



A REFORMA TRABALHISTA BRASILEIRA E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE: UMA ABORDAGEM CRÍTICA AO ART. 461, § 3º, DA CLT

*Fernanda Barata Silva Brasil*¹

Resumo: A Constituição Federal adota a igualdade como princípio informativo de todo o ordenamento jurídico brasileiro e também, como regra, cria direito subjetivo à isonomia. A igualdade é quebrada sempre que se estabelece distinção desprovida de lógica, baseada em premissa meramente subjetiva. Até o advento da Reforma Trabalhista, a equiparação salarial era obstada quando o empregador adotasse quadro de carreira, desde que tal instrumento previsse sistema alternado de promoções por antiguidade e merecimento. O art. 461 da CLT foi alterado pela Lei nº 13.467/2017. Segundo a nova redação de seus parágrafos 2º e 3º, basta que o quadro de carreira preveja promoções por antiguidade ou por merecimento para se constituir em elemento apto a afastar o pleito equiparatório. Assim, porque abre possibilidade à discricionariedade patronal na distribuição de salários entre empregados exercentes de mesmo labor, é inconstitucional a nova regra, ferindo os arts. 5º, *caput* e 7º, inciso XXX, da Constituição Federal.

159

Palavras-chave: Reforma trabalhista. Princípio da Igualdade. Equiparação salarial. Quadro de carreira. Promoções por merecimento.

1 INTRODUÇÃO

A República Federativa do Brasil se estabeleceu sob o primado da igualdade, como assente já no Preâmbulo² da nossa Constituição Federal. Não

1 Advogada. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Sócia da Sociedade de Advogados Trabalhistas Marcos Juliano Borges de Azevedo, atua junto ao SENGE/RS. fbaratasilvabrazil@gmail.com.

2 Consta do Preâmbulo da Constituição Federal de 1988: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o

por outra razão, o legislador constituinte incluiu a igualdade entre os direitos e garantias fundamentais, como se lê do art. 5º³ *caput* do Texto Constitucional de 1988.

Para além do tratamento igualitário frente à lei, a Carta de 1988 assegura igualdade material, estabelecendo uma série de obrigações que visam a mitigar as distinções sociais, econômicas e culturais existentes entre os sujeitos, e que surgem a partir da dinâmica social.

Nossa Constituição preza, ainda, pelas políticas de inclusão social, que visam a garantir igualdade de forma mais ampla, assegurando as mesmas oportunidades aos atores sociais. Os próprios direitos trabalhistas, enquanto direitos sociais que são, foram elencados entre os direitos e garantias fundamentais, inclusive prevendo a isonomia no âmbito das relações de trabalho⁴.

¹⁶⁰ A Consolidação das Leis do Trabalho, desde sua edição em 1943, estabeleceu regras destinadas a preservar o princípio da igualdade no âmbito do contrato de emprego, sendo, assim, recepcionadas pelo Texto Constitucional de 1988. Entre os institutos celetistas harmonizados com o direito fundamental à igualdade é possível citar a isonomia salarial, tratada no art. 461 da CLT.

Conforme a norma celetista original, empregados de idêntico conteúdo ocupacional deveriam perceber salários também idênticos, tratando a lei de elencar, com precisão, as situações em que esta paridade seria excepcionada. Entre as hipóteses em que o legislador entendeu por afastar a

bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”

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

4 Art. 7º, XXX da CF:

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

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

equiparação entre colegas exercentes de mesmo labor, constava a adoção de quadro de carreira pelo empregador, desde que tal instrumento contivesse previsão de promoções alternadas por antiguidade e merecimento.

Pois bem, a Lei nº 13.467/17, chamada “Reforma Trabalhista”, alterou, profundamente, o art. 461 da CLT, tornando bastante mais restrita a possibilidade de equiparação salarial entre colegas praticantes das mesmas funções. Salienta-se, entre as inovações trazidas pelo legislador reformista, aquela que dispensa o regime de promoções alternadas por antiguidade e merecimento para que um quadro de carreira seja considerado apto a obstar a equiparação salarial, admitindo suficiente, para tal finalidade, que o instrumento preveja apenas um dos critérios de promoção antes mencionados (ou por antiguidade, ou por merecimento).

O objetivo deste trabalho é enfocar o direito à igualdade tal como consagrado na trintagenária Carta Constitucional de 1988, examinando em que medida ele foi violado pela Lei nº 13.467/17 ao excepcionar o direito à equiparação salarial pela adoção de quadros de carreira calcados exclusivamente em promoções por merecimento.

161

A matéria desafia o controle hermenêutico da jurisprudência, de pronto, razão pela qual se faz oportuno instigar o debate nesta seara. É o que o presente artigo se propõe a fazer nas próximas linhas.

2 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE IGUALDADE

Na tradição republicana, segundo Aristóteles, “a relação entre os cidadãos e o espaço público é marcada pela igualdade”, como nos lembra ADVERSE (2013, p.28). A própria ideia de justiça, sobre a qual deve se assentar a estrutura política de uma sociedade, ainda na visão aristotélica, pressupõe a conjunção de três elementos: a liberdade, a supremacia do interesse público sobre o individual e a igualdade entre os sujeitos que integram a comunidade (ADVERSE, 2013, p.29).

Portanto, não há como se cogitar de Estado Democrático de Direito sem o império do princípio da igualdade, o qual remonta ao Direito Natural.

O constitucionalismo moderno conviveu com o princípio da

igualdade desde os seus primórdios, figurando na Declaração dos Direitos da Virgínia (1776)⁵ e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Já no Século XX, constou na Declaração da ONU (1948), na Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) e em várias Convenções Internacionais para eliminação de discriminações de raça (1965), contra a mulher (1979), contra pessoas portadoras de deficiências (1999), entre outras.

A partir do século XIX, o primado de que “todos são iguais perante a lei” passou a constar nos textos constitucionais de diversos países, expandindo-se a adoção da igualdade como marco estruturante dos Estados Nacionais.

Note-se que, no primeiro momento, as Cartas Constitucionais lograram consagrar o princípio da igualdade sob seu enfoque meramente formal. Vale dizer, preocuparam-se em estabelecer que todos receberiam idêntico tratamento perante a lei, combatendo privilégios oligárquicos, em inspiração que remontava ao Iluminismo e à Revolução Francesa. Como, de há muito, referia CAMPOS (1958, p. 189) “o princípio da igualdade perante a lei tem, assim, por principal destinatário o legislador”, obstando a inserção de privilégios legais para castas mais abastadas da sociedade. Nos sistemas jurídicos contemporâneos, todavia, são flagrados inúmeros exemplos em que o respeito ao tratamento igualitário frente às normas é exigido também de particulares, os quais estão proibidos de praticar atos discriminatórios nas relações cotidianas e contratuais.

Portanto, parece correto afirmar que o princípio da igualdade, em sua feição formal, consiste no primado de que a lei não é um mero instrumento volitivo do legislador em favor daqueles com quem guarda afinidades, sendo oponível igual comportamento ao particular quando este cuida de aplicar a regra em suas relações em sociedade. Assim, por exemplo, é obviamente ilegítimo que o legislador exclua crianças de certa religião do direito à educação, tampouco sendo admissível que uma escola particular negue matrícula a quem não professe determinada fé, ainda que se trate de uma instituição vinculada a uma ordem religiosa. Vale a máxima de que os particulares não podem estabelecer distinções quando a lei não poderia

5 Contraditoriamente a isso, a Constituição Americana conviveu com a escravidão até 1863.

fazê-lo.

A definição de igualdade, todavia, não ficou por aí.

Com o passar do tempo, foi percebido que o mero princípio de que a “lei é igual para todos” não servia à realização plena da justiça, na medida que não atingia a origem mesma da desigualdade.⁶ Sob o regime de *laissez-faire*, a igualdade e o acesso à justiça eram meramente formais (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 9). A mudança para um paradigma voltado a menor desigualdade social conclamou, pois, um sistema jurídico mais inclusivo. Passou-se a exigir, então, que o próprio conteúdo da lei tivesse uma carga igualitária. Não mais bastava que a lei fosse dirigida a todos (ou seja, subordinasse a todos indistintamente- igualdade formal), sendo necessário também que seu conteúdo, intrinsecamente, se destinasse a combater desigualdades entre as pessoas.

Diferentes países passaram, então, a estruturar seus respectivos sistemas jurídicos de modo sensível às distintas circunstâncias vivenciadas pelos sujeitos a eles submetidos. Agora, já não bastava exigir do Estado que todos os cidadãos fossem tratados de forma idêntica frente ao ordenamento jurídico. Haveria de se valorizar e defender legitimamente as diferenças, ponderando os direitos de acordo com as necessidades e peculiaridades reais de cada um.

163

Embora citada à exaustão, a Oração aos Moços (BARBOSA, 1997, p. 26) parece ser de inafastável lembrança nessa quadra:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam”, pois, ‘tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real’.

Invocando o conceito de justiça distributiva que herdamos de Aristóteles, o jurista baiano, ainda em 1920, fındou por enfocar a espinha dorsal da igualdade material: a lei deve cuidar de forma idêntica os iguais e de forma diversa os desiguais, utilizando-se de elementos razoáveis e justos que estabeleçam legitimidade e proporção à distinção, sendo rechaçada,

⁶ Veja-se o art. 206, I da Constituição Federal de 1988.

“Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - Igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;”

pois, a mera arbitrariedade.

Assim, quando não há elementos razoáveis que justifiquem um tratamento desigual, é obrigatório tratar igualmente; quando não há elementos razoáveis que justifiquem um tratamento idêntico, é obrigatório tratar desigualmente (ALEXY, 2011, p. 401 e seguintes).

Sem que tivesse abandonado o primado da submissão indistinta à lei, pois, o Direito Constitucional evoluiu no conceito de igualdade, acrescentando o traço marcante dessa segunda fase: seu caráter distributivo. Reflexo desse amadurecimento quanto ao conceito de justiça e igualdade foi o surgimento de ramos do Direito que estabelecem proteção a sujeitos vistos como hipossuficientes (Direito do Trabalho, Direito do Consumidor), ou vulneráveis (Direito do Menor), aqui mencionados apenas de forma exemplificativa.

Por fim, o conceito de igualdade chegou ao seu terceiro estágio: no âmbito do constitucionalismo mais atual, o princípio da igualdade está atrelado a um dever de promoção de ações compensatórias das diferenças sociais, econômicas e culturais, de modo a mitigar as desigualdades reais entre os integrantes de uma mesma comunidade, dando a todos as mesmas oportunidades. É o império do Estado de bem-estar social, que promove a defesa dos interesses dos menos afortunados, compensando as desigualdades reais, de forma a preservar a dignidade humana.

O início do Século XX ainda vivia a Segunda Revolução Industrial, com o avanço de novas tecnologias e o crescimento do operariado urbano, quando eclodiu a Primeira Guerra Mundial (1914-1918). Estes dois eventos marcaram a história como elementos de profunda transformação social. Somente após este conflito bélico “é que surgiram novos conceitos de vida, transformando os direitos sociais em garantias positivas da sociedade” (MORAES FILHO; MORAES, 2014, p.122). A crise do pós-guerra, a quebra da bolsa de 1929, a situação precária dos trabalhadores (naquela época de desregulamentação das relações laborais) e a miséria da população em geral (ainda sufocada pelo conflito que destruiu boa parte da Europa) convergiram num movimento de anseio pela proteção social.

O marco positivo do novo modelo constitucional de concepção social remonta à Constituição Mexicana de 1917, precocemente voltada

para os direitos dos menos favorecidos, em comparação às Cartas de outros países, por conta da revolução popular pela qual acabara de passar aquela nação. Mas foi a Constituição Alemã de 1919 (Constituição de Weimar), porque menos focada na solução de problemas regionais, que serviu de paradigma para vários outros textos constitucionais supervenientes, consagrando o constitucionalismo social.

A partir do final da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), o modelo de sistema jurídico voltado a mitigar as disparidades sociais se espalhou pelo mundo, sendo vários os países que passaram a dispor sobre direitos econômicos e sociais na própria Constituição. Era o cume de um longo processo histórico que “veio a implicar uma profunda transformação do Estado: a transformação do Estado liberal no Estado-Providência.” (SANTOS, 2013, p.177).

O Brasil não tem sido exceção. Nossa Constituição Federal consagra o dever de observância da igualdade como regra (mais do que como princípio⁷) em suas três dimensões:

(...) é possível afirmar que também no Brasil o princípio (e direito) da igualdade abrange pelo menos três dimensões: (a) proibição de arbítrio, de modo que tanto se encontram vedadas diferenciações destituídas de justificação razoável com base na pauta de valores constitucional, quanto proibido tratamento igual para situações manifestamente desiguais; (b) proibição de discriminação, portanto, de diferenciações que tenham por base categorias meramente subjetivas; (c) obrigação de tratamento diferenciado com vistas à compensação de uma desigualdade de oportunidades, o que pressupõe a eliminação, pelo Poder Público, de desigualdades de natureza social, econômica e cultural. (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p.339 *apud* SARLET; MARONONI; MITIDIERO, 2018, p. 597)

Vemos, pois, que a igualdade se estabelece como direito fundamental no Brasil sob os enfoques formal, material e social, os quais se manifestam em suas eficácias negativa e positiva. De fato, do nosso Texto Maior se evidenciam (a) vedações ao Poder Público e aos particulares de

7 Também se posiciona no mesmo sentido Celso Ribeiro Bastos ao dizer que “a igualdade no direito moderno, além de ser um princípio informador de todo o sistema jurídico, reveste-se também da condição de um autêntico direito subjetivo”. In BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 183.

assumirem iniciativas de cunho discriminatório (eficácia negativa, que exige uma abstenção por parte alguém), e ainda (b) exigência de prática de ações afirmativas e políticas públicas que propiciem a igualdade de oportunidades no meio social (eficácia positiva, que impõe postura comissiva).

Não por outra razão, a Carta Federal de 1988 consagrou que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (art. 5º, *caput*), estabelecendo, ainda, que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170, *caput*).

Não se ignora que a doutrina constitucionalista mais atual, com alguma controvérsia, considera que os princípios, assim como as regras, são espécies do gênero norma, possuindo eficácia, pois, para impor obrigações, vez que fonte de direitos subjetivos. Nesse diapasão, não tem significância maior, do ponto de vista prático, contrapor princípio e regra como categorias diversas. O que parece importante ressaltar, todavia, é que a igualdade não se presta apenas a informar, implicitamente, o ordenamento jurídico pátrio, estando explícito e positivado o dever de observá-la.⁸

166

3 OS DESTINATÁRIOS DO PRINCÍPIO/REGRA DA IGUALDADE

Para além de princípio informativo, a igualdade consiste em direito subjetivo no sistema jurídico brasileiro, conforme comentado anteriormente. E como direito, que é, obriga determinados sujeitos.

Por algum tempo, com ênfase ao início do constitucionalismo moderno, a doutrina entendia que o direito à igualdade era oponível apenas ao Poder Público, especialmente ao legislador. Entende-se a limitação

8 Paulo Bonavides nos ensina que “a teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: (...) a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, (...) a total hegemonia e preeminência dos princípios.” BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 294.

histórica desse pensamento, porquanto, à época, o desiderato da cidadania era se defender de um Estado tirano, que se limitara a distribuir, até então, privilégios a estratos mais altos da pirâmide social.

Na atualidade, já não deve haver dúvida de que o princípio da igualdade e as regras nele assentadas se dirigem também aos particulares, que não podem praticar discriminações vedadas ao legislador. Trata-se da eficácia horizontal do direito fundamental à igualdade, assim chamada pela doutrina porquanto se irradia entre sujeitos privados, de mesma hierarquia (que estão em posição de horizontalidade, portanto), ao contrário do que ocorre na eficácia observada na relação entre o Estado e os particulares, de nítido viés vertical (OLIVEIRA, 2010, p. 308).

No que pertine à igualdade perante a lei, cabe entendê-la como extensiva aos contratos, leis que são entre as partes. Assim, é certo que o legislador não poderá instituir discriminações por meio de atos normativos, como, por exemplo, proibir que a mãe divorciada compartilhe a guarda dos filhos menores pelo simples fato de ser mulher⁹. Da mesma forma, não poderá um restaurante proibir o ingresso de mulheres que não estejam acompanhadas por um homem, como, infelizmente, era comum no nosso País, na década de 70. Nesse segundo exemplo, não há poder público envolvido. Trata-se de um estabelecimento comercial que se dedica a fornecer alimentação à clientela. A princípio, alguém poderia invocar a autonomia de vontades, dizendo que o proprietário do restaurante pode escolher o cliente que quer receber. Todavia, essa liberdade de contratar tem limites, esbarrando na impossibilidade de se adotar critério de escolha calçado exclusivamente no gênero, e, portanto, discriminatório.

Mesmo na seara privada, então, o direito à igualdade prevalece, não se admitindo que o contrato possa ser oferecido apenas a sujeitos selecionados, exclusivamente, pelo critério de gênero, que não se apresenta como *discrímén* justificável frente aos valores preservados pelo nosso ordenamento jurídico. Obviamente que a ponderação poderá nos levar a

⁹ Conforme dispõe o art. 5º, I da Constituição Federal de 1988:

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

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;”

concluir de forma diversa frente a um caso concreto, sendo legítimo que, em certas situações, a limitação da clientela ocorra por motivo de gênero, sem que se evidencie ato discriminatório. Pensemos, por exemplo, em uma sauna que se recusa a atender clientes do sexo masculino, de modo a preservar, assim, a privacidade das mulheres que recorrem aos serviços do estabelecimento em trajes menores, ou de banho. Aí, por evidente, há elemento razoável, justificável, racional a dotar de legitimidade a distinção de gênero.

Em resumo, tanto o Poder Público, quanto o particular são proibidos de discriminar por motivo de raça, cor, gênero, idade, ou qualquer outro motivo, o que se verifica sempre que se institui traço distintivo esvaziado de justificativa lógica frente ao objeto da norma, ou do contrato.

No campo da igualdade material, também há hipóteses em que o direito subjetivo à igualdade pode ser oposto, não só ao Poder Público (eficácia vertical), mas, também, a particulares (eficácia horizontal). A reserva de vagas para deficientes nos estacionamentos de grandes centros comerciais é uma típica providência tendente a equalizar uma condição diferenciada vivida pelos usuários daqueles estabelecimentos, buscando compensar dificuldades dos mais vulneráveis em face da generalidade dos consumidores¹⁰.

Frente ao Estado são inúmeros os direitos subjetivos que expressam o respeito à igualdade substantiva, ou seja, aquela que procura compensar os desiguais em suas singulares circunstâncias. Exemplo claro disso, entre tantos possíveis, é a isenção do Imposto de Renda sobre os proventos de aposentadoria que beneficia portadores de câncer.¹¹

Por fim, mesmo no âmbito das políticas inclusivas, voltadas à realização da justiça social, há obrigações decorrentes do direito à igualdade que são dirigidas a particulares. É possível citar, exemplificativamente, a obrigação das escolas particulares em aceitar matrículas de alunos com

10 Conforme Art. 277, parágrafo 1º, inciso II da CF, Lei 10.098/2000, combinada com o Decreto 5.296/2004 e com o art. 181, inciso XVII, da Lei 9.503/97 (Código Nacional de Trânsito).

11 Verificar inciso XIV, do art. 6º da Lei 7.713, de 22 de dezembro de 1988.

deficiências físicas e mentais¹². No âmbito do Poder Público são inúmeros os exemplos passíveis de serem invocados, cabendo destacar apenas um, de enorme relevância social, e não por isso menos causador de injusta polêmica: o sistema de cotas raciais nas universidades públicas do País.¹³

Resumidamente, em todas as suas vertentes, o princípio/direito de igualdade conclama como destinatários tanto o Estado, quanto os particulares.

O contrato de trabalho é um exemplo clássico de relação jurídica que, embora de natureza privada, é informada pelo princípio da igualdade.

Mais do que isso, aliás, o Direito do Trabalho é prenhe de normas que trazem para o bojo do contrato obrigações decorrentes do direito subjetivo à igualdade, extrapolando a esfera da mera principiologia. Reflexo direto disso é o direito à percepção de salários idênticos por todos aqueles empregados que exerçam a mesma função¹⁴, em trabalho de igual valor, exemplo que interessa mais de perto na presente análise.

Antes que se trate da isonomia salarial propriamente dita, entretanto, importa examinar de que forma, e em que medida, a igualdade se positivou no sistema jurídico do País.

4 O DIREITO À IGUALDADE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO E SUA CONEXÃO COM O DIREITO DO TRABALHO

O princípio da igualdade se fez presente desde a inauguração do constitucionalismo brasileiro. Inspirada nas Cartas Americana de 1776 e

12 A Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) alterou o art. 8º da Lei 7.853/89 para fazer constar em seu art. 8º, I que é crime “recusar, cobrar valores adicionais, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, em razão de sua deficiência.”

13 Ver Lei de Cotas- Lei 12.711/2012.

14 Como pacificado na jurisprudência pátria, a igualdade de funções deve ser tomada como identidade de conteúdo ocupacional, sendo irrelevante a denominação atribuída ao “cargo”. Neste sentido a Súmula 6, III do TST: “A equiparação salarial só é possível se o empregado e o paradigma exercem a mesma função, desempenhando as mesmas tarefas, não importando se os cargos têm, ou não, a mesma denominação.”

Francesa de 1789 (frutos das revoluções liberais de seus respectivos países), a Constituição Imperial de 1824 previa que “a lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um” (art. 179, XIII), acrescentando que “todo o Cidadão pode ser admitido aos cargos públicos civis, políticos ou militares, sem outra diferença que não seja dos seus talentos e virtudes” (art. 179, XIV). Obviamente, ao gosto do espírito da época, nossa primeira Constituição se limitava a prever a igualdade formal, resguardando que a lei asseguraria o mesmo tratamento a todos os cidadãos.

Veja-se que os negros, porque escravizados naquele tempo, estavam excluídos dessa garantia (sequer eram cidadãos), o que já era suficiente para aniquilar aquela primeira Carta como documento efetivamente destinado a realizar o primado da igualdade, na sua real definição, atrelada que está ao princípio da dignidade humana.

170 A partir daí todas as Constituições do Brasil contiveram resguardo à igualdade, ampliando o trato dado à matéria, de acordo com os valores de cada momento político.

A Constituição de 1891 foi nosso primeiro Texto Maior sob regime republicano. Natural, então, que desse ênfase à igualdade, como o fez de fato, abolindo todos os privilégios decorrentes do extinto regime monárquico. Constava do seu art. 72, § 2º: “Todos são iguais perante a Lei. 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”.

A Carta Política de 1934 representou grande avanço no conceito de igualdade. Era nosso primeiro Texto Constitucional após a virada para o século XX, período de grande ebulição social e política. Foi inspirada pelas Constituições mexicana (1917) e alemã (1919), ambas de cunho socialdemocrata, e pelo surgimento da OIT em 1919. Surgiu sob a turbulência do início da Era Vargas, influenciada pela crise econômica de 1929 e pelas reivindicações do operariado urbano que experimentava péssimas condições de vida e trabalho desde a eclosão da Segunda Revolução Industrial. Nesse panorama político-econômico, a Constituição de 1934 tratou de inserir em seu texto uma definição mais ampla de igualdade, dispondo, pela primeira

vez, sobre o valor do trabalho (erigido à condição de direito pelo art. 113, item 34) e estabelecendo garantias aos trabalhadores, mesmo que de forma ainda tímida.

Para além da igualdade perante a lei, o Texto Maior de 1934 assegurou a isonomia como direito dos obreiros, vedando “diferenciação de salário para o mesmo trabalho em função da idade, sexo, nacionalidade ou estado civil” (art. 121, § 1º, *a*). Ainda, o mesmo art. 121, no seu § 2º, ressaltava inexistir “distinção entre o trabalho manual e o trabalho intelectual ou técnico, nem entre os profissionais respectivos”.

Instaurou-se o Estado Novo, período antidemocrático do governo de Getúlio Vargas, o qual outorgou a Constituição de 1937, conhecida por “Polaca”, já que inspirada na autoritária Carta polonesa de 1935. A igualdade perante a lei limitou-se a ser prevista de forma genérica no art. 122, § 1º, do novo Texto, e o trabalho foi tratado como dever perante a sociedade, sendo assegurada “a proteção e a solicitude especiais do Estado” ao “trabalho intelectual, técnico e manual” (art. 136).

A Constituição de 1946 consagrou a redemocratização no Brasil. Voltamos a ter a igualdade de tratamento ante a lei, acrescida da garantida da isonomia no âmbito trabalhista. O trabalho não podia sofrer distinção salarial em função de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil (art. 157, II), sendo reeditados valores consagrados na Carta Política de 1934. Seu art. 145 estabeleceu que a ordem econômica deveria ser organizada “conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano”, constando do seu parágrafo único que o trabalho seria assegurado a todos, como forma de possibilitar a existência digna, sendo, pois, ao mesmo tempo, direito e “obrigação social”.

Nosso País viu-se mergulhado no Regime Militar instalado a partir de 31 de março de 1964. Como consequência desse golpe de estado, veio a Constituição de 1967, emendada de forma radical em 1969. Foi uma Carta Política que restringiu drasticamente as liberdades civis, mas paradoxalmente ampliou os direitos sociais, trazendo para o campo constitucional vários direitos trabalhistas previstos em leis esparsas (como salário mínimo, férias anuais, repouso remunerado, adicional noturno, jornada limitada, entre outros). Mantida, ainda, a vedação de distinção entre trabalho manual,

técnico ou intelectual e entre seus respectivos profissionais (art. 158, inciso XVIII), bem como expressamente assegurada a isonomia salarial, através do inciso III daquele mesmo art. 158 que estabelecia a “proibição de diferença de salários e de critérios de admissões por motivo de sexo, cor e estado civil”. Foi a primeira vez, no nosso sistema constitucional, que a discriminação ficou expressamente vedada para efeito de admissão de empregados.

Chegou o ano de 1988, com a promulgação da festejada “Constituição Cidadã”. Editada após o renascimento do Brasil para um novo período democrático, cuidou de avançar no binômio liberdade e igualdade.

Conforme ensinam Sarlet, Marinoni, Mitidiero (2018, p. 596), na nova Carta de 1988 “a igualdade obteve lugar de acentuado destaque em várias passagens do texto constitucional, a começar pelo Preâmbulo, onde a igualdade (ao lado da justiça) e o valor de uma sociedade pluralista e sem preconceitos integram os valores centrais da ordem jurídico-constitucional”.

172 Nesse diapasão, a igualdade é prevista como princípio sobre o qual se assenta o Estado brasileiro, e também é encontrada como norma positiva que impõe abstenções e ações, especialmente ao Poder Público, mas não apenas a ele, como visto alhures.

A Constituição Federal de 1988 está completando 30 anos, ao longo dos quais tratou de estabelecer, para além do direito geral de igualdade (que preserva o tratamento idêntico perante a lei- art. 5º, *caput*), inúmeras cláusulas especiais, de conteúdo impositivo, que asseguram a realização daquele valor juridicamente tutelado por iniciativas positivas de isonomia e de abstenção quanto à discriminação.

Tamanho é o destaque dado à igualdade no nosso Texto Maior, que a inexistência de discriminação por origem, raça, sexo, cor, idade, ou qualquer outro motivo, é elencada entre os “os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil”. Nesse sentido dispõe seu art. 3º, inciso IV.

Há, ainda, inúmeras outras disposições da Constituição de 1988 que proíbem discriminações e asseguram idênticas oportunidades, mostrando a dimensão da igualdade como valor fundamental da tutela jurídica pátria. Podem ser citadas exemplificativamente: igualdade entre homens e mulheres para efeito de direitos e obrigações (art. 5º, I); “acesso

universal e igualitário às ações e serviços” relacionados à saúde (art. 196, *caput*); proibição de discriminações relacionadas à filiação (art. 227, § 6º).

Portanto, a igualdade permeia todo o Texto Constitucional, desde a caracterização dos direitos fundamentais, sendo imposta como direito exercitável nas mais variadas esferas da cidadania: relações familiares, acesso à saúde, educação, direitos políticos, etc. Obviamente que a relação de trabalho não poderia ficar alheia a este tratamento.

Comentando as inovações trazidas pela Constituição de 1988, salienta Ledur (1988, p. 67) que “do ponto de vista estritamente normativo, os direitos sociais são *direitos fundamentais*. Portanto, deixaram de fazer parte do capítulo relativo à ordem econômica e social, como ocorria nas Constituições de 1946, 1967 e Emenda Constitucional n. 1, de 1969”.

Assim, os direitos trabalhistas e o próprio direito ao trabalho, como direitos sociais que são, ganharam nova hierarquia na Constituição de 1988, estando inseridos entre os direitos fundamentais, como a própria igualdade. O entrelaçamento entre esses direitos fundamentais também foi tratado pelo Texto de 1988.

173

De fato, com a Constituição Federal de 1988 o trabalho foi colocado entre os fundamentos da nossa República, como valor social, ao lado da dignidade da pessoa humana e a livre iniciativa (art. 1º, incisos III e IV), sendo igualmente cuidado pelo legislador constituinte sob o enfoque da igualdade.

Nesse sentido, o art. 7º, inciso XXX, dispõe ser direito dos trabalhadores a “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”, constando do inciso XXXI do mesmo artigo a “proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”. Importante citar, ainda, a garantia da “igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso”, constante do inciso XXXIV daquele mesmo art. 7º, e também a “proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos” (art. 7º, XXXII), regras que nitidamente acolhem para as entranhas da relação empregatícia o império da igualdade.

Na esfera da legislação ordinária, ainda em 1943, a Consolidação das Leis do Trabalho cuidou de estabelecer uma série de disposições garantidoras da igualdade no plano do contrato de emprego, no que foi integralmente recepcionada pela Carta Política de 1988, como já mencionado.

No parágrafo único, do art. 3º da CLT, foi consagrada a inexistência de “distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual”.

Já o art. 5º celetista estabeleceu que “a todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo”.

Incluído pela Lei nº 9.799/99, o art. 373-A da CLT vedou:

- I. **publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar**, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir;
- II. **recusar emprego**, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão do sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível;
- III. considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidade de ascensão profissional;
- IV. **exigir atestado ou exame**, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, **na admissão ou permanência no emprego**;
- V. impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez;

A discriminação é, pois, expressamente proibida em nosso ordenamento jurídico.

Especificamente no trato do salário, a regra geral instituída pela CLT aponta para igualdade de paga a quem exerce trabalho equivalente, ou semelhante, em não havendo comprovado ajuste sobre o tema. É o que indica o art. 460 celetista: “Na falta de estipulação do salário ou não havendo prova sobre a importância ajustada, o empregado terá direito a perceber

salário igual ao daquele que, na mesma empresa, fizer serviço equivalente ou do que for habitualmente pago para serviço semelhante”.

Presente o objeto deste trabalho, é de maior interesse o conteúdo do art. 461 consolidado, com redação dada pela Lei nº 1.723/52, que, até o advento da Reforma Trabalhista, dispunha:

Art. 461- 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.

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

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

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

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

Os arts. 460 e 461, *caput*, da CLT cuidaram do princípio geral da isonomia salarial¹⁵, que veio a ser positivado de forma a compor direito subjetivo do empregado à percepção de salário idêntico àquele pago ao seu colega de mesmo conteúdo ocupacional.

Não há dúvida, pois, que o Direito do Trabalho brasileiro adotou a igualdade como princípio informativo e como regra positiva, tanto no trato constitucional, quanto ordinário, existindo direito subjetivo à isonomia

15 Cabe ressaltar que, no particular, concordamos com a doutrina de Celso Ribeiro Bastos, quando se utiliza do termo “isonomia” como sinônimo de “igualdade”, muito embora existam vários trabalhos acadêmicos que preferem restringir o uso daquele como equivalente à igualdade no sentido material. Não parece existir sentido prático em tal distinção terminológica, todavia, quando se conhecem as diversas acepções do conceito de igualdade, detectando-se sua abrangência no contexto apresentado.

salarial.

Aliás, é de ser aplaudido o caráter detalhado com que foi previsto o direito à isonomia salarial no ordenamento jurídico pátrio. Sobre o assunto salienta Damasceno (1995, p. 241) que “poucas legislações contêm o princípio isonômico regulado de forma tão minuciosa e casuística como foi feita no Brasil. Em geral é enfatizada a indiscriminação do sexo do trabalhador, inadmitindo-se, como consequência, as diferenças salariais por fatores subjetivos.”.

A Convenção nº 100 da OIT consagrou o direito à igualdade de remuneração entre homens e mulheres, para um trabalho de igual valor, estando o Brasil entre os 171 países que a ratificaram.¹⁶ É comum, portanto, encontrarmos a expressa vedação à discriminação salarial entre gêneros nas legislações nacionais dos Estados Membros daquela agência da ONU, o que demonstra ser este um tema caro a quase universalidade dos povos. Nem todos os países, porém, cuidaram de aprofundar o trato do direito à isonomia salarial, ficando restritos à questão da proteção à mulher trabalhadora, ou, no máximo, cuidando do combate a outras formas de discriminação, como a decorrente de raça, por idade, atividade política, etc. Nesse aspecto, é flagrante a superioridade da legislação brasileira que exauriu o tema da isonomia salarial, garantindo o direito à igualdade de paga entre colegas exercentes de idêntico labor, mesmo quando não se cogita de ato discriminatório.

A Alemanha e Reino Unido, por exemplo, preocupam-se sobremaneira com a situação da discriminação salarial da mulher, que permanece percebendo uma média remuneratória menor no mercado de trabalho daquelas nações, a despeito da igualdade salarial entre os gêneros ser regra há décadas, desde as respectivas ratificações à Convenção nº 100. Por essa razão, ambos os países editaram leis, no ano de 2017, que obrigam as grandes empresas a divulgarem os salários de seus empregados para que possa ser aquilatada eventual distinção salarial entre trabalhadores homens e mulheres.

Vê-se profunda atenção da Alemanha, ainda, com a disparidade

16 O Decreto Legislativo nº 24/56 contém a aprovação da Convenção nº 100 da OIT pelo Congresso Nacional e o Decreto nº 41.721/57 cuida da sua promulgação.

salarial entre os empregados efetivos e os trabalhadores temporários que têm sido contratados em maior número nas últimas décadas. Por isso, desde 2003, vigora naquele País o “imperativo da igualdade de remuneração” que visa a mitigar as distinções salariais suportadas pelos trabalhadores temporários em sua precária situação.

Não há, entretanto, nos países citados, previsão legal expressa e minuciosa quanto à isonomia salarial de forma genérica, vale dizer, entre todos os empregados que exercem trabalho de igual valor para o mesmo empregador. O mesmo ocorre na Espanha, na Itália, entre outros países europeus, onde se vê forte proteção legal contra a discriminação salarial de gênero, e ainda de raça, por motivos políticos, religiosos e até sindicais, mas não há uma exauriente previsão de igualdade salarial entre todos os que executam trabalho idêntico, ou de mesmo valor, quando se cogita de sujeitos que não sofrem os preconceitos banidos por lei.

O Código do Trabalho português é destaque entre as nações europeias, por ter disposto com mais zelo e detalhamento o direito à isonomia salarial. Para além da proibição de práticas discriminatórias, bastante esmiuçadas nos arts. 24, 25 e 26, o referido Código cuidou de forma explícita do direito à igualdade de paga entre colegas de mesmo conteúdo ocupacional. Mesmo assim, a lei portuguesa deu destaque à questão de gênero, conforme se vê do seu art. 31:

Art. 31 - Igualdade de condições de trabalho

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 nº 1 e constitui contraordenação grave a violação do disposto no nº 5.

A França segue o modelo português. Prevalece no país o princípio de que deve ser pago “salário igual, para trabalho igual”, mas o ordenamento jurídico não escapa de trazer a destaque a preocupação com a distinção salarial decorrente de gênero.

O Continente Americano foi mais atento ao princípio geral da isonomia no que tange ao seu tratamento legal.

178

A Colômbia, por exemplo, contempla expressamente a regra de que “*a trabajo de igual valor, salario igual*” (art. 143, *caput*, do “Código Substantivo del Trabajo”), proibindo distinções salariais por razão de idade, gênero, sexo, nacionalidade, religião, opinião política, atividades sindicais (item 2 do mesmo artigo). Ainda, o item “3”, do mencionado art. 143 da lei laboral colombiana, estabelece que o tratamento salarial ou remuneratório desigual será presumido como injustificado, até que o empregador comprove fatores objetivos de diferenciação entre os obreiros.

O Direito do Trabalho argentino é regrado, fundamentalmente, pelo Decreto nº 390/76, decorrente da Lei nº 20.744/74, a chamada “*Ley de Contrato de Trabajo*”. Nessa lei consta a proibição de tratamento discriminatório por motivos religiosos, políticos, de agremiação, de idade, de sexo, raça, nacionalidade (art. 17), constando, no seu art. 81, que “*el empleador debe dispensar a todos los trabajadores igual trato em identidad de situaciones*”.

Em que pese essa previsão geral de tratamento igualitário a empregados em situações idênticas, a lei trabalhista argentina não adentra a especificidades quanto ao salário propriamente dito, exceto quando se trata

de estabelecer igualdade de retribuição para o trabalhador menor de idade que realize tarefas próprias de trabalhadores maiores (art. 187) e quando se cuida de assegurar igualdade remuneratória às mulheres em relação aos trabalhadores que desempenhem trabalho de mesmo valor.

O México consagrou a isonomia salarial já em sua Constituição, constando do seu art. 123, letra “A”, inciso VII que *“para trabajo igual debe corresponder salario igual, sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad”*. Em nível infraconstitucional, preceitua o art. 86 da *“Ley Federal del Trabajo”*, de 1970, que *“a trabajo igual, desempeñado em puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual”*. A mesma lei prevê diversas situações em que a distinção salarial é permitida, em função da qualidade do empregado, ou das condições em que o trabalho é prestado, sendo a norma que mais se aproxima da lei brasileira pelo seu detalhamento.

Na contramão desses países que se mostram minuciosos no trato da isonomia salarial, encontramos a legislação do Chile, centrada na questão da discriminação contra a mulher, e os Estados Unidos que têm uma legislação bastante limitada quanto às relações de emprego, não tendo sequer ratificado a Convenção nº 100 da OIT.

Podemos concluir, portanto, que o Brasil é exemplo no trato dado à isonomia salarial, cuidando a lei de preservar sua plena aplicação desde os primórdios do Direito do Trabalho nacional.

O *caput* do art. 461 da CLT estabeleceu a igualdade de tratamento salarial como regra, criando direito subjetivo à equiparação entre colegas exercentes de “idêntica a função”, “em trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, no mesmo estabelecimento empresarial”.

As hipóteses em que a equiparação salarial era excepcionada, na vigência do art. 461 da CLT original, por sua vez, não chegavam a ferir o princípio da isonomia, haja vista guardarem razoabilidade, proporção, coerência com a finalidade ou valor tutelado pela norma.

Por exemplo, a exigência de que os empregados comparandos laborassem na mesma localidade (entendida pela doutrina e pela jurisprudência como mesmo município ou mesma região metropolitana)¹⁷

17 Súmula 6, X, do TST: “O conceito de “mesma localidade” de que trata o art. 461 da CLT

era legítima, razoável e lógica, porquanto se tratava de preservar igualdade remuneratória àqueles sujeitos que precisavam fazer frente a um custo de vida comum, marcador normalmente apurado mediante pesquisas circunscritas àquela extensão geográfica.

A necessidade de igual produtividade e mesma perfeição técnica como requisitos da equiparação salarial também se mostrava coerente com a finalidade da norma, que era assegurar tratamento salarial idêntico aos empregados que prestassem trabalho de igual valor¹⁸. Ora, é evidente que a diferença de produtividade e perfeição técnica estabelece importante distinção quantitativa e qualitativa na prestação laboral, sendo legítima a disparidade salarial nesse caso.

A superioridade do paradigma no que se refere ao tempo na função (em pelo menos dois anos)¹⁹ também afastava a hipótese de “trabalho de igual valor”, e, pois, o direito à equiparação salarial, porque se pressupunha, logicamente, que mais tempo no desempenho de uma atividade desenvolve maior expertise e impacta a qualidade e/ou rendimento do trabalho, de modo a justificar um tratamento remuneratório diferenciado. A proporção também parecia estar bem observada, sendo razoável se estabelecer o período de dois anos como tempo de prática suficiente a realmente causar distinção na prestação laboral entre colegas comparados.

Tampouco parecia ilegítima, ou muito menos inconstitucional, a exceção equiparatória decorrente da adoção de quadro de carreira na vigência da lei velha. Isso porque se exigiam formalidades e providências tendentes à fiscalização e à publicidade daquele instrumento²⁰, e, especialmente, a

refere-se, em princípio, ao mesmo município, ou a municípios distintos que, comprovadamente, pertençam à mesma região metropolitana. ”

18 Súmula 6, VIII, do TST: “É do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial. ” Logo, cabe ao empregador a prova da distinção quanto à produtividade e à perfeição técnica entre os colegas comparados.

19 Súmula 6, II, do TST: “Para efeito de equiparação de salários em caso de trabalho igual, conta-se o tempo de serviço na função e não no emprego”.

20 Súmula 6, I, do TST: “Para os fins previstos no § 2º do art. 461 da CLT, só é válido o quadro de pessoal organizado em carreira quando homologado pelo Ministério do Trabalho, excluindo-se, apenas, dessa exigência o quadro de carreira das entidades de direito público da administração direta, autárquica e fundacional aprovado por ato administrativo da autoridade

inserção de mecanismos internos aptos a garantir a preservação de critérios isonômicos para distribuir cargos e salários na própria dinâmica do quadro de pessoal.

Por fim, havia a impossibilidade de se equipararem empregados de mesmo conteúdo ocupacional quando o paradigma vinha de readaptação profissional por motivo de deficiência física, ou mental. Plenamente aceitável a lógica implícita na regra, eis que o salário do empregado readaptado não poderia ser rebaixado, trazendo embutido em seu valor o histórico da passagem do obreiro por função diversa, anterior à readaptação, quiçá mais complexa e, pois, merecedora de uma remuneração mais elevada que aquela devida pelas tarefas desempenhadas junto a seus colegas após a readaptação profissional. Em resumo, nesse caso, a remuneração do empregado readaptado não tinha relação com o elemento comum a seus colegas (atividades desempenhadas após a readaptação), não sendo circunstância comunicável aos demais obreiros por razão lógica.

Portanto, em linhas gerais, a antiga redação do art. 461 da CLT preservava o princípio da isonomia, como regra geral, e mesmo quando excepcionava a equiparação salarial, porquanto não estabelecia distinções baseadas em puro arbítrio do empregador. Vale aqui lembrar a sempre lúcida lição de Canotilho (1993, p. 565), segundo a qual “existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear num fundamento sério, não tiver um sentido legítimo, ou estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável”. Nenhuma dessas circunstâncias caracterizadoras do arbítrio era detectada na norma celetista comentada que, ao contrário, como visto, era razoável, lógica e eticamente justificada quando tratava de excluir a possibilidade de equiparação salarial.

A Reforma Trabalhista, todavia, introduziu mudanças importantes no art. 461 da CLT, o qual passou a ter a seguinte redação:

Art. 461. 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.

§ 1º. Trabalho de igual valor, para os fins deste Capítulo, será o que

competente.”

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.

§ 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.

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

§ 5º. 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.

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

Diante da atual redação do art. 461 da CLT, não se pode dizer que este dispositivo ainda preserve o princípio da igualdade.

Várias são as críticas direcionadas ao legislador reformista no que concerne às alterações introduzidas nesse artigo celetista²¹, cuidando de se enfrentar, no presente texto, apenas aquela relativa à matéria equiparatória frente à adoção de quadro de carreira pelo empregador. É o que se passa a fazer.

21 Quanto às minhas críticas à nova redação do art. 461 da CLT veja-se: BRASIL, Fernanda Barata Silva, in SEVERO, Valdete Souto *et al.* Comentários à Lei 13.467/17: contribuições para um enfrentamento crítico. Porto Alegre: HS Editora, 2017, p.90.

5 O QUADRO DE CARREIRA COMO ÓBICE À EQUIPARAÇÃO SALARIAL

Como dito acima, antes mesmo da chamada “Reforma Trabalhista”, o art. 461 da CLT afastava o direito à equiparação salarial na hipótese de o empregador adotar quadro de pessoal organizado em carreira, desde que tal instrumento contemplasse sistema de promoções alternadas pelos critérios de antiguidade e merecimento. Neste sentido dispunham os §§ 2º e 3º daquela norma.²²

A Lei nº 13.467/17, todavia, alterou significativamente o trato dado à matéria. Agora, o empregador está autorizado a promover seus empregados exclusivamente por antiguidade, ou por merecimento. E caso adote ambos os critérios, o que a lei faculta, não estará obrigado a observar a alternância entre eles, tudo sem que o Quadro de Carreira se torne descaracterizado como elemento obstativo do direito à equiparação salarial. É o que se lê da nova redação dos §§ 2º e 3º do art. 461 Consolidado.

Parece evidente que fere o princípio da isonomia o afastamento do direito à equiparação salarial pela adoção de um regime de promoções calcado exclusivamente em merecimento, critério por natureza subjetivo e, pois, discricionário.

Diante do quanto consagrado pelo § 3º do art. 461 da CLT, na redação que lhe foi dada pelo legislador reformista, não há dúvida de que a hipótese de arbítrio está oferecida ao empregador, que poderá criar um sistema de promoções passível de manipulação, com meios de praticar salários diversos para empregados que desempenhem trabalho igual, bastando, para isso, que exerça a faculdade legal de adotar um quadro de carreira fundado apenas em avanços por merecimento. Há, portanto, uma manifesta agressão ao princípio isonômico.

22 A SDI-I do TST editou a OJ 418 a respeito da matéria. Eis seu texto: “OJ-SDI-I- nº 418- EQUIPARAÇÃO SALARIAL. PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS. APROVAÇÃO POR INSTRUMENTO COLETIVO. AUSÊNCIA DE ALTERNÂNCIA DE CRITÉRIOS DE PROMOÇÃO POR ANTIGUIDADE E MERECIMENTO. Não constitui óbice à equiparação salarial a existência de plano de cargos e salários que, referendado por norma coletiva, prevê critério de promoção apenas por merecimento ou antiguidade, não atendendo, portanto, o requisito de alternância dos critérios, previsto no art. 461, parágrafo 2º, da CLT.”

É importante lembrar que o tratamento desigual só pode decorrer de “justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada” (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 21). Quando a evolução na carreira está jungida, exclusivamente, a promoções por merecimento, segundo a subjetiva avaliação do empregador, não se pode falar em “justificativa racional” que ampare a desigualdade salarial entre os empregados.

Ora, a adoção de um quadro de carreira sempre foi tomada por impeditivo da equiparação salarial sob a presunção de que a dinâmica de seus próprios mecanismos internos cuidaria de preservar o princípio da isonomia, por meio da conjunção de critérios regulamentares claros e objetivos para distribuição de cargos e salários e pela aplicação do sistema de promoções alternadas por antiguidade e merecimento. Vale dizer, a partir da adoção de um quadro de carreira, não se cogita apenas da mera distribuição de salários, mas da atribuição de mesmo “cargo”²³ a todos os empregados que tenham idêntico conteúdo ocupacional, atrelando-se a esta função hierárquica um salário indiscriminadamente alcançado a todos os seus exercentes. O tratamento igualitário, portanto, se manifesta nos planos funcional e salarial, atingindo, dessa forma, o mesmo fim do *caput* do art. 461 da CLT que é dar salário idêntico ao trabalho de igual valor.

Nesse sentido, é fácil concluir que o quadro de carreira não excepciona o princípio da isonomia, mas, sim, e tão-somente, a ação equiparatória. A partir da sua adoção, eventuais desigualdades salariais não serão mais resolvidas apenas no plano da equiparação salarial, mas, sim, pelo manejo de um tratamento equânime perante o próprio Plano de Cargos e Salários, via enquadramento e concessão de promoções. Mas tudo isso, repita-se por fundamental, tendo por norte critérios isonômicos sem os quais aquele Quadro de Pessoal perde validade.

É correto afirmar, então, que o quadro de carreira nada mais é do que o princípio isonômico institucionalizado organicamente no âmbito empresarial. E apenas por essa razão, e nessa medida, é que tal instrumento

23 Ao nos referirmos a “cargo”, usamos a terminologia da Súmula 6 do TST (equivalente à função) e não o conceito do Direito Administrativo.

tem o condão de afastar a pretensão equiparatória.

Ao considerar como obstativo da regra geral da equiparação um quadro de carreira que se estruture apenas em promoções por merecimento, a Lei nº 13.467/67 subverte o instituto, transformando um mecanismo que deveria servir à realização da igualdade em instrumento de arbítrio patronal.

Na prática, o empregador, a despeito de ter que enquadrar todos os empregados de acordo com o conteúdo ocupacional, poderá conceder promoções horizontais (que alteram as faixas salariais dentro do próprio “cargo”) conforme sua absoluta discricionariedade, estabelecendo, com isso, distinções salariais entre colegas de mesma função a partir de sua avaliação meramente subjetiva quanto ao merecimento de cada empregado.

Como ressaltado no início desse trabalho, são consideradas arbitrárias e, pois, contrárias ao princípio da igualdade, todas as “diferenciações que tenham por base categorias meramente subjetivas” (SARLET; MARIONI; MITIDIERO, 2018, p. 597).

Autorizar que o empregador premie seus empregados com promoções apenas a partir de sua pessoal avaliação meritória é quebrar a isonomia, não se encontrando pressuposto lógico, nem mesmo ético, que sustente o afastamento do direito à equiparação salarial nesse caso.

Note-se que a regra anterior também cedia terreno à discricionariedade patronal, autorizando promoções por merecimento, mas com limite. E o limite a tal potestade repousava, exatamente, na alternância obrigatória entre as promoções por merecimento e antiguidade, critério esse último cuja objetividade dispensa comentários.

Sob a égide da lei nova, todavia, tudo é arbítrio, andando malferido o princípio constitucional da igualdade.

Acresça-se a esse cenário preocupante a circunstância de que, agora, o empregador poderá instituir um quadro de carreira sem passar pela homologação, ou mesmo fiscalização, de nenhuma autoridade, não havendo sequer garantia de publicidade desse regulamento entre seus destinatários. Não é difícil antever que está aberta a porta para a distribuição aleatória de benesses pelo empregador, com situações de disparidades salariais mesmo entre aqueles que executam trabalho idêntico e de igual valor.

Conforme comentado antes, o conceito contemporâneo de justiça e igualdade não convive com distinções que não sejam amparadas em um elemento racional, razoável, proporcional, jungido à circunstância concreta e objetiva. Tampouco se admitem desigualdades que não se justifiquem à luz de um bem tutelado ou de uma finalidade esposada pelo sistema jurídico. Como diz Bastos (2000, p.182), “o caráter inconstitucional da discriminação não repousa tão-somente no critério escolhido, mas na falta de correlação lógica entre aquele critério e uma finalidade ou valor encampado quer expressa ou implicitamente no ordenamento jurídico, quer ainda na consciência coletiva”. Assim, por exemplo, ferirá o princípio da igualdade o regulamento empresarial que preveja que os cargos de chefia serão sempre exercidos por um indivíduo do sexo masculino (porque não há razão lógica ou jurídica que justifique esse discrimen, especialmente quando a Constituição Federal veda discriminações de gênero), mas não haverá nenhuma mácula no regulamento patronal que beneficie as empregadas mulheres, enquanto gestantes, com um intervalo a mais para repouso durante a jornada (já que a gestante vivencia maior cansaço e desconforto e nosso ordenamento jurídico ampara a proteção ao nascituro).

186

Logo, o que não se admite é que a mera discricionariedade sirva para estabelecer desigualdades. A mudança que a Lei nº 13.467/17 promoveu nos §§ 2º e 3º do art. 461 da CLT atua na contramão dessa ideia, na medida que permite ao empregador sempre escolher os empregados que receberão distinção salarial, exclusivamente a partir de sua subjetiva avaliação meritória.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão, é possível afirmar que o art. 461 da CLT, na sua redação anterior, tratava de forma idêntica os iguais e de forma diversa os desiguais. E, quando cuidava de excepcionar a igualdade de salários, adotava critérios que guardavam lógica, objetividade, razoabilidade, efetivamente demonstrando situações em que os labores comparados não mereciam tratamento salarial idêntico, por não terem o mesmo valor. Portanto, a regra anterior preservava o princípio da isonomia.

Não era muito diversa a situação da norma celetista original

no que respeitava à adoção de quadro de carreira pelo empregador, e sua consideração como obstáculo à equiparação salarial, na medida em que obrigatório o sistema de promoções alternadas por merecimento e antiguidade, preservando, ao menos em parte, a distribuição de salários por critério objetivo, o que já importava certo freio ao arbítrio patronal. De fato, o espaço para discricionariedade patronal era muito reduzido, cingindo-se às promoções por merecimento que tinham aplicação limitada no âmbito do poder diretivo empresarial.

A lei nova, todavia, consagra a possibilidade de o empregador adotar promoções apenas por merecimento, dentro de um grau de arbitrariedade insuportável e incompatível com o princípio/regra da igualdade.

Ao se sentir preterido na carreira, o empregado nada poderá fazer: a solução equiparatória fica afastada pela simples existência do quadro de carreira; o manejo da distorção via regulamento do próprio quadro fica igualmente inviável, pois ao empregador foi dada a faculdade de distribuir salários conforme sua exclusiva discricionariedade.

Não parece admissível, no sistema republicano e constitucionalista, que se conviva com tamanha arbitrariedade. Ainda mais na seara do Direito do Trabalho, que é marcado pelo princípio da proteção ao hipossuficiente.

Como visto anteriormente, o respeito à igualdade tem por destinatário também os particulares, sendo fator estruturante do contrato de trabalho, enquanto direito constitucionalmente assegurado ao trabalhador brasileiro. A nova redação do § 3º do art. 461 da CLT, todavia, permite ao empregador tratar desigualmente empregados iguais, ferindo de morte a regra isonômica.

Portanto, é manifestamente inconstitucional o art. 461, § 3º, da CLT, tal como introduzido pela Reforma Trabalhista, violando os arts. 5º, *caput*, e 7º, XXX, da Constituição Federal.

Não se pode esquecer, ainda, que o Direito do Trabalho foi criado exatamente para combater esse tipo de arbítrio patronal, defendendo o trabalhador do império meramente volitivo do sujeito que o subordina e remunera. Permitir que a lei devolva às mãos do empregador o poder de distribuir salários a seu livre alvedrio é, em última análise, renegar a própria

essência desse ramo do Direito.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Roberto A. R. de. **O que é justiça:** uma abordagem dialética. 2. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1987.

ADVERSE, Helton. Republicanismo. In: Avritzer, Leonardo [et al.] **Dimensões Políticas da Justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, pp. 27-35.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva; 2.ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros Editora, 2011.

ARISTÓTELES. **A política**. Trad. Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2013.

188 BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. 5. ed. (Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury). Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CAMPOS, Francisco. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos. 1958, v. II.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

DELGADO, Maurício; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil:** com os comentários à Lei nº 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

FARIA, José Eduardo. Ordem legal x mudança social: a crise do Judiciário e a formação do magistrado. In FARIA, José Eduardo. **Direito e justiça:** a função social do Judiciário. São Paulo: Ática, 1989, pp. 95-110.

LEDUR, José Felipe. **A realização do Direito ao Trabalho**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direito e transformação social:** ensaio interdisciplinar

das mudanças no Direito. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997.

LOPES, Júlio Aurélio Vianna. **A invasão do Direito:** a expansão jurídica sobre o Estado, o mercado e a moral. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho.** 11. ed. São Paulo: LTr, 2014.

OLIVEIRA, Cristiana D'arc Damasceno. **O Direito do Trabalho Contemporâneo:** efetividade dos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana no mundo do trabalho. São Paulo: LTr, 2010.

SANTOS, Boaventura Sousa. **Pela mão de Alice:** o social e o político na pós-modernidade. 14. ed. São Paulo: Cortez, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

_____. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.