

Hipótese de desequiparação remuneratória por falta de registro formal do paradigma e outros fatores de *discrímen* sem nexu lógico, em afronta ao Constitucionalismo Contemporâneo

Raimar Machado¹

1. INTRODUÇÃO

Este comentário de jurisprudência procura verificar, de modo sistemático, o confronto que se estabelece entre o artigo 461, caput e § 1º, da CLT² e a norma constitucional assecuratório do Direito Fundamental da Igualdade,^{3,4} levando-se em conta que a equivalência remuneratória deve sempre decorrer, basicamente, da existência de trabalho “de igual valor”. Assenta-se em decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, Processo TRT-PR-33184-2008-016-09-00-6 (RO)⁵, no qual é indeferido o pedido de equiparação salarial com paradigma contratado por interposta pessoa, prestadora de serviços, para exercer, para o mesmo tomador, tarefas alegadamente idênticas as desempenhadas pela reclamante.

No texto jurisprudencial examinado, o fundamento para o indeferimento

¹ Advogado, Doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo. Pós-Doutor pela Università degli Studi Roma Tre, Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da UNISC. Coordenador do grupo de estudos Princípios do Direito Social, vinculado a linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo da UNISC. Conselheiro Membro da Comissão de Direito Social do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil

² 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

³³ 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:

⁴ Observe-se que nenhum dos “termos” ou condições estabelecidas para a plena eficácia da norma constitucional está representado nas restrições que a legislação ordinária impõe, como hipotéticos fatos impeditivos ao atingimento do direito à isonomia.

⁵ Acórdão transcrito ao final

do pedido consistiu no fato de areclamante ter obtido a declaração de seu vínculo de emprego, frente ao réu, em sentença proferida no mesmo processo no qual pleiteava a equiparação remuneratória. Oreconhecimento de tal vínculo fez pressupor uma pactuação distinta daquela que envolvia a demandada e o paradigma, embora faticamente ambas as situações fossem idênticas

Importante salientar que o acórdão examinado, como outras tantas decisões tomadas por nossos pretórios trabalhistas em matéria semelhante, sequer adentrou no exame da ilegalidade da relação contratual do paradigma frente a interposta pessoa, no caso a empresa prestadora de serviços, mesmo após ter constatado cabalmente que o reclamado agia em fraude à lei em relação à reclamante, por tê-la contratado indevidamente através de um pacto de terceirização.

A decisão examinada simplesmente deixa de apreciar o pedido de equiparação, ao deparar-se com a constatação de que, por força de provimento declaratório no mesmo processo, o empregador formal de reclamante e paradigma tornaram-se, então, distintos: o empregador do reclamante passou a ser o próprio tomador dos serviços e a empregadora do paradigma continuou sendo, formalmente, a empresa prestadora.

Sendo assim, o acórdão constatou, em relação à reclamante, que era *nítida, portanto, a utilização fraudulenta de mão-de-obra, tendo o contrato de emprego sido mascarado por supostos contratos de terceirização de serviços, o que leva ao reconhecimento de vínculo de emprego com o Banco Itaú S.A*

Já ao examinar a similitude entre o trabalho da reclamante e o do paradigma, diz o órgão julgador que *nesse passo, temos que a pretensão inicial da autora deve ser julgada improcedente, pois nenhum dos paradigmas indicados na inicial era empregado do Banco Itaú S.A.. Repiso que a identidade de empregador é um dos requisitos essenciais para o reconhecimento de equiparação salarial, o que não se verifica nos autos, já que (...) o Sr. Carlos de Oliveira (era), empregado da ré Servigel.*

2. UMA RELAÇÃO CONTRATUAL ESTABELECIDA NOS MESMOS MOLDES DE OUTRA, DECLARADA FRAUDULENTA, SERÁ TAMBÉM FRAUDULENTA, POR DECORRÊNCIA LÓGICA

Diante da alegação de identidade de funções entre reclamante e modelo, bem como da constatação de que a forma como era exercida a atividade da reclamante induzia à conclusão de fraude à lei e vínculo direto com o reclamado, não haveria como, logicamente, deixar-se de ver, ou ao menos de perquirir, a existência defraude também na relação contratual integrada pelo próprio paradigma.

Houve claramente, no exemplo examinado, o prestigiamento da forma em detrimento da realidade, bem como a inobservância do imperativo trazido pelo artigo 9º. da Lei Consolidada.⁶

Não é raro vermos pedidos de equiparação salarial entre trabalhador empregado e trabalhador contratado sob formalidades distintas daquelas próprias do contrato de emprego, especialmente como pessoa jurídica, firma individual, trabalhador autônomo ou através de empresa prestadora de serviços, dentre outras modalidades imaginativas que desfiguram a verdadeira relação mantida frente ao contratante, de trabalho pessoal, subordinado, habitual e por conta alheia. Em tais casos, muitas vezes o próprio equiparando desconhece a situação formal do paradigma, frente ao tomador de seus serviços.

A rigor, bastaria que pegássemos aqui o já consagrado princípio da primazia da realidade, para percebermos que tais estipulações contratuais contradizem, muitas vezes, a essência daquelas pactuações formais, nas quais o beneficiário do trabalho alheio busca, prioritariamente, a economia representada pela sonegação das chamadas obrigações sociais decorrentes da vinculação empregatícia.

No entanto, o paradoxo a ser examinado reside no fato de que, nos pedidos de equiparação, tendo-se por paradigma um trabalhador lesado pela modalidade contratual imprópria, o equiparando (autor) não terá, obviamente, legitimidade para pretender a declaração da existência da relação de

⁶Art. 9º – Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

emprego daquele, senão de forma incidental, visto tratar-se, aqui, de um direito de terceiro (modelo), só atingível por iniciativa deste próprio.

Fica, assim, bem definida a questão: O empregador não reconhece o vínculo empregatício do paradigma e este, embora laborando sob todos os pressupostos da relação de emprego, não toma a iniciativa da ação declaratória que seria cabível. O equiparando, por sua vez, verificando que faticamente seu trabalho é de igual valor ao do paradigma, e ainda, que tal trabalho é exercido frente ao mesmo empregador de fato, sem nenhum outro óbice⁷ que não o da formalidade contratual espúria, vê seu pedido julgado improcedente por ter apontado, como modelo, um modelo contratado “por outro empregador” ou sob outro estatuto jurídico.

Muito embora a temática da equiparação salarial já tenha gerado tendência jurisprudencial no sentido da exigibilidade de reconhecida vinculação empregatícia tanto do equiparando quanto do paradigma, é um equívoco permitir-se que o empregador se veja eximido de observar o princípio constitucional da isonomia pelo fato de já ter, anteriormente, descumprido a lei, ao deixar de reconhecer a vinculação de emprego faticamente existente.

Em tais casos, a jurisprudência não pode servir para engessar uma compreensão meramente formal da matéria posta, impedindo o advento de uma nova jurisprudência, baseada na substância da pactuação e estabelecida à luz de normas e princípios de superior hierarquia, como é o caso do comando contido no art.5o. que em seu caput já declara que *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.* (grifo nosso)

Ainda que o artigo 9º. da Consolidação da Leis do Trabalho não fosse suficiente para estabelecer a nulidade de estipulações formais que visam fraudar a lei trabalhista, ainda assim não restaria dúvida quanto a nulidade

⁷ A CLT estabelece três óbices à equiparação, quais sejam: tempo de serviço superior a dois anos; existência de quadro de carreira prevendo promoções por critérios de antiguidade e merecimento; paradigma que tenha sido readaptado em razão de deficiência física ou mental.

daquelas pactuações fraudulentas, nos casos em que presentes os elementos caracterizadores da vinculação de emprego. Tal nulidade decorreria, pura e simplesmente, da gritante afronta à norma constitucional supra transcrita.

3.POSSIBILIDADES OFERECIDAS PELO SISTEMA NORMATIVO PARA A SOLUÇÃO DO PARADOXO APARENTE

O problema posto resume-se no seguinte: Qual o caminho lógico para a superação deste aparente óbice formal, representado pelo fato de o legitimado para a propositura de ação declaratória de vinculação de emprego em favor do paradigma inerte ser, exclusivamente, este próprio, quando tal declaração se torna condição fundamental para o reconhecimento do direito à equiparação salarial pretendida por outrem?

Entendemos aqui que, tendo o julgador verificado, incidentalmente, estarem presentes elementos que indicam a existência de relação de emprego não reconhecida, entre o paradigma apontado e o demandado, dentro da ação de equiparação proposta por outrem, poderá declarar, também incidentalmente, a natureza desta relação contratual, em respeito ao princípio da primazia da realidade e evitando-se que um desrespeito à lei (o não registro do paradigma) sirva de justificativa para outro ilícito, qual seja, a quebra, em prejuízo do equiparando, do tratamento isonômico constitucionalmente determinado.

Tal situação fica patente, no acórdão examinado, no qual a relação de emprego entre o equiparando e o reclamado fora declarada existente, cabendo então, pura e simplesmente, a verificação da ocorrência da mesma fraude à lei, em relação ao próprio modelo.

Aqui, caberia a adoção de fórmula sincrética e da simplicidade própria do processo laboral, permitindo-se que a declaração pudesse decorrer de ofício ou a pedido do equiparando, na busca do provimento declaratório, face a pretensão deduzida conjuntamente com a de natureza condenatória em relação às diferenças remuneratórias, sendo curial que esta cumulação de lides não afrontaria a sistemática processual trabalhista.

Nada obstará, tampouco, que tal provimento declaratório decorresse de ação declaratória incidental propriamente dita, dentro da forma trazida pelo estatuto de aplicação subsidiária, qual seja, o Código de Processo Civil. Relevante lembrar que, no caso em exame, ser ou não ser, o paradigma, empregado do réu, apresentar-se-ia, na ação de equiparação, *como ponto duvidoso na discussão da questão principal (equiparação)*⁸. A discussão incidental poderia ser proposta, desde logo, pelo próprio equiparando, em ação específica e independente, como propõe a doutrina majoritária, para casos assemelhados.

4.ELEMENTOS POSSIBILITADORES DA CONSTATAÇÃO INDICIÁRIA DA RELAÇÃO DE EMPREGO RELATIVA AO PARADIGMA, PARA FINS DE DECLARAÇÃO INCIDENTAL

Na hipótese sob análise, temos, portanto, o caso de dois trabalhadores (equiparando e paradigma), alegadamente exercentes das mesmas funções, com remunerações distintas. Posteriormente o equiparando teve sua relação de emprego declarada frente a outra empresa que não a formal empregadora do paradigma, o qual, por inércia própria, permaneceu vinculado com a prestadora de serviços.

Entendemos que, em tal situação, ao contratar um empregado para a execução de dada tarefa, fica o empregador impedido de, concomitantemente, contratar outro trabalhador, sob estatuto jurídico distinto, para a execução de trabalho idêntico, sendo isto uma decorrência quase óbvia do Princípio da Igualdade alçado à hierarquia de Direito Fundamental.

Decorre daí que a contratação de trabalhador nos moldes da vinculação empregatícia age, aqui, como um reconhecimento tácito de que tal atividade deve ser exercida por trabalhador empregado, razão pela qual não haverá fundamento para que o mesmo trabalho seja feito também por outras pessoas físicas, sobmodalidade contratual de natureza diversa.

⁸ Leciona Ada Pellegrini Grinover que [...] questões prejudiciais são questões relativas a outros estados ou relações jurídicas, que não dizem respeito à relação jurídica controvertida, mas que, podendo, *de per se*, ser objeto de um processo independente, apresentam-se naquele determinado processo apenas como ponto duvidoso na discussão da questão principal.

Some-se aqui que, caso fosse isto necessário, haveria ainda a possibilidade de verificação, no caso concreto, dos elementos confirmadores da existência da relação empregatícia, sobrepondo-se estes à formalidade contratual ilícita, tomando-se por base as características advindas do plano fático⁹.

Vale dizer que a contratação concomitante de trabalhadores, como empregado e como não empregado, para as mesmas tarefas, consiste, nestes casos, em um desrespeito ao Princípio da Igualdade, em prejuízo de ambos: Do empregado, por não lhe ser garantida a mesma remuneração do paradigma e, do paradigma, por não lhe ser reconhecido o mesmo direito à contratação formal de emprego.

Tal fator, por si só, permitiria desde logo a declaração incidental de que, tanto quanto o empregado, o paradigma também figuraria como polo de uma relação de emprego, frente ao mesmo empregador

Cabe lembrar aqui que, historicamente, a formalidade contratual nunca foi impeditivo para o deferimento de um direito laboral, e, especialmente, para o reconhecimento do direito à isonomia remuneratória. Esta indevida limitação exegética é, por assim dizer, recente¹⁰. Valia, desde os primórdios do que se entende por Direito do Trabalho, o conceito de Justiça segundo o

⁹ CLT, artigo 3., em consonância com o princípio da primazia da realidade, estabelece que se considera empregado *toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário*. A presença destes elementos permitiria a declaração incidental da existência de relação empregatícia, entre o modelo e o reclamado, em ação na qual se busque a equiparação salarial.

¹⁰ Cronologicamente: Em 1919, em seu art. 427, o Tratado de Versalhes apregoava o princípio do "salário igual, sem distinção de sexo, para trabalho igual em quantidade e qualidade". A Constituição brasileira de 1934, em seu art.121, § 1º, alínea *a*, já proibia a diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil. A Consolidação das Leis do Trabalho, DL 5452 de 1o. de maio de 1943, em seu artigo 5o. estabelece que para todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo.

Ainda, de forma redundante, a mesma Consolidação afirma que a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade" (art. 461, caput). A Constituição da OIT (redigida em 1946 para vigência a partir de 20 de abril de 1948), estabelece como princípio que, *para igual trabalho deverá haver mesmo salário*

.A Declaração Universal dos Direitos Humanos, que data de 1948, defende o primado da isonomia ao afirmar que "Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho." (art. XXIII – 2).Este postulado das Nações Unidas foi aceito e adotado pelo Brasil na mesma época de sua edição

Cabe lembrar ainda, no mesmo sentido, a Convenção n. 100 da OIT, que data de 1951, vigente no Brasil desde 25 de abril de 1958, na forma do Decreto 41.721/1957, lembrando sempre o conceito de igual remuneração para trabalho de igual valor.

qual, para trabalho substancialmente igual em qualidade e quantidade, deveria corresponder igual remuneração.

5. UMA NOVA CONCEITUAÇÃO PARA A EQUIPARAÇÃO SALARIAL, AJUSTADA ÀS EXIGÊNCIAS DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

É provável que o paradoxo aqui examinado decorra, desde logo, da definição clássica do que seja a equiparação salarial.

Em inúmeros tratados, esta apresenta-se como um conceito de direito a igual salário, decorrente da identidade de função entre equiparando e seu modelo, frente ao mesmo empregador, na mesma localidade. Acresça-se, no Brasil, a exigência de mais um pressuposto para a sua configuração, qual seja, a diferença de tempo de serviço não superior a dois anos, na função.

Percebe-se desde logo que as expressões aqui utilizadas, tais como *salário* e *empregador*, remetem a uma ideia de contratos formais de emprego em relação ao paradigma e ao equiparando, ao passo em que, por exigência constitucional, deveríamos lidar com os conceitos de *igual remuneração* e de *contratante*, o que dispensaria, desde logo, a necessidade de aferir-se a condição formal de empregado, em relação ao equiparando ou paradigma, para o deferimento do direito a idêntica remuneração em favor daquele que viesse a ser discriminado.

Propomos, aqui, um conceitoharmonizado com o Direito Fundamental da Igualdade, dentro do moderno constitucionalismo: *a equiparação remuneratória corresponde ao direito à igual remuneração, em favor do trabalhador exercente de função substancialmente idêntica àquela prestada por outrem, para o mesmo contratante, na mesma localidade, com igual produtividade e perfeição técnica, não importando a formalidade contratual adotada em relação ao modelo e tampouco a diferença de tempo na função, entre ambos.*

A aceitação desta proposição conceitual, longe de consistir em uma mera abstração semântica, desvincularia o direito à equiparação da

obrigatoriedade de prévio reconhecimento formal da condição de empregado do paradigma.

Observe-se que a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho brasileiro já se dirige para a ideia de relação substancial, em detrimento da forma contratual, quando, em sua Súmula 6, III, dispõe que a equiparação salarial só será possível se o empregado e o paradigma exercerem a mesma função, desempenhando as mesmas tarefas, *não importando se os cargos têm, ou não, a mesma denominação*¹¹.

É claro que todo este esforço no sentido de garantir a primazia da realidade sobre a forma não poderia, em desfavor do empregado, sucumbir, por força de um mero mascaramento da relação de emprego, através de uma formalidade contratual que não corresponde a sua substância.

Assim sendo, a falta de registro formal do paradigma, frente aquele que se mostra seu real empregador, também não pode servir de óbice para a equiparação pretendida.

5. DA PRETENSÃO DE COMPENSAÇÃO DO PREJUÍZO REMUNERATÓRIO DO EQUIPARANDO, EM RAZÃO DOS DIREITOS SOCIAIS QUE, NA ESTEIRA DO VÍNCULO DE EMPREGO, FORAM ATENDIDOS

É usual o entendimento segundo o qual o fato do equiparando receber salário inferior ao do modelo não empregado é compensado por lhe terem sido atendidas as chamadas obrigações sociais do contrato, por força do registro formal deste, diferentemente da situação do próprio paradigma, pois este continuaria sendo visto pelo tomador de seus serviços, formalmente, como não empregado.

Tal argumento não resiste a uma primeira análise. O prejuízo remuneratório sofrido pelo trabalhador discriminado e sua aparente vantagem decorrente do reconhecimento de seu verdadeiro regime contratual, são temas de naturezas diversas, não compensáveis.

Por outro lado, trata-se aqui de matéria de ordem pública, posto que o

¹¹ III - A equiparação salarial só é possível se o empregado e o paradigma exercerem a mesma função, desempenhando as mesmas tarefas, não importando se os cargos têm, ou não, a mesma denominação. (ex-OJ da SBDI-1 nº 328 - DJ 09.12.2003)

não reconhecimento da vinculação empregatícia, fator que alegadamente estaria a permitir maior remuneração em favor do modelo, não pode servir de fundamento para justificar prejuízos em diversas esferas públicas, exemplificando-se desde logo com as de natureza tributária e previdenciária.

Resta inaceitável que o contratante economize nos custos obrigatórios decorrentes da relação de emprego, para justificar a maior remuneração que paga ao modelo não reconhecido como empregado e, em contrapartida, justifique a menor remuneração paga ao equiparando pelo facto de, neste caso, arcar com aqueles mesmos custos. O empregador estaria, aqui, utilizando, para fins de negócio, aquilo que não lhe pertence.

Na medida em que o Poder Judiciária venha a acolher semelhante tese, estará avalizando a transformação, em salário, daqueles valores que, por direito, pertenceriam ao Estado. É pior, aceitando que um trabalhador ganhe remuneração inferior pelo facto de, no seu caso específico, o contratante ter decidido, excepcionalmente, cumprir com a legislação fiscal, previdenciária e trabalhista.

6. CONCLUSÃO

Concluimos ser cabível a declaração incidental de vínculo empregatício entre o paradigma e o beneficiário de seus serviços, nos moldes aqui defendidos,.

Também cabível, para o caso sob exame, tomar-se por base a plena eficácia normativa do dispositivo constitucional garantidor do Direito Fundamental da Igualdade, pelo que dispensar-se-ia desde logo o exame do conteúdo normativo regulamentar, infraconstitucional, desnecessário à solução do litígio, posto que não se admite, dentro do sistema normativo nacional, um tratamento diferenciado para situações faticamente idênticas, especialmente no plano do direito laboral.

Tomando-se por base a ideia de discriminação ilícita como sendo uma desigualdade de tratamento sem nexos lógicos, teríamos que, pelo facto de equiparando o paradigma e o beneficiário terem prestado o mesmo trabalho para o mesmo empregador restaria autorizada, desde logo, a incidência do art. 5º.

da Constituição Federal vigente, garantindo-se a isonomia remuneratória, independentemente de outros pressupostos que, por não guardarem relação com o comando constitucional e tampouco com a lógica, são evidentemente inconstitucionais. Neste ponto, valer perquirir acerca da presença de elementos demonstradores da ilicitude da desequiparação, com base no conceito de discriminação ilícita trazido pela Convenção 111¹² da Organização Internacional do Trabalho¹³, a qual nos oferece um rol meramente exemplificativo de fatores de *discrímem*, aos quais acrescentaríamos os vícios formais de contratação e outros impeditivos sem nexos lógicos, como por exemplo, a diferença de tempo de serviço entre equiparando e modelo, desde que superior a dois anos, pois é evidente que estes fatores cronológicos e formais não implicariam nunca em uma obrigatória diferenciação concreta no modo de execução do trabalho.

ANEXO

TRANSCRIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

TRT-PR-33184-2008-016-09-00-6 (RO)

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de RECURSO ORDINÁRIO, provenientes da MM. 16ª VARA DO TRABALHO DE CURITIBA - PR, sendo Recorrentes PASS ASSOCIAÇÃO DE ASSISTÊNCIA A SAÚDE, BANCO ITAU S.A. e DANIELA HIROMI IAMAQUI (RECURSO ADESIVO) e Recorridos OS

¹²Artigo 1.º

(1) Para os fins da presente Convenção, o termo «discriminação» compreende:

a) Toda a 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 oportunidades de tratamento em matéria de emprego ou profissão;

¹³Nos filiamos à corrente doutrinária que entende serem meramente exemplificativos os fatores de discriminação previstos na Convenção 111

MESMOS e SERVIGEL SERVIÇOS ESPECIALIZADOS S/S LTDA..**I. RELATÓRIO**

Inconformadas com a sentença proferida pela Exma. Juíza Érica YumiOkimura (fls. 500/509), complementada pela decisão resolutive de embargos declaratórios (fls. 515), que acolheu parcialmente os pedidos formulados na petição inicial, recorrem a ré Pass Associação de Assistência à Saúde, o Banco Itaú S.A. e a autora a este Tribunal.

Os réus, em peça conjunta, postulam a reforma do julgado quanto aos itens: a) nulidade por cerceamento de defesa - indeferimento de pergunta; b) vínculo empregatício com a ré PASS; c) equiparação; d) jornada - prova dividida; e) intervalo intrajornada; e f) indenização por dano moral (fls. 516/525).

Comprovados o depósito recursal e o recolhimento das custas processuais às fls. 517-518.

Contrarrazões apresentadas pela autora às fls. 530/540.

A autora postula a reforma do julgado quanto aos itens: a) comunicações dos atos processuais; b) vínculo único entre recorrente e a primeira ré - Banco Itaú - dos demais direitos renegados; c) reconhecimento de vínculo com a segunda ré - PASS - da extensão dos direitos concedidos aos empregados da segunda ré; d) salário "in natura" alimentação - ofensa ao art. 458 da CLT - contrariedade à Súmula 241 do C. TST; e) equiparação salarial; f) jornada de trabalho - condição de bancário; g) jornada de trabalho - da aplicação do princípio da condição contratual mais benéfica; h) horas extras e reflexos - ofensa ao art. 74, § 2º, da CLT - aplicabilidade da Súmula 338 do C. TST; i) horas extras e reflexos; j) intervalo intrajornada; k) das extraordinárias pelo ferimento do art. 384 da CLT; l) indenização por danos morais - valores compatíveis com a ofensa; m) honorários advocatícios; n) correção monetária - época própria; o) indenização - juros compensatórios; p) indenização art. 186 e 924 CC - do IRRF e INSS - mês e mês - indenização; q) indenização por perdas e danos; r) dedução - compensação pela totalidade (fls. 542/595).

Contrarrazões apresentadas pelo réu Banco Itau S.A. às fls. 602/617 e pelo réu Servigel Serviços Especializados S/S Ltda. às fls. 619/628.

Apesar de devidamente intimada, a ré Pass Associação de Assistência à Saúde não apresentou contrarrazões.

Foi atribuído à causa o valor de R\$ 20.000,00 (fl. 33), superior a dois salários mínimos na data do ajuizamento da ação, circunstância que afasta a hipótese da alçada a que se refere o § 4º do art. 2º da Lei nº 5.584/70.

Desnecessária a remessa dos autos à Procuradoria Regional do Trabalho (art. 20 da Consolidação dos

Provimentos da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho e art. 45 do Regimento Interno deste Tribunal).

II. FUNDAMENTAÇÃO

1. ADMISSIBILIDADE

O recurso da ré Pass Associação de Assistência à Saúde e do Banco Itaú S.A. preenche todos os requisitos extrínsecos de admissibilidade: a) representação processual à fl. 238 (procuração) e fl. 245 (substabelecimento) e à fl. 243 (procuração) e fl. 245 (substabelecimento), respectivamente; b) tempestividade: decisão publicada no dia 18/08/2009 (Súmula nº 197 do C. TST - fl. 476, fl. 481) e recurso interposto no dia 26/08/2009 (fl. 516) e c) depósito recursal e custas recolhidas no dia 26/08/2009 (fls. 517/518), no valor de R\$5.622,00 e R\$200,00, respectivamente.

As contrarrazões da autora preenchem os requisitos extrínsecos de admissibilidade: a) representação processual à fl. 34; e b) tempestividade: intimação da interposição de recurso publicada no dia 05/10/2009 (fl. 527) e contrarrazões protocolizadas no dia 06/10/2009 (fl. 530).

O recurso interposto pela autora preenche todos os requisitos extrínsecos de admissibilidade: a) representação processual à fl. 34; b) tempestividade: decisão de embargos de declaração publicada no dia 05/10/2009 (fl. 527) e recurso interposto no dia 06/10/2009 (fl. 542) e c) desnecessário o preparo recursal, porque as custas foram imputadas aos réus (fl. 509).

As contrarrazões protocolizadas pelo Banco Itaú S.A. preenchem os requisitos extrínsecos de admissibilidade: a) representação processual à fl. 243 (procuração) e fl. 245 (substabelecimento); e b) tempestividade: intimação da interposição de recurso publicada no dia 26/10/2009 (fl. 597) e contrarrazões protocolizadas no dia 03/11/2009 (fl. 602).

As contrarrazões ofertadas pelo réu Servigel - Serviços Especializados S/S Ltda. também preenchem os requisitos extrínsecos de admissibilidade: a) representação processual à fl. 261; e b) tempestividade: intimação da interposição de recurso publicada no dia 26/10/2009 (fl. 597) e contrarrazões protocolizadas no dia 03/11/2009 (fl. 619).

*Presentes os pressupostos legais de admissibilidade, **CONHEÇO** dos recursos ordinários interpostos, assim como das respectivas contrarrazões.*

2. PRELIMINAR

COMUNICAÇÕES DOS ATOS PROCESSUAIS

A parte autora requer nas razões de seu apelo (fl. 544) que as comunicações processuais sejam feitas na pessoa do advogado Marcio Jones Suttile, OAB/PR 25.665, e,

nas contrarrazões (fl. 532), que sejam realizadas na pessoa do advogado JosielVaciski Barbosa, OAB/PR 22.898.

Faço constar, de plano, que o pedido efetuado no recurso encontra-se prejudicado em vista daquele efetuado em contrarrazões. De qualquer forma, a Secretaria já vinha intimando o autor por meio do advogado JosielVaciski Barbosa, OAB/PR 22.898, como se verifica da fl. 527.

Todavia, fica a parte ciente que as intimações podem ser realizadas em nome de quaisquer dos procuradores regularmente constituídos no feito, sendo inviável fazer distinção onde a legislação não o fez, o que não gera, em hipótese alguma, nulidade do ato.

3. MÉRITO

RECURSO ADESIVO DE DANIELA HIROMI IAMAVAQUI (ANÁLISE PREFERENCIAL)

VÍNCULO ÚNICO ENTRE RECORRENTE E A PRIMEIRA RÉ - BANCO ITAÚ - DOS DEMAIS DIREITOS RENEGADOS

Na inicial, a autora postulou a nulidade do contrato firmado com a ré Servigel Serviços Especializados S/S Ltda. e o reconhecimento de vínculo de emprego com o Banco Itaú S.A., no período de 12/07/2004 a 31/10/2006 e, sucessivamente, com a ré Pass Associação de Assistência à Saúde (fls. 04/06).

A sentença, entendendo que a autora não trabalhava nas dependências do banco e muito menos desempenhou atividades típicas de bancária, rejeitou o pedido principal e acolheu o pedido sucessivo, reconhecendo a existência de vínculo de emprego diretamente com a ré Pass (fl. 502).

A autora recorre, argumentando que era subordinada ao Sr. Ladyr, que era empregado do banco, e que o mero fato de não exercer atividades típicas de bancário não possui o condão de afastar o pedido de reconhecimento de vínculo de emprego com o banco. Requer seja reconhecida a sua condição de bancária e o pagamento de todos os benefícios previstos nos ACT's (fls. 544/550).

Analiso.

No depoimento pessoal, a autora declarou que estava subordinada ao Sr. Ladir, que era empregado do banco, que inclusive controlava a sua jornada:

"(...) 4) que a reclamante respondia ao Sr. Ladir, funcionário do 1º réu; (...); 10) que os dias eram corretamente anotados nos controles, mas os horários não, por determinação dos Srs. Ladir e Juracy; (...); 19) que o horário de trabalho da depoente era controlado pelo Sr. Ladir; (...); 22) que as horas extras deveriam ser anotadas numa planilha do excel para controle do Sr. Ladir e posterior compensação, embora a compensação nunca

tenha ocorrido (...)" (fls. 176/177).

Embora o banco tenha negado que o Sr. Ladir fosse seu empregado, tanto o depoimento do preposto da ré Pass quanto as testemunhas ouvidas, confirmaram que o Sr. Ladir era empregado do banco:

"1) que Ladir e Juracy são funcionários do 1º réu (...)" (depoimento do preposto da ré Pass, fl. 477)

"(...) 5) que depoente e reclamante respondiam ao Sr. Ladir; (...); 18) que Ladir era funcionário do 1º réu; 19) que no caso de dúvidas no dia-a-dia a autora se reportava ao Sr. Ladir; 20) que era o Sr. Ladir quem fazia a distribuição das tarefas dizendo que não havia ninguém da 3ª reclamada com tal incumbência; (...); 24) que havia distintas tabelas considerando os distintos convênios, sendo que haviam casos de exceção que deveriam ser deliberados pelo Sr. Ladir (...)" (Sr. Carlos de Oliveira, ouvido a convite da autora, fls. 478/479)

"(...) 5) que a autora tinha como chefe o Sr. Ladir, empregado do 1º réu; (...)" (Sra. LiemarRemontiBessani, ouvida a convite do banco, fl. 480)

Indene de dúvidas, portanto, que a autora estava subordinada ao Banco Itaú, que não nega ter-se beneficiado do trabalho da autora. De outro modo, a prestação de serviços em prol do réu foi comprovada pelo depoimento da testemunha inquirida a convite do banco:

"(...) 20) que os usuários são os funcionários do banco e dependentes e que portanto clientes do banco não podem ser usuários da 2ª reclamada (...)" (Sra. LiemarRemontiBessani, fl. 480)

Nítida, portanto, a utilização fraudulenta de mão-de-obra, tendo o contrato de emprego sido mascarado por supostos contratos de terceirização de serviços, o que leva ao reconhecimento de vínculo de emprego com o Banco Itaú S.A., nos moldes da Súmula 331, I, do C. TST e art. 9º da CLT. Aliás, cabe mencionar que nem sequer consta dos autos o contrato firmado entre a ré Servigel e a Pass, mas tão somente contrato de prestação de serviços de limpeza e serviços gerais firmado pelo Banco Itaú S.A. com a ré Servigel (fls. 310/320), que está datado de 1º/06/2000, e que tem por objeto a prestação de serviços de limpeza e higienização, copa, portaria e orientador de estacionamento (fl. 310). Ressalto, ainda, que a ré Servigel nem ao menos poderia fornecer mão-de-obra como a da autora, que trabalhava na função de assistente administrativo (fl. 360), porque esta função não fazia parte do ramo de atividade da ré Servigel, conforme se verifica do contrato social vigente quando da contratação da autora (12/07/2004):

"Cláusula 2ª - A sociedade tem por objeto a "Prestação de serviços de limpeza, conservação, ascensorista, garagista,

telefonista, copa, recepcionista, portaria, contínuos, jardinagem, reprografia, roçada e capina mecanizada/manual, desinsetização, desratização, leitura de hidrômetro, leitura de medidores de energia elétrica, exploração de estacionamento, manutenção elétrica e manutenção de ar condicionado (fl. 273)".

Constatada a fraude, torna-se irrelevante qualquer argumento no sentido de que a autora não desempenhava atividade-fim do banco ou que não prestava serviços dentro de sua sede. Aliás, para se reconhecer a existência de vínculo de emprego, não é necessário que o trabalhador desempenhe unicamente atividade relacionada com a finalidade da empresa ou que trabalhe dentro de suas dependências.

Ante o exposto, reformo a sentença para reconhecer a existência de vínculo de emprego entre a autora e o réu Banco Itaú S.A., pelo período de 12/07/2004 a 30/11/2006 (computada a projeção do aviso prévio). O prazo e penalidade para o não cumprimento da obrigação de efetuar a anotação na CTPS da autora são os mesmos constantes da sentença, no item 11, à fl. 503. O reconhecimento do vínculo entre a autora e o banco não afasta a responsabilidade solidária da ré Pass, haja vista o reconhecimento, na sentença, de formação de grupo econômico com o banco (fl. 502-v).

Reconhecida a condição de bancária da autora, lhe são devidas as vantagens conferidas nas normas coletivas da categoria, na forma do art. 511, §2º, da CLT, a saber:

a) diferenças salariais, compreendidas entre a evolução salarial comprovada nos autos e os pisos da categoria estabelecidos nas convenções coletivas carreadas aos autos, com reflexos em horas extras, 13º salário, férias + 1/3, FGTS e multa de 40%. Não haverá reflexos em aviso prévio indenizado por ausência de pedido (fl. 07);

b) PLR referente aos anos de 2005, 2006 e 2007, este último de forma proporcional (fls. 173, 143 e 87). Tal parcela não gerará reflexos, ante o seu caráter indenizatório e desvinculado à remuneração, conforme expressa previsão convencional;

c) abono único referente à CCT 05/06, no valor de R\$1.700,00 (cláusula 48ª, fl. 166). A parcela não gera reflexos em outras verbas, haja vista o caráter indenizatório estabelecido na norma coletiva.

Rejeito os pedidos relativos a quinquênios, adicional por tempo de serviço, auxílio cesta alimentação, abonos concedidos aos bancários, prêmios, gratificação semestral (item "d", fl. 29) e consideração do sábado como descanso semanal remunerado (item "j", fl. 31), pois fundamentados em instrumentos coletivos (ACT's) que não foram juntados aos autos. Rejeito, também, o pedido de condenação de

pagamento de AC-DRT, gratificação especial, adicional de produtividade, pois não observo dos instrumentos coletivos nenhuma cláusula que preveja o pagamento das parcelas. Também não consta da inicial que a autora tenha se deslocado para outras localidades em razão do serviço, pelo que não há se falar em diárias.

Reformo, parcialmente.

(...)

EQUIPARAÇÃO SALARIAL (ANÁLISE CONJUNTA DOS RECURSOS)

Alegando que o paradigma Sr. Carlos de Oliveira e a autora não trabalhavam para o mesmo empregador, postulam os réus a reforma da sentença para se afastar a condenação ao pagamento de diferenças salariais decorrentes da equiparação salarial (fls. 520/521).

A autora, a seu turno, requer que seja aplicado o item VI da Súmula nº 6 do C. TST ("Presentes os pressupostos do art. 461 da CLT, é irrelevante a circunstância de que o desnível salarial tenha origem em decisão judicial que beneficiou o paradigma, exceto se decorrente de vantagem pessoal ou de tese jurídica superada pela jurisprudência de Corte Superior"), pois ao paradigma foram deferidas diferenças salariais em decorrência de equiparação salarial nos autos de reclamação trabalhista perante a 17ª VT de Curitiba (fl. 556).

Analiso.

A autora postulou, na inicial, a equiparação salarial com o Sr. Carlos de Oliveira, Sr. Allan Pablo Girardi e Sra. Cristine Duda (fl. 12).

Os requisitos da equiparação salarial previstos no artigo 461, caput e § 1º, da CLT dizem respeito à identidade funcional, produtiva, qualitativa, de empregador, de local de trabalho e de tempo de serviço na função não superior a dois anos, conforme disposto na atual redação da Súmula nº 06 do TST, que reuniu as Súmulas 22, 68, 111, 120, 135 e 274 e as Orientações Jurisprudenciais 252, 298 e 328, todas do TST, que tratavam da matéria.

Ao empregado incumbe provar a identidade de função (artigo 818 da CLT) e ao empregador cabe provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial (artigo 333, inciso II, do CPC e Súmula 06, VIII, do TST), tais como a diversidade de produtividade e perfeição técnica, bem como o tempo de serviço na função superior a dois anos.

Nesse passo, temos que a pretensão inicial da autora deve ser julgada improcedente, pois nenhum dos paradigmas indicados na inicial era empregado do Banco Itaú S.A.. Repiso que a identidade de empregador é um

dos requisitos essenciais para o reconhecimento de equiparação salarial, o que não se verifica nos autos, já que os paradigmas Sr. Allan Pablo Girardi e Sra. Cristine Duda eram empregados da ré Pass, e o Sr. Carlos de Oliveira, empregado da ré Servigel (v. depoimentos do preposto da ré Pass, item 7 e do Sr. Carlos de Oliveira, item 4, fls. 478/479).

Ante o exposto, dou provimento ao recurso dos réus para afastar a condenação ao pagamento de diferenças salariais em virtude de equiparação salarial, ficando prejudicada a análise do recurso da autora sobre a matéria.

limitado ao adicional de 50%, sem reflexos, ante a natureza indenizatória (fls. 523/525).

Sem razão.

O entendimento majoritário desta E. Primeira Turma é de que o tempo suprimido do intervalo intrajornada deve ser remunerado como extra, acrescido do respectivo adicional, conforme se extrai do 4º do art. 71 da Consolidação das Leis do Trabalho e o valor pago e que decorre de prestação de serviços integra-se ao salário para todos os efeitos legais. É a mesma situação das horas extras, que constitui labor fora do horário normal e como tal deve ser remunerado, sem artifício que resulte em prejuízo para o trabalhador. Aplicação da OJ nº 307 da SDI-I do C. TST.

Assim, os valores devidos a título de intervalo suprimido geram reflexos, uma vez que art. 71, parágrafo 4º, da Consolidação, alude à remuneração e o empregado ficou à disposição do empregador no período em que deixa de dispor livremente do período de descanso (art. 4º da CLT). A questão encontra-se pacificada pela OJ nº 354 da SDI-I do C. TST:

"OJ-SDI1-354 INTERVALO INTRAJORNADA. ART. 71, § 4º, DA CLT. NÃO CONCESSÃO OU REDUÇÃO. NATUREZA JURÍDICA SALARIAL (DJ 14.03.2008)

Possui natureza salarial a parcela prevista no art. 71, § 4º, da CLT, com redação introduzida pela Lei nº 8.923, de 27 de julho de 1994, quando não concedido ou reduzido pelo empregador o intervalo mínimo intrajornada para repouso e alimentação, repercutindo, assim, no cálculo de outras parcelas salariais."

Logo, correta a sentença.

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

A matéria em questão foi analisada de forma conjunta com o recurso da autora, sendo-lhe negado provimento.

III. CONCLUSÃO

Pelo que,

ACORDAM os Desembargadores da Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **CONHECER DOS RECURSOS**

ORDINÁRIOS DAS PARTES, assim como das respectivas contrarrazões. Por igual votação, **JULGAR PREJUDICADA A PRELIMINAR DA AUTORA**. No mérito, sem divergência de votos, **DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO ORDINÁRIO DA AUTORA** para: a) reconhecer a existência de vínculo de emprego entre a autora e o réu Banco Itaú S.A., pelo período de 12/07/2004 a 30/11/2006 (computada a projeção do aviso prévio); b) condenar os réus ao pagamento de diferenças salariais, compreendidas entre a evolução salarial comprovada nos autos e os pisos da categoria estabelecidos nas convenções coletivas carreadas aos autos, com reflexos em horas extras, 13º salário, férias + 1/3, FGTS e multa de 40%; c) condenar os réus ao pagamento da PLR referente aos anos de 2005, 2006 e 2007, este último de forma proporcional (fls. 173, 143 e 87); d) condenar os réus ao pagamento de abono único referente à CCT 05/06, no valor de R\$1.700,00 (cláusula 48ª, fl. 166); e) condenar os réus ao pagamento das horas excedentes da 6ª diária e 30ª semanal (art. 224 da CLT), com adicional de 50% e divisor 180 (Súmula nº 124 do C. TST), com reflexos; f) acrescer à condenação o pagamento das horas relativas ao intervalo previsto no art. 384 da CLT, com reflexos; e g) aumentar o valor da indenização por danos morais para R\$3.000,00 (três mil reais). Por igual votação, **DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO ORDINÁRIO DOS RÉUS PASS ASSOCIAÇÃO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE E BANCO ITAÚ S.A.** para afastar a condenação ao pagamento de diferenças salariais em virtude de equiparação salarial, nos termos da fundamentação. Custas de R\$400,00 (quatrocentos reais), complementáveis ao final, calculadas sobre R\$20.000,00 (vinte mil reais), valor que se arbitra à condenação (art. 789 da CLT).

Intimem-se.

Curitiba, 16 de março de 2010.

EDMILSON ANTONIO DE LIMA
DESEMBARGADOR RELATOR

rla - 04 de fevereiro de 2010

Referências Bibliográficas-Obras consultadas

- ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10a ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BELMONTE, Alexandre Agra. *Pejotização, intermediação de venda de seguros, participação em blogs de consultas e opiniões e contratos de figuração avulsa – algumas reflexões*. In Suplemento Trabalhista no 066/07. São Paulo: LTr, 2007.
- CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CATHARINO, José Martins. *Compêndio de Direito do Trabalho*. 3a ed. São Paulo: Saraiva, 1982.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 8a ed. São Paulo: LTr, 2009.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*.
- FABRÍCIO, Adroaldo, Furtado, *A Ação Declaratória Incidental*, 1ª edição, editora forense, Rio de Janeiro, 1976.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, *Ação Declaratória Incidental*, volume 7, editora revista dos tribunais, São Paulo, 1972.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 23a ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- MORAES FILHO, Evaristo de. *Introdução ao Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito do Trabalho*. São Paulo: 1972.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Salário: conceito e proteção*. São Paulo: LTr, 2008.
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do Trabalho – Parte I – Dogmática Geral*. 2a ed. Coimbra: Alamedina, 2009.
- PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. Tradução de

Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr/Edusp, 1993.

RUPRECHT, Alfredo J. *Os Princípios do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do Direito do Trabalho*. 2a ed. São Paulo:

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. 18a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*, v.1. 18a ed. São Paulo: LTr, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil, v.1: Parte Geral*. 6a ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006.