, não há confundir a unidade de tempo utilizada para se determinar o salário com a época de pagamento. De fato, um empregado por ser horista, porém receber o seu salário apenas uma vez ao mês.¹⁰⁰

Magano adverte, por fim, que do empregado pode ser exigida alguma prestação de trabalho dentro do módulo de contagem estipulado. Isso porque o empregado não está obrigado apenas pela quantidade de tempo, mas sim prestar efetivamente o serviço em tal período.¹⁰¹ Com isso, percebe-se que há uma presunção de que o empregado atingirá o resultado do trabalho pretendido dentro da quantidade de tempo estabelecida.

O salário por unidade de tempo não traz em si um estímulo para o empregado produzir, pois o valor que receberá não sofrerá alteração, ainda que ele trabalhe com mais afinco. Há, assim, possibilidade de o empregado trabalhar com mais qualidade, sem maior desgaste físico, pois o seu ganho não sofre

⁹⁸ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 244.

⁹⁹ **Ibidem**, p. 244.

¹⁰⁰ MAGANO, Octávio Bueno. **Manual de direito do trabalho**. v. 2. São Paulo: Editora LTr, 1.981, p. 180.

influência da produção. Por outro lado, é comum que exista maior vigilância do empregador quanto ao serviço prestado, para se evitar que parte do tempo de labor não seja aproveitado.¹⁰²

1.6.2 O salário por unidade de obra

O estabelecimento de salário por unidade de obra, também chamado de salário por produção, implica a fixação do montante de acordo com a produção do empregado, independentemente do tempo gasto na realização do serviço. Apesar de não ser propriamente considerada, a unidade de tempo acaba assumindo um papel coadjuvante, pois é normal que a determinação do valor da obra leve em consideração o tempo médio que o empregado leva para concluí-la¹⁰³. Como exemplo, temos o pagamento por comissão.

Segundo Catharino, a denominação unidade de obra deve ser utilizada apenas quando se trata de trabalho exclusiva ou preponderantemente manual. Já nas demais hipóteses, a expressão correta seria salário por unidade de serviço.¹⁰⁴

A fixação de salário por unidade de obra deve ser utilizada apenas quando o labor pode ser contabilizado por meio de alguma avaliação objetiva, seja por número, superfície, comprimento, volume ou peso. Ainda, é importante ressaltar, contudo, que a unidade de obra é a medida para se auferir o montante a ser pago ao empregado, porém isso não o desobriga de cumprir a jornada constitucionalmente prevista. A questão é que a quantidade de horas trabalhadas não será considerada para efeito de pagamento.¹⁰⁵

Na atual sistemática de trabalho, em que há constante cobrança por produção, tem sido muito comum o estabelecimento do salário por unidade de obra, ainda que compatibilizado com a fixação de salário fixo mensal. Para o empregado, existe o inconveniente de se estar, incansavelmente, buscando

¹⁰¹ **Ibidem**, p. 181.

¹⁰² PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de direito material do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007, p. 344-5.

¹⁰³ MAGANO, Octavio Bueno. **op. cit.** p. 181.

¹⁰⁴ CATHARINO, José Martins. **Tratado jurídico do salário**. Edição fac-similada. São Paulo: LTR, 1994, p. 153.

¹⁰⁵ SUSSEKÜND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANA, Segadas. **Instituições de direito do trabalho**. v. 1. 22. Ed. São Paulo: Editora LTr, 2005, p. 398.

atingir o máximo de sua capacidade para produzir mais e, assim, ganhar salário maior.

Para o cálculo do valor do salário por unidade de obra, deve-se dividir o salário mínimo diário pela produção normal de unidades de obra em um dia de trabalho. Com base na Portaria Ministerial SCm, de 15/07/1940, atualmente revogada, firmou-se entendimento de que, para efeito de padronização do preço da unidade de obra, deve-se considerar como produção normal a média de produção fornecida por 2/3 dos empregados, utilizando as mesmas ferramentas e com igualdade de condições de trabalho. Assim, o excesso de produção por parte de um empregado e a falta de produção por parte de outro não interferem no valor do preço.¹⁰⁶

Mesmo em se considerando a existência de uma certa álea no pagamento por unidade de obra, é certo que ao empregado deve ser sempre garantido o pagamento do salário mínimo legal.

1.6.3 O salário por tarefa

Por fim, temos a fixação por tarefa, que também é conhecido como modalidade mista. Trata-se de uma mistura das anteriores, na qual o empregado recebe o salário para executar determinada quantidade de obras dentro de uma determinada quantidade de tempo. Com isso, o empregado ganha o direito de receber o salário ajustado quando cumprir a quantidade de obras dentro da jornada de trabalho. Enquanto o salário por unidade de obra tem seu foco no resultado do trabalho, ao salário por tarefa importa a atividade em si desempenhada. Nesta hipótese, não há resultado presumido do trabalho, mas sim resultado efetivo entre o trabalho prestado e o valor pago.¹⁰⁷

Vê-se, assim, que são fixados dois critérios concomitantes: a produção e a quantidade de tempo. Observe-se que a produção deve ser fixada de forma a ser atendida dentro do limite constitucional de jornada e deve sempre ser garantido o recebimento do salário mínimo legal. Ao preço da unidade de obra a

¹⁰⁶ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2007, p. 245-6.

¹⁰⁷ **Ibidem**. p. 244.

ser feita dentro da unidade de tempo, dá-se o nome de “tarifa”. Para o cálculo da tarifa, ensina Magano que

Para a determinação da unidade de obra a ser considerada, é preciso fracionar a atividade do trabalhador tanto quanto possível, atentando-se para os critérios de número, peso, volume, superfície, comprimento, etc (*sic*). Estabelecido o módulo mínimo de atividade, verifica-se, então, quantos módulos um trabalhador comum é capaz de executar em um determinado período de tempo. Conhecendo-se a remuneração geralmente paga por esse período de tempo, que pode corresponder ao segundo, ao minuto, à hora, ou a qualquer outra unidade de tempo, fixa-se, em seguida, a tarifa.¹⁰⁸

Logo, o ponto que diferencia o salário por unidade de obra do salário por tarefa é a delimitação do tempo em que uma quantidade de obra deve ser produzida. A compreensão dessa forma de cálculo mostra que, em linguagem coloquial, muitas empresas dizem adotar a sistemática de pagamento por tarefas quando, em verdade, o sistema adotado é o de pagamento por obras, já que o empregado não é dispensado após concluir a produção pré-estabelecida.

No salário por tarefa simples, o empregado está dispensado do trabalho quando consegue atingir a quantidade de obra pré-estabelecida, ainda que não tenha cumprido integralmente a quantidade de tempo fixado. Não há aqui interesse do empregador que ele produza além daquele montante esperado. Já na forma composta, existe o pagamento de um prêmio para estimular o empregado que concluir a sua produção antes do período inicialmente previsto e continuar trabalhando. O prêmio também pode estar vinculado à qualidade da obra ou à economia de matéria-prima.¹⁰⁹

Por não haver exigência legal quanto à modalidade de cálculo de salário para cada profissão, cabe aos empregados e empregadores definirem se a melhor fórmula de cálculo para a função será por unidade de tempo, de obra ou por tarefa. Nada impede, contudo, que a forma inicialmente pactuada seja

¹⁰⁸ MAGANO, Octávio Bueno. **Manual de direito do trabalho**. v. 2. São Paulo: Editora LTr, 1.981, p. 182.

¹⁰⁹ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2007, p. 247-8.

posteriormente alterada, inclusive por ato único do empregador. Trata-se, inclusive, de ato do empregador regido pela prescrição parcial, conforme a OJ n. 175 da SDI1 do TST (“A supressão das comissões, ou a alteração quanto à forma ou ao percentual, em prejuízo do empregado, é suscetível de operar a prescrição total da ação, nos termos da Súmula nº 294 do TST, em virtude de cuidar-se de parcela não assegurada por preceito de lei.”). Com efeito, o que se deve garantir, conforme mandamento constitucional de irredutibilidade, é o recebimento do mesmo valor anterior.

1.7 ASPECTOS DA MORFOLOGIA DO SALÁRIO

A morfologia do salário é o estudo das diversas parcelas que formam o complexo salarial recebido pelo empregado. Para o presente estudo, é importante analisar apenas algumas dessas verbas que têm natureza salarial. Neste tópico, abordaremos o salário-base, as gratificações, os adicionais e as parcelas autônomas de equivalência,

1.7.1 O salário mínimo

O salário mínimo é o limite mínimo fixado nacionalmente por lei a ser pago a um empregado em decorrência da prestação de serviços. Trata-se de valor fixado por mês, por dia e por hora, porém deve ser garantido para todos os empregados, ainda que recebam remuneração variável, por produção (art. 7º, VII, da Constituição).

Após definí-lo como “um limite abaixo do qual não pode o contrato de trabalho estipular o correspondente salário”, Arnaldo Sussekünd pondera que o conceito de salário mínimo varia muito na legislação comparada. Aponta que ele pode corresponder ao salário vital, correspondente aos custos das necessidades materiais do trabalhador, ao salário vital de caráter pessoal, em que também se inserem os custos das necessidades espirituais do trabalhadores (como no Uruguai, em que se atendem as necessidades físicas, intelectuais e morais), e ao salário familiar, no qual também são inseridas as necessidades da família do trabalhador.

Prossegue o autor que, historicamente, o primeiro diploma a prever a fixação de um valor mínimo de salário para diaristas, artesãos, carpinteiros e outros profissionais foi o Código de Hamurabi, mais de dois mil anos antes de Cristo. Depois dele, na Idade Moderna, houve limitação legal do valor máximo que os empregados poderiam pedir a título de pagamento de salário, como na Lei de Diocleciano, o que também se repetiu na Grécia, Inglaterra França e Alemanha. A Nova Zelândia foi o primeiro país que, em 1894, promulgou uma lei sobre o salário mínimo, seguida do Estado australiano de Vitória.¹¹⁰

A primeira norma internacional a prever um limite mínimo à estipulação do salário foi a Convenção n. 26 da OIT (1930), aprovada pelo Decreto legislativo n. 24, de 29/05/1965 do Congresso Nacional. Ao dispor sobre métodos de fixação do salário mínimo, ela prevê expressamente que todos os países que a ratificarem devem conservar métodos que permitam fixar o salário mínimo a ser pago aos empregados das indústrias (inclusive as indústrias caseiras, indústrias de transformação e o comércio), não podendo os patamares mínimos ser desrespeitados (artigos 1º e 4º). Quanto aos métodos a serem adotados, há previsão específica de que, antes da fixação do valor do salário mínimo, devem ser consultados os representantes dos empregadores e dos trabalhadores interessados, inclusive os representantes das respectivas organizações, bem como outras pessoas qualificadas para o assunto (art. 3º).

A mesma diretriz acima também está presente na Convenção 99 da OIT (1951), aprovada pelo Decreto legislativo n. 24, de 29/05/1965, que dispõe especificamente sobre os métodos de fixação de salário na agricultura.

Especialmente para os países em desenvolvimento, a Convenção n. 131 da OIT (1970), aprovada pelo Decreto legislativo n. 110, de 30/11/1982, traz novas regras para a fixação do salário mínimo, desta vez para todos os grupos de assalariados que necessitem da proteção. Foi, assim, a primeira convenção da OIT que trouxe a necessidade de aplicação do salário mínimo para todos os trabalhadores, independentemente da categoria. Nela, manteve-se a necessidade de consulta às organizações representativas dos empregadores e trabalhadores (art. IV), e estabeleceu-se que o nível dos salários mínimos deverá respeitar “as

¹¹⁰ SUSSEKÜND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANA, Segadas. **Instituições de direito do trabalho**. v. 1. 22. Ed. São Paulo: Editora LTr, 2005, p. 401-2.

necessidades dos trabalhadores e de suas famílias, tendo em vista o nível geral dos salários no país, o custo da vida, as prestações de previdência social e os níveis de vida comparados de outros grupos sociais”, bem como “os fatores de ordem econômica, inclusive as exigências de desenvolvimento econômico, a produtividade e o interesse que existir em atingir e manter um alto nível de emprego” (art. III).

No Brasil, a Lei n. 185, de 14/01/1936, foi a primeira que instituiu o salário mínimo, tendo sido regulamentada pelo Decreto-lei n. 399, de 30/04/1938, que instituiu comissões paritárias de empregados e empregadores, com a presidência por técnicos em assuntos econômicos.¹¹¹ A primeira tabela do salário mínimo entrou em vigor em 02/07/1940, após aprovação pelo Decreto-lei n. 2.162, de 01/05/1940. A CLT manteve o teor da legislação anterior ao prever, em seu art. 76, ser o salário mínimo a “contraprestação mínima devida e paga diretamente pelo empregador a todo trabalhador, inclusive ao trabalhador rural, sem distinção de sexo, por dia normal de serviço, e capaz de satisfazer, em determinada época e região do País, as suas necessidades normais de alimentação, habitação, vestuário, higiene e transporte”.

Com as Constituições de 1946 (art. 157, I) e de 1967 (art. 158, I), que exigiam que a lei trabalhista respeitasse o “salário mínimo capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, as necessidades normais do trabalhador e de sua família”. Foram também consideradas as necessidades da família do trabalhador para a fixação do salário mínimo. Em tal ponto, a redação original da CLT não foi recepcionada, pois se restringia às necessidades do empregado.

Inicialmente, a redação original do art. 77 da CLT previa que a fixação do salário mínimo seria feita por meio da Comissão do Salário Mínimo. Com a Lei n. 4.589, de 11/12/1965, a sistemática foi alterada e foi criado o Departamento Nacional de Emprego e Salário, que passou a orientar a fixação do salário. Posteriormente, o Departamento foi transformado na Secretaria de Emprego e Salário. Com a Lei n. 5.617/1970, a competência para fixar o salário mínimo passou a ser do Conselho Nacional de Política Salarial. Com a Constituição, há

¹¹¹ **Ibidem**, p. 405.

previsão expressa de que o salário mínimo seja fixado por força de lei (art. 7º, IV).¹¹²

A partir da Lei n. 6.708, de 30/10/1979, o salário mínimo passou a ser semestralmente reajustado, a partir da aplicação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC).

A lei que institui a elevação do salário mínimo deve ser encaminhada pelo Poder Executivo, com demonstração de que o aumento é sustentável para a economia, bem como com as medidas necessárias para o financiamento não inflacionário dos seus efeitos para as contas públicas e para a Previdência Social (art. 29, §3º, da Lei n. 8.880/94). Sabe-se, assim, que a atual sistemática não atende o art. 3º da Convenção 26 da OIT, pois não prevê a oitiva das Confederações Nacionais de empregados e empregadores por parte do Congresso Nacional.¹¹³

O art. 7º, IV, da Constituição deixa claro que o salário mínimo deve atender as necessidades do trabalhador e de sua família, para custear a moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social. Trata-se de redação com abrangência largamente maior do que a das Constituições anteriores e do que a própria CLT, seja por abranger os familiares, seja por abranger também o lazer, a educação, a saúde e a previdência social.

Arnaldo Sussekünd pondera que as despesas com educação se restringem ao material escolar e aos uniformes, pois a Constituição também prevê que a educação gratuita é dever do Estado. Da mesma forma, em razão de ser a assistência médica e hospitalar um dever do Estado, as despesas com saúde referem-se aos medicamentos não fornecidos pelo Sistema Único de Saúde. Ademais, ressalta que o empregador também deve concorrer com parte das despesas de transporte, por meio da entrega do vale transporte, quando presentes os requisitos legais.¹¹⁴

É curioso, porém, que apesar de a Constituição do salário mínimo familiar, o seu valor não é calculado pelo número médio dos membros da família brasileira. Isso traria benefícios ao solteiro em detrimento do casado. Aliás, a

¹¹² **Ibidem**, p. 402-3.

¹¹³ **Ibidem**, p. 406.

¹¹⁴ **Ibidem**, p. 407.

fixação do salário de acordo com o número de filhos também poderia gerar discriminação para a contratação do casado. Por tal motivo, parte da doutrina pondera que o salário mínimo que tenha caráter familiar é atendido com o pagamento do abono ou salário-família.¹¹⁵

Existe claro interesse para o Estado em regular a política salarial, em razão do seu aspecto coletivo de interferência na vida da sociedade, uma vez que o salário também é elemento integrante da renda nacional. Assim, pode-se conseguir maior distribuição equitativa da massa salarial, combater a inflação, estimular o consumo e desestimular conflitos de natureza salarial.¹¹⁶

1.7.2 O salário profissional

O salário profissional é modalidade específica de mínimo salarial que pode ser estabelecida por lei ou por norma coletiva para uma determinada profissão. Quando o salário profissional é estabelecido por lei especificamente para uma determinada atividade, a hipótese é de salário profissional legal direto. Caso a fixação seja feita por órgão ou entidade incumbida de fixar tal valor, o salário profissional é legal indireto.¹¹⁷ Acrescente-se, ainda, a possibilidade de fixação de salário profissional por sentença normativa ou laudo arbitral, como modalidades de solução de conflitos coletivos,¹¹⁸ o que se coaduna com o art. 114, §2º, da Constituição.

O piso salarial foi previsto no art. 7º, V, da CRFB e se difere do salário mínimo, porque este é, nacionalmente unificado (um só valor para todo país), enquanto aquele deve levar em consideração a complexidade de cada atividade, profissão ou ofício para fixar valores salariais (pisos) diferenciados para cada uma. Por sua vez o art. 22, I, parágrafo único, da CRFB autorizou os Estados a legislar sobre Direito do Trabalho, desde que autorizados por lei complementar¹¹⁹.

¹¹⁵ **Ibidem**, p. 404.

¹¹⁶ MAGANO, Octávio Bueno. **Manual de direito do trabalho**. v. 2. São Paulo: Editora LTr, 1.981, p. 242.

¹¹⁷ MAGANO, Octávio Bueno. **Manual de direito do trabalho**. v. 2. São Paulo: Editora LTr, 1.981, p. 245. Arnaldo Sussekünd adota a nomenclatura de salário profissional absoluto e relativo, referindo-se ao salário profissional direto e indireto, respectivamente. (**op. cit.** p. 413.)

¹¹⁸ SUSSEKÜND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANA, Segadas. **Instituições de direito do trabalho**. v. 1. 22. Ed. São Paulo: Editora LTr, 2005, p. 413.

¹¹⁹ CASSAR, Vólia Bomfim. **op. cit.** p. 366.

Os primeiros diplomas legislativos acerca do salário profissional estabeleciam o valor mínimo para a atividade, porém por determinado período de tempo. Com isso, ficavam obsoletos em decorrência da sua não renovação. São os casos do Decreto-lei n. 3.037, de 10/11/1944 (para os jornalistas), do Decreto-lei n. 7.858, de 13/08/1945 (para os revisores em empresas de jornalismo ou de estabelecimentos gráficos), do Decreto-lei n. 7.984, de 21/09/1945 (para os trabalhadores em empresas de radiodifusão), do Decreto-lei n. 7.961, de 18/09/1945 e Lei n. 2.641, de 09/11/1955 (para os médicos de empresas particulares).

Em 1947, já sob a égide da Constituição de 1946, foi aprovado o Projeto n. 245 no Congresso Nacional, que fixava o salário profissional dos jornalistas, porém houve veto do Poder executivo. A uma, porque a Constituição não permitia a distinção entre trabalho intelectual e o labor manual ou técnico. A duas, porque o projeto previa a fixação do salário profissional de acordo com as populações das cidades do país, enquanto a Lei Maior estabelecia que o salário deveria ser fixado de acordo com as condições de cada região.¹²⁰

A já referida Lei n. 2.641 de 09/11/1955, aplicada aos médicos, foi posteriormente promulgada e, a partir dela, a constitucionalidade do salário profissional foi chancelada.¹²¹

A Lei n. 3.999, de 15/12/1961, aplicável aos médicos, cirurgiões dentistas, auxiliares de laboratorista, radiologistas e internos, foi a primeira a estabelecer, de forma permanente, o salário profissional, fixado em 3 salários mínimos para o empregado que trabalha de 2 a 4 horas por dia. Ainda, a Lei n. 4.540-A, de 22/04/1966 determina o salário profissional dos engenheiros, químicos, arquitetos, agrônomos e veterinários em 6 salários mínimos pelo período de 6 horas de trabalho. Em seguida, o Decreto-lei n. 9972, de 17/10/1969 reconheceu o salário profissional dos jornalistas como sendo, no mínimo, o estabelecido em norma coletiva.

¹²⁰ MAGANO, Octávio Bueno. **Manual de direito do trabalho**. v. 2. São Paulo: Editora LTr, 1.981, p. 246.

¹²¹ **Ibidem**, p. 414.

É hipótese de salário profissional legal indireto a Portaria n. 204, de 5/4/1945, do Ministério da Educação, que fixou o salário profissional dos professores, em conformidade com o art. 323 da CLT. Ainda, para os portuários e estivadores, a Lei n. 4.860, de 26/11/1965 aponta que a Administração do Porto deve fixar a remuneração da capatazia e atualizar as tarifas dos portuários.¹²² A mesma autorização para a fixação de salário profissional pelo Poder Executivo ocorreu para os práticos de barra (Decreto-lei n. 5.798, de 12/06/1944), para os marítimos, estivadores, conferentes e consertadores de carga e descarga, carregadores e ensacadores de café (Decreto-lei n. 3.100, de 07/03/1944) e para o comércio armazenador de trapiches e armazéns portuários (Decreto-lei n. 3.346, de 12/06/1941).¹²³

A Lei n. 8.906/94 (Estatuto da Advocacia), em seu art. 19, traz exemplo de salário profissional fixado por sentença normativa, caso não tenha sido convenção coletiva ou acordo coletivo da categoria.

Atualmente, a jurisprudência admite de forma pacificada a constitucionalidade do salário profissional, pois o rol do art. 7º da Constituição não impede que outros direitos venham a melhorar a condição social do trabalhador. Nesse sentido também é a doutrina.¹²⁴

1.7.3 O piso salarial

Permite o art. 7º, V, da Constituição a fixação de piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho. A Lei Complementar n. 103, de 14/07/2.000 permite a fixação dos pisos salariais pelos Estados e pelo Distrito Federal.

Entretanto, o STF já decidiu que os pisos salariais não podem ser únicos, mas devem sim variar para as categorias, respeitando-se a particularidade do trabalho prestado. Com efeito, o Estado do Rio de Janeiro editou, então, a Lei n. 3.496, de 28/11/2.000, fixando um piso salarial único superior ao salário

¹²² MAGANO, Octávio Bueno. **Manual de direito do trabalho**. v. 2. São Paulo: Editora LTr, 1.981, **op. cit.** p. 246.

¹²³ SUSSEKÜND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANA, Segadas. **Instituições de direito do trabalho**. v. 1. 22. Ed. São Paulo: Editora LTr, 2005, p. 413.

mínimo. Tal lei teve sua constitucionalidade discutida na ADI 2.358-6, de relatoria do Ministro Marco Aurélio de Mello. Sob o argumento de que tal diploma violou a exigência constitucional de um salário mínimo unificado nacionalmente, foi deferida liminar pelo Pleno do STF em 19/12/2000, suspendendo os efeitos da lei. Posteriormente, a ADI perdeu seu objeto porque a lei sofreu alteração e previu, assim, faixas de piso salarial às diversas categorias de empregados, com o objetivo de adequar os valores à extensão e à complexidade do trabalho.¹²⁵

1.7.4 O salário-base

O salário-base, também chamado de salário básico¹²⁶, é tido pela doutrina como o núcleo da remuneração do empregado, a ser fixado entre os sujeitos da relação de emprego. Trata-se do valor acordado entre o empregado e o seu empregador, podendo ser definido de forma fixa ou variável.¹²⁷

A estipulação do salário-base é normalmente feita por valor fixo, porém nada impede que seja variável. Ele é importante porque serve de base de cálculo para todas as demais parcelas que integram o complexo salarial do empregado. Dessa forma, ele não pode ser integrado pelas parcelas de natureza salarial, sob pena de ocorrer “bis in idem” no pagamento.¹²⁸

Não há confundir, contudo, o salário fixo ou garantido com o salário aleatório, normalmente ligado ao complexo salarial do empregado. Assim, as parcelas destacadas no art. 457, §1º, da CLT integram a gama salarial do empregado, porém não fazem parte do seu salário básico.¹²⁹

¹²⁴ **Ibidem**, p. 414.

¹²⁵ **Ibidem**, p. 407.

¹²⁶ **Ibidem**, p. 355.

¹²⁷ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. **op. cit.** p. 233.

¹²⁸ MAGANO, Octávio Bueno. **Manual de direito do trabalho**. v. 2. São Paulo: Editora LTr, 1.981, p. 191; SUSSEKÜND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANA, Segadas. **Instituições de direito do trabalho**. v. 1. 22. Ed. São Paulo: Editora LTr, 2005, p. 356.

¹²⁹ SUSSEKÜND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANA, Segadas. **Instituições de direito do trabalho**. v. 1. 22. Ed. São Paulo: Editora LTr, 2005, p. 354-5.

1.7.5 As gratificações

O termo gratificação tem origem no latim “gratificare”, o que significa mostrar reconhecimento ou dar graças.¹³⁰ Assim, ela é pautada na idéia de gratidão, pois exprime um valor pago em agradecimento a algo de destaque que o empregado tenha feito ou algum trabalho excepcional ou de maior responsabilidade que tenha sido realizado.¹³¹

Se existe relação do termo com o reconhecimento, então, fica clara a sua ligação com uma dádiva ou liberalidade. Assim, em sua essência, poderia a gratificação ser suprimida pelo empregador. Essa liberalidade é verificada a partir da casualidade do seu pagamento. Em tal norte, uma gratificação paga apenas em ocasiões especiais e em agradecimento ao empregado é tida como liberalidade.¹³²

Ocorre que quando a gratificação se qualifica como remuneração, ela perde o sentido de liberalidade. Ao traçar a classificação entre gratificações próprias e impróprias, bem sintetizam Orlando Gomes e Élon Gottschalk que:

As suas matizes psicológicas se encontram no intento prático de consumir uma dádiva, um agrado, uma recompensa. Até aí, não possui força vinculante, não obriga para o futuro. É atribuída uma vez ou outra, esporadicamente, em importe e época variáveis, relegada ao *arbitrium boni viri* do empregador. Em tais circunstâncias, e somente nelas, pode-se falar em gratificação própria, tipicamente uma liberalidade, na sua acepção jurídica e etimológica. Há, porém, ao lado dessa, as gratificações impróprias, ou atribuições patrimoniais, impropriamente denominadas gratificações cuja identificação vocabular só se explica pelo sentido do termo, que, todavia, adquire outro significado. Podem surgir da fonte contratual, mediante ajuste expresso ou tácito, ou de fontes imperativas ou normativas.¹³³

¹³⁰ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élon. **op. cit.** p. 255.

¹³¹ SUSSEKÜND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANA, Segadas. **Instituições de direito do trabalho**. v. 1. 22. Ed. São Paulo: Editora LTr, 2005, p. 373.

¹³² MAGANO, Octávio Bueno. **Manual de direito do trabalho**. v. 2. São Paulo: Editora LTr, 1.981, p. 192-3.

¹³³ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2007, p. 255.

A legislação pátria, também, adota a diferenciação em dois tipos de gratificação: as ajustadas e as não ajustadas. Em sua redação original, o parágrafo 1º do art. 457 da CLT dispunha que as gratificações pagas pelo empregador integravam o salário do empregado. No parágrafo 2º é que havia a disposição de que as gratificações que não tenham sido ajustadas não fariam parte do salário. Com a Lei n. 1.999/53, houve a alteração da redação, porém com a manutenção do conteúdo.¹³⁴

A contrario sensu, as gratificações ajustadas têm nítido caráter salarial, por força de lei. Como exemplo de gratificação expressamente ajustada, tem-se a gratificação de função, que tem o específico objetivo de remunerar o empregado pelo exercício de função de maior relevância dentro da estrutura da empresa, o que lhe exige maior diligência e responsabilidade.

De fato, é necessário perquirir, “em cada caso, da existência ou não de um contrato pelo qual a empresa se obrigue a concedê-la em determinadas épocas e condições. Se existe essa obrigação, a gratificação é salário; caso contrário, representará uma liberalidade do empregador.”¹³⁵

Não há dúvida de que é ajustada aquela gratificação prevista expressamente em contrato de trabalho ou norma coletiva.¹³⁶

A problemática ocorre quando o empregador efetua o pagamento sem qualquer estipulação mandamental expressa. A questão se agrava quando se verifica, na praxe no mundo do trabalho, a busca pelos empregadores para mascarar a obrigatoriedade da integração com a não exteriorização do ajuste. Ora, a partir do momento em que o empregador não tem acordo expresso de pagamento da gratificação, estava permitida a alegação de que o pagamento era não ajustado e, assim, teria natureza indenizatória.

Restava, portanto, à doutrina e à jurisprudência, o desenvolvimento de critérios para que o ajuste tácito seja tipificado. Surgem, assim, os critérios subjetivos e objetivos.

¹³⁴ SUSSEKÜND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANA, Segadas. **Instituições de direito do trabalho**. v. 1. 22. Ed. São Paulo: Editora LTr, 2005, p. 375.

¹³⁵ **Ibidem**, p. 374.

¹³⁶ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. **op. cit.** p. 256 SUSSEKÜND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANA, Segadas. **Instituições de direito do trabalho**. v. 1. 22. Ed. São Paulo: Editora LTr, 2005, p. 375

A análise meramente subjetiva reputa como ajustada apenas as gratificações que sejam expressamente pactuadas de tal forma. Assim, só haveria a integração ao salário se ficasse comprovado que essa era a intenção das partes. Isso porque não se poderia dar interpretação extensiva à intenção das partes, a partir do momento em que o pagamento da gratificação não decorre de lei.¹³⁷

Em contraponto, o critério objetivo estabelece que a habitualidade no pagamento denota o ajuste tácito ao seu pagamento e, assim, a gratificação passaria a compor o complexo salarial do empregado. Em tal norte, a intenção das partes cede espaço ao fato de que a gratificação para a ser item integrante da remuneração com o qual o empregado conta mensalmente.¹³⁸

O critério objetivo está, implicitamente, adotado pela legislação pátria, pois o art. 458 da CLT aponta a natureza salarial de uma parcela quando ela é paga habitualmente ao empregado, não fazendo menção à intenção das partes.

A jurisprudência também acatou o critério objetivo. O Prejulgado n. 25 do TST, atualmente a Súmula 152 da mesma Corte, apontava que “O fato de constar do recibo de pagamento de gratificação o caráter de liberalidade não basta por si só para excluir a existência de um ajuste tácito”.¹³⁹

¹³⁷ SUSSEKÜND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANA, Segadas. **Instituições de direito do trabalho**. v. 1. 22. Ed. São Paulo: Editora LTr, 2005, p. 375-6. O autor acrescenta que o critério foi adotado por Barassi, Riva Sanseverino, De Litala, Petracone, Rouast, Preau e Orlando Gomes.

¹³⁸ MAGANO, Octávio Bueno. **Manual de direito do trabalho**. v. 2. São Paulo: Editora LTr, 1.981, p. 193; SUSSEKÜND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANA, Segadas. **Instituições de direito do trabalho**. v. 1. 22. Ed. São Paulo: Editora LTr, 2005, p. 376. Além de se filiar a tal corrente, Sussekünd também cita Lyon-Caen e Kaskel, Dersch, Krotoschin, Gallart Folch, Perrez Botija, Ramirez Gronda, De La Cueva, Dorval Lacerda, Luís José de Mesquita, Joaquim Pimenta, Délio Maranhão e Evaristo de Moraes Filho.

¹³⁹ MAGANO, Octavio Bueno. **op. cit.** p. 192-3. Com a redação dada pelo Decreto-lei n. 8.737/46, estabelecia o art. 902 d CLT que “É facultado ao Conselho Nacional do Trabalho estabelecer prejudgados, na forma que prescrever o seu regimento interno”. Em seu §1º, havia a previsão de que “Uma vez estabelecido o prejudgado, aos Conselhos Regionais do Trabalho, as Juntas de Conciliação e Julgamento e o Juizes de Direito investidos da jurisdição a Justiça do trabalho ficarão obrigados a respeitá-lo”. Após, houve alteração legislativa para que o Conselho Nacional do Trabalho fosse substituído pelo Tribunal Superior do Trabalho. Com a Lei n. 7.033/82, o dispositivo foi revogado, pois passou-se a permitir a edição de súmulas de jurisprudência pelo TST. Ao comentar sobre os prejudgados e as súmulas, ensina Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena que “Se os Juízes do Trabalho não observam o conteúdo preceitual dos *prejudgados* do Tribunal Superior, o mais que sofrem é verem suas decisões, em grau de recurso, por ele reformadas. E aqui em nada diferem os *prejudgados* das *súmulas*. A distinção é meramente formal, pois a vinculação dos órgãos de primeira instância, nas *súmulas*, está encoberta, enquanto, nos *prejudgados trabalhistas*, foi expressamente enunciada (Os

No mesmo sentido, sedimentando a utilização do critério objetivo para efeito de integração da gratificação ao salário, a Súmula 207 do STF dispõe que “As gratificações habituais, inclusive a de Natal, consideram-se tacitamente convencionadas, integrando o salário”.

A gratificação habitual pode ser paga em quantia fixa ou variável, em épocas certas ou incertas e para todos ou parte dos empregados.¹⁴⁰

Por se tratar de dívida de valor, não pode ser congelada pelo empregador, devendo a gratificação sofrer reajustes.¹⁴¹ No que tange à sua atualização, se a gratificação for calculada sobre o salário base, o reajuste deste implicará automaticamente a atualização daquela. Entretanto, se existir outra base de cálculo, a gratificação deve sofrer a incidência do reajuste normativo.¹⁴²

Não há confundir as gratificações com a participação nos lucros, pois aquelas não dependem do resultado positivo da empresa. Ainda, diferenciam-se das comissões, porque não requerem razões especiais de merecimento e produtividade.¹⁴³

Em sentido contrário, Magano sustenta que, excepcionalmente, os prêmios podem assumir a feição de uma gratificação.¹⁴⁴

Com o PL .787/2016, que trata da Reforma Trabalhista, o critério objetivo cede lugar à nova redação do art. 457, §1º, da CLT, segundo o qual apenas as gratificações legais integram o salário. Com isso, ainda que uma gratificação seja habitualmente paga ao empregado, ela não integrará o salário se não tiver previsão em lei.

prejudgados, as súmulas e o TST. **R. Inf Legisl.** Brasília. a. 14, n. 55, jul-set. 1977. p. 83-100. p. 87).

¹⁴⁰ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2007, p. 257.

¹⁴¹ SUSSEKÜND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANA, Segadas. **Instituições de direito do trabalho**. v. 1. 22. Ed. São Paulo: Editora LTr, 2005, p. 379.

¹⁴² MAGANO, Octávio Bueno. **Manual de direito do trabalho**. v. 2. São Paulo: Editora LTr, 1.981, p. 193.

¹⁴³ SANSEVERINO, Riva. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 1976, p. 229.

¹⁴⁴ MAGANO, Octávio Bueno. **Manual de direito do trabalho**. v. 2. São Paulo: Editora LTr, 1.981, p. 199. O autor diferencia as gratificações dos prêmios, estes tidos como “salários suplementares visando geralmente à maior produtividade do trabalhador”. Podem, portanto, ser prêmio de produção, em razão da quantidade de trabalho, ou prêmio de rendimento ou, até mesmo, de assiduidade.

1.7.6 Os adicionais

Os adicionais de remuneração são pagos ao empregado em decorrência do trabalho em condições adversas ou extraordinárias. São também chamados de indenizações,¹⁴⁵ adicionais do salário, adicionais legais ou sobressalários.¹⁴⁶

Como ensina Luciano Martinez:

O termo “adicional”, então, traz consigo a idéia de que, **por conta de situações extraordinárias ou desvantajosas**, o empregado receberá um valor de hora de trabalho maior do que aquela outorgada em situações normais. Em nome da não complexividade, então, destaca-se o valor da hora normal do correspondente “adicional”, “acrécimo” ou “pagamento suplementar” e identificam-se tais elementos no recibo.¹⁴⁷

Tem-se, portanto, que os adicionais remuneram a hora de trabalho do empregado em decorrência de o labor ser exercido em situação de desvantagem. A desvantagem pode ser em decorrência do tempo, lugar, perigo ou salubridade do ambiente.¹⁴⁸ Assim, se o empregado trabalha em horário noturno, a sua hora de labor é mais cara em, pelo menos, 20%, conforme art. 72 da CLT. Via de regra, o adicional é discriminado como “adicional noturno”, separado do salário, nos recibos de pagamento. Nada impede, porém, que haja a discriminação no recibo como “hora de trabalho noturna”, já com o valor normal da hora acrescido do adicional.

Por terem a natureza de compensação pelo trabalho em condições desvantajosas, muito já se discutiu quanto à natureza jurídica da verba.

Parcela da doutrina entendia ser natureza indenizatória, pois não se trata da retribuição normal do trabalho, e sim de uma compensação pelo maior

¹⁴⁵ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2007, p. 234.

¹⁴⁶ MAGANO, Octávio Bueno. **Manual de direito do trabalho**. v. 2. São Paulo: Editora LTr, 1.981, **op. cit.** p. 207.

¹⁴⁷ **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 480.

¹⁴⁸ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **op. cit.** p. 234.

esforço, risco, pena, deságio ou aplicação superior ao normalmente exigido para a atividade.¹⁴⁹

Prevaleceu, contudo, na doutrina e na jurisprudência, o posicionamento pela natureza salarial, pois o valor pago continua sendo uma retribuição pelo trabalho prestado.

¹⁴⁹ GUIDOTTI, Franco. La retribuzione nel rapporto di lavoro. Milano: Giuffrè, 1956, apud, MAGANO, Octávio Bueno. **Manual de direito do trabalho**. v. 2. São Paulo: Editora LTr, 1.981, p. 207.

2 A IGUALDADE SALARIAL

2.1 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade apresenta-se como um instrumento de aplicação de justiça social nas relações jurídicas, e nas relações sociais, muitas vezes marcadas por desequilíbrios e diferenciações.

Mesmo com diversas diferenciações no seio social, é inegável que houve constante evolução nas condições de vida das pessoas ao longo da história. E, em tal processo evolutivo, a redução de desigualdades se mostra presente, apesar de ter ocorrido de forma gradativa. Não obstante, alguns retrocessos são passíveis de ocorrer.

É importante notar que, no passado, alguns seres humanos eram equiparados a coisas, tal qual ocorria ao longo do período de escravatura. E, em tal época, se entendia que havia respeito à isonomia, mesmo com a coisificação humana feita pelo próprio homem. Depois disso é que os homens passaram a ser indistintamente como sujeitos de direito, muito embora ainda houvesse divisões sociais. No ensinamento de Estevão Mallet:

É evidente que isso ocorre com alguns sobressaltos, com marchas e contramarchas, como tão frequente se vê ao longo da história. Mas o sentido é nítido. Primeiramente há a divisão entre senhores e escravos; entre os que são pessoas e os que nem pessoas são, recebendo o tratamento de objeto de direito. O passar do tempo faz com que o elemento humano, comum a todos, prepondere e sejam as pessoas reconhecidas, indistintamente, como sujeitos de direito. Permanecem, todavia, outras distinções, como, em particular, a estabelecida entre nobres e servos, aqueles com mais direitos, os últimos com menos direitos. As Ordenações Filipinas, por exemplo, diferenciavam, no tocante ao procedimento para a realização da penhora, as pessoas comuns dos escudeiros, cavaleiros, fidalgos “ou dali para cima”¹⁵⁰.

¹⁵⁰ MALLET, Estêvão. **Igualdade, discriminação e direito do trabalho**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 76, p. 17-51, 2010, p. 18.

Por outrora, em decorrência de alguns movimentos reacionários havidos, notadamente as revoluções liberais em meados do século XVIII, houve maior valorização do elemento humano, havendo certa diminuição nas distinções entre as pessoas, muito embora elas não tenham desaparecido por completo.

E é exatamente essa distinção entre os seres humanos que ainda persiste como problema a ser enfrentado até os dias atuais.

A compreensão do conceito de igualdade passa pela necessária análise das lições dos grandes pensadores da humanidade, que devem ser compreendidas também de acordo com o momento histórico pertinente.

Aristóteles foi um dos primeiros grandes filósofos da humanidade que tratou da igualdade, especialmente no Livro V do “Ética a Nicômaco”, na qual ele traz a diferença entre a justiça total e a justiça particular.

Embora coexistam, guardam diferenças entre si. A justiça total dispõe acerca das condutas que abalizam o agir do homem perante a coletividade. A justiça particular, por sua vez, diz respeito às ações dos indivíduos em face de outros indivíduos.

A justiça particular ainda se divide em justiça distributiva e corretiva. A justiça particular distributiva concerne ao pensamento de que se devem tratar os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira desigual, podendo existir uma relação de subordinação entre os indivíduos. Em suas palavras:

Uma das espécies de justiça em sentido estrito e do que é justo na acepção que lhe corresponde, é a que se manifesta na distribuição de funções elevadas de governo, ou de dinheiro, ou das outras coisas que devem ser divididas entre os cidadãos que compartilham dos benefícios outorgados pela constituição da cidade, pois em tais coisas uma pessoa pode ter participação desigual ou igual à de outra pessoa¹⁵¹.

Na perspectiva da definição de igualdade entre os iguais e diferenciação entre os diferentes, Aristóteles aponta que o conceito de mérito pode variar de acordo com o modelo de Estado adotado. Observe-se que, na

¹⁵¹ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 101.

relação entre as pessoas e o Estado, existe uma diferenciação entre as pessoas com fundamento no mérito, o que diz respeito à justiça distributiva.

Em prosseguimento, o pensador conceitua a justiça particular corretiva, fundada na teoria da igualdade e da justiça. Segundo ele, a igualdade será atingida pelo valor intermediário entre o maior e o menor. A partir do momento em que se atinge o meio termo entre dois extremos, o bem e o mal, é que se estará diante da justiça e, assim, da igualdade. Confira-se:

Igual é o intermediário entre o maior e o menor, mas o ganho e a perda são respectivamente menores e maiores de modos contrários: maior quantidade do bem e menor quantidade do mal são ganho, e o contrário é perda; o meio termo entre os dois é, como já vimos, o igual, que chamamos justo; portanto, a justiça corretiva será o meio termo entre perda e ganho¹⁵².

Em sua “Política”, Aristóteles também ressalta que existe uma desigualdade entre os seres humanos que é natural, advinda da capacidade de raciocínio apenas de alguns deles, o que torna a escravidão em consonância com os primados da isonomia. Em tal linha, “Alguns seres, com efeito, desde a hora de seu nascimento são marcados para serem mandados ou para mandar, e há muitas espécies de mandantes e de mandados”, arrematando que “todos os homens que diferem entre si para pior ou no mesmo grau em que a alma difere do corpo e o ser humano difere de um animal inferior (...), são naturalmente escravos, e para eles é melhor ser sujeitos à autoridade de um senhor”¹⁵³.

Hobbes, por sua vez, aponta que a igualdade deve ser compreendida de forma diferenciada. Prega que o homem em seu Estado natural nunca poderia se erguer acima dos demais homens, ainda que seja fisicamente superior a algum outro indivíduo, o que representa, assim, a ideia de igualdade. Isso porque haveria o medo de sofrer algum mal até mesmo daquele que fisicamente se mostra mais fraco, causado pelos entes sociais, como intelectuais ou inimigos que podem, por meio de maquinação, inclusive matá-lo.

¹⁵² ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 101. p. 109.

¹⁵³ ARISTÓTELES. **Política**. Livro I. Brasília: Editora da UNB, 1985, p. 18.

Assim, ele acreditava que todos os homens teriam direito a tudo, de onde emergiria a igualdade. Contudo, considerando a escassez existente, haveria uma guerra, um conflito permanente de todos contra todos:

A natureza fez os homens tão iguais, quanto às faculdades do corpo e do espírito que, embora por vezes se encontre um homem manifestadamente mais forte de corpo, ou de espírito mais vivo do que outro, mesmo assim, quando se considera tudo isso em conjunto, a diferença entre um e outro homem não é suficientemente considerável para que qualquer um possa com base nela reclamar qualquer benefício que outro não possa também aspirar, tal como ele. Porque quanto à força corporal o mais fraco tem força suficiente para matar o mais forte, quer por secreta maquinação, quer aliando-se com outros que se encontrem ameaçados pelo mesmo perigo¹⁵⁴.

Vê-se, assim, que o ideal de igualdade de Hobbes era pautado no aspecto físico, gerando constantes conflitos para que um homem domine o outro com o objetivo de poder usufruir de benefícios. Há, assim, uma constante busca pela dominação alheia e pela liberdade.

E é a partir dessa insegurança com relação à liberdade que faz nascer no homem o desejo de ter o seu próprio Estado. Neste, nenhum poder caberia aos homens, mas apenas às mulheres.

Enquanto Hobbes sustentava que o homem vivia em constante guerra, Locke defendia ideia diametralmente oposta. Este filósofo fundava o seu pensamento na máxima de que o homem em estado natural tenderia sempre a viver de forma harmoniosa e tranquila. Haveria, contudo, situações de segurança externa ou de instabilidade do povo, que fariam com que os homens clamassem pelo surgimento do Estado.

E, segundo Locke, é o Estado que deteria toda a soberania e todo o controle sobre as normas jurídicas. Haveria, ainda, a garantia de que os homens, em razão de sua natureza, seriam todos livres, iguais e independentes, não

¹⁵⁴ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p, 74.

podendo ninguém ser expulso de sua propriedade e nem ser submetido ao poder político de outrem sem dar o seu próprio consentimento¹⁵⁵.

De toda essa análise, constata-se que para se compreender as definições de igualdade, é possível verificar que o tratamento equânime entre todos os homens acarreta a criação de uma esfera de poder comum, que tem por finalidade assegurar a tranquilidade entre as pessoas.

Na Constituição de 1988, o princípio da igualdade não se mostra presente apenas no “caput” do art. 5º, mas também está inserido em seu preâmbulo e como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, notadamente nos incisos III, que trata da erradicação das desigualdades sociais e regionais, e IV, que aponta para a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Especificamente no âmbito do direito de trabalho, a igualdade é uma garantia fundamental dos trabalhadores urbanos e rurais, sendo vedada qualquer diferença de salário, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (art. 7º, XXX, da Constituição). A proibição de discriminação também abrange o salário e os critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência, a teor do inciso XXXI do mesmo dispositivo.

O princípio da igualdade tem em si três dimensões distintas. Como valor segurança jurídica, pressupõe que não haverá privilégios para um determinado grupo, ao passo que, em sua dimensão processual, garante a igualdade de ritos processuais a todos. Por fim, em sua dimensão formal, traz a ideia de equiparação e de não discriminação. Nesse sentido:

Ambos, remontam a um princípio de igualdade ainda mais geral, que é o princípio de igualdade perante a lei, que deve ser analisado sob três dimensões. A primeira, a dimensão do valor segurança jurídica, que compreende a superação dos privilégios outorgados a um grupo privilegiado de pessoas. A segunda dimensão, a processual, que supõe a existência de um mesmo procedimento processual para todos os cidadãos. A terceira, a igualdade formal, que comporta a igualdade como equiparação e

¹⁵⁵ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Trad. Anoar Aiex e Jacy Monteiro. 3 ed. São Paulo: Abril Cultura, 1983, p. 71.

como diferenciação. Essa última dimensão se expressa no princípio de não discriminação e parte do pressuposto de que as condições pessoais não devem ser levadas em conta para estabelecer tratamento diferenciado, salvo quando relevantes sob um prisma valorativo¹⁵⁶.

A igualdade que tem por objetivo fazer cessar qualquer diferença entre as pessoas é a igualdade formal. Esta pode ser compreendida como sendo aquela que ocorre em decorrência de qualquer discriminação perante o direito positivado na ordem jurídica. “Expressiva, a propósito, a referência contida no art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: “*Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits*”¹⁵⁷.

Quando se aponta para a não discriminação, a doutrina respalda a igualdade material, que efetivamente permite que as pessoas sejam substancialmente igualadas. Não basta existir a igualdade perante a lei, mas é também necessário que a igualdade se torne efetiva no plano material.

Em tal sentido, é possível que haja alguma diferenciação entre os indivíduos com o objetivo de tornar-los iguais no plano material. Pela igualdade material é possível dispensar tratamento diferenciado aos desiguais, na medida de sua desigualdade.

Em tal norte, para se alcançar o objetivo republicano de redução das desigualdades, é possível se estabelecer “um tratamento diferenciado se houver condições desigualadoras justificadas, sem que isso, no entanto, se caracterize como um tratamento discriminatório”¹⁵⁸.

Todavia, a principal dificuldade para se garantir a primazia da igualdade de tratamento aos iguais e tratamento diferenciado aos desiguais, na medida de sua desigualdade, é exatamente os critérios legítimos que devem ser adotados para se fazer uma diferenciação justa entre as pessoas¹⁵⁹.

¹⁵⁶ OLIVEIRA, Flávia de Paiva Medeiros de; NEWTON, Paulla Christianne da Costa. **Desenvolvimento humano e tutela laboral das mulheres no ordenamento jurídico brasileiro**: Nuances e perspectivas no cerne da Constituição Brasileira de 1988. In: Direito do Trabalho. Conpedi. Unicuritiba, v. 9. 1. ed. Clássica Editora, 2014, p. 172.

¹⁵⁷ **Ibidem**, p. 18. Em tradução livre: os homens nascem e permanecem livres e iguais em seus direitos.

¹⁵⁸ **Ibidem**, p. 173.

¹⁵⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984, p. 15.

Para a garantia da igualdade material, muitas são as medidas e políticas de combate à discriminação que podem ser feitas pelo Poder Público.

É possível, inclusive, a implementação de algumas ações afirmativas, como a criação de cotas para ingresso em universidades públicas, garantindo a igualdade material no direito à educação superior de qualidade.

No mundo do trabalho, as desigualdades em razão do sexo mostram-se deveras presentes, muito embora não existam critérios universais e homogêneos que tenham alcance suficiente para inibir tais formas de distinção e, assim, alcançar a igualdade real. Está cada vez mais difícil inserir fatores dinâmicos e prolongados que tenham influência no aspecto social que caracteriza os grupos coletivos de mulheres, com base no combate à opressão¹⁶⁰.

Com relação à efetivação do princípio da igualdade, existe uma postura forçosa em nível internacional para se garantir condições equânimes na seara laboral.

Como exemplo, a Organização Internacional do Trabalho adotou o combate à discriminação como um dos seus objetivos fundamentais. Em tal aspecto, é de se ressaltar o enunciado da declaração de Filadélfia, que atua como princípio norteador da OIT, no sentido de que

all human beings, irrespective of race, creed or sex, have the right to pursue both their material well-being and their spiritual development in conditions of freedom and dignity, of economic security and equal opportunity¹⁶¹

Na mesma linha, a Convenção n. 111, de 1958, inserida em nosso ordenamento pelo Decreto n. 62.150, de 19 de janeiro de 1968, aborda a questão da discriminação em geral, prevendo a necessidade de adoção de instrumentos de política nacional com o objetivo de combater a discriminação no âmbito laboral.

¹⁶⁰ TREVISÓ, Marco Aurélio Marsiglia. A discriminação de gênero e a proteção à mulher. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. v. 47. n. 77, jan-jun 2008, p. 27.

¹⁶¹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - OIT. **Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e seu anexo (Declaração de Filadélfia)**. Disponível em: <www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf>. Acesso em: 04 mai. 2017. Em tradução livre: Todos os seres humanos, independentemente de raça, crença ou sexo, têm o direito de assegurar o bem-estar material e o desenvolvimento espiritual dentro da liberdade e da dignidade, da tranquilidade econômica e com as mesmas possibilidades.

Alheio a isso, também enfatiza que tal política deve ofertar condições igualitárias quanto às oportunidades de trabalho:

Art. 2 — Qualquer Membro para o qual a presente convenção se encontre em vigor compromete-se a formular e aplicar uma política nacional que tenha por fim promover, por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais, a igualdade de oportunidade e de tratamento em matéria de emprêgo e profissão, com objetivo de eliminar tôda discriminação nessa matéria.

Além desta, as Convenções da OIT de n. 117, sobre objetivos e normas práticas de política social, e n. 122, sobre política de emprego, também tratam da vedação à discriminação.

A matéria também é objeto de preocupação pela Organização das Nações Unidas, tanto que, em 1979, foi aprovada uma convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, que, no plano nacional, foi promulgada pelo Decreto n. 4.377, de 13 de setembro de 2002.

Tal convenção aborda a discriminação da mulher em diversos planos, como na política, na sociedade, na nacionalidade, na educação, na vida familiar e no trabalho, tratando de mecanismos de proteção e promoção de igualdade de gêneros.

Para a presente tese, é necessário compreender a necessidade de se promover a igualdade salarial do mundo do trabalho, cuja análise se fará a seguir.

2.2 A IGUALDADE SALARIAL NO DIREITO INTERNACIONAL

Assegurar garantias que tenham por objetivo tutelar as relações de trabalho se apresenta como uma máxima no plano jurídico nacional e internacional.

No plano internacional, a Constituição Social do México, de 31 de janeiro de 1917, apresentou registro de aplicação do princípio da igualdade¹⁶².

¹⁶² ROCHA, Andréa Presas. **Igualdade salarial e regras de proteção ao salário**. Revista Ltr, vol 72, n.04, abr 2008, p .413.

O mesmo princípio também foi adotado pela Constituição de Weimar, na Alemanha, em agosto de 1989¹⁶³.

Apesar de ser documento internacional que colocou fim à 1ª Guerra Mundial, o Tratado de Versalhes, em 1919, também teve impacto direto no Direito do Trabalho, a partir do momento em que declarou que ao trabalho de igual valor deve corresponder igual salário, não se podendo admitir qualquer distinção de sexo¹⁶⁴.

Previsão semelhante também é encontrada no preâmbulo e no art. 41 da Constituição da OIT.

Na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, também se repetiu a abordagem da igualdade salarial, especificamente em seu art. 23, nos seguintes termos:

§1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.

§2. Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.

§3. Toda pessoa que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.

§4. Toda pessoa tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para a proteção de seus interesses¹⁶⁵.

Vê-se, assim, que a Carta Internacional de tutela dos direitos humanos destacou a proteção à remuneração igualitária, em razão da realização de trabalho idêntico entre as partes.

Outro importante tratado internacional que abordou expressamente a necessidade de proteção do direito do trabalhador à isonomia salarial por o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966.

¹⁶³ MARQUES, Fabíola. **Equiparação salarial**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 26.

¹⁶⁴ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2007, p. 209.

¹⁶⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php Acesso em 29 abr. 2017.

A Convenção 100 da OIT trata especificamente da igualdade de remuneração de homens e mulheres por trabalho de igual valor e prescreve de forma expressa que os Estados devem garantir a igualdade de remuneração para a mão-de-obra masculina e feminina, por meio da legislação nacional, de qualquer sistema de fixação de remuneração previsto na legislação nacional, de convenções coletivas firmadas entre empregadores e empregados ou, até mesmo, por uma combinação desses métodos.

No volume 29 do Código dos Estados Unidos, seção 206, consta o texto do “Equal Pay Act de 1963”, que tem por objetivo a proibição da discriminação salarial fundada no sexo, dentro do mesmo estabelecimento laborativo. Em seus termos:

No employer having employees subject to any provisions of this section shall discriminate, within any establishment in which such employees are employed, between employees on the basis of sex by paying wages to employees in such establishment at a rate less than the rate at which he pays wages to employees of the opposite sex in such establishment for equal work on jobs the performance of which requires equal skill, effort, and responsibility, and which are performed under similar working conditions, except where such payment is made pursuant to (i) a seniority system; (ii) a merit system; (iii) a system which measures earnings by quantity or quality of production; or (iv) a differential based on any other factor other than sex¹⁶⁶.

Constata-se, portanto, que a Comissão de Igualdade de Oportunidades de Emprego dos Estados Unidos, ao divulgar o ato de igualdade salarial, demonstra a necessidade de serem inibidas as discriminações laborativas no tocante ao salário. As exceções permitidas dizem respeito apenas a critérios

¹⁶⁶ U.S. EQUAL EMPLOYMENT OPPORTUNITY COMMISSION. **The Equal Pay Act of 1963**. Disponível em; <<https://www1.eeoc.gov/laws/statutes/epa.cfm?renderforprint=1>>. Acesso em: 13 abr. 2017. Em tradução livre: Nenhum empregador que tenha empregados sujeitos a qualquer das disposições desta seção deve discriminar, dentro de qualquer estabelecimento em que tais empregados prestam seus serviços, entre empregados com base no sexo, pagando salários a empregados nesse estabelecimento a uma taxa menor do que a taxa de que paga salários a empregados do sexo oposto em tal estabelecimento por trabalho igual em empregos cujo desempenho requer igual habilidade, esforço e responsabilidade, e que são executados em condições de trabalho semelhantes, exceto quando tal pagamento é feito de acordo com (i) um sistema de antiguidade; (ii) um sistema de mérito; (iii) um sistema que mede os ganhos por quantidade ou qualidade da produção; Ou (iv) um diferencial baseado em qualquer outro fator diferente do sexo.

como antiguidade, mérito, quantidade ou qualidade de produção, ou outro fator que não seja relacionado com o sexo dos trabalhadores.

O Código de Trabalho de Portugal também tem previsão acerca da igualdade salarial entre trabalhadores, independentemente do sexo:

1 - Os trabalhadores têm direito à igualdade de condições de trabalho, em particular quanto à retribuição, devendo os elementos que a determinam não conter qualquer discriminação fundada no sexo.

2 - A igualdade de retribuição implica que, para trabalho igual ou de valor igual:

a) Qualquer modalidade de retribuição variável, nomeadamente a paga à tarefa, seja estabelecida na base da mesma unidade de medida;

b) A retribuição calculada em função do tempo de trabalho seja a mesma.

3 - As diferenças de retribuição não constituem discriminação quando assentes em critérios objetivos, comuns a homens e mulheres, nomeadamente, baseados em mérito, produtividade, assiduidade ou antiguidade.

4 - Sem prejuízo do disposto no número anterior, as licenças, faltas ou dispensas relativas à proteção na parentalidade não podem fundamentar diferenças na retribuição dos trabalhadores.

5 - Os sistemas de descrição de tarefas e de avaliação de funções devem assentar em critérios objetivos comuns a homens e mulheres, de forma a excluir qualquer discriminação baseada no sexo.

6 - Constitui contraordenação muito grave a violação do disposto no n.º 1 e constitui contraordenação grave a violação do disposto no n.º 5.

De toda esta análise, verifica-se que a isonomia salarial demanda atenção no plano internacional, o que também foi albergado no ordenamento jurídico pátrio, conforme se verificará adiante.

2.3 A IGUALDADE SALARIAL NO DIREITO BRASILEIRO

A análise do princípio da igualdade ao longo das Constituições da república do Brasil demonstra que os primeiros registros de sua previsão remontam a 1824. O art. 179 da Constituição daquele ano previa que “A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império”, trazendo, em seu inciso XIII, a garantia de que “A Lei

será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um”.

Já o art. 72, §2º, da Constituição de 1891 trazia clara previsão de que “Todos são iguais perante a lei”. Em seguida, continha a previsão de que “A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho”. É importante ponderar que a redação foi mantida, mesmo após Emenda Constitucional havida em 3 de setembro de 1926.

Na mesma linha, o art. 113, 1, da Constituição de 1934 prevê que “Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas”.

A Carta Constitucional de 1937 também chancelou o princípio da igualdade em seu art. 122, 1º, ao prever singelamente que “Todos são iguais perante a lei”, redação esta que também foi mantida pelo art. 141, §1º, da Constituição de 1946.

Na Constituição de 1967, o art. 150, §1º, volta a ter redação mais detalhada ao prever que: Todos são iguais perante a lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei”. No mesmo sentido é a redação do art. 153, §1º, da EC n. 1/1969.

Finalmente, a Constituição Federal de 1988, diferenciando-se das anteriores por trazer os direitos e garantias fundamentais em sua parte inicial, destaca o princípio da igualdade já no “caput” do art. 5º, nos seguintes termos: “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”. A posição topográfica demonstra a superioridade da isonomia frente aos demais direitos e garantias fundamentais¹⁶⁷.

¹⁶⁷ BORGES, José Souto Maior. Princípio da isonomia e sua significação na Constituição de 1988. **Revista de Direito Público**. v. 93, São Paulo, 1990, p. 34.

Dessa forma, o poder constituinte originário aponta claramente que todas as pessoas naturais são seres humanos. Com isso, inibem-se quaisquer distinções entre os povos, impondo de forma coercitiva a todos os cidadãos brasileiros ou estrangeiros o dever de promover a igualdade.

Vê-se, assim, que, em consonância com os ditames da normatização internacional, a legislação pátria também aponta para a garantia da isonomia salarial. Com efeito:

A igualdade salarial, como princípio geral de proteção contra a discriminação entre empregados, está prevista tanto no art. 7º, XXX e XXXI, da Carta como nos arts. 5º caput e 373-A da CLT e na Lei nº 9.029/95. Todos esses comandos decorrem do princípio da isonomia de tratamento apontado no art. 5º, caput, da CRFB. A igualdade preconizada na Carta não quer dizer que o empregador não pode pagar salários diferentes aos seus empregados, pois se assim o fosse, o servente deveria receber o mesmo salário que o gerente, o que não ocorre na prática. Na verdade, os iguais devem ser tratados de forma igual e os diferentes de forma diferente. Entre os que exercem a mesma função a lei regulou as hipóteses de pagamento de salário igual ou equivalente, como nos arts. 450 (e Súmula nº 159) 461 ou 358 da CLT e no art. 12, a, da Lei nº 6.019/74¹⁶⁸.

No plano infraconstitucional, o princípio da igualdade salarial foi inicialmente tratado pelo Decreto n. 20.261/1931, que proibiu o pagamento de maior salário do estrangeiro, por trabalho análogo ao realizado pelo brasileiro. O objetivo, naquele período posterior à Revolução de 1930, foi o de proteger o trabalhador nacional contra a diferenciação salarial ocorrida com a chegada dos trabalhadores imigrantes estrangeiros¹⁶⁹.

A obrigatoriedade de salário igual entre homens e mulheres foi objeto de legislação específica na indústria e no comércio, por meio do Decreto n. 21.427/1932.

A CLT conta com três importantes dispositivos para garantir o direito à igualdade de remuneração. O primeiro deles é o art. 358, que trata da isonomia salarial entre brasileiros e estrangeiros. Ainda, o art. 460 da CLT, que trata da necessidade de fixação de salário pelo juiz quando os sujeitos da relação de

¹⁶⁸ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 11.ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 916.

emprego não pactuam nenhum valor de salário, ou mesmo quando não há prova do montante pactuado entre empregado e empregador. Por fim, o art. 461 da CLT trata da equiparação salarial entre empregados que exercem funções idênticas.

No presente tópico, será feita a análise dos artigos 461 e 358 da CLT. O art. 460 da CLT será abordado no próximo capítulo, tendo em vista que nele se identifica necessidade de preenchimento ontológico da norma.

2.3.1 A equiparação salarial

Na legislação infraconstitucional, o principal dispositivo que objetiva garantir a igualdade salarial é o art. 461 da CLT, que trata do direito à equiparação salarial quando houver discriminação indevida. Na lição de Amauri Mascaro Nascimento:

Na sua concepção dogmática contemporânea, a equiparação salarial, que decorre da igualdade entre dois empregados no exercício da função considerados outros fatores, pressupõe, no caso concreto, um ato de discriminação do empregador que é por preconceito contra alguém e que o leva a diferenciar o tratamento trabalhista que a essa pessoa é dispensado de modo injustificável.

[...]

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

Em outras palavras, pleito de equiparação salarial não deve ser examinado exclusivamente em seus aspectos objetivos restritos aos requisitos estabelecidos pela lei, sem outros cuidados, porque, antes dessa verificação, cumpre indagar qual é a finalidade da regra legal¹⁷⁰.

Por meio dele, o Poder Judiciário reconhece o direito de receber valor de salário igual para quem exerce igual trabalho.

¹⁶⁹ MARQUES, Fabíola. **Equiparação salarial**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 29.

¹⁷⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Equiparação salarial e o inciso VI da Súmula 6 do C. TST. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**. n. 31, jul./dez. 2007, p. 45-57, p. 47 e 52.

Pela equiparação salarial, busca-se o salário isonômico, assim “considerado aquele devido ao empregado que exerce função idêntica a outro empregado da mesma empresa”¹⁷¹.

Dá-se o nome de paradigma ao empregado que recebe salário maior, enquanto o empregado supostamente discriminado é chamado de paragonado.

Vale ponderar que a Lei n. 13.467/2017 prevê que, além do direito às diferenças salariais, o empregado que sofreu discriminação salarial também terá direito ao recebimento de multa de 50% do valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social¹⁷².

2.3.1.1 Requisitos

A diretriz de tal norma é a de que os empregados que exercerem a mesma função na empresa devem receber o mesmo salário, na clássica acepção de que “para trabalho igual, é garantido salário igual”.

E, de fato, a identidade de funções é pressuposto básico para que um empregado tenha direito de receber o mesmo montante pago a outro.

De acordo com a doutrina clássica, o requisito da identidade das funções pressupõe que os dois empregados tenham exatamente as mesmas atribuições. Tanto o é que a Súmula 6, III, do TST estabelece a exigência de desempenho das mesmas tarefas, independentemente da denominação dada ao cargo. Com isso, ainda que o empregador tente burlar a regra de equiparação salarial com a assinalação de denominação diferente a cargos ou funções, o direito subsiste, desde que o empregado demonstre em juízo que as atividades desempenhadas eram as mesmas.

O parágrafo 1º do dispositivo em comento ainda estabelece que o trabalho de igual valor é aquele feito com a mesma produtividade ou perfeição

¹⁷¹ FAVARIM, Flávia Negri. **Remuneração e salário**: uma abordagem jurídico/administrativa. Revista de Ciências Gerenciais. Vol. 15, nº 21, 2011, p. 219.

¹⁷² Segundo a nova redação do art. 461, §6º, da CLT: “No caso de comprovada discriminação por motivo de sexo ou etnia, o juízo determinará, além do pagamento das diferenças salariais devidas, multa, em favor do empregado discriminado, no valor de 50% (cinquenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.”.

técnica. A produtividade é a medida de aferição para o labor manual, enquanto a perfeição técnica é utilizada para se valorar o trabalho intelectual.

Para que a equiparação se verifique, mister que os empregados cotejados executem exatamente as mesmas atribuições ou tarefas, não só as objetivas, como as subjetivas, isto é, com a mesma responsabilidade e poderes. Essa atribuição deve estar associada à mesma função. Nesse sentido o inciso III da Súmula nº 6 do TST e a jurisprudência majoritária¹⁷³.

Ao comentar sobre a identidade funcional, Baracat e Gunther apontam que a doutrina clássica de que a identidade de funções pressupõe a identidade de tarefas foi consolidada de acordo com o modelo fordista de produção. O fordismo era estruturado na produção fragmentada com a decomposição de tarefas, o que fazia com que cada trabalhador executasse sempre a mesma tarefa de forma repetitiva. Já a partir da década de 70, o modelo toyotista imprimiu uma estrutura de produção flexível, com a formação de grupos de trabalho, a quem eram assinaladas diversas tarefas, com variedades de competências e responsabilidades, apesar de exercerem a mesma função. Em razão disso, os autores defendem não mais caber o requisito da identidade absoluta de função¹⁷⁴.

Alheio a isso, o art. 461 da CLT também estabelece outros requisitos para que o direito seja reconhecido em juízo.

Em primeiro lugar, o trabalho deve ser prestado ao mesmo empregador. Com efeito, um empregador não pode ser judicialmente obrigado a pagar salários equiparados àqueles pagos por outras empresas no mercado de trabalho. Considere-se, para tanto, que existe grande diferença de porte entre as diversas empresas de um mesmo segmento, podendo ser micro ou pequena empresa, bem como empresa de médio ou de grande porte. Ainda que enquadradas em um mesmo porte, empregadores distintos não podem ser obrigados a arcar com o mesmo salário, pois, desde que livremente pactuado, o

¹⁷³ FAVARIM, Flávia Negri. **Remuneração e salário**: uma abordagem jurídico/administrativa. Revista de Ciências Gerenciais. Vol. 15, nº 21, 2011, p. 918.

¹⁷⁴ BARACAT, Eduardo Milléo; GUNTHER, Luiz Eduardo. Isonomia salarial: análise do critério da identidade de função sob as perspectivas do fordismo e do toyotismo. **Revista Jurídica Cesumar – Mestrado**, v. 12, n 1, p. 77-91, jan./jun. 2012, p. 87-9.

patamar salarial de uma empresa deve ser por ela definido e os valores devem ser livremente acordados entre os sujeitos da relação de emprego.

O mesmo entendimento deve ser aplicado às hipóteses de empregados que exercem idêntica função para empresas diferentes, porém integrantes de um mesmo grupo econômico¹⁷⁵.

Para a verificação deste requisito, importa analisar quem efetivamente paga os salários do paradigma e do paragonado. Nesse sentido, se houver cessão de empregados, a equiparação é possível se o órgão cessionário responder pelo salário dos empregados envolvidos (Súmula 6, III, do TST).

Ainda que o art. 2º, §2º, da CLT estabeleça a responsabilidade solidária entre as empresas do grupo, para os efeitos da relação de emprego, é fato que cada uma das empresas tem personalidade jurídica própria e possuem registros de contabilidade distintos. Acrescente-se que há diferença de porte entre empresas integrantes de um mesmo grupo, o que afasta a existência de discriminação interna no grupo.

Como terceiro requisito para a aplicação das regras de equiparação, o trabalho deve ser prestado na mesma localidade. O termo foi entendido pela Corte Superior como sendo a mesma cidade ou cidades distintas integrantes de uma mesma região metropolitana (Súmula 6, X, do TST). Não se exige, portanto, que os empregados laborem na mesma sala e nem mesmo no mesmo estabelecimento.

Com efeito, a depender do custo de vida da cidade, é justificável a diferenciação entre os salários. Em tal norte, o requisito em comento obsta que um empregado que trabalhe em uma cidade com baixo custo de vida tente obter a equiparação salarial com um colega que exerça suas funções em cidade com custo de vida superior.

Pondere-se que, com a aprovação da Lei n. 13.467/2017, a redação do art. 461 da CLT passará a exigir que a equiparação se dê apenas entre

¹⁷⁵ Define-se o grupo econômico como “a figura resultante da vinculação justrabalhista que se forma entre dois ou mais entes favorecidos direta ou indiretamente pelo mesmo contrato de trabalho, em decorrência de existir entre esses entes laços de direção ou coordenação em face de atividades industriais, comerciais, financeiras, agroindustriais ou de qualquer outra natureza econômica”. (DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 12ª ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 407).

empregados que trabalhem no mesmo estabelecimento social. Trata-se de alteração que causará retrocesso em direito fundamental, pois não há justificativa para que empregados que estejam sujeitos ao mesmo custo de vida possam receber salários diferentes apenas por trabalharem em estabelecimentos distintos¹⁷⁶.

Alheio a isso, exige-se que a diferença de tempo no serviço não seja superior a 2 anos (art. 461, §1º, parte final, da CLT). Isso porque é natural que o empregado que tenha mais tempo de serviço tenha mais experiência e mereça, assim, maior destaque dentro da estrutura empresarial. Tanto o é que muitas normas coletivas prevêem o pagamento de adicional por tempo de serviço aos empregados da categoria. Em tal norte, a diferenciação respeita a igualdade material.

Contudo, houve celeuma doutrinária e jurisprudencial quanto à amplitude do termo. Por um norte, defendeu-se que o “tempo de serviço” deve ser considerado como “tempo de vínculo empregatício na empresa”, garantindo maior prestígio ao empregado que por mais tempo dedicou sua força de trabalho ao empregador.

Nesse sentido:

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” deveria ater-se à “função”: partiam da presunção de que a antiguidade na função traz, como corolário, maior prática e maior domínio de suas atividades e, em consequência, maior experiência, também autorizando um rendimento superior a justificar os salários discrepantes, enquanto 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

¹⁷⁶ Segundo a nova redação do art. 461, “caput”, da CLT, de acordo com a Lei n. 13.467/2017: Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, no mesmo estabelecimento empresarial, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, etnia, nacionalidade ou idade.

experiência cotidiana, que mostra, muitas vezes, ser o novato mais diligente e operoso que o veterano¹⁷⁷.

Todavia, prevaleceu o entendimento de que o “tempo de serviço” deve ser analisado como “tempo na função”. Em tal sentido o TST editou a Súmula 6, item II. Com isso, constata-se que o objetivo da norma é apenas presumir o melhor desempenho daquele que tem mais prática na função exercida. Não importa, assim, a quantidade de anos que o paragonado trabalha na empresa. O ponto nodal que permite a diferenciação salarial é que o paradigma exerça a função há mais de 2 anos contados de quando o paragonado passou a exercê-la.

Existe crítica a tal requisito na doutrina, pois é a igualdade de trabalho prestado que justifica a igualdade de salário, independentemente do tempo de serviços prestado pelo empregado na empresa. Este deveria ser remunerado por alguma parcela destinada a retribuir o tempo de empresa, como um prêmio de permanência. Acrescente-se que nada garante que quem exerce a função há mais tempo o faça com mais mestria do que os outros, até porque a experiência no exercício da função também se adquire em outros empregadores¹⁷⁸.

Com a Lei n. 13.467/2017, pretende-se criar dois limites temporais. Ficaria mantida a diferença de tempo no exercício da função por até 2 anos como requisito para a equiparação salarial. Entretanto, também passa a ser exigida a diferença de tempo de prestação de serviços para o mesmo empregador de até 4 anos¹⁷⁹.

Por fim, exige-se que haja a simultaneidade na prestação de serviços, ainda que ela não mais esteja presente quando do ajuizamento da ação (Súmula 6, IV, do TST). Com efeito, a discriminação salarial só estará presente se efetivamente os empregados trabalharem no mesmo período, exercendo idêntica função. A partir do momento em que isso ocorre, há direito à percepção de salário equiparado, se presentes os demais requisitos previstos no art. 461 da CLT. Vale

¹⁷⁷ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 663.

¹⁷⁸ LORENZETTI, Ari Pedro. Isonomia salarial no tempo e no espaço. **Revista do TRT da 18ª Região**. Goiânia, ano 11, 2008/2009, p. 11-21, p. 15.

¹⁷⁹ Segundo a nova redação do art. 461, §1º, da CLT, de acordo com a Lei n. 13.467/2017: 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 para o mesmo empregador não seja superior a quatro anos e a diferença de tempo na função não seja superior a dois anos.

ponderar que, se o trabalho não for prestado de forma simultânea, a hipótese é de substituição de empregados, sendo regulada pelo art. 450 da CLT e Súmula 159 do TST.

2.3.1.2 Causas de exclusão

O art. 461 da CLT traz duas hipóteses em que, mesmo com a presença de todos os requisitos acima mencionados, o empregado não terá direito de ter seu salário equiparado ao de outro empregado. Trata-se de hipóteses pelas quais não há discriminação apta a ensejar a correção por meio da fixação de novo salário.

O primeiro caso é o do empregador que mantém quadro organizado de carreira, devidamente homologado pelo Ministério do Trabalho (art. 461, §2º, da CLT e Súmula 6, I, do TST). Tal homologação é dispensada para a Administração Pública direta, autárquica e fundacional, quando o quadro for aprovado por ato administrativo da autoridade competente. Com efeito, o ato administrativo goza de presunção de legalidade, o que dispensa a necessidade de aprovação pelo órgão fiscalizador do trabalho.

Na hipótese do quadro de carreira, não cabe a correção de desvios por meio de equiparação salarial, mas sim de enquadramento funcional. Assim, se um empregado exerce funções referentes a outra posição no quadro, deve pedir diferenças salariais por desvio funcional ou, ainda, o correto enquadramento na estrutura organizacional.

Saliente-se que o quadro deve prever promoções alternadas por antiguidade e merecimento, dentro da cada categoria profissional, tudo conforme art. 461, §3º, da CLT. O descumprimento de tal requisito não implica a invalidade total do quadro de carreira, mas permitirá que seja reconhecido em juízo o direito a equiparação salarial entre os empregados.

Com a Lei n. 13.467/2017, dispensa-se a homologação do quadro de carreira, bem como também se afasta o direito à equiparação salarial se a empresa tiver plano de cargos e salários previsto em norma interna ou em norma coletiva, também independente de homologação. As promoções também podem

ser exclusivamente por antiguidade ou por merecimento, sendo desnecessária a alternância entre os critérios¹⁸⁰.

Além disso, o direito à equiparação salarial também é afastado quando o paradigma está em processo de readaptação. Muitas vezes o empregado tem um determinado patamar salarial dentro da empresa, porém, em decorrência de processo de readaptação determinado pela autarquia previdenciária, tem a necessidade de se afastar das atividades normalmente exercidas para poder atender às diretrizes médicas. Entretanto, em razão da garantia constitucional da irredutibilidade salarial (art. 7º, VI, da Constituição), tal empregado não pode ter seu salário reduzido, gerando, ainda que de forma temporária, diferença salarial em seu setor. Mesmo em tal caso, não há falar em discriminação, pois a discrepância não decorre de ato do empregador, mas sim de cumprimento de decisão da Previdência Social.

Por fim, a jurisprudência consolidada da Corte Superior Trabalhista consolidou entendimento pelo qual não haverá direito à equiparação salarial se o desnível de valores decorrer de decisão judicial que concedeu vantagem pessoal ao paradigma ou reconheceu salário maior em razão de tese juridicamente superada pela referida Corte. De fato, em tais hipóteses, não se estará diante de hipótese de discriminação dentro do ambiente de trabalho.

A Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017) afasta a possibilidade de indicar paradigma remoto, sendo necessária a contemporaneidade da prestação de serviços entre o paradigma e o paragonado¹⁸¹.

2.3.2 O art. 358 da CLT

¹⁸⁰ De acordo com a Lei n. 13.467/2017, os parágrafos 2º e 3º do art. 461 da CLT passariam a ter a seguinte redação: § 2º Os dispositivos deste artigo não prevalecerão quando o empregador tiver pessoal organizado em quadro de carreira ou adotar, por meio de norma interna da empresa ou de negociação coletiva, plano de cargos e salários, dispensada qualquer forma de homologação ou registro em órgão público. § 3º No caso do § 2º deste artigo, as promoções poderão ser feitas por merecimento e por antiguidade, ou por apenas um destes critérios, dentro de cada categoria profissional.

¹⁸¹ Segundo a nova redação do art. 461, §5º, da CLT, de acordo com a Lei n. 13.467/2017: A equiparação salarial só será possível entre empregados contemporâneos no cargo ou na função, ficando vedada a indicação de paradigmas remotos, ainda que o paradigma contemporâneo tenha obtido a vantagem em ação judicial própria.

O título III da CLT aborda as normas especiais de tutela do trabalho, tendo, em seu capítulo II, as disposições sobre a nacionalização do trabalho. As normas de proteção levaram em consideração as condições financeiras em que o país se encontrava após a revolução na década de 30, bem como a necessidade de o Estado intervir na situação econômica e na organização do trabalho.

À época, uma das maiores preocupações dizia respeito à situação de desemprego e migração interna dos trabalhadores para os grandes centros. Entendia-se, entretanto, que parte do desemprego era causada pela entrada dos imigrantes no país de forma desorganizada, razão pela qual se constatou a necessidade de se estipular a reserva de mercado, por meio do Decreto n. 19.482/1930, que de forma primeira estabeleceu a regra da proporcionalidade de 2/3 de empregados brasileiros nas empresas.

Ainda, o Decreto-lei n. 406/1938 (que estabeleceu a possibilidade de o Governo Federal proibir a entrada de estrangeiros no país por motivos econômicos ou sociais), posteriormente regulamentado pelo Decreto n. 310/1938, que expressamente apontou que o controle de entrada e de saída dos estrangeiros do país tinha por objetivo preservar a constituição étnica do país, suas formas políticas e seus interesses econômicos.

A questão é que, em decorrência de a mão-de-obra brasileira não estar preparada para a necessidade do crescente movimento industrial, muitas empresas davam preferência à contratação de estrangeiros e, com isso, elas lhes ofereciam maiores salários. Para corrigir a discriminação, o art. 358 da CLT passou a prever que: “Nenhuma empresa, ainda que não sujeita à proporcionalidade, poderá pagar a brasileiro que exerça função análoga, a juízo do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, à que é exercida por estrangeiro a seu serviço, salário inferior ao deste”. As exceções estão em suas alíneas e em muito se assemelham às já abordadas no art. 461 da CLT.

A primeira das exceções ao dispositivo se aplica às empresas que não tenham quadro organizado de carreira. Por ela, o empregado estrangeiro poderá receber salário maior se o empregado brasileiro tiver menos de 2 anos de serviço na empresa, enquanto o estrangeiro contar com mais de 2. A hipótese se assemelha àquela prevista no art. 461, §1º, parte final, da CLT.

Ainda, permite-se a discrepância se ela decorrer de maior produtividade do estrangeiro, ou do fato de apenas o brasileiro ser aprendiz, ajudante ou servente.

Por fim, se houver quadro de carreira homologado pelo Ministério do Trabalho, com acesso às promoções por meio de antiguidade, o direito à isonomia salarial também é excluído.

De proêmio, constata-se que, enquanto a equiparação salarial com um paradigma brasileiro exige a identidade de funções, a equiparação quando o paradigma é estrangeiro demanda apenas que as funções sejam análogas. Saliente-se que a analogia faz parte de um gênero, sendo a identidade genérica. Ao contrário, a identidade específica é espécie que exige a identificação como um todo¹⁸².

Com isso, verifica-se que a equiparação salarial com brasileiro e a com estrangeiro demandam requisitos diversos quanto ao grau de identidade de funções, o que, em um primeiro momento, parece não colidir com o art. 7º, XXX, da Constituição, que não veda a discriminação salarial em razão de nacionalidade.

Contudo, o art. 358 da CLT não foi recepcionado pelo art. 5º, “caput” da Constituição, na medida em que este consagra a isonomia entre brasileiros e estrangeiros, não mais havendo justificativa na distinção celetista entre os artigos 358 e 461 da CLT.

Tanto o é que, apesar de ambos os dispositivos celetistas terem semelhantes causas de exclusão do direito à equiparação, a Lei n. 13.467/2017 sequer propõe alterações ao art. 358 da CLT, mas apenas ao art. 461 da CLT. E assim o é porque não deve o legislador propor mudanças em lei que já não se encontra recepcionada pela atual ordem constitucional.

¹⁸² CATHARINO, José Martins. **Tratado jurídico do salário**. Edição fac-similada. São Paulo: LTR, 1994, p. 359.

3 BASES PARA UMA TEORIA DA ESTIPULAÇÃO DO SALÁRIO

A teoria sobre a determinação do valor do salário refere-se à forma como se deve determinar o montante do salário pago ao empregado. É inegável que o valor a ser estipulado depende do acordo de vontades entre empregado e empregador. Porém a liberdade contratual deve respeitar limites mínimos fixados pelo ordenamento jurídico, a fim de garantir a dignidade da pessoa humana.

Os sistemas de regulamentação do salário apontam a existência de interferência estatal na fixação do seu valor, bem como a medida desta intervenção. Neste ponto, verificam-se formas genéricas de determinação do salário, e não ainda a sua estipulação em concreto.

Identificam-se quatro sistemas de regulamentação estatal. O primeiro deles é o modelo da ausência de intervenção estatal, o que confere livre autonomia às partes. O segundo pressupõe a fixação do valor de um salário mínimo a ser respeitado, modelo adotado pelo Brasil, podendo ser estabelecidos patamares maiores. Há, ainda, o terceiro modelo, de fixação de um limite máximo, bem como o quarto, da possibilidade de fixação de um salário fixo¹⁸³.

Após a verificação de como o Estado genericamente interfere no montante a ser pago como salário, passa-se a identificar os diversos métodos de fixação de salário, ou seja, a forma pela qual ele é concretamente fixado em uma relação empregatícia.

Américo Pla Rodriguez aponta que os salários podem ser fixados de cinco formas, quais sejam, pelo contrato individual, pelos órgãos governamentais, por organismos especializados tripartites, por organismos de conciliação e arbitragem e pela negociação coletiva¹⁸⁴.

A partir do momento em que o contrato individual de trabalho é oneroso, são as partes que, em um primeiro momento, fixam o valor a ser pago

¹⁸³ ERMIDA URIARTE, Oscar. Metodos de fijacion de salarios actualmente vigentes en el Uruguay. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, a. 8, n. 46, p. 26-35, nov./dez. 1983, p. 26.

¹⁸⁴ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **El salario en el Uruguay**. Montevideo: Facultad de Derecho, 1956, p. 111-125.

como contraprestação pelo labor. Em cada caso concreto, o contrato de trabalho é a principal fonte de fixação do salário. Entretanto, por existir a hipossuficiência do empregado, devem ser respeitadas as regras de proteção mínimas, além de que outras formas de fixação também são necessárias.

O Estado também pode fixar valor de salários, seja o Poder Legislativo, por lei, seja pelo Executivo, por decreto. No direito brasileiro, o Poder Judiciário também tem a atribuição de determinar valores de salário, por meio do dissídio coletivo de natureza econômica, quando a categoria dos empregados e a dos empregadores não conseguem, por meio da autocomposição, determinar o patamar mínimo salarial da categoria em norma coletiva. Em tal caso, pode a Justiça do Trabalho resolver o conflito coletivo, a teor do artigo 114, §2º, da Constituição.

Os organismos especializados tripartites também podem determinar o valor dos salários. São eles formados por representantes do Estado, bem como por representantes dos empregados e dos empregadores. Tiveram grande importância, por exemplo, no Uruguai, com a figura dos “Consejos de Salario”. Tais “Consejos” foram criados pela Lei n. 10.449, de 12 de novembro de 1943 e tinham a atribuição de definir quais eram as categorias e as tarefas, bem como quais seriam os valores mínimos que deveriam ser pagos para cada categoria. Apenas de forma acessória, eles também poderiam cumprir funções de conciliação e de arbitragem¹⁸⁵.

Em seguida, citam-se os organismos de conciliação e de arbitragem. Estes se diferenciam dos organismos tripartites, por terem atribuições mais genéricas em matéria laboral, englobando não apenas a fixação de salários, mas também a solução de conflitos de trabalho. Além disso, eles não precisam ter necessariamente composição tripartite, apesar de eles, normalmente, serem formados por integrantes de representantes da classe trabalhadora e patronal¹⁸⁶.

Por fim, a negociação coletiva assume relevante papel na determinação do valor dos salários, ao fixar valores mínimos para a categoria, por meio da autocomposição. Além disso, a norma coletiva advinda da negociação

¹⁸⁵ ERMIDA URIARTE, Oscar. Metodos de fijacion de salarios actualmente vigentes en el Uruguay. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, a. 8, n. 46, p. 26-35, nov./dez. 1983, p. 28.

tem o condão de apontar as formas de solução de conflitos individuais em matéria de salário. Pondere-se que o art. 7º, XXVI, da Constituição reconhece como direito fundamental a cláusula prevista em norma coletiva, quando ela for válida.

No ordenamento jurídico pátrio, impera o entendimento segundo o qual, desde que respeitado o patamar mínimo salarial imposto pela lei ou pela norma coletiva da categoria, é livre a fixação de salário pelos sujeitos da relação de emprego. Há, ainda, alguns dispositivos acerca da isonomia salarial, que também interferem na estipulação do valor do salário.

Entretanto, algumas das regras referentes à determinação de salário necessitam de preenchimento ontológico para a adaptação à realidade, além de que há algumas situações atuais no meio de trabalho, tais como a mobilidade funcional, que não contam com previsão normativa a respeito de salário.

3.1 A ESTIPULAÇÃO DO SALÁRIO QUANDO NÃO EXISTIR OU NÃO HOVER PROVA DA IMPORTÂNCIA AJUSTADA

A primeira análise será sobre o art. 460 da CLT, a sua aplicação prática e a proposição de critérios para suprir.

3.1.1 O artigo 460 da CLT e as críticas quanto à aplicação e conteúdo

A primeira hipótese a ser analisada na presente tese é a forma de se estipular o salário judicialmente quando as partes não pactuarem expressamente um determinado valor ou quando não existir prova do montante ajustado.

Quanto ao ponto, o atual art. 460 da CLT estabelece que “Na falta de estipulação do salário ou não havendo prova sobre a importância ajustada, o empregado terá direito a perceber salário igual ao daquela que, na mesma empresa, fizer serviço equivalente ou do que for habitualmente pago para serviço semelhante”.

De proêmio, é importante ponderar que, ao se reportar à falta de estipulação de salário, a lei refere-se, em verdade, à falta de estipulação de um

¹⁸⁶ **Ibidem.** p. 27.

valor pelas partes envolvidas no contrato de trabalho. Isso porque, em decorrência do requisito da onerosidade na relação de emprego (art. 2º da CLT), sempre existirá o acordo de vontades quanto à existência em si de um pagamento, ainda que ele não seja denominado de salário.

Como ensina Homero Batista Mateus da Silva, ao comentar sobre a origem do dispositivo:

Recorde-se que a legislação trabalhista admite o contrato de trabalho tácito, assim entendido aquele que se forma pelas circunstâncias e pelo comportamento das partes, ainda que nada tenha sido apalavrado ou previamente ajustado. A simples repetição coordenada da prestação de serviços, de maneira pessoal e inserindo-se na organização produtiva da empresa – ou seja, sujeitando-se a uma subordinação geral, ainda que não a ordens pessoalmente ditadas –, faz da pessoa física empregada do empreendimento. Dado o caráter extremamente abstrato e fluido dessa relação de emprego tácita, é natural que as partes não tenham combinado salário, porque, afinal, não combinaram nada. Em algum momento terá de haver acerto de contas e registro da relação de emprego em Carteira de Trabalho, o que pode acontecer de modo voluntário pelo empregador, por exigência da fiscalização do trabalho ou por determinação judicial. [...] Além do empregado prematuramente desaparecido e do empregado engajado de modo tácito ao ambiente de trabalho, a primeira parte do art. 460 da CLT também encontra campo de aplicação nos contratos concebidos originalmente como não trabalhistas, mas que se transformaram em relação de emprego ao longo do tempo. A situação se assemelha à relação de emprego tácita, mas com a peculiaridade de que as partes pretenderam outro tipo de relacionamento e não houve o ingresso silencioso e duradouro por parte do operário. Ocorre que esse outro tipo de relacionamento foi deturpado, o que de fato sucede em diversas situações. [...] O exemplo do desvirtuamento voluntariado também pode ser aproveitado para as falsas relações de prestadores de serviços eventuais, autônomos, cooperados e avulsos.¹⁸⁷

O autor ainda acrescenta às hipóteses de aplicação, aquela em que não há prova dos critérios estipulados a título de comissões.

Vê-se, assim, que, em sua interpretação literal, o art. 460 da CLT não tem tanta aplicação prática nos dias atuais, uma vez que empregado e empregador quase sempre estabelecem a quantia avençada. A necessidade de segurança nas relações jurídicas, ainda que nas informais, demanda a definição

do montante a ser pago. No atual mundo do trabalho, não é imaginável que empregado e empregador pactuem o pagamento de uma contraprestação pelos serviços, sem definir exatamente quanto ou, ao menos, um parâmetro de acordo com a produção.

Contudo, parte da doutrina defende uma aplicação extensiva quanto à hipótese de incidência da regra em comento. Fabíola Marques defende que o dispositivo trata da equiparação salarial por equivalência e pode ser usado também para o juiz fixar salário na hipótese de acúmulo de função. Em suas palavras:

Diante das dificuldades econômicas, como a que vem ocorrendo no Brasil nas últimas décadas, e, ainda, da implementação do instituto da flexibilização, são cada vez mais rotineiras as dispensas de empregados qualificados, que recebem salários maiores, substituídos por outros, com menores salários. Nessa hipótese, o empregado subalterno passa a exercer a função de seu superior hierárquico, com mais responsabilidades e atribuições, a pretexto de redução de custos por parte da empresa, sem, no entanto, receber qualquer reajustamento ou acréscimo salarial. Ora, de acordo com o princípio da justa retribuição, não restam dúvidas de que o empregado faz jus à melhoria salarial. Porém, quais os parâmetros a serem utilizados para o aumento salarial do empregado? Seria aplicável a hipótese prevista no art. 460 da CLT? A resposta é positiva. A atribuição de novas tarefas ao empregado, além dos serviços anteriormente contratados, importa em alteração unilateral das condições do contrato de trabalho, e, como sustenta Genésio Vivanco Solano Sobrinho, importa em 'nova contratação, sem a estipulação dos salários respectivos, para o trabalho excedente'. Trata-se de novo contrato de trabalho, pelo qual o empregador passa a exigir do empregado maior carga de trabalho sem a estipulação de salário para o novo trabalho proposto, sendo, portanto, aplicável o disposto no art. 460 da CLT.¹⁸⁸

Ocorre que a atribuição de novas funções ao empregado não caracteriza novo contrato de trabalho, até mesmo porque o acúmulo de funções pressupõe que o empregado continua exercendo as funções anteriores. Com efeito, caso se tratasse de novo contrato, e daí permitir a aplicação do dispositivo, seria possível a pactuação de novas condições de trabalho, ainda que diferentes ou menos vantajosas do que o anterior.

¹⁸⁷ **Curso de direito do trabalho aplicado**. v. 5. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2015. p. 273-4.

¹⁸⁸ **Equiparação salarial**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 55.

Na hipótese de alteração da função contratada, estar-se-ia diante de alteração contratual objetiva¹⁸⁹, sendo do tipo qualitativo¹⁹⁰, que pode ser reconhecida como nula se trouxe prejuízos diretos ou indiretos ao empregado, a teor do art. 468 da CLT.

Dessa forma, não se pode equiparar a ilegalidade da alteração contratual com nova contratação, com a consequente aplicação do dispositivo. Vale salientar que o reconhecimento de que haveria um novo contrato com a fixação de novo salário é incompatível com a premissa de alteração contratual lesiva, ilegalidade esta que permite ao empregado, inclusive, buscar a tutela jurisdicional para voltar a exercer as funções anteriormente contratadas.

É claro que o entendimento de que o art. 460 da CLT pode ser utilizado como fundamento para que o juiz arbitre novo salário é viável, considerando a ausência de legislação específica expressa. Entretanto, o vazio legislativo deve ser devidamente preenchido, o que será abordado em tópico próprio.

Concluimos, portanto, que a hipótese de aplicação do art. 460 da CLT deve ser literal, apesar de ser de difícil ocorrência na prática.

Como consequência, de acordo com a atual redação, se não houver acordo de vontades quanto à contraprestação, ou na ausência de prova do montante estipulado, compete ao juiz fixar o salário do empregado, tomando como parâmetro o salário de empregado que exerce função equivalente na empresa ou, se ausente, o que for habitualmente pago no mercado para serviço semelhante.

Trata-se do gênero salário judicial, quando ele é fixado judicialmente, ante a falta de acordo de vontade das partes quanto ao seu valor. Seria, ainda, a

¹⁸⁹ As alterações contratuais objetivas “são aquelas que atingem o conteúdo do contrato de trabalho. Caracterizam-se por afetar, modificando, cláusulas integrantes desse contrato” (DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo, LTr, 2013, p. 1037).

¹⁹⁰ “Definem-se como qualitativas as alterações no objeto do contrato de trabalho que atingem a natureza das prestações pactuadas, isto é, a estrutura constitutiva dessas prestações. A medida que a prestação central do obreiro é a concretização do trabalho – prestação laborativa –, tais alterações tendem a se concentrar na modificação do trabalho contratado, compreendendo, desse modo, o tipo de trabalho, o tipo de função, (sic) etc. A principal alteração qualitativa que se apresenta no cotidiano trabalhista é a alteração de função” (DELGADO, Maurício Godinho. **op. cit.** p. 1048).

espécie salário individual ou supletivo, em contraposição ao salário coletivo ou normativo.¹⁹¹

Contudo, a forma de estipulação do salário prevista na lei deve ser objeto de atualização, por não mais corresponder à realidade do mercado de trabalho.

A primeira opção prevista no art. 460 da CLT é a fixação, pelo juiz, de salário igual ao de outro empregado que faz serviço equivalente. É necessário perceber que a lei não trata de idêntico serviço, mas sim de serviço equivalente. Caso contrário, a situação seria resolvida pela aplicação das regras de equiparação salarial previstas no art. 461 da CLT. A equivalência dos serviços não exige, assim, a identidade exata das funções.

Tal alternativa se mostra adequada, pois atende à garantia de isonomia salarial, prevista no art. 5º, “caput” e 7º, XXX e XXXI, da Constituição. De fato, o juiz deve buscar sempre a isonomia salarial entre os empregados de uma mesma empresa.

Sucessivamente, caso não haja nenhum outro empregado que exerça as mesmas funções dentro da mesma empresa, deve o juiz suprir a vontade das partes, fixando salário de acordo com o valor habitualmente pago por serviço semelhante.

Mais uma vez, não se exige a identidade do serviço, mas sim a semelhança. Observe-se que a lei expressamente diferenciou as expressões “equivalente” e “semelhante”, sendo esta mais genérica e com maior amplitude. A diferença mais importante entre as duas opções é que a primeira exige a análise de trabalho equivalente dentro da mesma empresa, porém a segunda demanda a análise dos valores que normalmente são pagos no mercado de trabalho para as funções que guardam semelhança.

Da mesma forma, não há como confundir a equivalência com a equiparação entre as funções. A equiparação traz em si a noção de igualação, ou seja, de que duas coisas ou fatos desiguais são colocadas em posição de igualdade. Já a equivalência confere igualdade de valor a duas coisas, o que

¹⁹¹ CATHARINO, José Martins. **Tratado jurídico do salário**. Edição fac-similada. São Paulo: LTR, 1994. p. 404.

significa dizer que elas não se igualam, mas possuem mesmo valor. “Portanto, a equiparação não tem o mesmo sentido que a equivalência, pois situações equivalentes não se dizem ou se mostram equiparadas. Estas se igualam, comparam-se; as equivalentes substituem-se”¹⁹².

Vê-se, assim, que o juiz deve analisar a prática salarial do mercado para aquela determinada função. Contudo, a lei não determina expressamente a abrangência territorial e setorial da análise.

No que tange à abrangência territorial, o juiz deve verificar a média salarial do serviço semelhante na localidade em que ele foi prestado, em critério análogo ao previsto no art. 461 da CLT. Em tal sentido, deve-se buscar o valor normalmente pago no mesmo município ou municípios diferentes comprovadamente pertencentes à mesma região metropolitana, conforme entendimento consolidado na Súmula 6, X, do TST.

Todavia, parte da doutrina defende a necessidade de se verificar a média salarial da função em todo o mercado de trabalho local, abrangendo os demais setores.

Ensina José Martins Catharino que

Pouco importa a *categoria das empresas* para efeito da determinação supletiva de salário. A lei não o exige. Desde que o serviço executado pelo empregado seja *semelhante* ao que for executado por outro empregado, que tiver seu salário determinado, a comparação deve ser feita mesmo que este último pertença a empresa de *categoria econômica diversa*. Trata-se de fixação judicial de *salário individual*. O que mais importa é o Juiz suprir da *melhor maneira* a omissão do contrato e, por isto mesmo, não pode deixar de sobrepor a perfeição que procura à categoria econômica da empresa. E, para tanto, deve seguir o critério de apreciar *objetivamente a semelhança sem limitações prejudiciais e impertinentes*.

[...]

A *semelhança do serviço*, mesmo que não coincida com a *igualdade profissional*, deve prevalecer, o que não importa em dizer ser impossível a coincidência. Finalmente: o Juiz, seguindo o segundo critério comparativo previsto no artigo 460, deve tomar por base vários salários para a obtenção

¹⁹² MARQUES, Fabíola. **Equiparação salarial**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 37-8.

da média habitualmente paga. Assim procedendo chegará mais perto da exatidão, na medida do possível.¹⁹³

Por outro lado, defende Orlando Gomes que a comparação deve ser feita entre empregados do mesmo setor, tendo em vista que apenas neste caso é que os serviços seriam semelhantes e análogos, tendo, assim, mesmo valor¹⁹⁴.

Não negamos que, ao fixar o salário supletivo, o juiz deve fazê-lo da melhor maneira e sem permitir que limitações prejudiciais e impertinentes interfiram. Todavia, o critério adotado pelo legislador é equivocado, por violar a busca da isonomia salarial dentro da empresa.

Não se pode olvidar do momento histórico em que foi editada a Consolidação, em 1943. Em tal período, a economia brasileira saía de um período ditatorial e iniciava um processo de industrialização. Até então, a economia era predominantemente rural. Isso significa que não havia tanta discrepância salarial entre as empresas.

Com o crescimento da economia e, principalmente, com o avanço tecnológico que se firmou até os dias atuais, a estrutura organizacional das empresas é deveras diferente. É certo que a Consolidação tratou do grupo de empresas, porém não havia tamanha diferenciação entre elas como ocorre hoje.

Na década de 40, ainda não havia a figura da empresa de pequeno porte ou da microempresa¹⁹⁵. São casos de atividade empresarial com menor ganho e estrutura mais reduzida e que não pode ser comparada a uma empresa e médio ou de grande porte.

¹⁹³ CATHARINO, José Martins. **Tratado jurídico do salário**. Edição fac-similada. São Paulo: LTR, 1994, p. 425-6.

¹⁹⁴ GOMES, Orlando. **O salário no direito brasileiro**. São Paulo: LTr, 1996, p. 85.

¹⁹⁵ LC n. 123, de 14 de dezembro de 2006: Art. 3º: Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o [art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 \(Código Civil\)](#), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que: I - no caso da microempresa, afora, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e II - no caso de empresa de pequeno porte, afora, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais).

Tal diferenciação também interfere na fixação do salário na forma como estabelecida pelo art. 460 da CLT. Imaginemos a hipótese de o juiz fixar o salário de empregado de empresa de pequeno porte que não conte com outro empregado exercendo funções equivalentes. Caso se analise apenas os salários comumente pagos para aquela função no mercado, estar-se-ia correndo o risco de se estabelecer salário superior àquele normalmente pago pela empresa aos seus empregados.

Da mesma forma, a Consolidação não considerou a existência de grandes conglomerados empresariais e empresas transnacionais atuando no mercado. Ao se fazer o mesmo raciocínio para a fixação do salário supletivo, apenas com base nos valores pagos para a função semelhante no mercado, poder-se-ia atingir valor inferior ao patamar salarial que é, habitualmente, pago pela grande empresa aos seus próprios empregados.

Ainda, a quebra da isonomia também estaria presente, a nosso ver, se o juiz fixar o salário com base em salários pagos por outras categorias em funções semelhantes. Com efeito, não se pode dizer que uma determinada função, ou mesmo funções semelhantes, sejam remuneradas da mesma forma pelos diversos setores da economia. Isso porque, em determinado período de tempo, um determinado setor da economia pode ter crescimento maior e, assim, oferecer maior patamar remuneratório dentro do mercado de trabalho.

Com isso, verifica-se que o juiz poderia estipular salário superior ao que normalmente é pago na própria categoria do empregado, o que também traria a quebra da isonomia salarial.

Pelo exposto, conclui-se que a regra subsidiária de estipulação de salário na forma do art. 460 da CLT não mais atende a realidade do mercado atual, não alcançando a plenitude da garantia constitucional de isonomia.

3.1.2 Proposta de critérios para a fixação de salário supletivo

O presente trabalho objetiva estabelecer as bases para se estipular o salário supletivo, porém propondo critérios isonômicos e que efetivamente sejam adequados às atuais diferenças de mercado entre as empresas.

O Código de Trabalho Português traz solução mais precisa do que a brasileira, já abordando de forma os critérios geográficos e setoriais para a fixação de salário pelo juiz. Aponta o artigo 272º do CTP que “Compete ao Tribunal, tendo em conta a prática da empresa e os usos do sector ou locais, determinar o valor da retribuição quando as partes o não fizerem e ela não resulte de instrumento de regulamentação coletiva de trabalho aplicável”. A inovação legislativa reduziu a subjetividade do juiz, trazendo mais segurança para a fixação do salário. Comenta Pedro Romano Martinez que

No precedente art. 90º, nº 1, da CLT, o legislador não estabeleceu um critério para a fixação da remuneração. Daí que, para o preenchimento da lacuna da lei, o julgador poderia recorrer a vários elementos: por exemplo, a retribuição de outros trabalhadores da mesma empresa, em especial dos que exerçam idênticas funções; o nível salarial daquela categoria profissional e naquela localidade ou de categorias similares, etc. No art. 272º, nº 1, do CT faz-se alusão a três critérios que deverão ser tidos em conta pelo julgador para fixar a retribuição: prática na empresa; usos do setor; usos locais¹⁹⁶.

Por meio de tal análise comparativa entre a antiga e a atual legislação portuguesa se pode constatar a importância da delimitação de critérios justos e isonômicos para a fixação de salário pelo juiz.

Em tal norte, o art. 460 da CLT deve sofrer alteração para prestigiar a negociação coletiva entre as partes envolvidas. O art. 7º, XXVI, da Constituição chancela constitucionalmente a validade das normas coletivas, de maneira que são os sujeitos da relação empregatícia, ainda que por sua representação coletiva, que devem apontar a forma de estipulação do salário. Essa é, inclusive, uma das formas mais frequentes de fixação de salário no ordenamento jurídico português¹⁹⁷.

É claro que nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito deixará de ser apreciada pelo Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CF), além de que os juízes têm a devida preparação e conhecimento para poder fixar o salário de forma

¹⁹⁶ MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito do trabalho**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 567.

¹⁹⁷ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Direito do trabalho, II**. 4. ed. Coimbra: Editora Almedina. 2012, p. 593.

individual. Entretanto e da mesma forma, também é certo que as partes envolvidas são as que melhor conhecem a realidade da categoria ou da empresa.

Acrescente-se que, além da função de representação, a função negocial é uma das mais importantes exercidas pelos sindicatos. Por meio dela, são criadas as normas específicas para a categoria, além de outras obrigações.

Além disso, exceto quanto às normas de indisponibilidade absoluta, não se pode negar que as regras negociadas pelo sindicato devem preferir às regras legislativas pertinentes, em conhecido postulado de que “o negociado deve prevalecer sobre o legislado”.

Por tal motivo, a primeira conclusão é de que a estipulação de salário por meio de norma coletiva deve preferir à estipulação supletiva pelo juiz. Assim, o juiz deverá fixar o salário pelos critérios previstos em lei apenas quando a norma coletiva da categoria não o fizer.

Recorde-se que a prevalência da norma coletiva frente à lei só pode ocorrer quando aquela for válida. Segundo Maurício Godinho Delgado, a norma coletiva é válida quando respeitar o princípio da adequação setorial negociada, transacionando apenas regras de disponibilidade relativa¹⁹⁸.

¹⁹⁸ **Curso de direito do trabalho.** 12. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 1359-60. Segundo o autor: Pelo *princípio da adequação setorial negociada* as normas autônomas juscoletivas construídas para incidirem sobre certa comunidade econômico-profissional podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo justrabalhistas desde que respeitados certos critérios objetivamente fixados. São dois esses critérios autorizativos: a) quando as normas autônomas juscoletivas implementam um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável; b) quando as normas autônomas juscoletivas transacionam setorialmente parcelas justrabalhistas de indisponibilidade apenas relativa (e não de indisponibilidade absoluta). No primeiro caso especificado [...] as normas autônomas elevam o patamar setorial de direitos trabalhistas, em comparação com o padrão geral imperativo existente. Assim o fazendo, não afrontam sequer o princípio da indisponibilidade de direitos que é inerente ao Direito Individual do Trabalho. Já no segundo caso [...], o princípio da indisponibilidade de direitos é realmente afrontado, mas de modo a atingir somente parcelas de *indisponibilidade relativa*. Estas assim se qualificam quer pela natureza própria à parcela mesma [...], quer pela existência de excesso permissivo jurídico heterônomo a ser respeito [...]. [...] Também não prevalece a adequação setorial negociada se concernente a direitos revestidos de indisponibilidade absoluta (e não indisponibilidade relativa), os quais não podem ser transacionados nem mesmo por negociação sindical coletiva. Tais parcelas são aquelas imantadas por uma tutela de interesse público, por se constituírem de um *patamar civilizatório mínimo* que a sociedade democrática não concebe ver reduzido em qualquer segmento econômico-profissional, sob pena de se afrontarem a própria dignidade da pessoa humana e a valorização mínima deferível ao trabalho (arts. 1º, III e 170, *caput*, CF/88). [...] No caso brasileiro, esse patamar civilizatório mínimo está dado, essencialmente, em três grupos convergentes de normas trabalhistas heterônomas: as *normas constitucionais em geral* (respeitadas, é claro, as ressalvas *parciais* expressamente feitas pela própria Constituição: art. 7º, VI, XII e XIV, por exemplo); as *normas de tratados e convenções internacionais vigentes*

Assim, por ser o salário norma de ordem pública, ligada ao patamar de cidadania do empregado, não pode a norma coletiva estipular critério de cálculo que atinja valor estipulado inferior ao salário mínimo, ao piso salarial ou aos critérios de estipulação dirigidos ao juiz, sob pena de nulidade.

Em não havendo a norma coletiva com a fixação dos critérios para a estipulação do salário, a lei deve apontar ao juiz os critérios para a fixação do salário supletivo, em caráter subsidiário, tal qual já ocorre atualmente. As alterações aqui propostas dizem respeito também aos critérios elegidos pelo legislador.

A primeira opção ao juiz deve continuar sendo o salário daquele que exerce funções equivalentes dentro da mesma empresa, pois este é o critério que mais atende a isonomia salarial interna.

Entretanto, caso não exista empregado que atue em funções equivalentes dentro da mesma empresa, a lei deve prever que o juiz estipule o salário de acordo com os parâmetros pagos aos demais empregados, analisando os que estão em nível hierárquico superior e inferior.

Com isso, respeita-se o nível salarial dos demais empregados e a própria estrutura da empresa. Desde a redação inicial do art. 460 da CLT já se percebe que o legislador tentou se nortear pela organização empresarial. O que se deve adaptar à atual realidade do mercado é que não se pode ter uma forma de estipulação de salário que privilegie os parâmetros pagos por outras empresas, se ainda é possível tentar obter o salário dentro da estrutura organizacional.

Na prática, se não há funções equivalentes, o juiz deve buscar perquirir quanto é pago na própria empresa para empregados que exerçam funções que não exijam formação técnica, para funções que exijam formação técnica e funções que exijam formação superior. Com isso, mesmo que não haja

no plano interno brasileiro (referidas pelo art. 5º, parágrafo 2º, CF/88, já expressando um patamar civilizatório no próprio mundo ocidental em que se integra o Brasil); *as normas legais infraconstitucionais que asseguram patamares de cidadania ao indivíduo que labora* (preceitos relativos à saúde e segurança do trabalho, normas concernentes a bases salariais mínimas, normas de identificação profissional, dispositivos antidiscriminatórios, etc) (*sic*).

equivalência, há como arbitrar o salário respeitando a isonomia interna entre os empregados, bem como os custos e tempo de formação.

Ainda, o juiz deve observar os limites hierárquicos superior e inferior ao do trabalhador que terá o salário supletivo estipulado. É que, até mesmo pela lógica da organização hierárquica, não poderia um subordinado receber salário maior do que aquele pago ao seu superior. Com efeito, fere a isonomia interna na empresa a determinação de um valor de salário maior do que aquele pago ao superior hierárquico, ou menor do que o montante pago aos empregados que lhes são subordinados.

Ocorre que, na atual redação do art. 460 da CLT, em se estipulando o salário apenas pela análise de funções semelhantes no mercado, é possível que o valor seja maior do que o superior hierárquico do empregado ou menor do que o pago aos seus próprios subordinados.

Dessa forma, se o empregado em posição inferior recebe salário de R\$ 3.000,00 e aquele que está no nível hierárquico superior recebe salário de R\$ 3.400,00, o salário a ser fixado pelo juiz deve estar entre R\$ 3.000,00 e R\$ 3.400,00, sob pena de se quebrar a isonomia salarial interna na empresa.

É possível, todavia, que a empresa conte com quantidade pequena de empregados, como uma microempresa, de forma que o juiz não tenha elementos para fixar o salário de acordo com os patamares isonômicos praticas pelo próprio empregador. Apenas em tal hipótese é que deveria existir uma terceira opção subsidiária, em que o juiz estaria autorizado a tomar por critério os salários pagos para quem exerce funções semelhantes em outras empresas.

E, ainda assim, o universo a ser analisado deve ser o das empresas de semelhante porte dentro da categoria do empregador na mesma cidade ou região metropolitana. De tal forma, se pode garantir a isonomia salarial, ao menos dentro do mesmo setor.

Dessa forma, se o empregado for de uma empresa de pequeno porte do comércio, o juiz deve analisar os salários pagos pelas empresas de pequeno porte do comércio naquela localidade. Não deveria o juiz, portanto, ser autorizado a estipular salário em empresa de pequeno porte ou microempresa de acordo

com os valores habitualmente pagos por empresas de médio e grande porte, cuja capacidade financeira é certamente maior.

Ainda, a análise deve ser expressamente restringida à categoria do empregador. É que a garantia de isonomia constitucional não pode ser vista apenas sob o prisma da função, ou seja, apenas pela análise de empregados outros que exerçam funções semelhantes no mercado.

É muito importante fixar a premissa de que, para efetivamente se atingir a isonomia, é necessário que ela também abranja a área territorial e as empresas que têm solidariedade de interesses, com semelhantes modelos de produção, formas de prestação de trabalho e até mesmo circunstâncias em que ele é prestado. Há categorias que têm salários, normalmente, mais altos porque as empresas do ramo obtêm mais lucros. Pode, ainda, haver categorias que tenham picos de produção, com sistema de banco de horas sem pagamento de horas extras e, em consequência, com a fixação de patamar salarial maior do que aquelas categorias em que há muito labor extraordinário a ser pago.

Por fim, apenas na impossibilidade de se obter a isonomia salarial da empresa, de acordo com o porte e categoria, é que a lei deveria autorizar que o juiz busque a isonomia puramente dentre os exercentes da função no mercado como um todo, tal qual existe previsão atualmente no art. 460 da CLT.

Não se deixa de ter a isonomia no caso, tendo em vista que se busca equivaler o salário do empregado ao daqueles que exercem funções semelhantes. Porém, ela é claramente mitigada, pois apenas abarca o aspecto objetivo funcional, sem analisar as demais características do empregador.

Em resumo, na ausência de estipulação do valor do salário, ou quando não houver prova do fato, o juiz deverá fixar o valor do salário, observados os seguintes parâmetros: a) previsão em norma coletiva; b) ausente norma coletiva a respeito, os salários pagos por funções equivalentes dentro da empresa, de acordo com a exigência de conhecimento técnico ou de formação superior; c) se não houver função equivalente na empresa, os valores pagos pelas empresas do mesmo porte e da mesma categoria econômica do empregador no mesmo município ou região metropolitana; d) se não for possível fixar o salário segundo o

critério anterior, os valores pagos pelas empresas do mesmo porte de outras categorias no mesmo município ou região metropolitana.

Propõe-se, assim, que a correção da lacuna ontológica existente seja sanada com a alteração do artigo 460 da CLT com a seguinte redação:

Art. 460. Na falta de estipulação do valor do salário, por omissão das partes ou pela anterior pactuação de relação de trabalho, ou na ausência de prova do valor estipulado, o juiz deverá fixar o salário do empregado, observados os seguintes critérios:

I – conforme previsão estabelecida na norma coletiva da categoria;

II – silente a norma coletiva, no mesmo patamar salarial pago por funções equivalentes no empregador ou, na ausência de outros empregados com funções equivalentes, de acordo com o patamar salarial pago a empregados cujas funções exijam conhecimento técnico equivalente;

III – na impossibilidade de se utilizar o critério acima, no mesmo patamar salarial pago a empregados que exerçam funções equivalentes, na mesma categoria econômica e no mesmo Município ou região metropolitana;

§1.º Na hipótese do inciso II, o salário a ser fixado deverá respeitar os limites determinados pela faixa salarial dos empregados hierarquicamente inferiores e superiores ao empregado.

§2.º Na hipótese do inciso III, o patamar salarial de outras categorias econômicas pode ser utilizado se não houver outras empresas da categoria do empregador na localidade.

3.2 A ESTIPULAÇÃO DO SALÁRIO NA HIPÓTESE DE ACÚMULO DE FUNÇÕES

O segundo caso a ser estudado refere-se ao acúmulo de funções, quando o empregado passa a executar, além da função contratada, outras atribuições, sem o aumento no valor do salário.

Além de analisar o cabimento do acréscimo, busca-se encontrar parâmetros para a sua fixação.

3.2.1 A legislação e jurisprudência atual quanto ao acúmulo de funções e a estipulação de salário

Uma importante obrigação do empregador na relação de emprego é o estabelecimento das funções que serão exercidas pelo empregado. Entretanto, a dinâmica empresarial muitas vezes exige que, ao longo do vínculo empregatício, sejam feitas alterações nas funções exercidas pelo empregado, o que se qualifica como uma alteração qualitativa¹⁹⁹.

Não há confundir, contudo, a alteração de função do empregado, com a modificação de algumas tarefas compreendidas na função. Com efeito:

Função é o conjunto sistemático de atividades, atribuições e poderes laborativos, integrados entre si, formando um todo unitário no contexto da divisão de trabalho estruturada no estabelecimento ou na empresa. [...]

A *tarefa* consiste em uma atividade laborativa específica, estrita e delimitada, existente na divisão de trabalho estruturada no estabelecimento ou na empresa. É uma atribuição ou ato singular no contexto da prestação laboral.

A reunião coordenada e integrada de um conjunto de tarefas dá origem a uma função. Neste quadro, função corresponde a um conjunto coordenado e integrado de tarefas, formando um todo unitário²⁰⁰.

Vale ponderar que, por ser a função um feixe de tarefas, nem sempre o empregado exercerá todas as tarefas inerentes à função para o qual foi contratado²⁰¹. A função é, assim, um conceito intra-empresarial, o que “explica ainda o facto de uma função nominalmente idêntica em duas empresas poder corresponder materialmente a um conjunto de tarefas não totalmente coincidentes em cada uma dessas empresas”²⁰².

A jurisprudência trabalhista atual tem se deparado com inúmeros casos de ações em que se pleiteia o deferimento de diferenças salariais em decorrência de acúmulo de funções. Com efeito, é comum que se contrate o empregado para fazer determinadas funções e, posteriormente, seja necessário que ele passe a

¹⁹⁹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 673.

²⁰⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 1048.

²⁰¹ PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de direito material do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007, p. 359.

²⁰² RAMALHO, Maria do Rosário Palma **Direito do trabalho, II**. 4. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2012, p. 394.

exercer novas funções, concomitantemente ao exercício daquela para a qual foi contratada.

A problemática que surge decorre do fato de que, em muitas situações, o acúmulo de funções não contratado inicialmente pode ensejar aumento da quantidade ou da complexidade do trabalho, porém sem uma contrapartida salarial.

A doutrina não é pacífica quanto ao assunto e a decisão de tais casos também é divergente na jurisprudência, uma vez que a CLT é omissa quanto à possibilidade de se alterar o salário do empregado quando houver acúmulo de funções ou qualquer outra alteração funcional que acarrete a quebra da comutatividade da contratação. Tal diploma legal surgiu em época na qual havia a supremacia dos princípios contratuais da autonomia de vontade²⁰³ e do “*pacta sunt servanda*”²⁰⁴.

²⁰³ O princípio da autonomia da vontade originou-se a partir do liberalismo contratual que norteou os movimentos reacionários contra o absolutismo. Na fase do Estado Liberal, foram excluídas as intervenções do Estado nos contratos, permitindo a ampla contratação. O Código Civil francês, posterior à Revolução Francesa, amparou os valores de propriedade de contrato, garantindo a propriedade por meio dos contratos. Assim, a liberdade contratual passou a ser a saída para as restrições que eram típicas do Antigo Regime (MELO, Diogo Leonardo Machado de. **Princípios do direito contratual: autonomia provada, relatividade, força obrigatória, consensualismo. Teoria geral dos contratos** (coord. LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore). São Paulo: Atlas, 2011, p. 67-96, p. 78).

No panorama liberalista, que se caracterizava pela ausência de intervenção do Estado (“*laissez faire et laissez passer*”), era a liberdade contratual que assegurava o trinômio da igualdade, liberdade e fraternidade. Esta foi a mesma inspiração do Código Civil de 1.916. Assim, a livre disposição das partes com relação ao conteúdo dos contratos só poderia ser limitada pela legislação, nos casos de violação à ordem moral e pública.

Sobre este poder das partes de autorregular o negócio, Serpa Lopes enuncia sete postulados: 1º) os indivíduos são livres de contratar ou de não contratar; 2º) nulo é o contrato em não havendo um consentimento livre; 3º) o conteúdo do contrato permanece livremente à determinação das partes contratantes; 4º) no caso de conflito interespecial de leis, os contratantes são livres de eleger a lei aplicável às suas relações contratuais; 5º) concluído o contrato é ele inatingível, a menos que as próprias partes o rescindam voluntariamente; 6º) o contrato concluído livremente incorpora-se ao ordenamento jurídico, tendo o contratante o direito de pedir a intervenção do Estado para a execução da obrigação não cumprida; 7º) o juiz, ao *aplicar o contrato*, é obrigado a se ater à intenção comum das partes contratantes (SERPA LOPES, Miguel Maria. **Curso de direito civil**, v. III, 6. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1.996, p. 33).

Ocorre que, com a Constituição de 1.988, a eficácia dos direitos fundamentais acarreta alteração dos valores que devem prevalecer no direito contratual. Judith Martins-Costa defende que a autonomia privada deve ser revista, de acordo com os mandamentos constitucionais de proteção à dignidade da pessoa humana e o desenvolvimento livre da personalidade. Assim, ela sugere a figura da “autonomia solidária”, que congregaria a responsabilidade de se autodeterminar com a de promover os direitos da personalidade. Pondere-se, ainda, que essa constitucionalização do direito civil também gera efeitos nos contratos de trabalho, de maneira que aquilo que empregado e empregador pactuam pode ser relativizado quando viola o mandamento de eficácia dos direitos fundamentais (MARTINS-COSTA, Judith. O

Com efeito, a Consolidação prestigia a liberdade contratual no artigo 444, estabelecendo que as partes interessadas da relação de trabalho podem livremente estipular as condições da relação contratual, desde que sejam respeitadas a legislação de proteção ao trabalho, as normas coletivas que lhes sejam aplicáveis e as decisões das autoridades competentes.

Da mesma forma, a liberdade contratual também se mostra presente no parágrafo único do artigo 456 da CLT, que assim dispõe expressamente: “A falta de prova ou inexistindo cláusula expressa a tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal”. Há, no caso, apenas o limite da compatibilidade das funções com as condições pessoais do empregado. Afora isso, o empregado pode pactuar qualquer função e, na ausência de pacto ou da prova da sua existência, o legislador optou por uma presunção de total amplitude das atividades contratadas.

E, por não haver disposição legal quanto à existência do direito a diferenças salariais, pode-se concluir que não caberia ao Poder Judiciário a fixação de novo salário, se aquele que foi contratado respeita os patamares mínimos e foi fixado expressamente pelas partes envolvidas.

adimplemento e o inadimplemento das obrigações no novo código civil e o seu sentido ético e solidarista. **O novo código civil**. 2. ed. São Paulo: LTr, p. 351-79, p. 367)

²⁰⁴ O princípio do “pacta sunt servanda” também é chamado de princípio da obrigatoriedade ou da vinculação dos contratos, informando que as partes devem cumprir as obrigações que firmaram no contrato, ou seja, que o contrato faz lei entre as partes. No direito brasileiro, está presente na irretratabilidade ou irrevogabilidade, bem como na intangibilidade das suas cláusulas. A irretratabilidade proíbe que as partes deixem de cumprir aquilo que foi pactuado, independentemente de o contratante ter ou não a vontade de cumprir a avença. Já a intangibilidade veda a alteração unilateral das cláusulas contratuais. Com isso, o contrato tem “força vinculante igual á do processo legislativo, pois vem munido de uma sanção que decorre da norma legal, representada pela possibilidade de execução patrimonial do devedor” (RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. v. 3. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 17-8). Enzo Roppo aponta que ele liga a liberdade contratual com a responsabilidade contratual, ou seja, a utilidade e o risco (ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina. 2009, p. 128). O seu fundamento se encontra no dever de veracidade, pois o homem deve ser fiel àquilo que prometeu (MELO, Diogo Leonardo Machado de. **op. cit.** p. 88). Além disso, encontra fundamento em um pretense pacto social, pelo qual os contratantes devem respeitar a sua palavra, e também na própria lei, que determina que o que foi pactuado deve ser cumprido (RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 25). Vale ponderar que, com a constitucionalização do direito civil, passa a existir a relativização da regra, até mesmo para se garantir o equilíbrio, como nas hipóteses de revisão contratual pelo desequilíbrio das prestações decorrentes da onerosidade excessiva (art. 317 e 478 do CC). Por se tratar de norma geral de direito contratual, a mesma diretriz pode ser aplicada ao contrato de trabalho.

A clássica interpretação que se dá ao parágrafo único do art. 456 da CLT é permissiva, no sentido de que o dispositivo chancela as posteriores alterações de função, sem a necessidade de qualquer acréscimo salarial. Por tal linha de raciocínio, se a presunção legal é de que todas as funções compatíveis foram contratadas, então, não haveria motivo para se reconhecer o direito às diferenças salariais se o empregado passou a exercer outras funções compatíveis com a sua condição pessoal.

Nesta vertente, não se analisaria a quebra da base objetiva da contratação. Tal entendimento foi firmado ainda sob a égide do Código Civil de 1916, ou seja, da autonomia da vontade que só encontrava limites nas regras de ordem moral e pública.

Assim, entende-se, tradicionalmente, que, ao ser contratado, há um compromisso implícito do empregado em realizar tudo aquilo que é compatível com a sua condição pessoal, sem que haja direito a qualquer acréscimo em sua remuneração se houver quebra da comutatividade.

Verifica-se, contudo, que o art. 456, parágrafo único, da CLT tem sido admitido indistintamente, mesmo em situações que não se enquadram em sua redação. É que a literalidade do dispositivo aponta que a tese só seria aplicada se não houver cláusula expressa sobre a função, ou não houver prova de sua pactuação. Caso contrário, não se pode aplicar a presunção de amplas funções a serem exercidas. Ocorre que, via de regra, quando se estabelece a relação empregatícia, há normalmente expressa definição da função contratada, inclusive com a sua descrição em contrato escrito ou anotação em CTPS, de acordo com a Classificação Brasileira de Ocupações. Quando isso ocorre, há expresse acordo quanto às funções, razão pela qual não se pode escorar no dispositivo para se defender que a alteração de funções é correta e nenhum acréscimo salarial é devido.

Acrescente-se a tudo isso, o argumento de que o empregador detém o “*ius variandi*”, que permitiria a alteração e nova atribuição de funções, sem qualquer acréscimo salarial. José Augusto Rodrigues Pinto conceitua o “*ius variandi*” como sendo o direito do empregador de modificar a execução do

trabalho e alterar as próprias condições originais, em razão do seu poder de direção.²⁰⁵

É um poder discricionário do empregador, que diz respeito apenas a aspectos secundários da relação de emprego, quais sejam, modo, lugar e tempo da prestação de serviços.²⁰⁶

Pedro Romano Martinez também ensina que o “*ius variandi*” é uma exceção ao princípio “*pacta sunt servanda*” que se justifica por motivos empresariais, sendo inserido na mútua colaboração. Isso, porque possibilita ao empregador se adaptar a circunstâncias imprevistas e temporárias. Segundo o autor, “o *ius variandi* encontra-se previsto no art. 120º do CTP, sob a designação ‘Mobilidade Funcional’, determinando que cabe ao poder de direção encarregar, temporariamente, o trabalhador de desempenhar funções não compreendidas na atividade contratada”.²⁰⁷

No sentido da interpretação negativa ao acréscimo salarial, na hipótese de acúmulo de função, sob os fundamentos acima, são os seguintes julgados:

EMBARGOS GERENTE GERAL DE AGÊNCIA ACÚMULO DA FUNÇÃO EM DUAS AGÊNCIAS DISTINTAS. 1. A ilicitude da alteração do contrato de trabalho segundo o artigo 468, da CLT decorre da ocorrência de prejuízo sob o aspecto i) funcional, ii) salarial, iii) da duração da jornada de trabalho ou iv) do lugar da prestação dos serviços. 2. Na espécie, o Reclamante gerente geral de agência bancária foi, por um período, designado para acumular a gerência de duas agências distintas, sem importar em ampliação da jornada ou alteração do domicílio. 3. Não verificada a ocorrência de qualquer das hipóteses de alteração ilícita do contrato de trabalho, carece de amparo legal decisão que determina o pagamento de diferenças salariais em decorrência da referida acumulação. Embargos conhecidos e providos. (TST, SDI-1, E-RR 717.139/2000.7, rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DJ 6.5.2005).

ACÚMULO DE FUNÇÕES. PLUS SALARIAL. Nos termos do artigo 456, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho, à falta de prova ou inexistindo cláusula expressa a respeito, o obreiro se obriga a todo e qualquer serviço

²⁰⁵ PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de direito material do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007, p. 477.

²⁰⁶ GOTTSCHALK, Elson. **O *ius variandi* no contrato de trabalho**. Salvador: Beneditina, 1956, p. 104.

²⁰⁷ **Direito do trabalho**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 692-3.

compatível com a sua condição pessoal. Além disso, a Consolidação das Leis do Trabalho não obsta que um único salário seja fixado para remunerar todas as atividades executadas durante a jornada laboral. Assim, in casu, o exercício de atividades diversas, compatíveis com a condição pessoal do empregado, não enseja o pagamento de plus salarial por acúmulo de funções, restando remuneradas pelo salário todas as tarefas desempenhadas dentro da jornada de trabalho (Precedentes desta Corte). Recurso de revista conhecido e provido (TST, RR 2491000-55.2003.5.04.0900, 2ª Turma, rel. Min. Renato de Lacerda Paiva, DEJT 13.05.2010).

RECURSO DE REVISTA. DIFERENÇAS SALARIAIS. ACÚMULO DE FUNÇÕES. Interpretando-se as disposições da CLT (art. 456, parágrafo único), tem-se que, não havendo ressalva em sentido contrário, o empregado contratado está sujeito a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal. O acúmulo de funções, por si só, não gera direito a outro salário ou ao recebimento de diferenças salariais (plus). O salário fixado pelo empregador no ato da contratação é uma contraprestação do serviço prestado pelo trabalhador, qualquer que seja a modalidade do trabalho. Logo, o salário serve para remunerar o serviço para o qual o empregado foi contratado, e não o exercício de cada função ou atividade que este venha a exercer. Recurso de revista a que se dá provimento. (TST, 5ª Turma, RR 14980-200.006.09-00, rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, DJ 21.8.2009)

Em tal panorama, constata-se que a ausência de previsão legal específica traz um vazio legislativo, que gera incerteza na doutrina e na jurisprudência, o que demanda a devida atualização da CLT para se dispor de forma mais detalhada sobre a mobilidade funcional e o direito a possíveis diferenças de salário.

3.2.2 Proposta de critérios para a fixação de novo salário quando houver quebra de comutatividade por acúmulo de funções

Para melhor compreensão, o tema foi dividido em duas partes. A primeira delas aborda a necessidade ou não de ser feita alteração na CLT para tratar de forma mais específica sobre a mobilidade funcional. A segunda parte, por sua vez, visa o estabelecimento de critérios para se verificar o acréscimo salarial por acúmulo.

3.2.2.1 Da necessidade de alteração legislativa quanto à mobilidade funcional

Sob a ótica do direito trabalhista constitucionalizado, a leitura da legislação deve consagrar a máxima eficácia aos direitos fundamentais, bem como deve respeitar a aplicação dos novos princípios contratuais do Código Civil. Em tal norte, o direito constitucionalizado exige que a interpretação dos dispositivos legais esteja em consonância com as normas constitucionais, que são o seu fundamento de validade.

Não pode, portanto, a liberdade contratual autorizada pela Consolidação ou a ausência de regulamentação específica ser escusa para se violar os direitos fundamentais previstos no art. 7º da Constituição.

Sob tal premissa, o art. 456, parágrafo único, da CLT é regra de mobilidade funcional, trazendo a permissão para que o empregador altere a função do empregado quando não houver cláusula expressa em tal sentido ou não houver prova da pactuação. Evita-se, assim, o engessamento das relações de trabalho.

Traz o dispositivo uma regra de presunção de contratação de funções, com base na qual não poderia o empregado se recusar a exercer novas funções que sejam compatíveis com a sua condição pessoal, se não houver cláusula expressa a tal respeito no contrato de trabalho.

Não há, portanto, restrição legal à fixação de novo salário quando houver quebra da comutatividade, até porque o art. 456 da CLT sequer está no Capítulo II do Título IV da Consolidação, que trata de remuneração. Com efeito, por ser o salário o meio pelo qual o homem tem seu sustento e mantém sua dignidade, não se pode dar à norma interpretação restritiva se esta não trouxe expressamente nenhuma limitação.

O dispositivo deve ser interpretado à luz do mandamento constitucional da valorização do trabalho e do direito fundamental ao salário compatível com a complexidade das funções²⁰⁸. Assim, se o empregado passou a exercer, além das

²⁰⁸ Constituição, art. 7.º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) V – piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho.

funções inicialmente contratadas, novas funções mais complexas, deixar de lhe conceder majoração salarial implica violação do direito constitucional previsto no art. 7º, V, da Constituição.

Além disso, a autonomia privada também deve respeitar o equilíbrio contratual²⁰⁹ e a boa-fé objetiva²¹⁰, que inspiram o atual Diploma Civil. Com isso, a nova fixação de salário deve ser permitida.

O Código de Trabalho de Portugal tem regra expressa acerca da mobilidade funcional, permitindo que as funções contratadas sejam alteradas pelo

²⁰⁹ O princípio do equilíbrio contratual guarda ligação com a justiça contratual e a vedação ao enriquecimento ilícito, pois ele exige o respeito à proporcionalidade e à razoabilidade entre as prestações, por meio da análise individual das cláusulas dos contratos. Não se refere à conduta dos sujeitos, mas sim à ponte entre o justo e o jurídico nas relações contratuais. O princípio tem seu substrato na igualdade substancial, pois “o contrato não deve servir de instrumento para que, sob a capa de um equilíbrio meramente formal, as prestações em favor de um contratante lhe acarretem um lucro exagerado em detrimento de outro contratante” (NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006, p. 168). Em tal norte, em muitas situações de mobilidade funcional sem alteração de salário, gera-se o desequilíbrio contratual, violando a principiologia contratual e as diretrizes constitucionais em que ela busca seu fundamento. Assim, o equilíbrio das prestações traz a igualdade material entre as partes e deve também permear os contratos de trabalho.

²¹⁰ O princípio da boa-fé objetiva é expressamente previsto no art. 422 do CC, ao estabelecer que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé. O art. 113 do mesmo Diploma também assevera que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Saliente-se, em tal ponto, que tanto a boa-fé objetiva quanto a subjetiva devem estar presentes na relação contratual (NALIN, Paulo. Princípios do direito contratual: função social, boa-fé objetiva, equilíbrio, justiça contratual, igualdade. **Teoria geral dos contratos** (coord. LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore). São Paulo: Atlas, 2011, p. 97-143, p. 122). Enquanto a boa-fé subjetiva se refere ao estado psicológico da pessoa, a objetiva diz respeito a uma norma de conduta, sendo um princípio densificado a partir da Constituição (NEGREIROS, Teresa. _____. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1.998, p. 282). A boa-fé originou-se na expressão “bona fides” do direito romano e tinha relação com a confiança. Após, o direito alemão juntou a confiança com a lealdade para definir a boa-fé na fórmula conhecida como “Treu uns Glauben”, o que se diferenciava do conceito romano porque não mais traduzia apenas a noção de fidelidade ao que foi pactuado, mas sim à ideia de lealdade e crença. Por fim, o direito canônico também fez a ligação da boa-fé com crença e lealdade, mas trouxe a visão de ausência de pecado (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999, p. 124-9). A primeira função da boa-fé é a hermenêutica normativa, pela qual ela integra e flexibiliza a rigidez dos contratos, permitindo que o contrato possa ser interpretado em seu conjunto. A segunda é a função criadora de deveres secundários, acessórios ao núcleo dos contratos, dentre os quais se incluem os deveres de cuidado, previdência e segurança, de aviso e informação, de prestação de contas, de colaboração e cooperação, de proteção e cuidado com a pessoa e seu patrimônio, além do dever de omissão e segredo. Por fim, destaca-se a função de limitar o exercício dos direitos subjetivos, exigindo-se o respeito à correção e à lealdade, sendo vedado o abuso de direito (**Ibidem**, p. 427-72). Ressalte-se que, apesar da ausência de previsão expressa na CLT, o princípio da boa-fé objetiva é compatível com o direito do trabalho, pois a relação de trabalho também é regida por regras de conduta (MAZURKEVIC, Arion. A boa-fé objetiva: uma proposta para reaproximação do direito do trabalho ao direito civil. DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GUNTHER, Luiz Eduardo (coord.). **O impacto do novo código civil no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003. p. 349-75, p. 371-2).

empregador, desde que isso não acarrete alteração substancial na posição do empregado e também desde que haja justificativa por parte do empregador:

Artigo 118.º

Funções desempenhadas pelo trabalhador

1 — O trabalhador deve, em princípio, exercer funções correspondentes à actividade para que se encontra contratado, devendo o empregador atribuir-lhe, no âmbito da referida actividade, as funções mais adequadas às suas aptidões e qualificação profissional.

2 — A actividade contratada, ainda que determinada por remissão para categoria profissional de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho ou regulamento interno de empresa, compreende as funções que lhe sejam afins ou funcionalmente ligadas, para as quais o trabalhador tenha qualificação adequada e que não impliquem desvalorização profissional.

[...]

Artigo 120.º

Mobilidade funcional

1 — O empregador pode, quando o interesse da empresa o exija, encarregar o trabalhador de exercer temporariamente funções não compreendidas na actividade contratada, desde que tal não implique modificação substancial da posição do trabalhador.

2 — As partes podem alargar ou restringir a faculdade conferida no número anterior, mediante acordo que caduca ao fim de dois anos se não tiver sido aplicado.

3 — A ordem de alteração deve ser justificada, mencionando se for caso disso o acordo a que se refere o número anterior, e indicar a duração previsível da mesma, que não deve ultrapassar dois anos.

4 — O disposto no n.º 1 não pode implicar diminuição da retribuição, tendo o trabalhador direito às condições de trabalho mais favoráveis que sejam inerentes às funções exercidas.

5 — Salvo disposição em contrário, o trabalhador não adquire a categoria correspondente às funções temporariamente exercidas.

6 — O disposto nos números anteriores pode ser afastado por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho.

7 — Constitui contra -ordenação grave a violação do disposto nos n.os 1, 3 ou 4.

[...]

Artigo 267.º

Retribuição por exercício de funções afins ou funcionalmente ligadas

1 — O trabalhador que exerça funções a que se refere o n.º 2 do artigo 118.º, ainda que a título acessório, tem direito à retribuição mais elevada que lhes corresponda, enquanto tal exercício se mantiver.

2 — Constitui contra -ordenação grave a violação do disposto no número anterior.

A regra consiste, portanto, na obrigatoriedade de realização das actividades delimitadas na contratação, de acordo com a aptidão e a qualificação

profissional do empregado. Trata-se do princípio da invariabilidade da prestação ou princípio do desempenho de funções que sejam correspondentes às atividades contratadas. A regra se aplica, ainda que a atividade contratada seja alargada por lei²¹¹.

Entende-se por atividade contratada o conjunto de funções e tarefas que tenham sido objeto do contrato de trabalho. De fato, quando da contratação, as partes podem detalhar expressamente as funções visadas, podem expressá-las de forma genéricas ou simplesmente fazer remissão à categoria que tenha descrição funcional já prevista em norma ou em quadro de carreira. A problemática ocorre quando não há previsão expressa quanto ao objeto do contrato e este deve ser averiguado a partir da prática das relações trabalhistas ou dos comportamentos pelas quais se percebe que as partes demonstram o acordo de vontades. Neste panorama, a categoria é o gênero das atividades contratadas e a atividade contratada é a função principal assinalada ao trabalhador²¹².

A lei portuguesa, ainda, permite que ao empregado também sejam atribuídas funções e tarefas afins ou ligadas, desde que pertencentes ao mesmo grupo ou categoria profissional, se o empregado tiver a devida qualificação e caso isso não lhe traga desvalorização profissional.

Há, assim, dois núcleos de funções no objeto do contrato de trabalho. As funções diretamente ligadas à atividade contratada referem-se ao conteúdo nuclear da atividade laboral. Por outro lado, as funções afins ou funcionalmente ligadas à atividade “*integram o sentido amplo da actividade laboral e podem ser exercidas acessoriamente à actividade laboral nuclear*”²¹³.

É fundamental salientar que essas atividades afins ou ligadas estão inseridas no bloco de funções contratadas, tanto que topicamente integram o art. 118º do CTP.

²¹¹ AMADO, João Leal. **Contrato de trabalho à luz do novo código do trabalho**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 38.

²¹² FERNANDES, António Monteiro. **Direito do trabalho**. 13. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 194-6.

²¹³ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Direito do trabalho, II**. 4. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2012, p. 397.

A alteração de função vem prevista no art. 120.º do CTP, caso em que se permite que o empregador assinale ao empregado funções diferentes daquelas que foram inicialmente contratadas. Há, contudo, alguns limites²¹⁴.

O primeiro deles é de que decorra da necessidade da empresa, ou seja, deve corresponder ao interesse da empresa, “não devendo confundir-se o interesse de gestão com as conveniências pessoais do empregador”²¹⁵. Aliás, a faculdade deve ser exercida pelo empregador, de acordo com a boa-fé, não competindo ao juiz analisar se haveria outras medidas a serem tomadas na gestão empresarial, mas apenas se há nexos causais entre razões técnicas, e de organização e a decisão de alteração funcional²¹⁶.

Muitas vezes, o interesse se dá exatamente porque a demanda daquela função é insuficiente para ensejar a contratação de um novo empregado e, assim, é possível que os próprios empregados, já contratados, a exerçam.

O segundo é que não haja modificação substancial na posição do empregado, o que corresponde a um conceito indeterminado. Pedro Romano Martinez aponta que o empregado não pode ser obrigado a desempenhar tarefa diversa mais penosa ou que implique um sacrifício excessivo, bem como que não pode exercer função que seja considerada vexatória em razão de sua posição na empresa ou na sociedade²¹⁷.

Ainda, a alteração deve ocorrer de forma temporária, com previsão expressa do tempo de sua duração, respeitado o limite de 2 anos. Isso porque a alteração funcional deve respeitar as necessidades temporárias da empresa, e não as duradouras.

Saliente-se que, de comum acordo, as partes podem convencionar a mobilidade de outra forma, alargando ou restringindo as previsões do art. 120.º do CTP, o que seria a “mobilidade funcional contratualizada”²¹⁸. Assim, “O caso

²¹⁴ AMADO, João Leal. **Contrato de trabalho à luz do novo código do trabalho**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 238-9.

²¹⁵ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **op. cit.**, p. 405.

²¹⁶ GOMES, Júlio Manuel Vieira. **Direito do trabalho**. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 798

²¹⁷ **op. cit.** p. 695. O autor cita, contudo, o julgado AC. STJ de 8/10/1997, em que se admitiu a alteração substancial temporária sem perda da retribuição, com acordo com empregado. Na hipótese, um chefe de snack-bar exercia também as funções de jardineiro, enquanto o local de trabalho estava fechado e o jardineiro estava afastado.

²¹⁸ AMADO, João Leal. **Contrato de trabalho à luz do novo código do trabalho**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 239.

concreto irá ser suprido à luz da vontade das partes e dos limites impostos pelo próprio art. 120º, do CTP, e pelo princípio-geral da boa-fé²¹⁹. Em tal caso, e para facilitar a posterior produção de provas, o ideal é que o acordo de vontades seja feito por escrito²²⁰.

A análise do dispositivo e da doutrina mostra que a legislação mais contemporânea com o período de efetividade dos direitos fundamentais traz algumas limitações à mobilidade funcional, ao contrário do art. 456, parágrafo único, da CLT, que tem recebido interpretação ampla pela doutrina.

O art. 120.º, I, do Código de Trabalho Português, à semelhança do seu equivalente celetista, não faz remissão à necessidade de pagamento de acréscimo salarial. Tal previsão vem inserida de forma expressa no item IV do dispositivo, exigindo que na alteração da função inicialmente contratada não pode haver redução da retribuição e, ainda, o contrato de trabalho do empregado deve ser regido pelas normas mais favoráveis inerentes às funções exercidas.

Aliás, mesmo na hipótese em que o empregado exerça funções afins à contratada, ainda que em caráter acessório, caso em que se aplica o art. 118.º do CTP, o art. 267.º prevê expressamente a obrigatoriedade de se retribuir o empregado de acordo com a função mais elevada realizada. O desrespeito à tal regra configura, inclusive, contra-ordenação grave.

Assim, ante a semelhança do parágrafo único do art. 456 da CLT com o art. 118.2 do Código de Trabalho Português, também, deve ser estendida ao ordenamento jurídico brasileiro a tese adotada pela lei portuguesa de que, mesmo quando a lei permitir a cumulação de funções, o empregado deve receber salário condizente com as novas funções.

Admitir que o empregador possa alterar as funções contratadas, quebrando a comutatividade do contrato de trabalho, sem a devida contraprestação, seria como cancelar a alteração contratual lesiva, vedada pelo art. 468 da CLT.

²¹⁹ QUINTAS, Paula; QUINTAS, Helder. **Manual de direito do trabalho e de processo do trabalho**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 100.

²²⁰ NETO, Abílio. **Novo código do trabalho e legislação complementar anotados**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 235.

Logo, chega-se à primeira conclusão de que é devida a fixação de novo salário, quando houver posterior alteração de funções com quebra da base objetiva inicialmente contratada na relação empregatícia, com fundamento nos artigos 1º, IV, e 7º, VI, Constituição Federal e nos princípios contratuais do equilíbrio e da boa-fé objetiva.

Caso o empregador não proceda à alteração salarial espontaneamente, é possível que o salário seja judicialmente fixado, em decorrência de ter havido lesão a direito constitucional (art. 5º, XXXV, da Constituição).

Neste sentido:

RECURSO DE REVISTA. ACÚMULO DE FUNÇÕES. FUNÇÕES DE MOTORISTA E COBRADOR SÃO INTEIRAMENTE DISTINTAS. INCOMPATIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 468 DA CLT. As funções de motoristas e trocador são absolutamente distintas. O acúmulo de tais funções importa em sobrecarga de trabalho, superexploração, desemprego dos trocadores e, pior, risco para os passageiros, pois é comum o motorista dirigir e cuidar do troco ao mesmo tempo. O reclamante, contratado como motorista, ao ter que exercer tarefa também de cobrador, ainda que dentro da mesma jornada, teve seu contrato de trabalho alterado de forma lesiva, pois o benefício foi apenas do empregador, em clara violação ao previsto no art. 468 da CLT. Recurso de Revista conhecido e parcialmente provido. (TST, 2ª Turma, RR 67-15.2012.5.01.0511, rel. Des. Convocado Cláudio Armando Colce de Menezes, DEJT 31/03/2015)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ACÚMULO DE FUNÇÕES. DIFERENÇAS. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 456, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CLT. NÃO CONFIGURAÇÃO. NÃO PROVIMENTO. 1. O parágrafo único do artigo 456 da CLT, ao tratar das condições firmadas no contrato laboral, prescreve que, quando inexistir cláusula expressa acerca das atividades a qual se obrigou o empregado, se entenderá que ele se submeteu a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal. No presente caso, consignou o acórdão regional que o reclamante, admitido para exercer as funções de cobrador, desempenhava tarefas diversas daquelas para as quais foi originariamente contratado, restando demonstrado que algumas atividades foram acrescentadas no decorrer da contratualidade e não eram compatíveis com o ofício de cobrador, havendo alteração contratual lesiva ao autor, razão porque teria ele direito ao acréscimo salarial. 2. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TST, 7ª Turma, AIRR, 10840-

44.2000.5.04.0451, rel. Min. Caputo Bastos, DJ 05/09/2008).

Pondere-se, porém, que o que autoriza a estipulação de novo salário é o desequilíbrio contratual entre o trabalho prestado e a contraprestação salarial, decorrente da quebra da base objetiva do contrato.

Segundo Karl Larenz, a base objetiva do contrato engloba as circunstâncias que vão além do conteúdo do contrato, e influenciam diretamente na formação da obrigação. São circunstâncias e estado geral de coisas, cuja presença ou ausência é objetivamente necessária para a manutenção do contrato. É por isso que as circunstâncias econômicas, sociais e culturais que tiveram influência na vontade das partes devem ser consideradas quando da interpretação do contrato.²²¹

Dessa forma, se a relação de sinalagma for rompida pela alteração da base objetiva do contrato, o equilíbrio das prestações deve ser restabelecido, sob pena de o contrato perder o seu sentido.

Tal situação ocorre quando o empregado aceita determinado emprego, em decorrência de entender haver equilíbrio entre a prestação de serviço e a contraprestação salarial, entretanto acontece posterior alteração funcional que quebre a comutatividade do contrato. Isso, porque o empregado considerou a circunstância econômica de o salário remunerar de forma satisfatória o seu gasto de energia, enquanto o empregador levou em conta a circunstância de que o montante pactuado atende as previsões de gastos para remunerar determinado feixe de tarefas.

Na lição de Homero Batista Mateus da Silva:

se a fixação de faixa salarial pertence à livre estipulação entre as partes (art. 444), observados apenas os patamares mínimos fixados pela lei ou pela norma coletiva, e se o legislador fixou a presunção de que 'o empregado se obrigou a *todo e qualquer serviço compatível* com a sua

²²¹LARENZ, Karl. **Base del negocio jurídico e cumplimiento de los contratos** (tradução de Carlos Fernández Rodríguez). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 2002. p. 159. De acordo com o autor, a base subjetiva refere-se à representação mental que fez com que as partes concordassem com o contrato, sendo restrita ao campo dos motivos. Em tal norte, ela só tem importância para efeito de posterior revisão contratual se for comum aos contratantes e os tiver influenciado a aceitar a pactuação.

condição pessoal' (art 456, parágrafo único, parte final), não existe espaço para a exigência de adicional de acúmulo de função por parte do trabalhador que tenha sido chamado a conciliar as suas funções principais com outras acessórias. Tampouco se mostra razoável que o Juiz do Trabalho se sensibilize com a situação e imponha ao empregador uma majoração salarial especificamente para aquele caso.²²²

Entretanto, reconhece o autor:

o argumento de 'alteração do equilíbrio' somente deve ser aceito quando houver efetivo distúrbio no contrato de trabalho, de maneira profunda, como a exigência a que um empregado exerça a função de vários outros colegas desligados, inclusive com cargos de diferente complexidade, para, somente aí, ser evocado o arbitramento do art. 460 da CLT.²²³

Com efeito, para que se viole a base objetiva do negócio, deve haver alteração substancial na qualidade ou quantidade do trabalho inicialmente contratado.

Assim, o simples exercício ou acúmulo de novas ou diferentes tarefas dentro da mesma função não traria a mesma consequência, pois não há lesão na comutatividade. Como exemplo, se um empregado foi contratado para fazer cobrança de dívidas por meio de telefone, não haveria quebra da comutatividade se, além do telefone, o empregador exigir que o empregado também faça as cobranças por e-mail ou pessoalmente com os clientes que comparecerem no local de trabalho. Da mesma forma, não haveria desequilíbrio se o empregador exigisse que esse empregado também fizesse uma pesquisa de bens simplificada, no horário de trabalho. Isso porque, em ambos os casos, a função de cobrança continua a mesma, só tendo havido alteração das tarefas e meios de cobrança realizados.

Além disso, o acúmulo eventual de novas funções ou por curto período de tempo também não dá direito à revisão salarial, pois não acarretam desequilíbrio. É muito comum que, no intervalo para refeição ou quando se tem um compromisso fora da empresa, um empregado tenha que substituir

²²² SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de direito do trabalho aplicado**: livro da remuneração. v. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 118.

parcialmente as atividades de seu colega de trabalho. Trata-se de período muito curto de substituição e que normalmente se dá para resolver questões emergenciais, que não podem aguardar o retorno do empregado efetivo. Além de não existir desequilíbrio contratual, a substituição eventual ou em curto período de tempo faz parte do dever anexo de conduta de colaboração do empregado para com a empresa, o que também se liga no dever de boa-fé objetiva.

Não se olvida, ainda, que a quebra da base objetiva do negócio exige que a alteração seja posterior, ou seja, que seja rompida a equação econômica anteriormente estabelecida. São muito comuns os casos em que o empregado é contratado para exercer múltiplas funções, devidamente expostas nas tratativas da relação de emprego, mediante o acordo de vontades com relação ao salário. Entretanto, no campo pertinente da CTPS, não há espaço para se descrever todas as funções do empregado, fazendo com que o empregador apenas anote a função principal a ser exercida. Na hipótese em comento, se a multiplicidade de funções foi inicialmente pactuada quando da contratação, com pleno conhecimento do empregado, não cabe qualquer revisão porque a comutatividade foi mantida. O que não houve foi apenas a formalização dessa ampla pactuação de funções na carteira de trabalho.

Outra importante situação a ser analisada é a de empregado contratado na função de auxiliar de serviços gerais, ou qualquer outra que exija baixa qualificação e cuja contratação seja feita com exigência de polivalência, exatamente para permitir ao empregador maior mobilidade do empregado na estrutura da empresa.

Em tais casos, a contratação já é feita de forma genérica e tal cláusula é de conhecimento de ambas as partes envolvidas. Não há, assim, como se alegar quebra de comutatividade, a ensejar fixação de novo salário, pois desde o início do contrato o empregado já tem plena ciência de que o seu trabalho será utilizado para diversas funções distintas.

Saliente-se que não se pode pensar em quebra da comutatividade, com direito às diferenças salariais, quando o empregado passa a exercer algumas funções cujo salário seja inferior ao da função inicialmente contratada. Muitos

trabalhadores ajuízam ação trabalhista, pleiteando diferenças salariais sob o argumento de que passaram a exercer funções não contratadas, porém descrevem atividades cuja remuneração é menor do que aquela que já é paga pela empresa. Um operador de supermercado, por exemplo, não poderia receber acréscimo salarial se, em parte de sua jornada, faz a limpeza de algum setor. Isso porque tal empregado já é remunerado pela função mais vantajosa. Assim, não há quebra da comutatividade que lhe seja prejudicial.

Conclui-se, assim, que a legislação deve prever a possibilidade de majoração do salário do empregado quando houver aumento de funções com maior patamar salarial e quebra de comutatividade.

3.2.2.2 Da necessidade de alteração legislativa quanto à estipulação de salário na mobilidade funcional

No ordenamento pátrio, algumas leis específicas trazem critérios para a fixação de diferenças salariais por acúmulo de funções.

A Lei n. 3.207/1957, em seu art. 8º, permite que seja pago um adicional de 1/10 da remuneração ao empregado vendedor viajante ou praticante que também acumule as suas funções com as de inspeção de fiscalização. Com isso, a remuneração é acrescida em 10%.

Da mesma forma, o art. 13 da Lei n. 6.615/78 também trata do pagamento de diferenças salariais quando há acúmulo de funções de radialista, quando este exerce atividades na administração, produção e técnica dentro de um mesmo setor.

Há, no caso, escalonamento de percentuais de acordo com a potência da rádio e tendo como base de cálculo a maior remuneração dentre as funções acumuladas. Se a emissora tiver potência igual ou inferior a 1 quilowatt, o adicional será de 10%. Para as emissoras com potência entre 1 e 10 quilowatts, o adicional é de 20% e, para aquelas que tenham potência superior a 10 quilowatts, o adicional é de 40%.

É importante salientar que, especificamente na lei do radialista, há previsão de proibição de cumulação de funções em setores distintos (art. 14). Se

tal proibição for desrespeitada pelo empregador, chega-se à mesma problemática discutida no item anterior, pois o empregador não poderia ser beneficiado com uma decisão judicial que defina a impossibilidade de aumento, em decorrência da proibição legal, desrespeitada pelo empregador.

Entretanto, apesar de haver previsões específicas para o vendedor e para o radialista, existe atual vazio legislativo quanto aos demais setores no que tange aos critérios. É necessária, portanto, a edição de lei que estabeleça critérios gerais de recebimento de acréscimo salarial por acúmulo.

Como já exposto, o ordenamento jurídico português prevê a obrigatoriedade de se retribuir o empregado de acordo com o valor pago pela função desempenhada mais vantajosa.

O primeiro ponto a ser perquirido é o critério a ser adotado pela lei para se estipular o acréscimo, qual seja, se ele deve ocorrer pela determinação de um percentual sobre o salário ou por arbitramento judicial. Ainda, caso se entenda que deva se dar por percentual, deve-se averiguar se haveria um escalonamento.

O arbitramento tem previsão no ordenamento jurídico pátrio em algumas situações, tal qual no já comentado art. 460 da CLT. Ainda, há hipótese de arbitramento de remuneração no art. 596 do CC, que assim dispõe: “Não sendo estipulado, nem chegando a acordo entre as partes, fixar-se-á por arbitramento a retribuição, segundo o costume do lugar, o tempo de serviço e a sua qualidade”.

Entretanto, o arbitramento pode deixar uma grande brecha de subjetividade ao juiz, o que muitas vezes ocorre quando ao Poder Judiciário é dada a prerrogativa de estipular um valor.

Em tal norte, o arbitramento deve ser utilizado quando efetivamente não há possibilidade de se estabelecer um critério de cálculo. Na hipótese do art. 460 da CLT, por exemplo, não houve salário estipulado ou não há forma de se comprovar o seu montante. Assim, não restaria outra alternativa ao julgador que não arbitrá-lo, conforme os critérios expostos no item anterior.

Já a hipótese de acúmulo de funções com quebra da comutatividade em prejuízo do trabalhador é diferente, uma vez que houve a fixação de salário pelas partes, com a determinação de um montante com o devido acordo de

vontades. Assim, há uma base de cálculo previamente fixada pelas partes, a partir do qual o salário deve ser majorado.

A fixação de acréscimo salarial em percentuais padroniza a estipulação dos salários, trazendo maior pacificação social. Tanto o é que, desde a edição dos diplomas específicos dos vendedores e dos radialistas, o legislador adotou o critério da fixação em percentual.

É claro que seria difícil para a lei padronizar o percentual ideal em cada caso concreto, até mesmo porque a quantidade extra de serviço pode sofrer variações em cada caso concreto. Entretanto, ao se estabelecer o percentual, há maior segurança jurídica nas relações sociais.

Como exemplo, se um vendedor viajante ou pracista cumular as suas funções com a de inspeção de fiscalização, receberá o adicional fixo de 10%, independentemente da proporcionalidade da jornada em que as atividades cumuladas foram exercidas.

No que tange ao percentual específico, a legislação brasileira adotou o montante de 10% como a majoração suficiente para remunerar o acúmulo de funções. Vê-se que este é o percentual aplicado para os vendedores, bem como para os radialistas que acumulam funções no mesmo setor.

A variação de percentual presente na Lei do Radialista não guarda vinculação com o acúmulo das funções, mas sim com a potência da rádio, ou seja, com o seu tamanho. Por óbvio, se uma rádio tem 10 quilowatts de potência, a quantidade extra de trabalho acumulado será maior do que em uma rádio de 1 quilowatt. Trata-se, até mesmo, de acréscimo decorrente da maior responsabilidade que o empregado terá quando o porte da empresa difusora for maior.

Pondere-se que a lei deve prestigiar a aplicação de eventual disposição em norma coletiva sobre o acúmulo de funções, que eleve o patamar previsto em lei. Atualmente, várias são as convenções coletivas que preveem o pagamento adicional por acúmulo de funções, normalmente em percentual. Como exemplo, temos as convenções coletivas dos condomínios, que normalmente preveem adicionais por acúmulo de funções, como a de porteiro com a função de jardinagem.

Em razão disso, a presente tese propõe que a legislação pertinente ao acúmulo de funções deve estabelecer o pagamento de adicional de 10% sobre o salário pactuado quando houver quebra da comutatividade em prejuízo do empregado, podendo haver estabelecimento de percentuais maiores, a depender da quantidade de trabalho na empresa ou do seu porte econômico (tal qual ocorre a majoração conforme o tamanho da empresa de rádio).

Assim, haveria padronização entre todas as categorias, ressalvando o direito de se estabelecer percentual maior por meio de negociação coletiva ou acordo de vontades entre empresa e empregado.

Por fim, deve-se perquirir se o pagamento é feito como salário condição, a remunerar o empregado apenas enquanto a situação perdurar, ou se acarreta a fixação de novo salário.

A principal diferença no campo prático é o pagamento em forma de adicional sendo feito enquanto perdurar o labor em condições prejudiciais, não havendo, portanto, direito adquirido ao recebimento do adicional. A situação seria semelhante, assim, ao pagamento de adicional de insalubridade e de adicional noturno, conforme Súmulas 248 e 265 do TST, respectivamente.

Por outro lado, quando houver a fixação de novo salário, deve haver retificação de CTPS, além de imperar o direito fundamental à irredutibilidade salarial, exceto por norma coletiva (art. 7º, VI, CF).

Resta, assim, necessário buscar um lapso temporal a partir do qual se estabeleça que o empregado tem direito à fixação de novo salário base, em detrimento apenas de receber adicional de acúmulo de funções.

A legislação deve prever parâmetros de habitualidade no exercício do acúmulo de funções que possibilitem a completa e definitiva inserção do empregado no conjunto de atividades prestadas em benefício do empregador.

Em um primeiro momento, poder-se-ia cogitar do critério de habitualidade previsto na Súmula 291 do TST, que aparentemente estipula o critério temporal de 1 ano para que a verba habitualmente paga seja incorporada ao salário do empregado. Nos termos do entendimento sumulado,

A supressão total ou parcial, pelo empregador, de serviço suplementar prestado com habitualidade, durante pelo menos 1 (um) ano, assegura ao empregado o direito à indenização correspondente ao valor de 1 (um) mês das horas suprimidas, total ou parcialmente, para cada ano ou fração igual ou superior a seis meses de prestação de serviço acima da jornada normal. O cálculo observará a média das horas suplementares nos últimos 12 (doze) meses anteriores à mudança, multiplicada pelo valor da hora extra do dia da supressão.

Todavia, não seria a melhor solução a adoção de analogia ao entendimento, com estabelecimento do direito à fixação de novo salário após 1 ano do exercício acumulado de funções.

Isso, porque o critério utilizado pela jurisprudência não tem ligação com a habitualidade do exercício do trabalho extraordinário, mas sim com a estabilidade financeira advinda do pagamento habitual de horas extras. Ademais, a fixação do prazo de 1 ano na Súmula 291 do TST, editada em abril de 1989, foi feita apenas após a revisão da já cancelada Súmula 76 da mesma Corte, que estabelecia que “O valor das horas suplementares prestadas habitualmente, por mais de 2 (dois) anos, ou durante todo o contrato, se suprimidas, integra-se ao salário para todos os efeitos legais”.

Conclui-se, assim, que o lapso que define a necessidade de se estipular novo salário base deve levar em consideração a situação funcional que o empregado, efetivamente, exerce na estrutura da empresa, com a sua consolidação na função, e não a sua estabilidade financeira.

Analisando-se a legislação de outros países, deparamo-nos com o art. 39.4 do Estatuto de los Trabajadores da Espanha, que assim dispõe:

Si como consecuencia de la movilidad funcional se realizasen funciones superiores a las del grupo profesional o a las de categorías equivalentes por un período superior a seis meses durante un año o a ocho durante dos años, el trabajador podrá reclamar el ascenso, si a ello no obsta lo dispuesto en convenio colectivo o, en todo caso, la cobertura de la vacante correspondiente a las funciones por él realizadas conforme a las reglas en materia de ascensos aplicables en la empresa, sin perjuicio de reclamar la diferencia salarial correspondiente. Estas acciones serán acumulables. Contra la negativa de la empresa, y previo informe del Comité o, en su caso, de los

Delegados de Personal, el trabajador podrá reclamar ante la jurisdicción competente. Mediante la negociación colectiva se podrán establecer períodos distintos de los expresados en este artículo a efectos de reclamar la cobertura de las vacantes.

O dispositivo diz respeito à mobilidade funcional. Por meio dele, o empregado tem direito de ser promovido, se exercer funções superiores às típicas de sua profissão por período superior a seis meses durante um ano, ou a oito meses em dois anos. A exceção diz respeito apenas à existência de vedação em norma coletiva. Da mesma forma, ao empregado também se assegura o recebimento das diferenças salariais pertinentes.

Segundo Jesús Cruz Villalon, o artigo trata do “ius variandi in mellius” ou de acordo entre as partes, na hipótese em que a situação se prorrogou em excesso, gerando direito à promoção automática. O objetivo seria também o de excepcionar os casos em que a norma coletiva já aborda expressamente a forma como se dará a ascensão funcional.²²⁴

A impossibilidade de promoção automática, quando existir expressa previsão em norma coletiva, se justifica porque “por la vía de la movilidad funcional unilateralmente impuesta no se eludan los cauces ordinários de acceso a determinados tipos de puesto, com posible perjuicio para terceiros”.²²⁵

De qualquer forma, o que se verifica é que o critério do legislador espanhol não leva em consideração a questão financeira de manutenção do patamar remuneratório do empregado, que é o que justifica a Súmula 291 do TST. Ao contrário, tem sua justificativa no critério funcional, para se observar o tempo para que uma alteração funcional se consolide na empresa.

Com efeito, lecionam Antonio Martín Valverde, Fermín Rodríguez-Sañudo Gutiérrez e Joaquín García Murcia que:

Esse acceso a um puesto o a una función superiores a los precedentes se concibe en el momento de producirse como modificación definitiva: lo es al menos en el sentido de no

²²⁴ **Compendio de derecho del trabajo**. 3. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2010. p. 326.

²²⁵ MANGLANO, Carlos Molero; VALDÉS, José Manuel Sánchez-Cervera; DÍAZ-CANEJA, Ana Matorras. **Manual de derecho del trabajo**. 8. Ed. Pamplona: Editorial Thomson Civitas, 2008. p. 419.

transitória ni provisional o, en otras palabras, com el significado implícito de que el trabajador consolida su posición en esa función hasta el final de su relación laboral o por lo menos hasta que se produzca com posterioridade um nuevo ascenso.²²⁶

Francisco Alemán Paéz ensina que

La norma entiende que la realización continuada em el tempo de tareas superiores rompe la excepcionalidad caracterizadora del *ius variandi*. Se crea tacitamente una laguna funcional que debe corregirse para evitar situaciones jurídicas interinas y discordancias formales en la clasificación. Por ello se confiere al trabajador la posibilidad de ascender si realiza tales tareas superiores, corrigiéndose así em clave garantista, y mediante um evento modificativo ex lege, la discordância sobrevenida entre la calificación que reconocida formalmente y desempeñada realmente en la práctica.²²⁷

O professor ainda propõe três condições para a ascensão funcional. Em primeiro lugar, tem-se a realização de funções que sejam superiores, o que tem caráter de natureza material e independe de justificativa de necessidade da empresa. Além disso, há uma condição de caráter temporal, que é a existência de um lapso temporal mínimo para a consolidação da ascensão funcional (no caso, mais de seis meses em um ano ou de oito meses em dois anos). Por fim, o requisito de natureza instrumental é a inexistência de norma coletiva em vigor dispondo, especificamente, sobre as regras de promoção interna na empresa, bem como a ausência de critério de livre nomeação pelo empregador.²²⁸

Percebe-se que a delimitação do prazo faz parte da opção política do legislador. Enquanto, na Espanha, fixou-se o prazo de 6 meses, em Portugal, se permite a mobilidade funcional por até 2 anos. Considerando as condições econômicas do país, em que períodos de crise demandam constante reestruturação da empresa, o prazo de 2 anos, conforme previsão na lei espanhola, se mostra mais razoável, por permitir o ajuste do trabalho à dinâmica

²²⁶ **Derecho del trabajo**. 17. ed. Madrid: Editora Tecnos, 2008. p. 692-3.

²²⁷ **Curso de derecho del trabajo I: la relación individual de trabajo**. Madrid: Editorial Tecnos, 2011. p. 564.

²²⁸ *op. cit.* p. 564-5.

empresarial, que muitas vezes demanda a necessidade de acúmulo por períodos limitados, porém mais longos, sem prejuízo dos direitos do empregado.

Em suma, a presente tese é de que a legislação pertinente ao acúmulo de funções, adotando os critérios já debatidos acima, deve fixar o pagamento de um adicional de acúmulo de funções, enquanto a situação adversa perdurar no tempo, inclusive com incidência em demais parcelas, se houver habitualidade. Ainda, após determinado lapso temporal estabelecido pelo legislador, fixado em decorrência da consolidação funcional do empregado na empresa, este passaria a ter direito não simplesmente ao adicional, mas sim ao reconhecimento daquele montante como um novo salário, o que estaria protegido pelo manto da irredutibilidade (art. 7º, VI, da Constituição).

Propõe-se, assim, a inserção na CLT de dispositivo com a seguinte redação:

Art. _____. Após a contratação, o empregador pode alterar as funções inicialmente assinaladas ao empregado, desde que compatíveis com a sua qualificação pessoal e profissional e desde que não acarrete redução salarial.

§ 1.º A cumulação de que trata este artigo está sujeita ao pagamento de adicional na hipótese quebra da comutatividade do contrato de trabalho, observados os seguintes parâmetros:

I – 10% (dez por cento) na acumulação de funções em empresas individuais, microempresas e empresas de pequeno porte;

II – 20% (vinte por cento) na acumulação de funções nas demais empresas;

§ 2.º O adicional previsto no §1º deve ser pago apenas enquanto durar a situação de acúmulo, desde que limitado a 2 (dois) anos, integrando o salário para todos os fins.

§ 3.º Na hipótese de acúmulo de funções por período superior a 2 anos, contínuos ou não, o respectivo adicional passa a integrar o salário-base do empregado.

§ 4.º O adicional de que trata este dispositivo não será devido se o empregado temporariamente acumular as funções contratadas com outras de menor complexidade e patamar salarial.

3.3 A ESTIPULAÇÃO DO SALÁRIO EM DISSÍDIO COLETIVO

A fixação de salário em dissídio coletivo também é importante ponto a ser analisado nesta tese. Com efeito, busca-se verificar se o critério atualmente existente no art. 766 da CLT é suficiente e, ainda, se haveria outros que poderiam substituí-lo.

3.3.1 A legislação e jurisprudência atual quanto ao estabelecimento de piso salarial por meio de dissídio coletivo

O dissídio coletivo é “o processo através do qual se discutem interesses abstratos e gerais, de pessoas indeterminadas (categoria profissional e econômica), com o fim de se criar ou modificar relações de trabalho, de acordo com o princípio da discricionariedade”²²⁹.

Dentre as suas classificações, previstas no art. 220 do Regimento Interno do TST, destaca-se o dissídio coletivo de natureza econômica (inciso I), cujo objetivo estabelecer normas e condições de trabalho. É, portanto, ação de natureza coletiva e constitutiva²³⁰, que é ajuizada pelos entes que têm legitimidade para defender os interesses e direitos de determinada categoria.

É meio de heterocomposição, pelo qual o Poder Judiciário terá que resolver o conflito coletivo, quando as partes não conseguirem entabular norma coletiva. Com efeito,

Sendo o dissídio coletivo, em seu sentido específico, um desentendimento entre os sujeitos da relação coletiva, estariam disponíveis duas opções procedimentais: a primeira estaria na insistência pela autocomposição, tendo a classe trabalhadora em seu favor um instrumento de pressão extremamente poderoso: a greve. A segunda estaria na interferência do Estado, com o objetivo de dizer o que é “direito” e o que é “justo” para cada uma das partes conflitantes que não chegassem espontaneamente a um acordo. O ordenamento jurídico brasileiro, pela inspiração corporativa e para evitar entraves no sistema de produção, preferiu a segunda alternativa.²³¹

Decorre do Poder Normativo da Justiça do Trabalho, que é o poder conferido à Justiça Especializada para substituir a vontade das partes no conflito

²²⁹ MELO, Raimundo Simão de. **Dissídio coletivo de trabalho**. São Paulo: LTr, 2002, p. 56.

²³⁰ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 1285.

²³¹ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 909.

coletivo de natureza econômica, cabendo ao Poder Judiciário Trabalhista estabelecer cláusulas normativas e obrigacionais²³².

Trata-se de jurisdição anômala da Justiça do Trabalho, oriunda da Carta del Lavoro, do sistema italiano do fascismo, que também continha a previsão de que a Justiça do Trabalho deveria solucionar os conflitos coletivos de trabalho. Com efeito, o fascismo era avesso à luta de classes, de maneira que a solução estatal do conflito era uma forma de afastar a sua ocorrência²³³.

Entretanto, se por um lado o poder normativo desprestigia o entendimento direto entre as partes, por outro ele foi responsável por assumir a vanguarda do desenvolvimento do direito do trabalho no Brasil. Isso porque, por meio das sentenças normativas prolatadas pelos Tribunais Trabalhistas que alguns direitos se consolidaram até serem positivados, tais como a estabilidade provisória para a gestante, a multa por descumprimento de norma coletiva, a elevação do adicional de horas extras e a estabilidade do acidentado²³⁴.

Segundo o art. 114, §2º, da Constituição, ao julgar um dissídio coletivo, o Judiciário Trabalhista deve respeitar a legislação mínima de proteção ao trabalho, bem como preservar os direitos e benefícios já previstos na norma coletiva ou sentença normativa anterior. Em razão de tal garantia, muitos entes sindicais optavam pela resolução do conflito coletivo por meio do dissídio coletivo, em detrimento da luta direta entre os integrantes da categoria profissional e econômica.

Pondere-se que as condições econômicas e sociais do país muitas vezes impedem que os empregados tenham condições materiais de exercer o direito de greve, tendo em vista que ele acarreta a suspensão do contrato de trabalho. Assim, o ajuizamento de dissídio coletivo ainda é uma saída viável, se as tentativas de negociação direta e a arbitragem não forem possíveis²³⁵.

²³² MELO, Raimundo Simão de. **op. cit.** p. 33. Segundo o autor, as cláusulas normativas são as “de caráter econômico e social e se convertem em direitos inerentes aos contratos individuais de trabalho; servem para fixar e regular as condições de trabalho entre empregados e empregadores”. Por outro lado, as cláusulas obrigacionais “são aquelas que estabelecem direitos e obrigações entre as partes convenientes”.

²³³ MELO, Raimundo Simão de. **Dissídio coletivo de trabalho**. São Paulo: LTr, 2002, p. 31-2.

²³⁴ CASTILHO, José Luciano de Castilho. Dissídio Coletivo. *In* CHAVES, Luciano Athayde (org.). **Curso de processo do trabalho** (org.). 2. Ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 858-877, p. 866.

²³⁵ GIGLIO, Wagner D.; CORRÊA, Claudia Giglio Veltri. **Direito processual do trabalho**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 415.

Com a Emenda Constitucional n. 45/2.004, estabeleceu-se a necessidade de comum acordo entre as partes para que o dissídio coletivo possa ser ajuizado. “A ideia inicial foi de substituição do poder normativo pela função arbitral e quando de interesse de ambas as partes, caso em que o Tribunal [...] funcionaria como órgão [...] para arbitrar os pontos controvertidos e que fossem colocados à sua apreciação de comum acordo.”²³⁶. De fato, tal medida buscou fortalecer o entendimento direto entre as partes, reforçando que a Justiça do Trabalho deve atuar apenas de modo excepcional.

Dentre as cláusulas normativas, insere-se a possibilidade de a Justiça do Trabalho fixar o piso da categoria, em substituição ao que teria sido fixado em norma coletiva diretamente pelas partes.

Em tal ponto, o art. 766 da CLT, que enuncia que “Nos dissídios sobre estipulação de salários, serão estabelecidas condições que, assegurando justos salários aos trabalhadores, permitam também justa retribuição às empresas interessadas”.

Segundo Homero Batista Mateus da Silva,

O art. 766 da CLT é conhecido como exemplo clássico do uso da equidade no processo do trabalho. Leitura atenta revela que o art. 766 da CLT não exige que a fixação dos salários e dos reajustes se pautem na estrita observância da legislação ou das normas de política econômica vigentes (matéria hoje em desuso), mas, sim, priorize o sentimento de justiça e de equilíbrio, tanto do ponto de vista do salário justo como dos lucros justos assegurados ao empregador. Embora a palavra equidade ou suas derivações não constem expressamente desse dispositivo legal, é possível identificar seu sentido na exigência do legislador quanto à prioridade da justiça sobre o legalismo.²³⁷

Resta inegável, portanto, que, ao julgar um dissídio coletivo e estabelecer o piso salarial da categoria, o tribunal deve se pautar em regras de equidade. Ocorre que a determinação da equidade como único critério a ser utilizado no poder anômalo da Justiça do Trabalho nem sempre resolve os conflitos de maneira suficiente.

²³⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação do direito do trabalho**. 34. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 537.

²³⁷ **Curso de direito do trabalho aplicado**. v. 9. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2015. p. 28-9.

Como exemplo, muitas vezes, a categoria consegue chegar a consenso nas reivindicações quanto ao piso dos empregados que exercem funções sem qualificação, normalmente um pouco acima do salário mínimo previsto em lei, porém não chega a um acordo com relação ao piso dos demais integrantes da categoria, exercentes de funções que demandem maior grau técnico de especialização. Em tal hipótese, se o conflito for resolvido pela Justiça do Trabalho apenas com fundamento em regra de equidade, é possível que o piso a ser estabelecido seja deveras superior ao piso dos empregados não qualificados. Da mesma forma como o Tribunal julga de acordo com a justiça, também é fato que o piso dos demais integrantes foi fixado pela vontade das partes diretamente interessadas. Entretanto, o ideal é que não haja grande disparidade entre eles. Pode-se imaginar, inclusive, a situação oposta, qual seja, de a Justiça do Trabalho ter que definir, pela equidade, o piso dos empregados não qualificados, porém entender que ele deve ser em montante até mesmo superior ao piso já acordado para os empregados qualificados.

Constata-se, em verdade, que os julgadores acabam por definir critérios próprios para a definição do piso salarial da categoria, tais como a análise dos demais pisos de outras categorias da região, os pisos estabelecidos pela mesma categoria em regiões geo-econômicas semelhantes, ou a aplicação de determinado índice sobre o piso da norma coletiva ou sentença normativa anterior. Como exemplos, colacionamos os seguintes julgados:

I. [...]. II. DISSÍDIO COLETIVO QUE VISA A FIXAÇÃO DE PISO SALARIAL CONSIDERANDO O ESTABELECIDO EM CONVENÇÃO COLETIVA SUBSCRITA POR OUTRAS EMPRESAS. Manutenção do poder aquisitivo da categoria, sem ofensa ao art. 7º, IV/CF. Dissídio que é conhecido e julgado procedente (TRT da 2ª Região, SDC, Acórdão 2005001927, Proc. n. 00056/2005-2, rel. Des. Carlos Francisco Berardo, j. 15/09/2005)]
DISSÍDIO COLETIVO DE NATUREZA ECONÔMICA – [...] MÉRITO – ARBITRAMENTO DE REAJUSTE SEGUNDO PARÂMETROS TÉCNICOS OFERTADOS PELA ASSESSORIA ECONÔMICA DO TRIBUNAL-MANUTENÇÃO DAS CLÁUSULAS PREEXISTENTES CONTIDAS NA CONVENÇÃO COLETIVA ANTERIOR: Dissídio coletivo que se julga parcialmente procedente para conceder o reajuste salarial de 5,57%, correspondente ao

INPC/IBGE do período compreendido entre 01.07.2003 a 30.06.2004, a incidir sobre os salários vigentes em 30 de junho de 2004, tendo em vista os elementos contidos no parecer técnico da assessoria econômica deste Regional, de fls. 171/172, compensando-se as antecipações nos termos do Precedente nº 24, deste Tribunal, segundo o qual "são compensáveis todas as majorações nominais de salário, salvo as decorrentes de promoção, reclassificação, transferência de cargo, aumento real e equiparação salarial", e para manter as condições preexistentes contidas na convenção coletiva anterior (TRT da 2ª Região, SDC, Acórdão 2006000290, Proc. n. 00140/2005-6, rel. Des. Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva, j. 21/02/2006)

Dissídio coletivo. 1. [...] 3. Mérito: Reajuste salarial. Arbitramento com base nos mesmos índices concedidos pelo suscitado nas convenções coletivas que firmou com outras categorias profissionais. Aplicação de Precedentes Normativos do Tribunal: Dissídio coletivo econômico que se julga parcialmente procedente (TRT da 2ª Região, SDC, Acórdão 2006000070, Proc. n. 00229/2005-2, rel. Des. Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva, j. 15/12/2005).

DISSÍDIO COLETIVO ECONÔMICO. APLICAÇÃO DO ÍNDICE DE REAJUSTE SALARIAL CONSTANTE DE CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO CELEBRADO COM ENTIDADE SINDICAL PATRONAL MAJORITÁRIA NA ÁREA DE REPRESENTAÇÃO DO SUSCITANTE. NÃO APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO DO PARCELAMENTO DO REAJUSTE. O Suscitante, Sindicato dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Serviços de Saúde de Santos, São Vicente, Guarujá, Cubatão, Praia Grande, Litoral Norte e Sul, celebrou Convenção Coletiva de Trabalho com o SINDHOSP - Sindicato dos Hospitais, Clínicas, Casas de Saúde, Laboratórios de Pesquisas e Análises Clínicas do Estado de São Paulo, que representa a entidade sindical patronal majoritária no âmbito de abrangência do Suscitante, pelo que, a princípio, o índice de reajuste nela acordado deve ser aplicado aos demais Suscitados em respeito ao princípio da isonomia que deve prevalecer em uma mesma região geo-econômica e sobretudo considerando que o índice fixado na Convenção (17,5%) é praticamente aquele constante da proposta de solução do conflito formulada pelo Exm.º Juiz Instrutor (17,51% / INPC/IBGE), em audiência, correspondendo, ainda, ao pleito do Suscitante. Todavia, entendo que tal índice deva ser aplicado de uma só vez, sem a possibilidade de divisão em 4 (quatro) parcelas, tal como previsto na cláusula 1.ª da Convenção Coletiva celebrada com o SINDHOSP. E isso porque, o benefício do parcelamento, caso aplicado aos demais Suscitados, representaria um desprestígio à postura adotada pelo Sindicato patronal conveniente que, indubitavelmente,

demonstrou maior interesse e seriedade nas negociações coletivas e, por outro lado, configuraria uma situação de extrema comodidade para os Suscitados não acordantes, que poderiam inclusive capitalizar os custos advindos com o índice de reajuste já sinalizado e enfrentado pelo Sindicato conveniente há muitos meses, contando com a previsível prática vigente nas Cortes trabalhistas de aplicação de acordos realizados com entidades sindicais majoritárias. Nessa conformidade, considerando que essa estratégia do Sindicato Nacional das Empresas de Medicina de Grupo - SINAMGE de aguardar os benefícios advindos com a aplicação de acordos celebrados com a entidade sindical econômica majoritária na sua área de representação, de forma sempre postergada e, portanto, lucrativa, deve ser desestimulada, por revelar-se injusta, além de premiar o desinteresse e a inércia, entendo que tal conduta não pode de forma alguma contar com o apoio desta Justiça Especializada, devendo, pois, ser aplicado o reajuste salarial de 17,5% (dezesete vírgula cinco por cento), sem o parcelamento previsto na Convenção Coletiva de Trabalho acima mencionada, sobre os salários de todos os empregados dos Suscitados neste Dissídio Coletivo, integrantes da categoria profissional representada pelo Sindicato Suscitante (TRT da 2ª Região, SDC, Acórdão 2004002652, Proc. n. 00189/2004-8, rel. Des. Vânia Paranhos, j. 11/11/2004).

PRELIMINAR DE FALTA DE COMUM ACORDO. DEVER CONSTITUCIONAL DO JUDICIÁRIO DE DECIDIR O CONFLITO. ACOLHIMENTO DA PRELIMINAR QUE NÃO LEVA NECESSARIAMENTE À EXTINÇÃO DO PROCESSO. RELEITURA DO ART. 114, § 2º, DA CF/88. O acolhimento da preliminar de falta comum acordo, para instauração do Dissídio Coletivo Econômico, não leva necessariamente à extinção do processo, sem julgamento o mérito, mas inibe tão só o exercício do Poder Normativo do Judiciário Trabalhista na fixação de cláusulas novas de condições de trabalho. Não inibe, contudo, o dever constitucional do Judiciário de solucionar o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção do trabalho e as convencionadas anteriormente. Assim, impõe-se a manutenção do status quo ante, que, no caso em tela, se dá com a continuidade da vigência das cláusulas e condições de trabalho preexistentes e, que vêm sendo praticadas entre as partes, pela aplicação do art. 868, parágrafo único, da CLT, já que vigentes as cláusulas sociais até 28.02.2015 (Dissídio Coletivo 0002379-49.2011.5.020000); bem como, a fixação do reajuste salarial, previsto na Lei 10.192/2001 - artigos 9, 10, 11, 12 e 13 -, que estabelece o direito subjetivo dos trabalhadores ao reajuste salarial, na data base, pelo

índice do INPC e, ipso iure, a correção das demais cláusulas de natureza econômica. (TRT da 2ª Região, SDC, Acórdão 2013001493, Proc. n. 00036/2012-0, rel. Des. Ivani Contini Bramante, j. 05/06/2013)

A questão principal é que o piso salarial fixado em dissídio coletivo, denominado por Maurício Godinho Delgado de salário mínimo normativo ou salário normativo, é o “patamar salarial mínimo aplicável no contexto da categoria representada pelo respectivo sindicato obreiro partícipe na relação processual de dissídio.”²³⁸ Assim, faz ele parte do patamar salarial mínimo imperativo, devendo, assim, merecer maior proteção jurídica, tendo em vista que é uma das proteções que o ordenamento confere ao salário contra os abusos do empregador.

Como exemplo, a Lei n. 12.382/2011 estabeleceu os critérios para o cálculo do valor do salário mínimo entre os anos de 2012 e de 2015, com base no patamar inicial de R\$ 545,00 em 2011, com o objetivo de preservar o poder aquisitivo do salário mínimo. O art. 2º de tal diploma legislativo assim dispõe:

Art. 2º Ficam estabelecidas as diretrizes para a política de valorização do salário mínimo a vigorar entre 2012 e 2015, inclusive, a serem aplicadas em 1º de janeiro do respectivo ano.

§ 1º Os reajustes para a preservação do poder aquisitivo do salário mínimo corresponderão à variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC, calculado e divulgado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, acumulada nos doze meses anteriores ao mês do reajuste.

§ 2º Na hipótese de não divulgação do INPC referente a um ou mais meses compreendidos no período do cálculo até o último dia útil imediatamente anterior à vigência do reajuste, o Poder Executivo estimará os índices dos meses não disponíveis.

§ 3º Verificada a hipótese de que trata o § 2º, os índices estimados permanecerão válidos para os fins desta Lei, sem qualquer revisão, sendo os eventuais resíduos compensados no reajuste subsequente, sem retroatividade.

§ 4º A título de aumento real, serão aplicados os seguintes percentuais:

I - em 2012, será aplicado o percentual equivalente à taxa de crescimento real do Produto Interno Bruto - PIB, apurada pelo IBGE, para o ano de 2010;

²³⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 799.

II - em 2013, será aplicado o percentual equivalente à taxa de crescimento real do PIB, apurada pelo IBGE, para o ano de 2011;

III - em 2014, será aplicado o percentual equivalente à taxa de crescimento real do PIB, apurada pelo IBGE, para o ano de 2012; e

IV - em 2015, será aplicado o percentual equivalente à taxa de crescimento real do PIB, apurada pelo IBGE, para o ano de 2013.

§ 5º Para fins do disposto no § 4º, será utilizada a taxa de crescimento real do PIB para o ano de referência, divulgada pelo IBGE até o último dia útil do ano imediatamente anterior ao de aplicação do respectivo aumento real.

Vê-se, assim, que o legislador estabeleceu os critérios para se preservar o poder de compra do patamar mínimo salarial do trabalhador brasileiro (aplicação do INPC), acrescido de um aumento real (percentual equivalente à taxa de crescimento real do PIB no ano anterior ao que passou).

Assim, caso o Poder Judiciário tenha que decidir conflito coletivo salarial, também deve estar atento não apenas à equidade, mas também a critérios mínimos que preservem o poder de compra dos empregados da categoria. Não se pode olvidar que o piso salarial também deve sofrer aumento real, e não apenas a reposição da inflação, uma vez que, assim como o salário mínimo, também representa o mínimo valor a ser pago dentro de uma categoria, de acordo com as suas peculiaridades. Entendimento em sentido contrário pode fazer com que, após alguns anos, o valor do salário mínimo esteja, inclusive, superior ao valor do piso.

A questão posta é que, em nosso ordenamento jurídico, não há critérios legais para que a Justiça do Trabalho fixe o justo salário em dissídio coletivo. Como ensina Tostes Malta:

Trata-se de norma programática que comportaria regulamentação, mas, apesar de conter preceito de substancial importância na solução de controvérsias coletivas de natureza econômica, toda a regulamentação tem ficado incumbida aos Tribunais do Trabalho, mediante os seus pronunciamentos normativos²³⁹.

²³⁹ MALTA, Christóvão Piragibe Tostes; ARAGÃO, Luiz Fernando Basto. **Comentários à CLT**. 7. ed. São Paulo: LTr, 1995, p. 421.

Sendo assim, há vazio na lei quanto a tais critérios, o que deve ser suprida.

3.3.2 Proposta de critérios para a fixação de novo salário normativo em dissídio coletivo

A isonomia salarial também deve estar presente na estipulação de salário em dissídio coletivo. Com efeito, se a igualdade de salário informa a atuação legislativa para todo o mercado de trabalho, com mais razão ela também deve ser buscada em nível coletivo.

No caso, deve ser buscada a isonomia interna dentro da categoria, pois, tal qual ocorre na negociação coletiva, existe a necessidade de, por meio da atuação sindical, se melhorar o patamar mínimo salarial previsto em lei, fazendo-se a devida adequação com a categoria. O caminho deve sempre ser a busca da isonomia mais específica, seja no âmbito da categoria, seja no âmbito territorial. Não se deve, assim, buscar a isonomia interna ao se aplicar a uma categoria piso salarial definido por categoria diferente, pertencente a outro setor da economia. Do mesmo modo, não se atingirá a isonomia se a uma determinada categoria de região pouco desenvolvida economicamente for aplicado o mesmo parâmetro de fixação do piso de uma região com pouca pujança econômica.

É sabido que as normas coletivas normalmente dividem as funções da categoria de acordo com a necessidade de qualificação e simplicidade das atividades envolvidas. Assim, o piso do auxiliar de serviços gerais ou de outra função que não exija qualificação é sempre inferior ao piso dos empregados que exercem função qualificada dentro da categoria.

E, como já exposto, muitas vezes os sindicatos envolvidos na negociação coletiva chegam a um acordo de vontades quanto ao índice de reajuste do piso de uma classe de empregados, porém o mesmo não acontece com as demais. Quando da entabulação da norma coletiva, nada impede que as partes convenientes ajustem percentuais diferentes de reajuste para empregados

de uma mesma categoria, com o objetivo de garantir a isonomia em sentido material (art. 3º, I e II, da Constituição)²⁴⁰.

Entretanto, permitir que a Justiça do Trabalho atribua percentuais de reajuste diferenciados traria grande subjetividade, e nem sempre seria indicativo de garantia de isonomia. Isso porque, em regra, a isonomia é encontrada quando todos da mesma categoria têm o mesmo percentual de reajuste. Assim, no dissídio coletivo, deve o Tribunal aplicar à toda a categoria o mesmo índice de reajuste do patamar mínimo.

Assim, a legislação pertinente à fixação de salário normativo deve estabelecer que, caso haja consenso direto entre as partes quanto ao piso salarial de determinada classe de empregados da categoria, o mesmo patamar deve ser aplicado aos demais.

Tal regra permitiria que, efetivamente, se atingisse a isonomia dentro da categoria, até mesmo porque, se o lucro da categoria é analisado de forma global.

Caso não exista consenso quanto ao piso de nenhuma das classes dos empregados, propomos que a legislação indique a aplicação aproximada dos

²⁴⁰ RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. DIFERENÇAS SALARIAIS INDEVIDAS. REAJUSTES POR REGRAS COLETIVAS NEGOCIADAS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. CONCEITO DE ISONOMIA EM SENTIDO MATERIAL, AO INVÉS DE APENAS EM SENTIDO FORMAL, PLENAMENTE ACATADO PELA CF/88. O Tribunal Regional, atendendo aos fatos e às circunstâncias dos autos, manteve a sentença que indeferiu o pleito de diferenças salariais formulado pelo Reclamante, assentando que a norma coletiva impugnada pelo Obreiro, que fixou reajustes salariais diferentes aos membros da categoria profissional tendo como parâmetro diferenciador o patamar salarial (quanto maior o salário, menor o reajuste), não afrontou o princípio da isonomia, uma vez que, no caso vertente, os “desiguais foram tratados desigualmente na medida da sua desigualdade”. No mesmo sentido, esclareceu o TRT que “a política salarial eleita pela categoria profissional, no sentido de garantir reajuste superior aos que percebem menor salário, não é ilegal e não implica afronta às garantias fundamentais do trabalhador e tampouco à função social do trabalho”. **Depreende-se, portanto, das razões expostas no acordão regional, a inexistência de qualquer afronta ao princípio constitucional da isonomia. Na verdade, os documentos coletivos negociados incorporam o conceito moderno de isonomia, em sentido material, ao invés do conceito mais simplificado de isonomia meramente formal, buscando realizar os objetivos republicanos de construir uma sociedade mais solidária, justa e equitativa (art. 3º, I e III, CF). Com efeito, em situações similares, esta Corte já manifestou entendimento de que a norma coletiva que prevê reajuste salarial maior para empregados com remuneração menor e, por outra vista, reajuste menor para aqueles que percebem remuneração maior não viola o princípio da isonomia.** Julgados. Recurso de revista não conhecido. (TST, 3ª Turma, RR -1672-22.2013.5.12.0004, rel. Min. Maurício Godinho Delgado, DEJT 28/04/2017, grifo nosso).

índices de reajuste adotados pelos sindicatos envolvidos em outras normas coletivas, em outros municípios integrantes da base territorial.

Muitas vezes, não há coincidência total da base territorial dos sindicatos dos empregados e dos sindicatos dos empregadores. Assim, um mesmo sindicato pode ter mais de uma norma coletiva vigente em sua base territorial, cada uma entabulada com o respectivo ente sindical oposto em municípios distintos.

Entretanto, normalmente os municípios de uma mesma base territorial de um sindicato possuem semelhante situação econômica e crescimento do setor. Assim, para se atingir a isonomia dentro da categoria, o segundo critério mais importante é a igualdade de patamar salarial mínimo dentro do ente sindical.

Sucessivamente, caso nenhuma das hipóteses acima esteja presente, a isonomia deve ser buscada dentro da mesma categoria, com a aplicação aproximada dos índices aplicados nas normas coletivas ou sentenças normativas de regiões geo-econômicas semelhantes e próximas. A necessidade de serem regiões com o mesmo crescimento econômico e custo de vida se mostra necessária, tendo em vista que assim se garante o acréscimo salarial isonômico dentro da categoria.

Vale ponderar que, nos segundo e terceiro critérios comentados, utilizou-se a expressão “aproximadamente”, porque os julgadores estariam fixando os salários com índices que ainda não foram estabelecidos diretamente pelas partes envolvidas no conflito a ser julgado (ao contrário do primeiro critério, em que os entes sindicais já acordaram quanto ao percentual de reajuste de parte dos empregados).

Assim, é possível que, no dissídio coletivo, seja necessário fazer alguma adequação do valor utilizado em outros municípios, ainda que com características semelhantes.

Não se pode olvidar que, independentemente da redação do art. 766 da CLT, a equidade deve ser utilizada pelo julgador ao fixar o salário, “porque o

art. 8º da CLT desde sempre contemplou a equidade como uma forma de integração da norma, ainda que não expressamente autorizada pelo legislador”.²⁴¹

Por fim, caso não seja possível aplicar nenhum desses critérios, propomos que a estipulação do salário normativo deva se dar com analogia à Lei n. 12.382/2011. Isso, porque a Justiça do Trabalho estaria fixando o patamar salarial mínimo dos empregados de determinada categoria. Não haveria, pois, razão para não se aplicar a mesma linha de pensamento da fixação anual do salário mínimo legal.

São, portanto, situações análogas, para se preservar o poder de compra do trabalhador, tanto que sempre é definido, além do piso, o índice de reajuste de salários.

E, com o objetivo de padronizar a manutenção do poder de compra sobre o patamar salarial mínimo de todo trabalhador, entendemos que, em última opção, também deve ser aplicado o INPC, tal qual previsto no art. 2º, §1º, da Lei n. 12.382/2011, com o adequado aumento real.

A diferença da estipulação de salário para a categoria reside no aumento real. A Lei n. 12.382/2011 fixou que este será calculado pela taxa de crescimento anual do PIB, apurada pelo IBGE. O critério é justo, uma vez que o salário mínimo deve ser aplicado em todo o território nacional, independentemente do setor em que trabalha o empregado.

Todavia, a taxa de crescimento anual do PIB é calculada pela média da taxa de crescimento de diversos setores, tais como comércio, indústria e agricultura. Para a determinação de aumento real do salário mínimo unificado previsto em lei, deve realmente ser feita a média de crescimento dos diversos setores.

Ocorre que, para a definição do salário normativo de uma determinada categoria, deve ser levado em conta a taxa de participação do setor envolvido no aumento real do PIB, se ela for superior à média nacional do PIB. Não se pode aplicar a taxa ao cálculo se ela for negativa, pois o raciocínio acarretaria diminuição do resultado obtido pela aplicação do INPC, que trata da pura reposição do poder de compra.

²⁴¹ SILVA, Homero Batista Mateus da. **op. cit.** v. 9. p. 29.

Em resumo, a presente tese propõe a necessidade de fixação de critérios objetivos por meio de lei para a estipulação dos salários normativos, que não apenas a equidade, em razão de eles dizerem respeito ao mínimo existencial do empregado e ao patamar salarial mínimo protegido constitucionalmente (art. 7º, IV, da CF). Como base para a fixação do valor, propomos, sucessivamente: a) a adoção de mesmo índice já negociado e acordado pelas partes envolvidas para ser aplicado em determinada classe de empregados da categoria; b) a aplicação aproximada dos índices de reajuste adotados pelos sindicatos envolvidos em outras normas coletivas, em outros municípios integrantes da base territorial; c) a aplicação aproximada dos índices aplicados nas normas coletivas ou sentenças normativas de regiões geo-econômicas semelhantes e próximas; d) a aplicação do índice do INPC, acrescido da taxa de participação do setor envolvido no aumento real do PIB, se ela for positiva.

O vazio legislativo seria preenchido, portanto, com a alteração da redação do art. 766 da CLT nos seguintes termos:

Art. 766. Nos dissídios coletivos sobre estipulação de salários, serão estabelecidas condições que, assegurando justos salários aos trabalhadores, permitam também a justa retribuição às empresas interessadas, observados os seguintes critérios:

I - a adoção de mesmo índice já negociado e acordado pelas partes envolvidas para ser aplicado em determinada classe de empregados da categoria;

II – na impossibilidade de utilização do critério acima, a aplicação aproximada dos índices de reajuste adotados pelos sindicatos envolvidos em outras normas coletivas, em outros municípios integrantes da base territorial;

III – na impossibilidade de utilização do critério acima, a aplicação aproximada dos índices aplicados nas normas coletivas ou sentenças normativas de regiões geo-econômicas semelhantes e próximas;

IV – na impossibilidade de adoção de nenhum desses critérios, pela aplicação do índice do INPC, acrescido da taxa de crescimento do PIB no setor envolvido ou pela média nacional, o que for maior.

3.4 A ESTIPULAÇÃO DO SALÁRIO EM CASOS DE SUBSTITUIÇÃO DE EMPREGADOS

Atualmente, a obrigatoriedade de pagamento de acréscimo salarial nas substituições de empregados está regulada por enunciado de súmula do TST, pela interpretação do art. 450 da CLT.

Nesta tese, busca-se verificar se existe vazio na legislação quanto ao ponto e, ainda, quais seriam os critérios a serem adotados pelo legislador para fixar o salário condição, mormente ante a pulverização de funções quando do afastamento do empregado.

3.4.1 A legislação e jurisprudência atual quanto à estipulação de salários em caso de substituição de empregados

A substituição de empregados é uma das modalidades de alteração funcional, que pode gerar reflexos na fixação de salários. Ocorre quando o empregado assume temporariamente as funções de colega de trabalho.

A doutrina classifica a substituição em três, diferentes, quais sejam, a substituição meramente eventual, a substituição provisória e a substituição permanente.

A substituição eventual é aquela que ocorre de forma inesperada, sem previsibilidade de repetição e por curto espaço de tempo. São situações excepcionais ou de emergência, que são acolhidas como parte do “*ius variandi*” ordinário, de curta duração, sempre em caráter transitório e sem prejuízo salarial²⁴². Como exemplo, será eventual a substituição quando o substituído faltou injustificadamente ao trabalho ou teve que sair mais cedo para ir ao médico.

Já a substituição temporária é passível de programação por parte do empregador e se estende por maior período de tempo, estando inserida na dinâmica regular da empresa e no “*ius variandi*” extraordinário do empregador²⁴³. Assim, é possível a designação prévia e refletida sobre o empregado que fará a substituição.

Por fim, é definitiva a substituição quando o cargo estiver vago, sendo deslocado um empregado para assumir a posição na estrutura da empresa. Em

²⁴² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 1052.

²⁴³ **Ibidem**, p. 1052-3.

verdade, não se trata tecnicamente de uma substituição, pois a vacância do cargo demonstra que o empregado anterior não mais retornará.

Dispõe o art. 450 da CLT que “Ao empregado chamado para ocupar, em comissão, interinamente, ou em substituição eventual ou temporária, cargo diverso do que exercer na empresa, serão garantidas a contagem do tempo naquele serviço, bem como a volta ao cargo anterior”.

Tal dispositivo permite concluir que, enquanto perdurar a substituição temporária, o empregado substituto deve receber as mesmas vantagens, inclusive a remuneratória, referente ao substituído.

Por meio da Resolução Administrativa 102/1982, foi editada a Súmula 159 do TST, com a seguinte redação: “Enquanto perdurar a substituição que não tenha caráter meramente eventual, o empregado substituto fará jus ao salário contratual do substituído”. Trata-se de regra de isonomia salarial que independe da qualidade com que o substituído exerce a função, bem como da quantidade do trabalho exercido em tal período. O direito ao recebimento do salário do substituído decorre simplesmente da designação feita pelo empregador.

Segundo um dos precedentes da súmula:

Tal direito decorre não apenas do princípio constitucional garantidor da isonomia salarial, constante no inciso III, do artigo 165, da Constituição Federal vigente, mas, ainda, das normas fixadas na Consolidação das Leis do Trabalho, principalmente dos artigos 5º, 358, 460 e 461. Pretender negar este direito fundado na diversidade qualitativa ou quantitativa da função é negar o óbvio, uma vez que a equivalência funcional decorre da circunstância de haver sido o Autor escolhido para a substituição do titular. A presunção, portanto, milita em seu favor”. (TST, ERR 1979/1969, Ac. TP. 468/1970, rel. Min. Celso Lanna, DJ 11/0/1970).

Apesar de não haver previsão expressa em tal sentido, a jurisprudência restringia tal direito às hipóteses de substituição prolongada no tempo, porém que não se configure como eventual²⁴⁴. Na tentativa de burlar a legislação e a jurisprudência então vigente, muitos empregadores enquadravam as substituições

²⁴⁴ MALTA, Christóvão Piragibe Tostes; ARAGÃO, Luiz Fernando Basto. **Comentários à CLT**. 7. ed. São Paulo: LTr, 1995, p. 175.

de férias como sendo eventuais e, assim, deixavam de pagar o denominado salário-substituição.

Todavia, os precedentes passaram a apontar que as férias constituem direito do empregado e devem ser, assim, programadas. Com isso, enquadrou-se a substituição durante as férias como transitória, e não puramente eventual, garantindo-se, assim, o recebimento do mesmo salário do empregado substituído²⁴⁵.

Logo, a Resolução 121/2003 alterou a redação da Súmula 159 do TST para constar: “Enquanto perdurar a substituição que não tenha caráter meramente eventual, inclusive nas férias, o empregado substituto fará jus ao salário contratual do substituído”.

Apenas em 2005, o verbete teve sua alteração, mantendo-se a redação anterior no item I, e acrescentando-se o item II, que afasta o direito ao salário substituição na hipótese de empregado que assume cargo vago na empresa. Nesse sentido:

Há sucessão e não substituição quando o afastamento em tela for definitivo. Inexiste norma legal assegurando ao empregado, chamado a exercer as mesmas funções, o salário do antigo ocupante do cargo. Nessa hipótese, das duas, uma: a) o empregado é contemplado com novo salário mais alto, mas inferior ao do titular que foi despedido ou transferido de modo permanente; ou b) o empregador mantém o salário do sucessor, o que pode acarretar a extinção do contrato de trabalho, por iniciativa do empregado, com fulcro na alínea a, do art. 483 desta CLT.²⁴⁶

Percebe-se, portanto, que a jurisprudência caminhou para o reconhecimento de efeito mais ampliativo à substituição transitória de empregados, com a chancela do direito ao recebimento do mesmo salário do

²⁴⁵ SALÁRIO SUBSTITUIÇÃO. FÉRIAS. As férias são direito constitucional anualmente previsto, não se caracterizando como um fato eventual, conforme assevera o verbete nº 159 desta Corte, por não ser uma ausência momentânea e imprevisível do empregado substituído. Devido, portanto, o salário do titular ao obreiro que o substituiu durante o seu período de férias. Recurso de embargos não conhecido. (TST, SDI-1, ERR 114242/1994, AC. 2468/1996, rel. Min. Vantuil Abdala, DJ 14/11/1996).

²⁴⁶ SAAD, Eduardo Gabriel. **Consolidação das leis do trabalho**: comentada. 44. ed. atual., ver. e ampl. SAAD, José Eduardo Duarte; CASTELLO BRANCO, Ana Maria Saad. São Paulo: LTr, 2011, p. 586.

substituído enquanto perdurar a substituição, o que se denominou de salário substituição ou isonômico.

Entretanto, o direito ao recebimento de salário substituição não pode ser regulado pelo entendimento consolidado do Tribunal Superior do Trabalho, o que pode ser alterado em posteriores decisões. Assim, é necessária a existência de legislação específica sobre a matéria, inclusive em consonância com a atual fraude de repartição das funções praticada pelas empresas.

3.4.2 Proposta de critérios para a fixação de novo salário em caso de substituição de empregados

Atualmente, a situação está resolvida na jurisprudência por meio do entendimento sumulado mencionado alhures, porém fato é que não há normatização específica a respeito. Alheio a tal fato, é forçoso reconhecer que, atualmente, as empresas vêm alterando a sua estrutura organizacional para evitar a incidência do salário substituição.

Com efeito, aos empregadores sempre foi possível suprir a falta do empregado transitoriamente afastado por meio da substituição de empregados ou, até mesmo, pela possibilidade de contratação de empregados temporários, conforme a Lei n. 6.019/74, desde a sua redação original e até mesmo com as alterações promovidas pela Lei n. 13.429/2017²⁴⁷. Entretanto, é inegável que tais possibilidades trazem maiores gastos na atividade empresarial, pois mantêm o pagamento do salário do empregado substituído, ao mesmo tempo em que elevam o patamar salarial do substituto.

Em razão disso, na tentativa de burlar a isonomia salarial reconhecida na Súmula 159 do TST, muitos empregadores deixam de nomear substitutos nas hipóteses de substituição transitória, como ocorre nas férias dos empregados. Em contrapartida, as funções que antes eram exercidas pelo substituído são pulverizadas dentre os seus colegas de trabalho. Com efeito, “Há jurisprudência firme e favorável ao direito às diferenças salariais (Súmula 159), mas dúvidas

²⁴⁷ Na atual redação do art. 2º da Lei n. 6.019: Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma

persistem quanto à necessidade de serem assumidas 100% das funções e das responsabilidades do cargo”.²⁴⁸

Imaginemos a hipótese de um gerente que chefia uma equipe de outros 10 empregados. Via de regra, no período de férias de tal gerente, um dos seus subordinados seria alçado à sua condição funcional e teria, portanto, direito ao recebimento do mesmo salário pago ao gerente. Com a pulverização de funções, o empregador divide as atribuições do gerente dentre os 10 empregados restantes na equipe. Com isso, sob o argumento de que não houve a substituição formal do empregado, deixa de custear o salário substituição.

A situação se mostra mais complicada, se um desses empregados ajuizar reclamação trabalhista, postulando a correção salarial no período de substituição transitória, ainda que parcial. Isso porque parcela da jurisprudência deixaria de conceder a vantagem salarial, sob o argumento de que a substituição não foi completa.

Ocorre que, ao se concluir que nenhum direito assiste ao empregado que, ainda que parcialmente, assumiu novas tarefas de forma temporária, não haveria respeito às normas de isonomia salarial, além de que se estaria prestigiando o empregador que tenta burlar o entendimento já pacificado.

Em tal norte, a legislação específica sobre o salário a ser pago na hipótese de substituição transitória seja concedido, ainda que ela não seja plena, ou seja, mesmo que o empregador pulverize as funções do substituído dentre mais de um empregado. Na hipótese de substituição parcial, deve ser garantido ao empregado o salário do substituído na proporcionalidade da substituição. Dessa forma, se o empregado assumiu metade das funções do substituído, deve receber o salário substituição para que seja atingido 50% da diferença salarial entre eles.

Em princípio, o ônus da prova do fato constitutivo do direito é do empregado (art. 818 da CLT c/c art. 373, I, do CPC), Contudo, pode ser aplicado ao caso concreto a teoria da carga dinâmica das provas, cancelada pelo art.

empresa tomadora de serviços, para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços.

²⁴⁸ SILVA, Homero Batista Mateus da. **CLT comentada**. 14. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 209.

373, §§ 1º e 2º, do CPC, e pelo art. 818, §§1º e 2º, da CLT, com redação dada pela Lei n. 10.467/2017. Com efeito, a partir do momento em que a empresa detém o poder diretivo, de organizar o ambiente de trabalho, tem mais facilidade para comprovar como foram distribuídas as tarefas do empregado que foi substituído.

Por fim, caso não seja possível delimitar a medida da substituição, o empregado substituto deve receber o respectivo adicional por acúmulo de função.

Assim, deve ser editado dispositivo na CLT especificamente sobre o direito ao salário do substituído, com a seguinte proposta de redação:

Art. _____. Nas hipóteses de substituição transitória, ao empregado substituto são asseguradas as mesmas vantagens, inclusive remuneratórias, do empregado substituído.

§1.º: Considera-se substituição transitória aquela que for suscetível de previsão e que tenha duração prolongada no tempo.

§2.º: Na hipótese de substituição eventual e de curta duração, bem como na assunção de cargo ou função vaga, não é assegurado o direito ao salário substituição.

§3.º: Caso as funções do substituído sejam atribuídas a mais de um empregado, o salário substituição e as demais vantagens são devidas na medida da substituição de cada empregado.

§4.º: Apenas na hipótese de não ser possível mensurar a quantidade de funções atribuída aos empregados substitutos, a eles deve ser assegurado o recebimento de adicional de acúmulo de função, na forma do art. ____ desta Consolidação, enquanto perdurar a substituição.

3.5 A ESTIPULAÇÃO DO SALÁRIO EM CASOS DE TERCEIRIZAÇÃO

Por fim, neste tópico, analisa-se a necessidade de lei geral de terceirização dispor sobre aspectos controvertidos acerca da isonomia salarial entre os trabalhadores terceirizados e os contratados diretamente pela empresa prestadora de serviços.

3.5.1 A legislação e jurisprudência atual quanto à estipulação de salários em caso de terceirização

A terceirização dos serviços é o “fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente”²⁴⁹. Trata-se de neologismo que se origina da palavra terceiro, ou seja, do intermediário em uma relação jurídica. De fato, o fenômeno foi criado pela área de administração de empresas, com o objetivo de permitir que as empresas possam dirigir o seu foco e os seus esforços para a consecução de sua finalidade principal. Otávio Pinto e Silva aponta, também, que é uma técnica de administração, pela qual se transfere a um terceiro a atividade que anteriormente ficava a cargo da empresa²⁵⁰.

A terceirização é “Um fenômeno que lá [nos Estados Unidos] ficou conhecido por *outsourcing* e se espalhou pelo mundo, na Itália ganhou o nome de *subcontrattazione*; na Espanha, ficou conhecida por *subcontratación* e em Portugal, por subcontratação, enquanto que na Alemanha, ganhou o nome de *tertiarisierung* e na França, *soustraitance*”²⁵¹.

A primeira legislação trabalhista no Brasil referente à terceirização ocorreu com o Decreto n. 200/67, no âmbito da Administração Pública, que autorizou a descentralização das atividades, para evitar o crescimento da máquina administrativa e permitir que a Administração Federal melhor desempenho suas funções de planejamento, coordenação, supervisão e controle (art 10, §7º). Posteriormente, o art. 3º, parágrafo único, da Lei n. 5.645/70 estabeleceu, expressamente, que a descentralização deveria ocorrer preferencialmente nas atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas. A terceirização na Administração Pública também é usada, em razão das limitações orçamentárias de gastos com pessoal, que não atingem os contratos de serviços.

²⁴⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 436.

²⁵⁰ SILVA, Otávio Pinto e. Subordinação, Autonomia e Parassubordinação nas Relações de Trabalho. Ed. LTr. São Paulo. 2004, p. 90.

²⁵¹ CASTRO, Thiago Mendonça de. **A responsabilidade trabalhista da Administração Pública**: Propostas de parametrização do inciso V da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho. 2015. 293f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo (Faculdade de Direito), 2015, p. 33.

Ainda na década de 70, a Lei n. 6.019/74 estabeleceu a primeira forma de terceirização na iniciativa privada, com a permissão de trabalho temporário. O trabalho temporário é hipótese de terceirização, por ser estabelecido por meio de empresa interposta de fornecimento de mão de obra²⁵².

A Lei n. 7.102/83, na mesma linha, previu expressamente que os serviços de vigilância patrimonial deveriam ser prestados por meio de empresas prestadoras de serviço. A medida transfere à empresa prestadora de serviços o controle do cumprimento da lei, permitindo que os tomadores de serviço desloquem seus esforços para cumprir a sua finalidade principal. Como exemplo, a função de vigilante requer treinamento específico e diversas formalidades perante a Polícia Federal. É, assim, hipótese de terceirização permanente, porém específica para um setor da economia.

Cite-se, ainda, a Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997, que trata da organização dos serviços de telecomunicações, prevê expressamente que, no cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá terceirizar serviços em atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço.

Já na jurisprudência, a terceirização foi inicialmente interpretada com restrição, tanto que a redação do Enunciado 256 do TST, inicialmente, previa que “Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços”.

Vê-se, assim, que o verbete não incluía a permissão, também, dada à Administração Pública pelo Decreto n. 200/67, permitindo-se compreender que o rol de hipóteses, ali mencionado, não seria taxativo. Acrescente-se que a terceirização passou a ser adotada em diversos setores da economia, com características e finalidades aparentemente semelhantes às descritas no Decreto n. 200/67 e Lei n. 5.645/70.

Com isso, a jurisprudência da Corte Superior se inclinou para o reconhecimento da legalidade da terceirização quando ela ocorrer no trabalho

²⁵² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 441.

temporário ou em atividade-meio. Entretanto, ainda que em atividade-meio, a terceirização seria ilícita se houvesse pessoalidade e subordinação direta para com o tomador (Súmula 331, I e III, do TST).

A terceirização não seria permitida, por sua vez, nas atividades-fim, exceto se a hipótese for de trabalho temporário. O reconhecimento judicial da ilicitude da terceirização implicaria o reconhecimento de vínculo empregatício com o tomador de serviços. Tal situação não ocorreria apenas com relação à Administração Pública, em decorrência da necessidade de aprovação em concurso público (art. 37, II, e §2º, da Constituição).

Segundo Godinho, entende-se por atividades-fim “as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico”. Já as atividades-meio são as “atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços. (...). São também outras atividades meramente instrumentais, de estrito apoio logístico ao empreendimento (serviço de alimentação aos empregados do estabelecimento, etc) (sic)”²⁵³

Com a edição da Lei n. 13.429/2017, passou-se a admitir o contrato de prestação de serviços entre duas empresas, limitando-os a serviços determinados específicos. A referida lei não usa como critério permissivo a diferenciação entre atividade-meio e atividade-fim, porém, com a inserção do art. 4º-A, §2º, à Lei n. 6.019/74, previu-se expressamente que em nenhuma hipótese haverá vínculo empregatício entre o empregado terceirizado e a empresa contratante do serviço.

O PLC n. 30/2015 do Senado Federal, que adveio do PL n. 4.330/2004 da Câmara dos Deputados, permite expressamente a terceirização em qualquer atividade, ao prever, em seu art. 4º, que: “É lícito o contrato de terceirização relacionado a parcela de qualquer atividade da contratante que obedeça aos requisitos previstos nesta Lei, não se configurando vínculo de emprego entre a contratante e os empregados da contratada”. Tal regra apenas não prevalece se

²⁵³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 452.

estiverem presentes os requisitos da relação de emprego previstos nos artigos 2º e 3º da CLT.

Da mesma forma, a Lei n. 13.467/2017 alterou a Lei n. 6.019/74 para que o art. 4º-A tenha a seguinte redação: “Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução”.

Em tal norte, ao contrário da Lei n. 13.429/2017, referidos projetos de lei trazem a permissão expressa para a terceirização em qualquer atividade da empresa, seja ela atividade-meio ou atividade-fim.

A terceirização de serviços gera, muitas vezes, a precarização das relações de trabalho, uma vez que a contratação por empresa interposta fragiliza a categoria, tendo em vista que dificilmente se forma a consciência coletiva pela luta por melhores condições de trabalho, se os integrantes da categoria prestam serviços de forma pulverizada em diversos tomadores. Saliente-se que os prestadores de serviços terceirizados não integram a mesma categoria dos empregados contratados diretamente pelas empresas tomadoras. Por se tratar de categoria mais fragilizada, os pisos salariais e benefícios previstos em normas coletivas são normalmente inferiores àqueles previstos na regulamentação coletiva dos tomadores.

A nosso sentir, tal diferenciação viola a garantia de igualdade salarial, esculpida na Constituição, pois permite que trabalhadores laborando em um mesmo ambiente, sujeitando-se a semelhantes condições de trabalho, tenham acesso a patamar remuneratório inferior. Vale ponderar, ainda, que muitas empresas passam pelo processo de terceirização, dispensando seus empregados próprios e posteriormente contratando empresas intermediárias para prestar o mesmo serviço, porém com remuneração inferior.

Para o trabalho temporário, desde a redação original da Lei n. 6.019/74, a questão resta pacificada, pois os empregados temporários têm isonomia salarial com relação aos empregados das empresas tomadoras (art. 12,

a). O salário isonômico também tem como consequência a extensão de outras vantagens, tal qual ocorre com o 13º salário no mesmo patamar.

Entretanto, a Lei n. 13.429/2017 alterou a redação da Lei n. 6.019/1974, para nela inserir as disposições acerca da terceirização, porém, em momento algum estendeu tal direito aos trabalhadores terceirizados, mantendo a isonomia salarial apenas como direito dos temporários.

Com relação à Administração Pública, a SDI 1 do TST garante a isonomia entre o empregado efetivo e o terceirizado, por meio da OJ n. 383, nos seguintes termos:

A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, "a", da Lei nº 6.019, de 03.01.1974.

É o princípio da isonomia que garante a aplicação da analogia ao trabalho temporário para se garantir o mesmo salário pago aos servidores integrantes da Administração, que trabalhem em identidade de funções. É evidente que, mesmo antes da Lei n. 13.429/2017, a terceirização ilícita na Administração não podia gerar vínculo empregatício com o ente público, por violação ao art. 37, II e §2º, da CF, porém entendia-se que deve ser garantido o tratamento anti discriminatório (art. 5º, "caput", CF).

Entretanto, se o art. 12, a, da Lei n. 6.019/74 garante a isonomia salarial na contratação temporária por empresa interposta, com mais razão a garantia de isonomia deve estar presente na terceirização de longo prazo.

A problemática surge, portanto, na terceirização dentro da iniciativa privada, ante a ausência de regulamentação geral e expressa a tal respeito.

Existe, assim, a necessidade de que a legislação disponha expressamente sobre a isonomia salarial em terceirização, até porque não há razão para que ela seja garantida jurisprudencialmente no âmbito da Administração Pública, porém negada na iniciativa privada.

A uma, porque a discriminação sócio-econômica daí advinda é injustificável. A duas, porque a terceirização seria apenas uma forma de se discriminar e aviltar a força de trabalho, se não vier acompanhada da adequada comunicação remuneratória. Por fim, a isonomia salarial se justifica constitucionalmente pelos preceitos atinentes à não discriminação (art. 5º, “caput” e inciso I), pelos relativos à valorização do trabalho, seja os que se referem à prevalência dos direitos sociotrabalhistas na ordem jurídica (artigos 1º, III e IV; 3º, I, parte final, e II, parte inicial, e IV, parte inicial; art. 4º, II; art. 6º; art. 7º, “caput”, parte final”, e incisos VI, VII e X; art. 100, parte inicial e art. 170, III), seja os que se referem à proteção ampla do salário (art. 7º, VI, VII e X).²⁵⁴

E, diante de todo o arcabouço constitucional mencionado, a lei deve garantir a isonomia de patamar remuneratório entre empresa prestadora e empresa tomadora, mesmo que se trate de terceirização lícita na iniciativa privada, em que não exista empregado da empresa tomadora exercendo a mesma função.

3.5.2 Proposta de critérios para a fixação de salário isonômico em caso de terceirização

O art. 5º-A da Lei n. 6.019/1974, com a redação dada pela Lei n. 13.429/2017, assevera, em seu parágrafo 3º, que “É responsabilidade da contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato”. Ainda, prevê que “A contratante poderá estender ao trabalhador da empresa de prestação de serviços o mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados, existente nas dependências da contratante, ou local por ela designado” (§4º).

Na mesma linha, o Projeto de Lei da Câmara n. 30/2015 objetivava regulamentar por meio de regulamentação geral a terceirização no país, sendo objeto de diversos debates, principalmente no que concerne ao cabimento da

²⁵⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 853-4.

terceirização. Dispõe o art. 12 do texto encaminhado pela Câmara dos Deputados ao Senado Federal que:

Art. 12. São asseguradas aos empregados da contratada quando e enquanto os serviços forem executados nas dependências da contratante ou em local por ela designado as mesmas condições:

I — relativas a:

- a) alimentação garantida aos empregados da contratante, quando oferecida em refeitórios;
- b) direito de utilizar os serviços de transporte;
- c) atendimento médico ou ambulatorial existente nas dependências da contratante ou local por ela designado;
- d) treinamento adequado, fornecido pela contratada, quando a atividade o exigir;

II - sanitárias, de medidas de proteção à saúde e de segurança no trabalho e de instalações adequadas à prestação do serviço.

Parágrafo único. Nos contratos que impliquem mobilização de empregados da contratada em número igual ou superior a 20% (vinte por cento) dos empregados da contratante, esta poderá disponibilizar aos empregados da contratada os serviços de alimentação e atendimento ambulatorial em outros locais apropriados e com igual padrão de atendimento, com vistas a manter o pleno funcionamento dos serviços existentes.

Art. 13. A contratante deve garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos empregados da contratada, enquanto esses estiverem a seu serviço em suas dependências ou em local por ela designado.

Parágrafo único. A contratante deve comunicar à contratada e ao sindicato representativo da categoria profissional do trabalhador todo acidente ocorrido em suas dependências ou em local por ela designado, quando a vítima for trabalhador que participe direta ou indiretamente da execução do serviço objeto do contrato.

Art. 14. Na hipótese de contratação sucessiva para a prestação dos mesmos serviços terceirizados, com admissão de empregados da antiga contratada, a nova contratada deve assegurar a manutenção do salário e dos demais direitos previstos no contrato anterior.

Disposição semelhante também está prevista no PL 6787/2016²⁵⁵.

²⁵⁵ “Art. 4º-C São asseguradas aos empregados da empresa prestadora de serviços a que se refere o art. 4º-A desta Lei, quando e enquanto os serviços, que podem ser de qualquer uma das atividades da contratante, forem executados nas dependências da tomadora, as mesmas condições: I – relativas a: a) alimentação garantida aos empregados da contratante, quando oferecida em refeitórios; b) direito de utilizar os serviços de transporte; c) atendimento médico ou

Vê-se, portanto, que há, no art. 14 do referido PLC n. 30/2015, tímida preocupação com a manutenção do patamar remuneratório do empregado terceirizado, porém restrita à hipótese de troca de empresa contratada para prestar os serviços.

Já na Lei n. 13.467/2017, existe a previsão de pagamento de salário equivalente entre empregados da empresa contratada e da contratante, porém, em razão de não ter força impositiva, por certo a efetivação de tão importante direito dificilmente ocorrerá.

Não houve, entretanto, a ousadia necessária para se garantir a obrigatoriedade da comunicação entre os patamares remuneratórios, tal qual foi feito pelo TST na já mencionada OJ n. 383 da SDI1.

Havia, todavia, brecha na legislação para se aplicar tal entendimento, uma vez que o art. 26 prevê que “Os direitos previstos nesta Lei serão imediatamente estendidos aos terceirizados da administração direta e indireta”. Ora, se a lei previa isonomia de direitos em relação à administração direta e indireta, então a igualdade deve ser uma via de mão dupla. Sendo assim, se a jurisprudência já reconhece a isonomia salarial como direito do empregado terceirizado na Administração, quando há terceirização parcial, o mesmo direito deve ser reconhecido nos casos de terceirização parcial na iniciativa privada.

De qualquer forma, a lei não permite margem à interpretação de obrigatoriedade de isonomia quando houver terceirização total de determinada função dentro da empresa, pelo que persiste o vazio legislativo.

Entretanto, mesmo com a promulgação da Lei n. 13.429/2017, ainda permanece o vazio legislativo quanto ao direito à isonomia remuneratória entre o empregado terceirizado e o empregado diretamente contratado pelo tomador.

ambulatorial existente nas dependências da contratante ou local por ela designado; d) treinamento adequado, fornecido pela contratada, quando a atividade o exigir. II – sanitárias, de medidas de proteção à saúde e de segurança no trabalho e de instalações adequadas à prestação do serviço. § 1º Contratante e contratada poderão estabelecer, se assim entenderem, que os empregados da contratada farão jus a salário equivalente ao pago aos empregados da contratante, além de outros direitos não previstos neste artigo. § 2º Nos contratos que impliquem mobilização de empregados da contratada em número igual ou superior a 20% (vinte por cento) dos empregados da contratante, esta poderá disponibilizar aos empregados da contratada os serviços de alimentação e atendimento ambulatorial em outros locais apropriados e com igual padrão de atendimento, com vistas a manter o pleno funcionamento dos serviços existentes.

E, desde já, deve ser fixada a premissa de que o empregado terceirizado, ainda que da iniciativa privada e com terceirização total do setor, tem direito de receber o mesmo patamar remuneratório dos empregados da empresa tomadora, em decorrência da aplicação dos dispositivos constitucionais já listados no item anterior, mormente os ligados à isonomia salarial.

Todavia, para se fixarem as bases de estipulação de salário na terceirização, não se pode simplesmente mencionar o direito ao recebimento do mesmo salário, tal qual ocorre no art. 12, a, da Lei n. 6.019/74. É que, no trabalho temporário, o empregado já tem a previsão temporal de sua contratação, razão pela qual o contrato de trabalho e a anotação de sua CTPS é feita pela empresa prestadora de trabalho temporário, já com a pré-determinação do prazo. Não há, portanto, alteração de tomador naquele contratado, o que permite facilmente estipular o salário isonômico.

Já na terceirização, o empregado é contratado para prestar determinada função, podendo ser encaminhado para cada um dos diversos tomadores de serviços, com os quais exista contrato. Em razão disso, haveria embate entre a necessidade de se garantir o mesmo patamar remuneratório do tomador e o direito fundamental à irredutibilidade salarial. Imaginemos o exemplo do empregado que recebe salário elevado, em decorrência de prestar serviços em benefício de uma empresa multinacional, pretendente a grande conglomerado empresarial, e que posteriormente é transferido para prestar serviços em uma empresa de porte médio, cujo patamar remuneratório de seus empregados seja inferior. Se a lei reconhecer o direito ao pagamento do mesmo salário, então a empresa prestadora não poderia reduzi-lo, o que causaria grande dificuldade na logística empresarial.

Por este motivo, o mesmo patamar remuneratório dos empregados da empresa tomadora deve ser mantido, para que não exista grave disparidade entre os salários pagos. É diferente de se defender o direito ao mesmo salário, pois este acarreta a fixação de um valor que não pode ser posteriormente reduzido.

Em razão disso, entendemos que a legislação deve prever uma parcela de equivalência salarial, a ser acrescida ao salário base do empregado contratado por uma empresa prestadora de serviços. A parcela de equivalência salarial é salário condição, a ser paga apenas enquanto perdurar a prestação de serviços

em determinado tomador, com nítida natureza salarial. Todavia, se a prestação de serviços for cessada, então o empregado deixa de ter direito de receber o montante, sem que isso implique redução de seu salário.

Não se trata de adicional, uma vez que a hipótese não é de trabalho em situação prejudicial ao empregado, mas apenas em situação particular de triangularização da prestação de serviços.

Não há argumentar, ainda, que a parcela de equivalência acarretaria quebra de isonomia dentre os empregados das empresas prestadoras de serviço. Isso, porque a desigualdade seria decorrente do fato de o trabalho ser prestado em ambientes de trabalho diferentes. Em verdade, a parcela de equivalência objetiva sanar a disparidade decorrente da não contratação direta pelo tomador. Em razão disso, não haveria direito à equiparação da parcela de equivalência entre empregados contratados pela mesma empresa prestadora, exceto se trabalharem na mesma função para o mesmo empregador.

Não se desconhece, ainda, o fato de que a empresa prestadora de serviços pode tentar burlar a legislação, alterando periodicamente o tomador, com o objetivo de dificultar o cálculo da parcela de equivalência. É claro que nem sempre isso ocorrerá, pois normalmente os tomadores preferem que haja certa fixação dos terceirizados nos seus postos de trabalho. Ademais, isso pode gerar custos extras com o treinamento específico dos empregados para assumir o novo posto.

Acrescente-se que, em sendo instituída a parcela de equivalência, o seu custeio será certamente inserido no custo do contrato entre as empresas prestadora e tomadora dos serviços, o que também faz com que haja maior controle quanto aos empregados que são deslocados para trabalhar em cada posto.

De qualquer forma, a situação pode ser resolvida pela aplicação do art. 129 do CC, em sua parte inicial: “Reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte a quem desfavorecer [...]”. Assim, se a empresa prestadora maliciosamente obsta que o empregado se fixe a um determinado tomador, para não se prejudicar com o pagamento da parcela de equivalência, mesmo assim a verba seria devida.

Avançando, a legislação deve dispor sobre a forma de cálculo da parcela de equivalência, para se manter a garantia da isonomia salarial.

Caso haja terceirização parcial no setor, havendo empregados terceirizados e efetivos exercendo a mesma função, o cálculo da parcela deve ser feito pela diferença entre os salários, tal qual já ocorre com o art. 12, a, da Lei n. 6.019/74.

Na hipótese de todo o setor ser terceirizado, então se deve buscar o salário atualizado do último empregado que exerceu a função, antes do processo de terceirização. Com efeito, muitas empresas dispensam todos os empregados de um determinado setor e passam a terceirizá-lo, normalmente havendo redução de custo e pagamento de salários menores àqueles que assumirem o novo posto. Em tal hipótese, pensamos que a forma mais isonômica de se atingir o valor seria a busca do patamar salarial anteriormente pago pela empresa aos exercentes das funções, sendo aplicados os índices de reajustes previstos para a categoria em normas coletivas ou sentenças normativas da categoria do tomador.

Caso não seja possível a solução pelo critério anterior, a legislação deve buscar a isonomia interna, de acordo com o patamar salarial dos empregados que exercem funções inferiores e superiores àquelas dos terceirizados. Como exemplo, se há um preposto do tomador supervisionando o trabalho dos terceirizados, então o patamar salarial destes deve ser inferior ao daquele.

Sucessivamente, caso não seja possível buscar o patamar salarial internamente junto ao tomador, a parcela de equivalência deve ser calculada com base na diferença de piso salarial da categoria do tomador para funções que demandem qualificação equivalente. É comum que as normas coletivas dos empregados terceirizados prevejam pisos salariais menores do que os pisos previstos nas normas dos tomadores. O piso do auxiliar de serviços gerais terceirizado é, via de regra, inferior ao piso salarial dos empregados que exercem funções não qualificadas em normas coletivas de outras categorias (aliás, o próprio piso das funções não qualificadas oscila de acordo com o potencial econômico da categoria).

Em tal norte, a parcela de equivalência mínima deve ser a diferença para se atingir o piso salarial da categoria do tomador, de acordo com a necessidade de qualificação das funções.

Por fim, o cálculo deve ser proporcional à quantidade de dias trabalhados no tomador ao longo de um mês. A prática do mundo do trabalho demonstra que, normalmente, há certa fixação do terceirizado ao tomador (o que não significa haver pessoalidade, pois ele pode ser substituído a qualquer tempo).

Não se nega que a instituição de uma parcela de equivalência tornaria mais complexo o cálculo da gama salarial do empregado terceirizado. Ocorre que a dificuldade não pode ser escusa para manter o empregado terceirizado à margem da proteção de isonomia salarial, recebendo patamar inferior ao dos empregados que com ele dividem o mesmo ambiente de trabalho. Se as empresas se disponibilizam a fazer cálculos complexos de recebimento de comissões ou de participação em lucros e resultados, certamente a mesma logística pode ser ajustada para calcular os salários dos empregados terceirizados. Acrescente-se que o valor da parcela já pode ser previsto no próprio contrato de terceirização.

Dessa forma, para solucionar o vazio da legislação, propõe-se a inserção do inciso V ao art. 5º-B da Lei n. 6.019-74, bem como a inclusão do art. 5º-C na Lei, com a seguinte redação:

Art. 5º-B. O contrato de prestação de serviços conterá:
[...]

V – o valor da parcela de equivalência salarial para cada função contratada.

Art. 5º-C. É obrigatório o pagamento de parcela de equivalência para garantir o mesmo patamar salarial entre o trabalhador da empresa prestadora de serviços e a empresa contratante, enquanto perdurar a prestação de serviços.

§ 1.º: A parcela de equivalência será calculada de acordo com a diferença entre a média salarial dos empregados da empresa prestadora de serviços e da empresa contratante, com base nos seguintes critérios:

I – na hipótese de terceirização parcial, pela diferença entre o salário pago ao empregado terceirizado e aquele pago ao empregado da empresa contratante que exerce as mesmas funções;

II – na hipótese de terceirização total, pela diferença entre o salário pago ao empregado terceirizado e ao valor atualizado que

se pagava aos exercentes da função antes da prática de terceirização;

III – na impossibilidade de aplicação da regra acima, pela diferença entre o salário pago ao empregado terceirizado, e o valor intermediário entre o salário de quem exerce função de status hierarquicamente inferior e superior na estrutura do tomador;

IV – na impossibilidade de aplicação da regra acima, pela diferença entre o salário pago ao empregado terceirizado e o salário pago por função equivalente de acordo com a norma coletiva da categoria do tomador.

§ 2.º: A parcela de equivalência será devida a cada dia de trabalho e terá natureza salarial para todos os fins.

CONCLUSÃO

Após a pesquisa doutrinária e jurisprudencial apresentada, conclui-se que, de fato, existe vazio legislativo nas questões propostas, o que deve ser sanado pelo Poder Legislativo, com o objetivo de dar efetividade máxima à garantia constitucional da igualdade, prevista no art. 5º, “caput”, e 7º, XXX, da Constituição.

Quanto ao art. 460 da CLT, conclui-se que ele deve ser aplicado pelo juiz quando as partes não tiverem pactuado especificamente o valor do salário, ou quando não houver prova específica do montante acordado. Na primeira hipótese, devem ser inseridos os casos em que o Poder Judiciário reconhece a existência de uma relação de emprego a partir de uma relação de trabalho já existente.

Contudo, os critérios estabelecidos na atual legislação para nortear o juiz na estipulação do salário não se mostram atuais, tendo em vista que não levam em consideração a hierarquia e a isonomia interna do empregador, e, nem mesmo, o setor a que ele pertence e o porte da empresa.

Para tanto, propõem-se os seguintes critérios de aplicação subsidiária: a) aplicação da norma coletiva; b) patamar salarial pago por funções equivalentes no empregador, ou, ainda, por funções que exijam o conhecimento técnico equivalente (respeitados os limites dos salários de quem exerce posição imediatamente inferior e superior na hierarquia); d) patamar salarial pago por funções equivalentes em outras empresas do mesmo porte e da mesma categoria (ou, se ausente, de outras categorias), no mesmo município ou região metropolitana.

No que tange ao acúmulo de funções, conclui-se que a legislação deve prever a necessidade de pagamento de acréscimo salarial por acúmulo de funções quando o empregador assinalar atividades diferentes das contratadas, que culminem com a quebra da comutatividade inicialmente pactuada. Em tal norte, o art. 456, parágrafo único, da CLT seria norma a respeito de mobilidade funcional, mas que não impossibilita o pagamento de acréscimo, enquanto perdurar o acúmulo.

Assim como ocorre com os vendedores ou radialistas, o pagamento deve ser feito por meio de adicional, pois esta é a verba que remunera o labor em condição prejudicial. Na mesma linha da legislação existente, o adicional deveria ser de 10% sobre o salário base, nas empresas de micro e pequeno portes. Já nas empresas maiores, em que o acúmulo de funções normalmente trará mais desgaste físico e psicológico ao empregado, o adicional deve ser de 20%, aplicando-se, assim, escalonamento semelhante ao que ocorre com os radialistas em emissoras de maior porte.

Conclui-se também que nenhum acréscimo é devido se o empregado já tem o seu contrato regido, inclusive quanto à remuneração, pela regra mais favorável. Assim, nenhum adicional deve ser pago se o acúmulo se dá em funções de menor complexidade do que a contratada.

Por fim, a partir do momento em que o acúmulo perdura por determinado período de tempo, ele deve ser incorporado ao salário base, não podendo mais ser excluído ou reduzido.

Com relação à fixação de salário em dissídio coletivo, constatou-se que a legislação celetista não é suficiente, pois traz apenas o critério de equidade, que, aliás, já norteia todo e qualquer julgamento. Com isso, ao julgar os dissídios coletivos de natureza econômica, os tribunais decidem cláusulas de fixação de piso ou de reajuste sem nenhum critério específico previsto em lei, o que gera múltiplos julgamentos distintos.

A conclusão a que se chega é que a lei deve prever critérios claros, dentre os quais, subsidiariamente: a) adoção de índices já negociados pela categoria para alguma classe de empregados; b) aplicação aproximada de índices de reajuste adotados pelos sindicatos envolvidos em outras normas coletivas em outros municípios de sua base territorial; c) aplicação aproximada de índices aplicados em normas coletivas ou sentenças normativas de regiões geo-econômicas semelhantes e próximas; d) a aplicação do índice INPC, acrescido da taxa de crescimento do PIB do setor ou da média nacional, o que for maior.

Sobre a substituição de empregados, verifica-se que o art. 450 da CLT não trata especificamente da questão salarial decorrente, pelo que o conteúdo da Súmula 159 do TST deve ser positivado. Ainda, conclui-se que a norma deve

considerar também as situações em que o empregador burla a necessidade de pagar salário-substituição por meio de pulverização das funções entre os empregados remanescentes.

Assim, propõe-se que seja positivada a obrigatoriedade de pagamento de salário substituição quando houver substituição temporária de empregado, assim considerada aquela que é previsível e prolongada. Na hipótese de pulverização, a lei deve prever a necessidade de pagamento proporcional, na medida da substituição, ou ainda, se impossível aferi-la, que seja garantido ao empregado adicional por acúmulo de função.

Por fim, conclui-se que a legislação brasileira precisa de dispositivo legal que garanta a isonomia salarial entre empregado de empresa prestadora de serviço terceirizado e empresa tomadora. Uma vez permitida pela lei, devem ser buscados meios de se evitar a precarização da força de trabalho.

Nessa linha, propõe-se o pagamento de parcela de equivalência, pela qual o patamar salarial do empregado terceirizado passa a equivaler ao patamar do empregado da empresa contratante. Com isso, permite-se o cálculo na proporcionalidade de dias trabalhados ao tomador e pode-se aumentar ou diminuir o valor da parcela, a depender do porte do tomador.

Em suma, espera-se que a presente tese contribua para que as omissões legislativas aqui abordadas sejam supridas, com o objetivo de cancelar a garantia fundamental da isonomia no que tange ao salário.

REFERÊNCIAS

- ALLEN, Robert C. **The Great Divergence in European Wages and Prices from the Middle Ages to the First World War**. Explorations in Economic History 38, 411–447, 2001.
- ALMEIDA, Renato Rua de. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho. **Revista LTr**. São Paulo. a. 76, t. I., n. 6, p. 647-650, jun. 2012.
- AMADO, João Leal. **Contrato de trabalho à luz do novo código do trabalho**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2007.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- _____. **Política**. Livro I. Brasília: Editora da UNB, 1985.
- BARACAT, Eduardo Milléo; GUNTHER, Luiz Eduardo. Isonomia salarial: análise do critério da identidade de função sob as perspectivas do fordismo e do toyotismo. **Revista Jurídica Cesumar – Mestrado**, v. 12, n 1, p. 77-91, jan./jun. 2012.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013.
- BATTAGLIA, Felice. **Filosofia do Trabalho**. Tradução de Miguel Reale. São Paulo: Saraiva, 1958.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo : Editora Malheiros, 2006.
- _____. **Do estado liberal ao estado social**. São Paulo: Malheiros, 1980.
- BORGES, Rosângela Mara Sartori. **Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: Instrumento da Não-Discriminação**. In: FACHIN, Zulmar (Coord.). **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Método, 2008.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2002.
- CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 11.^a ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.
- CASTILHO, José Luciano de Castilho. Dissídio Coletivo. *In* CHAVES, Luciano Athayde (org.). **Curso de processo do trabalho** (org.). 2. Ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 858-877.

CASTRO, Thiago Mendonça de. **A responsabilidade trabalhista da Administração Pública**: Propostas de parametrização do inciso V da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho. 2015. 293f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo (Faculdade de Direito), 2015.

CATHARINO, José Martins. **Tratado jurídico do salário**. Edição fac-similada. São Paulo: LTR, 1994.

CAVALCANTI, Lygia Maria de Godoy Batista. **A flexibilização do Direito do Trabalho no Brasil**: Desregulação ou Regulação Anética do Mercado?. São Paulo: LTr, 2008.

CÉSAR, João Batista Martins. **Tutela coletiva dos direitos fundamentais dos trabalhadores**. São Paulo: LTr, 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v. 3. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**. Teria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. 24° ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ERMIDA URIARTE, Oscar. Metodos de fijacion de salarios actualmente vigentes en el Uruguay. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, a. 8, n. 46, p. 26-35, nov./dez. 1983.

FAVARIM, Flávia Negri. **Remuneração e salário**: uma abordagem jurídico/administrativa. Revista de Ciências Gerenciais. Vol. 15, nº 21, 2011.

FERNANDES, Antônio Monteiro. **Direito do trabalho**. 13. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, Contratos**: Teoria Geral. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Trabalho escravo, forçado e degradante: trabalho análogo à condição de escravo e expropriação da propriedade**. RDT (Brasília), v. 18, 06, p. 04-08, 2012.

GIGLIO, Wagner D.; CORRÊA, Claudia Giglio Veltri. **Direito processual do trabalho**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GOMES, Júlio Manuel Vieira. **Direito do trabalho**. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2007.

GOTTSCHALK, Elson. **O jus variandi no contrato de trabalho**. Salvador: Beneditina, 1956.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Filosofia do Direito**: Linhas Fundamentais da Filosofia do Direito ou Direito Natural e Ciência do Estado em Compêndio. Trad. Paulo Meneses et al. São Leopoldo, RS, Ed. Unisinos/Unicap/Loyola, 2010.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

JOÃO PAULO II, Papa. **Carta encíclica Laborem Exercens**. Roma, 14 set. 1981. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_14091981_laborem-exercens.html>. Acesso em: 20 abr. 2017.

LARENZ, Karl. **Base del negocio jurídico e cumplimiento de los contratos** (tradução de Carlos Fernández Rodríguez). Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 2002.

LEÃO XIII, Papa. **Carta encíclica Rerum Novarum**: sobre a condição dos operários. Roma, 15 mai. 1891. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html>. Acesso: 19 abr. 2017.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2013.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Trad. Anoar Aiex e Jacy Monteiro. 3 ed. São Paulo: Abril Cultura, 1983.

LORENZETTI, Ari Pedro. Isonomia salarial no tempo e no espaço. **Revista do TRT da 18ª Região**. Goiânia, ano 11, 2008/2009, p. 11-21.

LUCASSEN, Jan. **Outlines of a History of Labour**. IISH-Research Paper, ISSN 0927-4618, 2013.

MAGANO, Octávio Bueno. **Manual de direito do trabalho**. v. 2. São Paulo: Editora LTr, 1981.

_____. **Manual de direito do trabalho**. v. 2. 3. ed. São Paulo: Editora LTr, 1992.

MALLET, Estêvão. **Igualdade, discriminação e direito do trabalho**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 76, p. 17-51, 2010.

MALTA, Christóvão Piragibe Tostes; ARAGÃO, Luiz Fernando Basto. **Comentários à CLT**. 7. ed. São Paulo: LTr, 1995.

MANGLANO, Carlos Molero; VALDÉS, José Manuel Sánchez-Cervera; DÍAZ-CANEJA, Ana Matorras. **Manual de derecho del trabajo**. 8. Ed. Pamplona: Editorial Thomson Civitas, 2008.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Altas, 2008.

MARQUES, Fabíola. **Equiparação salarial**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito do trabalho**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. Contratos. Conceito e evolução. **Teoria geral dos contratos** (coord. LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore). São Paulo: Atlas, 2011, p. 23-66.

_____. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.

_____. O adimplemento e o inadimplemento das obrigações no novo código civil e o seu sentido ético e solidarista. **O novo código civil**. 2. ed. São Paulo: LTr, p. 351-79.

MARX, Karl. **O Capital**: Crítica da Economia Política, Livro Primeiro Tomo 1. Trad. Regis Barbosa & Flávio R. Kothe, São Paulo, Nova Cultural, 1996.

_____. **O Processo de produção do capital**. In: O Capital: crítica da economia política. 22.ed. radução: Reginaldo Sant'na.: Rio de Janeiro: Civilização, 2008. Livro Primeiro, Vol. II

_____. **Salário, preço e lucro**. 4. ed. São Paulo: Centauro, 2002.

MAZURKEVIC, Arion. A boa-fé objetiva: uma proposta para reaproximação do direito do trabalho ao direito civil. DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GUNTHER, Luiz Eduardo (coord.). **O impacto do novo código civil no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003. p. 349-75.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984.

MELO, Diogo Leonardo Machado de. Princípios do direito contratual: autonomia provada, relatividade, força obrigatória, consensualismo. **Teoria geral dos contratos** (coord. LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore). São Paulo: Atlas, 2011, p. 67-96.

MELO, Raimundo Simão de. **Dissídio coletivo de trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Coimbra Editora, 2000.

MONTEIRO, Renata Alves de Paula. **A transição para a vida adulta no contemporâneo**: Um estudo com jovens cariocas e quebequenses. 2011. 224 f. Tese (Doutorado em Psicologia) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Filosofia e Ciências Humanas (Instituto de Psicologia), 2011.

MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Princípios do direito contratual: função social, boa-fé objetiva, equilíbrio, justiça contratual, igualdade. **Teoria geral dos contratos** (coord. LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore). São Paulo: Atlas, 2011, p. 97-143.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito Contemporâneo do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Equiparação salarial e o inciso VI da Súmula 6 do C. TST. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**. n. 31, jul./dez. 2007, p. 45-57.

_____. **Iniciação ao direito do trabalho**. 34. ed. São Paulo: LTr, 2009.

_____. **Teoria jurídica do salário**. São Paulo: LTr, 1997.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

_____. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NETO, Abílio. **Novo código do trabalho e legislação complementar anotados**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

OLIVEIRA, Flávia de Paiva Medeiros de; NEWTON, Paulla Christianne da Costa. **Desenvolvimento humano e tutela laboral das mulheres no ordenamento jurídico brasileiro: Nuances e perspectivas no cerne da Constituição Brasileira de 1988**. In: *Direito do Trabalho*. Conpedi. Unicuritiba, v. 9. 1. ed. Clássica Editora, 2014.

PAÉZ, Francisco Alemán. **Curso de derecho del trabajo I: la relación individual de trabajo**. Madrid: Editorial Tecnos, 2011.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. **O princípio da dignidade da pessoa humana na perspectiva do direito como integridade**. São Paulo: LTr, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Contratos**. v. 3. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de direito material do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **El salario en el Uruguay**. Montevideo: Facultad de Derecho, 1956.

QUINTAS, Paula; QUINTAS, Helder. **Manual de direito do trabalho e de processo do trabalho**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Direito do trabalho, II.** 4. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2012.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROCHA, Andréa Presas. **Igualdade salarial e regras de proteção ao salário.** Revista Ltr, vol 72, n.04, abr 2008.

RODRIGUES, Silvio. **Dos Contratos e das declarações unilaterais de vontade.** 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Direito civil.** v. 3. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ROPPO, Enzo. **O contrato.** Coimbra: Almedina. 2009.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho.** São Paulo. LTr, 2005.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Consolidação das leis do trabalho:** comentada. 44. ed atual., ver. e ampl. SAAD, José Eduardo Duarte; CASTELLO BRANCO, Ana Maria Saad. São Paulo: LTr, 2011.

SANSEVERINO, Riva. **Curso de direito do trabalho.** São Paulo: Editora LTr, 1976.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 10. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009.

SIDGWICK, Henry. **The Wages Fund Theory.** The Fortnightly Review, volume 25, July-December 1879.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de direito do trabalho aplicado:** livro da remuneração. v. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Curso de direito do trabalho aplicado.** v. 9. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **CLT comentada.** 14. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

SILVA, Otávio Pinto e. **Subordinação, Autonomia e Parassubordinação nas Relações de Trabalho.** Ed. LTr. São Paulo. 2004.

SUSSEKÜND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANA, Segadas. **Instituições de direito do trabalho.** v. 1. 22. Ed. São Paulo: Editora LTr, 2005.

TREVISI, Marco Aurélio Marsiglia. A discriminação de gênero e a proteção à mulher. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.** v. 47. n. 77, jan-jun 2008.

VALVERDE, Antonio Martín; GUTIÉRREZ, Fermín Rodríguez-Sañudo; MURCIA, Joaquín García. **Derecho del trabajo.** 17. ed. Madrid: Editora Tecnos, 2008.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Os prejudgados, as súmulas e o TST. **R. Inf Legisl.** Brasília. a. 14, n. 55, jul-set. 1977. p. 83-100.

VILLALÓN, Jesús Cruz. **Compendio de derecho del trabajo**. 3. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2010.

VIOLA, Ricardo Rocha. Efetividade dos direitos fundamentais e densidade normativa? Um falso problema. **Revista Ideia**, Uberlândia, v. 1, p. 1-17, 2009.