

ISONOMIA SOB ENFOQUES CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL: por uma releitura do artigo 461 da CLT

Martha Halfeld Furtado de Mendonça Schmidt

Resumo:

O artigo 461 da CLT deve ser interpretado à luz da Carta Magna e dos Tratados Internacionais sobre o tema, os quais, versando sobre Direitos Humanos, têm força hierárquica pelo menos supralegal, quiçá, constitucional, como já reconheceu o Supremo Tribunal Federal; de outro lado, esses tratados, preservando o princípio da isonomia no trabalho, são internacionalmente reconhecidos como fundamentais desde a Declaração de 1988 da Organização Internacional do Trabalho.

Ora, os rígidos critérios objetivos traçados pelo artigo 461 da CLT não podem restringir a aplicação das diretrizes constitucional e internacional. Uma releitura de seu vetusto texto se impõe. Para harmonizar os textos infraconstitucional, constitucional e internacional, sugerimos a perspectiva de visão de que a CLT define uma presunção de ordem apenas relativa para aferição do trabalho de igual valor, em parâmetros que deverão ser sopesados diante do caso concreto. A isonomia deve, pois, se pautar no trabalho de igual valor,

em leitura teleológica, ampliativa, evolutiva e concreta da lei, em detrimento da aplicação literal, formal e inflexível do texto do artigo 461 da CLT.

Não há nisso qualquer violação ao princípio da reserva de plenário, conforme já decidiu o E. STF. Essa proposição – que liberta o juiz do papel de “bouche de la loi”, ao mesmo tempo em que prestigia a interpretação sistêmica e dinâmica do Direito – visa extrair a máxima eficácia possível dos preceitos garantidores das liberdades civis e dos direitos sociais fundamentais, o que se constitui em uma das mais importantes funções políticas do Poder Judiciário.

Sumário:

- 1 - Introdução
- 2 - Algumas convenções internacionais e a isonomia no trabalho
- 3 - O direito constitucional e a isonomia salarial
- 4 - Conclusão



.....
Martha Halfeld Furtado de Mendonça Schmidt

Doutora em Direito pela Universidade de Paris II (Panthéon-Assas), diploma revalidado pela UFMG. Master em Direito Social e Especialista em Direito do Trabalho e Previdência Social, pela Université de Paris II - Panthéon-Assas. Professora de cursos de graduação e pós-graduação. Juíza Titular da 3ª Vara do Trabalho de Juiz de Fora.

1 - Introdução

Um gerente de empresa, com 20 anos de carreira nela prestados, tem direito à equiparação salarial com outro gerente, em análogo serviço prestado à mesma empresa, com 24 anos de serviço nela prestados? A interpretação literal do artigo 461 da CLT afastaria a pretensão, já que o tempo de serviço na função é superior a dois anos.

E se esses gerentes tivessem diferença de tempo de serviço de apenas um ano, mas trabalhassem em localidades distintas e distantes, com custo de vida equivalente? A mesma interpretação literal do dispositivo afastaria a pretensão.

Com efeito, o artigo 461 da CLT, caput e § 1º, com a redação dada pela Lei nº 1.723, de 8.11.1952, dispõem que:

Art. 461 - Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade.

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

A equiparação salarial, tal como assentada na Constituição e nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil – tratados esses de direitos humanos – deve se limitar às hipóteses previstas no artigo 461 da CLT? A propósito, cuidam os dispositivos de proteção contra a discriminação no salário verdadeiramente de direitos humanos?

A segunda pergunta deste último parágrafo é mais fácil de ser respondida. É sabido que a Organização Internacional do Trabalho, desde os primeiros anos de sua constituição, preocupa-se com a igualdade de tratamento em matéria salarial. A Convenção 19 de 1925 já dispunha sobre esse tema. A OIT, desde sempre, cuida da proteção dos direitos humanos, embora muitas vezes sem dizê-lo expressamente. No sistema internacional de direitos humanos, o artigo 23º da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, trouxe a disposição, pelo menos 23 anos após a OIT, no sentido de que “(...) 2. *Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual.*” O direito internacional do trabalho é, pois, certamente, parte da proteção dos direitos humanos universais no trabalho.

Já as primeiras perguntas constituem o ponto de partida deste trabalho. A partir da inquietude que essas indagações geraram no espírito da autora é que a reflexão se desenvolveu, a ponto de considerar que o artigo 461 da CLT estabelece presunção apenas relativa para afastar a equiparação salarial, quando ausente algum de seus elementos (igual produtividade e mesma perfeição técnica, na mesma localidade e cuja diferença de tempo de serviço não seja superior a dois anos).

Essa presunção, todavia, poderá ser elidida, caso haja alguma circunstância específica que torne despropositada a aplicação inflexível dos critérios objetivos do artigo 461. Essa análise, que somente poderá ocorrer diante do caso concreto, levará em conta a aplicação dos princípios-regra de maior importância, de índole constitucional e internacional, com valor superior à legislação infraconstitucional, já que os tratados internacionais de direitos humanos – onde se situam os de isonomia salarial – ratificados pelo Brasil têm *status* pelo menos supralegal – quiçá constitucional.

Propõe-se assim um novo enfoque jurisprudencial a respeito da equiparação salarial, levando-se em conta não só a norma infraconstitucional, mas também a adoção das perspectivas constitucional e internacional de direitos humanos de índole trabalhista neste campo de aplicação do princípio da não discriminação.

Passemos breve revista em algumas convenções internacionais do trabalho, antes de visitarmos a evolução constitucional neste importante tema da isonomia salarial.

2 - Algumas convenções internacionais e a isonomia no trabalho:

A partir da constituição da OIT em 1919, no final da 1ª Guerra Mundial, as convenções internacionais do trabalho tinham por objetivo estabelecer o equilíbrio assegurador da paz universal e durável, por meio da melhoria da condição social do ser humano.

Em matéria de isonomia, vigoram algumas convenções no plano jurídico internacional. Baseadas no princípio da igualdade de remuneração para um trabalho de igual valor, têm por objetivo a equiparação salarial. Para atingir essa equiparação salarial, é preciso, segundo o direito internacional do trabalho, assegurar igual remuneração para empregos idênticos ou similares e para – aqui está o grande salto em relação à atual redação do artigo 461 da CLT – empregos que não sejam idênticos ou similares, mas cujo valor do trabalho é igual.

A Convenção 100 da OIT versa sobre “Igualdade de Remuneração de Homens e Mulheres Trabalhadores por Trabalho de Igual



Valor”.¹ Aprovada logo após o término da Primeira Guerra Mundial, teve o contexto do trabalho desenvolvido pelas mulheres durante o conflito. A igualdade de remuneração entre homens e mulheres é considerada uma das primeiras etapas do processo de instauração de melhor equidade na sociedade. Mais de 60 anos após sua adoção pela comunidade internacional, ainda hoje é considerada importante instrumento de inspiração e de repercussão do princípio da igualdade de tratamento no mundo.

Em 1958, foi adotada a mais ampla Convenção 111 da OIT, que trata da “Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação”.² Em seu artigo 1º, “a” e “b”,

1 Aprovada na 34ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra - 1951), entrou em vigor no plano internacional em 23/05/1953 e foi ratificada no Brasil em 25/04/1958 e promulgada pelo Decreto 41.721, de 25/06/1957, com vigência nacional a partir de 25 de abril de 1958.

2 Aprovada na 42ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra - 1958), entrou em vigor no plano

compreende no termo “discriminação”, respectivamente, *“toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão”* e *“qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados”*.

Observe-se, pois, que não há *numeros clausus*: a enumeração é exemplificativa, diante da cláusula aberta a *“toda e qualquer outra distinção, exclusão ou preferência...”*

Mais de 90% dos Estados membros da OIT ratificaram essas duas convenções fundamentais, o que demonstra o grande nível de aceitação e de quase consenso sobre os valores sociais e humanos que delas emanam.

Estas duas convenções são consideradas fundamentais pela Declaração da OIT de 1998, relativa aos princípios direitos fundamentais no trabalho, dentre os quais se encontra a eliminação da discriminação em matéria de emprego e de profissão. A Declaração de 2008 sobre a justiça social para uma mundialização equitativa afirma que a igualdade entre homens e mulheres e a não discriminação devem ser consideradas como questões transversais na agenda do Trabalho Decente da OIT.

.....
internacional em 15/06/1960 e foi promulgada, no Brasil, por meio do Decreto Legislativo 104, de 24/11/1964 (ratificado em 26 de novembro de 1965), e Decreto 62.150, de 19/01/1968.

Igualmente a Convenção 168 da OIT, “Promoção do Emprego e Proteção Contra o Desemprego”.³ No art. 6º, estabelece: *“1. Todo Membro deverá garantir a igualdade de tratamento para todas as pessoas protegidas, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, religião, opinião pública, ascendência nacional, nacionalidade, origem étnica ou social, invalidez ou idade.”*

A propósito, a interpretação dos órgãos de controle da OIT tem considerado que cabe remuneração quando há exercício de mesmo trabalho ou trabalho idêntico, mas também quando os equiparandos “realizam trabalho que, mesmo sendo diferentes, são de igual valor”.

A Comissão de Peritos examinou o exemplo da Irlanda, onde o âmbito da noção de “trabalho similar” foi definido como abrangendo desde o “mesmo trabalho” ao “trabalho de mesmo valor”, levando-se em conta o que for preciso em áreas tais como aptidões, esforço físico ou mental, responsabilidade e condições de trabalho.⁴

Garantias desse jaez, é indubitável, em alguns casos, têm sofrido franco retrocesso no ordenamento jurídico pátrio, a exemplo da disciplina em discussão, atinente à rígida interpretação que vem sendo conferida ao art. 461 da CLT, se considerado em sua literalidade.

.....
3 Aprovada na 75ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra -1988), entrou em vigor no plano internacional em 17/10/1991, promulgada, no Brasil, por meio do Decreto Legislativo 89, de 10/12/1992, do Congresso Nacional (ratificado em 24 de março de 1993) e Decreto 2.682, de 22/07/1998.

4 “Direito Internacional do Trabalho e Direito Interno: manual de Formação para Juizes, Juristas e Docentes em Direito”. Editado por Xavier Beaudonnet. Turim: Centro Internacional de Formação da OIT, 2011. Edição para a Língua Portuguesa pela ANAMATRA, p. 168.

É preciso então indagar a respeito do lugar do direito internacional no ordenamento jurídico interno. A evolução da internalização do direito internacional dos direitos humanos revela que, até 1977, a tradição jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal era de preponderância do direito internacional sobre o direito interno.⁵

De 1977 até 2008, manteve-se o reconhecimento do *status* de lei ordinária aos tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil e prevalência da Constituição sobre os tratados ratificados.⁶

Ocorre que, com o advento da ordem constitucional de 1988, as instituições políticas passaram a ter novos desenhos, o que revelou a necessidade de novos posicionamentos acerca de alguns temas jurídicos, mais adequados aos novos paradigmas constitucionais.

Com efeito, a Constituição da República de 1988 elegeu como princípios fundamentais da nova ordem jurídica a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III); a prevalência dos

direitos humanos (artigo 4º, II).

O art. 5º, § 1º, da Constituição Brasileira de 1988, dispõe que os direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata, vinculando os poderes públicos independentemente do reconhecimento expresso por lei infraconstitucional.

Por sua vez, o art. 5º, parágrafo 2º da Constituição estabelece que *“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”*

A Emenda Constitucional nº 45 de 2004 acrescentou o § 3º ao art. 5º, o qual dispõe que *“Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”*

Em 2008, houve, então, importante modificação de jurisprudência de nossa Corte Constitucional. O *leading case* foi o Recurso Extraordinário 466.343-1, em cujo seio houve profunda reflexão acerca da necessidade de reconhecimento de lugar privilegiado na hierarquia das normas aos tratados de direitos humanos ratificados antes da Emenda Constitucional nº 45/2004, que incorporou o § 3º ao art. 5º da Constituição da República.

A tese então prevalecte foi a da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados até a introdução do *quorum* qualificado do par. 3º do art. 5º da Constituição. Todavia, é preciso ressaltar que importante voto da lavra do Ministro Celso de Mello pregava a equiparação desses

5 Ac. de 23-7-1952 do Ministro Laudo de Camargo, *Habeas Corpus* n. 24.637, in *Jurisp.*, v. 6, p. 1, 1934 (D.J. 10-1-1934), citado no RE n. 80.004/SE, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque (julgado em 1.6.1977; DJ 29/12/1977), que restou o único vencido. A maioria entendeu que *“ato normativo internacional - no caso, a Convenção de Genebra, Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias - poderia ser modificado por lei nacional posterior, ficando consignado que os conflitos entre duas disposições normativas, uma de direito interno e outra de direito internacional, devem ser resolvidos pela mesma regra geral destinada a solucionar antinomias normativas num mesmo grau hierárquico: lex posterior derogat legi priori”*, tendo prevalecido o voto do Ministro Leitão de Abreu (trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, no Recurso Extraordinário 466.343-1), disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>, acesso em 28/09/2014.

6 Na decisão da ADInMC 1.480, onde se cuidou do controle de constitucionalidade da Convenção 158 da OIT, o STF reiterou sua posição, declarando o conteúdo meramente programático da mencionada convenção.

tratados à norma constitucional. Para chegar a essa conclusão, valeu-se o Ministro da noção de **bloco de constitucionalidade**, para concluir que, mesmo não sendo formalmente constitucionais (porque inexistente o quorum qualificado de que trata o par. 3º do art. 5º da CF), tais tratados “revestem-se de caráter materialmente constitucional”.⁷

Não sendo possível, no nosso modesto entender, a divisão dos tratados de direitos humanos em dois níveis hierárquicos (constitucional e supralegal), temos que a concepção mais adequada é a que os reconhece como materialmente constitucionais, independentemente dos critérios formais de ratificação.

A concepção de bloco de constitucionalidade é salvo-conduto para essa conclusão, na medida em que concebe o texto constitucional não somente como aquele objetivado na Constituição escrita, mas também abrange os textos que visam adicionar, expandir, complementar e integrar os parâmetros normativos fixados na própria Constituição, como é o caso dos tratados internacionais de direitos humanos até aqui conhecidos.

Ainda que se outorgue a esses tratados

7 O “bloco de constitucionalidade” é expressão oriunda do direito francês (Louis Favoreu e decisão do Conselho Constitucional de 1971, sobre a liberdade de associação), onde as normas constitucionais passaram a ser concebidas não apenas como aquelas inscritas no texto constitucional, mas o conjunto dos princípios e disposições que as leis devem respeitar: os artigos da Constituição de 1958, mas também o preâmbulo da Constituição anterior de 1946, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a carta de meio-ambiente (que institui o princípio da precaução), os princípios fundamentais reconhecimentos pelas leis da República francesa e os princípios e objetivos de valor constitucional. Fonte: <http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Guide-de-legistique/l.-Conception-des-textes/1.3.-Hierarchie-des-normes/1.3.1.-Differentes-normes>

o valor apenas supralegal, uma conseqüência ressalta: o poder-dever do juiz de controlar a conformidade das leis aos tratados ratificados, em autêntico exercício de **controle de convencionalidade**.⁸ Isso significa que um jurisdicionado pode contestar perante o juiz a aplicação de uma lei por afronta a uma convenção internacional. Como no controle de constitucionalidade difuso, trata-se de uma aferição *a posteriori* e concreta, cujos efeitos somente serão sentidos inter partes.

O controle de convencionalidade, com assento constitucional, constitui, pois, grande inovação na aplicação dos direitos fundamentais no âmbito do direito privado, em especial no campo da isonomia salarial.

Uma vez lembrada a evolução do direito internacional do trabalho e sua aplicação nacional, visitemos agora a evolução constitucional neste importante tema da isonomia salarial.

3 - O direito constitucional e a isonomia salarial

O princípio da isonomia consagrado constitucionalmente é densificado em regras específicas, as quais, no tocante às questões salariais, encontram nas figuras da equiparação salarial e do salário equitativo alguns de seus prismas.

A partir da Constituição de 1934, os direitos sociais do homem (decorrentes

8 Tradução livre da autora. No original: “habilitation implicitement aux juges pour contrôler la conformité des lois aux traités”, in Olivier Dutheillet de Lamothe, in “Contrôle de Constitutionnalité et Contrôle de Conventionnalité.” Texto publicado em « Mélanges en l’honneur de Daniel Labetoulle », Dalloz 2007, disponível em http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/cccc.pdf

do direito natural) foram progressivamente inseridos no texto constitucional brasileiro, convertendo-se em direitos fundamentais, juridicamente institucionalizados em direito vigente.⁹ O direito à igualdade salarial é contemplado desde então.

A Lei Maior de 1934 assim regulou a questão: “Art 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País. § 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador: a) proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil”.

Princípio ignorado na Carta de 1937, foi parcialmente albergado em 1946, em conformidade com o disposto no inciso II do artigo 157: “Art. 157 - A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão aos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores: (...) II - proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil”. Em comparação ao artigo 121 da Carta de 1934, suprimiu-se o *caput* do artigo, o que poderia ser interpretado como retrocesso.

9 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros: São Paulo, 2010, p. 577. Adota-se aqui a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, entendidos estes como “direitos jurídico-positivamente vigentes numa ordem constitucional.” (CANOTINHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed.. 10ª reimp.. Almedina: Coimbra, p. 377). O mesmo autor, citando Habermas, indica: “se se deseja falar de direitos no sentido de direito positivo é preciso distinguir entre *droits de l’homme* na qualidade de normas de acção moralmente justificadas e *droits de l’homme* enquanto normas constitucionais dotadas de valor de direito positivo” (*idem, ibidem*, p. 377).

Quanto à isonomia de salários, pontuou a Constituição de 1967, mas somente após a edição da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, a teor do artigo 165: “A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social: III - proibição de diferença de salários e de critérios de admissões por motivo de sexo, côr e estado civil”.

A superveniência da Constituição Federal de 1998 trouxe expressivas e contundentes mudanças, entretantes, apresenta timidez diante do texto da Convenção 111 da OIT, que maior amplitude ostenta, diante da cláusula de redação aberta pela enumeração meramente exemplificativa.

Especificamente quanto ao princípio em estudo, inseriu a Lei Maior a proibição não apenas de diferença de salários, mas de exercício de funções, *ex vi* do disposto no artigo 7º, XXX: “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”. Note-se que o legislador constituinte utilizou a conjunção coordenativa “e”, aditiva, ligando duas orações independentes e estabelecendo uma relação de soma, adição; inexistente alternância, mediante o emprego de conjunção alternativa, como “ou”.

Ora, os rígidos critérios objetivos traçados pelo artigo 461 da CLT não podem restringir a aplicação das diretrizes constitucional e internacional. Uma releitura de seu vetusto texto se impõe diante da ordem constitucional vigente.

Com efeito, a função é definida de acordo com o feixe peculiar de atribuições incumbidas ao empregado, que concretamente demandam, na dinâmica da prestação de serviços, a execução de atividades necessárias ao desempenho da responsabilidade inerente

ao cargo.

Ainda que considerada a plena vigência do artigo 461 da CLT, é preciso abrir sua interpretação. Para que se verifique identidade funcional entre dois empregados, há que se perquirir se desempenham as mesmas atribuições, ainda que se identifiquem variações no contexto, na forma ou no objeto das atividades realizadas.

Os parâmetros definidos no art. 461 da CLT, para aferição do “**trabalho de igual valor**”, inclusive os requisitos temporal e espacial, devem ser, pois, sopesados diante da análise do caso concreto, não sendo possível aplicá-los de forma inflexível, sob pena de esvaziar o sentido igualitário privilegiado pela norma.

Propõe-se então a perspectiva de visão de que a CLT define uma presunção de ordem apenas relativa quando estabelece que trabalho de igual valor seria aquele desempenhado entre pessoas, com igual produtividade e perfeição técnica, que labutam na mesma localidade e cuja diferença de tempo de serviço não seja superior a dois anos.

Isso porque a isonomia constitucionalmente prevista e a decorrente dos ordenamentos internacionais ratificados deve se pautar no trabalho de igual valor, não necessariamente, em côm com a limitação expressa no plano infraconstitucional, na identidade de funções (*caput* do artigo 461 da CLT), e independentemente, ainda, de eventual diferença de dois anos no exercício e da existência de plano de cargos e salários, os quais devem ser considerados como parâmetros a serem avaliados diante do caso concreto.

A isonomia tem, pois, como norte o trabalho humano digno. E o significado de trabalho é sem dúvida por demais abrangente,

compreendendo gama diversa de atribuições e funções, com variantes que vão desde o desenvolvimento de atividades braçais até o “trabalho remoto”, sem qualquer necessidade de comparecimento às dependências do empregador.

A propósito, o trabalho, em seu largo conceito, e até mesmo o exercício de específica e determinada função, pode ou não ser desenvolvido em uma mesma localidade, sem que isso influencie a sua identidade. Exemplos concretos se identificam com atividades altamente intelectuais - que sequer dependem de metas e diretrizes específicas próprias que imponham às empresas atuação mais direta na forma de execução do mister - mais e mais praticadas em sistemas de *home office*, notadamente na cultura globalizada hoje vivenciada, à qual tem se rendido o sistema corporativo mundial.¹⁰

Pontue-se, ainda, que francamente colidem os preceitos do art. 6º, também da Consolidação das Leis do Trabalho - “*Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego*” - com o conceito de “mesma localidade” inserido no caput do art. 461, do mesmo diploma normativo.

Como inserir as vetustas restrições expressas no art. 461 Consolidado (“idêntica função”, “mesma localidade”), na cultura

10 Em artigo publicado na revista Exame de novembro de 2012, noticiou-se que, atualmente, no Brasil, 64% das empresas já permitem o trabalho em casa (teletrabalho). Disponível em <http://exame.abril.com.br/carreira/noticias/areas-que-mais-contratam-em-esquema-de-home-office>.

globalizada que hoje se vivencia, é tarefa que, mais cedo ou mais tarde, todos os operadores de Direito haverão de enfrentar.

Como priorizado desde a Carta de 1934, deve-se vedar a discriminação e garantir a igualdade, por meio da leitura teleológica e evolutiva dos conceitos que se inserem no art. 461 Consolidado e no texto Constitucional inscrito no artigo 7º, caput e XXX, como também preceituado no artigo 5º da CLT: “A todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo”.

Pelo exposto, entendemos que devem ser sopesados os rígidos critérios do artigo 461 da CLT, a exemplo da diferença na função superior a dois anos ou a “mesma localidade”, diante do caso concreto, já que não mais têm o condão de afastar a isonomia pretendida, quando provada a identidade funcional.

O raciocínio que prega a interpretação evolutiva da lei infraconstitucional cuida, antes de tudo, de reconhecimento da superioridade da Constituição e dos tratados internacionais reconhecedores de direitos humanos fundamentais no trabalho, em face da rigidez infraconstitucional, que, por sua vez, se submete a mutações legislativas, com alteração do significado, do alcance e do sentido de suas regras, sempre dentro dos limites da Constituição.

Essa autorização interpretativa dos Magistrados, oriunda do pós-positivismo, constitui, na realidade, reconhecimento do caráter evolutivo e dinâmico do Direito, que não está perfeito e acabado, mas deve sempre interagir com a realidade e com os fatos sociais.

Cuida-se, no dizer de renomados doutrinadores, de eficácia horizontal dos direitos fundamentais sociais, a qual autoriza concluir

pela aplicação direta e imediata dos dispositivos constitucionais que os instituem, sempre com o objetivo de assegurar a máxima efetividade possível para os direitos fundamentais.

Para Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, “*O discurso acerca dos princípios, da supremacia dos direitos fundamentais e do reencontro com a Ética – ao qual, no Brasil, se deve agregar o da transformação social e o da emancipação – deve ter repercussão sobre o ofício dos juízes, advogados e promotores, sobre a atuação do Poder Público em geral e sobre a vida das pessoas. Trata-se de transpor a fronteira da reflexão filosófica, ingressar na dogmática jurídica e na prática jurisprudencial e, indo mais além, produzir efeitos positivos sobre a realidade*”.¹¹

Não há, nessa atividade de interpretação ampliativa, qualquer violação ao princípio da reserva de plenário, conforme já decidiu o E. STF: “*Controle incidente de inconstitucionalidade: reserva de plenário (CF, art. 97). ‘Interpretação que restringe a aplicação de uma norma a alguns casos, mantendo-a com relação a outros, não se identifica com a declaração de inconstitucionalidade da norma que é a que se refere o art. 97 da Constituição.’ (cf. RE 184.093, Moreira Alves, DJ de 5-9-1997).*”¹²

Da mesma forma, o órgão fracionário teria até mesmo competência para estabelecer se a Constituição recepcionou ou não lei anterior à sua promulgação, no caso, eventual declaração

11 BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 337.

12 RE 460.971, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 13-2-2007, Primeira Turma, DJ de 30-3-2007.) No mesmo sentido: ARE 676.006-AgR, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 22-5-2012, Primeira Turma, DJE de 6-6-2012.

de não recepção do art. 461 da CLT, por restrição à norma constitucional mais abrangente. Nesse caso, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a questão se resolve no plano intertemporal e não no da validade da norma.¹³

A interpretação ampliativa da regra inserida no art. 461 da CLT parece ser, pois, a solução que melhor atende aos valores positivados nas normas princípio da Constituição e à necessidade de concretizar, com a maior efetividade possível, o direito à igualdade de tratamento contido no art. 5º da CLT (*"A todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual ..."*), assim como o direito fundamental à isonomia inscrito no inciso XXX, do art. 7º da Lei Maior (*"proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil"*), e nas Convenções

Internacionais 100 e 111 da OIT, ratificadas pelo Brasil e consideradas fundamentais por aquele órgão das Nações Unidas (Declaração de 1998), além de manifestar aderência à vedação do retrocesso social (art. 7º, caput) e à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III).¹⁴

13 Cf. BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*, p. 89. Nesse sentido: "Vê-se, portanto, na linha de iterativa jurisprudência prevalente nesta Suprema Corte e em outros tribunais (RTJ 82/44 – RTJ 99/544 – RTJ 124/415 – RTJ 135/32 – RT 179/922 – RT 208/197 – RT 231/665, v.g.), que a incompatibilidade entre uma lei anterior (como a norma ora questionada inscrita na Lei 691/1984 do Município do Rio de Janeiro/RJ, p. ex.) e uma Constituição posterior (como a Constituição de 1988) resolve-se pela constatação de que se registrou, em tal situação, revogação pura e simples da espécie normativa hierarquicamente inferior (o ato legislativo, no caso), não se verificando, por isso mesmo, hipótese de inconstitucionalidade (RTJ 145/339 – RTJ 169/763). Isso significa que a discussão em torno da incidência, ou não, do postulado da recepção – precisamente por não envolver qualquer juízo de inconstitucionalidade (mas, sim, quando for o caso, o de simples revogação de diploma pré-constitucional) – dispensa, por tal motivo, a aplicação do princípio da reserva de Plenário (CF, art. 97), legitimando, por isso mesmo, a possibilidade de reconhecimento, por órgão fracionário do Tribunal, de que determinado ato estatal não foi recebido pela nova ordem constitucional (RTJ 191/329-330), além de inviabilizar, porque incabível, a instauração do processo de fiscalização normativa abstrata (RTJ 95/980 – RTJ 95/993 – RTJ 99/544 – RTJ 143/355 – RTJ 145/339, v.g.)." (AI 582.280 AgR, voto do Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-9-2006, Segunda Turma, DJ de 6-11- 2006.) No mesmo sentido: RE 495.370-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 10-8-2010, Segunda Turma, DJE de 1º-10-2010.

14 Nesse sentido: TRT – 3ª Região, 02071-2012-109-03-00-8 RO, Setima Turma, Relator(a): Juíza Convocada Martha Halfeld F. de Mendonca Schmidt, Revisor(a): Des. Fernando Luiz G. Rios Neto, publicação 03/10/2014. Também o acórdão cuja ementa segue: EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO. ISONOMIA. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA, AMPLIATIVA, EVOLUTIVA E CONCRETA DA LEI, EM DETRIMENTO DA APLICAÇÃO LITERAL, FORMAL E INFLEXÍVEL DO ARTIGO 461 DA CLT. MUTAÇÃO LEGISLATIVA. APLICAÇÃO CONCOMITANTE DE NORMAS - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAIS, INTERNACIONAIS SUPRALEGAIS E LEGAIS INFRACONSTITUCIONAIS. EFICÁCIA HORIZONTAL OU PRIVADA E MÁXIMA EFETIVIDADE POSSÍVEL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. A isonomia deve se pautar no trabalho de igual valor, em leitura teleológica, ampliativa, evolutiva e concreta da lei, em detrimento da aplicação literal, formal e inflexível do texto do artigo 461 da CLT, sob pena de esvaziar o sentido igualitário privilegiado pela norma. O artigo 461 da CLT deve, pois, ser interpretado à luz da Carta Magna e dos Tratados Internacionais sobre o tema, os quais, versando sobre Direitos Humanos, têm força hierárquica supra legal. Como vem decidindo o E. STF (v.g. HC 87585/TO - Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Julgamento: 03/12/2008, DJE-118, divulg. 25.06.2009), quando aprovados em definitivo pelo Congresso Nacional e promulgados por decreto presidencial, os Tratados Internacionais estão situados hierarquicamente acima das leis, mas abaixo da Constituição Federal, afastando a eficácia da legislação infraconstitucional, quando conflitante. A interpretação do art. 461 da CLT não deve, pois, se atrelar à literalidade da diferença temporal no exercício da função ou ao duvidoso e ultrapassado conceito de "mesma localidade", em autêntica restrição do conceito constitucional e internacional mais amplo de isonomia, mas clama por ampliação para além da mera identidade de tarefas ou de localidade de prestação do trabalho, da diferença de tempo de serviço para o mesmo empregador ou da existência de plano de cargos e salários, os quais devem ser considerados meros parâmetros a serem avaliados diante do caso concreto, sempre inspirados pela leitura do preceituado no artigo 5º, da CLT (*"A todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual ..."*) e no inciso XXX, do artigo 7º da Lei Maior (*"proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil"*), assim como nas Convenções Internacionais 100 e 111 da OIT, ratificadas pelo Brasil e consideradas fundamentais por aquele órgão das Nações Unidas (Declaração de 1998). Os rígidos critérios objetivos traçados pelo artigo 461 da CLT não podem restringir a aplicação das diretrizes constitucional e

4 - Conclusão:

O desenvolvimento da “constitucionalização do direito privado”¹⁵, de um lado, e a evolução do “constitucionalismo global”, de outro, têm felizmente adotado a perspectiva dos direitos humanos como pressuposto. No rico contexto internacional e constitucional, o grande desafio do Judiciário trabalhista, no que toca aos direitos humanos, é

.....
 internacional. Uma releitura de seu vetusto texto se impõe. Não há nisso qualquer violação ao princípio da reserva de plenário, conforme já decidiu o E. STF: "Controle incidente de inconstitucionalidade: reserva de plenário (CF, art. 97). 'Interpretação que restringe a aplicação de uma norma a alguns casos, mantendo-a com relação a outros, não se identifica com a declaração de inconstitucionalidade da norma que é a que se refere o art. 97 da Constituição.' (cf. RE 184.093, Moreira Alves, DJ de 5-9-1997)." (RE 460.971, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 13-2-2007, Primeira Turma, DJ de 30-3-2007.) No mesmo sentido: ARE 676.006-AgR, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 22-5-2012, Primeira Turma, DJE de 6-6-2012. A jurisprudência do Excelso STF admitiria até mesmo a declaração de não recepção, por órgão fracionário, pelo texto constitucional de lei anterior à sua promulgação, resolvendo-se a questão no plano intertemporal e não no da validade da norma: "a incompatibilidade entre uma lei anterior ... e uma Constituição posterior (como a Constituição de 1988) resolve-se pela constatação de que se registrou, em tal situação, revogação pura e simples da espécie normativa hierarquicamente inferior (o ato legislativo, no caso), não se verificando, por isso mesmo, hipótese de inconstitucionalidade" (AI 582.280 AgR, voto do Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-9-2006, Segunda Turma, DJ de 6-11-2006.) No mesmo sentido: RE 495.370-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 10-8-2010, Segunda Turma, DJE de 1º-10-2010. (TRT da 3.ª Região; Processo: 01643-2012-019-03-00-0 RO; Data de Publicação: 08/08/2014; Órgão Julgador: Setima Turma; Relator: Convocada Martha Halfeld F. de Mendonca Schmidt; Revisor: Fernando Luiz G. Rios Neto; Divulgação: 07/08/2014. DEJT/TRT3/Cad.Jud. Página 213). Em sentido semelhante, já se manifestara a Quarta Turma do TRT Regional: TRT da 3.ª Região; Processo: 01786-2012-098-03-00-4 RO; Data de Publicação: 21/10/2013; Órgão Julgador: Quarta Turma; Relator: Convocada Martha Halfeld F. de Mendonca Schmidt; Revisor: Convocada Maria Cristina Diniz Caixeta; Divulgação: 18/10/2013. DEJT. Página 150.

15 SARLET, Info Wolfgang. Notas Introdutórias – 1ª edição, in “Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado”, org. Ingo Wolfgang Sarlet, 3ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 9.

extrair a máxima eficácia possível dos preceitos garantidores das liberdades civis e dos direitos sociais fundamentais. Essa é uma das mais importantes funções políticas do Poder Judiciário.¹⁶

A respeito da evolução jurisprudencial constitucional e das funções do juiz na sociedade atual, extrai-se significativa passagem do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello no célebre Recurso Extraordinário 466.343-1:

A interpretação judicial desempenha um papel de fundamental importância, não só na revelação do sentido das regras normativas que compõem o ordenamento positivo, mas, sobretudo, na adequação da própria Constituição às novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam a sociedade contemporânea. Daí a precisa observação de FRANCISCO CAMPOS (“Direito Constitucional”, vol. II/403, 1956, Freitas Bastos), cujo magistério enfatiza, corretamente, que, no poder de interpretar os

.....
 16 Em seu voto no Recurso Extraordinário 466.343-1, o Ministro Celso de Mello registrou, a propósito, que o Poder Judiciário constitui o instrumento concretizador das liberdades civis, das franquias constitucionais e dos direitos fundamentais assegurados pelos tratados e convenções internacionais subscreitos pelo Brasil. Essa alta missão, que foi confiada aos juízes e Tribunais, qualifica-se como uma das mais expressivas funções políticas do Poder Judiciário. (...) É dever dos órgãos do Poder Público – e notadamente dos juízes e Tribunais – respeitar e promover a efetivação dos direitos garantidos pelas Constituições dos Estados nacionais e assegurados pelas declarações internacionais, em ordem a permitir a prática de um constitucionalismo democrático aberto ao processo de crescente internacionalização dos direitos básicos da pessoa humana.

textos normativos, inclui-se a prerrogativa judicial de reformulá-los, em face de novas e cambiantes realidades sequer existentes naquele particular momento histórico em que tais regras foram concebidas e elaboradas. Importante rememorar, neste ponto, a lição desse eminente publicista, para quem “O poder de interpretar a Constituição envolve, em muitos casos, o poder de formulá-la. A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos RE 466.343 / SP de aplicá-la (...). Nos Tribunais incumbidos da guarda da Constituição, funciona, igualmente, o poder constituinte.

O juiz não tem mais o simples papel de “bouche de la loi”¹⁷, nem deve se reprimir doravante em papel passivo de aplicação estrita da lei, mas tem função de boca interpretativa (“boca criativa”) do seu caráter polissêmico, no contexto do direito vivo. Nos dizeres do Procurador Geral junto à Corte de Cassação francesa, em novembro de 2011, “Foi-se o tempo em que os controles de normatividade encontravam sua plena expressão na rigorosa e confortável estrutura piramidal da hierarquia kelseniana das normas.”¹⁸

17 A expressão vem de Montesquieu, em “O Espírito das Leis” (1748), quem assim definia a atividade do juiz: “Os juízes da nação não são mais do que a boca que pronuncia as palavras da lei, são seres inanimados, que não podem moderar nem a sua força, nem o seu rigor.” O Código Civil napoleônico de 1804 também enquadrava rigorosamente a atividade do juiz, em seu artigo 5º: “é defeso aos juízes pronunciar por disposição geral e regularmentar sobre os casos que lhes são submetidos”.

18 Discurso de Jean-Claude Marin, intitulado “Le juge est-il toujours la bouche de la loi ?” (O juiz é ainda a boca da lei?), na Conferência-debate “Club du Châtelet”, em 23 novembro de 2011. Disponível em http://www.paris.notaires.fr/sites/default/files/club_du_chatelet_novembre_2011_discours

Nesse ponto, os métodos da hermenêutica constitucional contemporânea e a visão pós-positivista e neoconstitucionalista levam a produzir interpretações inovadoras e com maior grau de efetividade do ponto de vista da concretização dos direitos fundamentais sociais-trabalhistas.

No que toca à aplicação do princípio da não discriminação em matéria de salário, defende-se a adoção conjunta das perspectivas infraconstitucional, constitucional e internacional, de modo sistêmico e dinâmico, na insegura e estimulante articulação dos diferentes controles de fundamentalidade. A interpretação está mais do que nunca no coração do ofício jurisdicional!

5 – Referências bibliográficas

- 1 – BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- 2 - BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros: São Paulo, 2010.
- 3 – CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed., 10ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.
- 4 – MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Augusto Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. rev. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2008.
- 5 - OIT. *Direito Internacional do Trabalho e Direito Interno: manual de Formação para Juízes, Juristas e Docentes em Direito*. Editado

.....
de jean-claude marin le juge est-il toujours la bouche de la loi discours.pdf, acesso em 05/10/2014.

por Xavier Beaudonnet. Turim: Centro Internacional de Formação da OIT. Edição para a Língua Portuguesa pela ANAMATRA, 2011.

6 - SARLET, Ingo Wolfgang. Notas Introdutórias – 1ª edição, *in* *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, org. Ingo Wolfgang Sarlet, 3ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

Sítios Internet:

www.conseil-constitutionnel.fr

<http://exame.abril.com.br>

www.ilo.org

www.legifrance.fr

www.oitbrasil.org

www.paris.notaires.fr

www.trt3.jus.br

www.stf.jus.br

Entre Juiz de Fora e Belo Horizonte-MG,
primavera de 2014.