



Equiparação salarial em telemarketing só é possível em função idêntica

1 — Introdução

Tema recorrente no âmbito da Justiça do Trabalho, porém não por isso pacificado, diz respeito à diferenciação salarial dos empregados das empresas de telemarketing em decorrência do exercício de funções assemelhadas.

A realidade em tela tem dado ensejo à propositura de inúmeras ações trabalhistas nas quais se pretende a chamada equiparação salarial. Contudo, árdua tem se mostrado a tarefa demonstrar no âmbito judicial os fatos impeditivos da equiparação salarial por consistirem em minúcias verificadas no desenvolvimento prático do trabalho, ou seja, na forma de desenvolvimento de determinada atividade.

O presente trabalho visa justamente proporcionar um melhor entendimento quanto às particularidades e diferenças que podem advir do desempenho de funções aparentemente iguais, de modo a identificar os meios processuais aptos a demonstrar as aludidas diferenças, bem como fixar critérios jurídicos objetivos que ajudem na solução de tais demandas perante o Poder Judiciário.

2 — Atividades assemelhadas: ausência de formação técnica diferenciada equiparação salarial

Um dos pontos mais controvertidos quanto à matéria em debate é justamente como proceder a diferenciação entre atividades assemelhadas prestadas pelos empregados nas empresas de telemarketing nos casos nos quais inexistente uma formação técnico-profissional ou curso universitário evidenciando a diferenciação do conhecimento técnico de modo a justificar eventuais diferenças salariais.

Neste contexto, válida a análise do quadro a seguir para uma melhor compreensão da problemática abordada.

Atividade da empresa — Prestação de serviços de telemarketing

Atividade do empregado — Atuação na área de vendas de produtos/serviços de acordo com o nível socioeconômico do público alvo (exemplo: venda de produtos e serviços para clientes das classes A e B ou C e D).

Diferencial do empregado prestador de serviços a classes A e B — Poder de argumentação, melhor oratória e maior domínio do idioma português.

Problema — Dificuldade em demonstrar a diferenciação do serviço prestado pelos profissionais que exercem atividades semelhantes, porém, direcionadas a um público de poder aquisitivo menor (classes C e D), uma vez que inexistente uma formação profissionalizante ou universitária exigida para o desempenho de tal função, mas, simplesmente, qualidades e habilidades práticas pessoais do profissional na efetiva realização do serviço de modo a justificar a diferença salarial.

Fundamento da diferenciação salarial — Ausência de identidade técnica, ou seja, diferenciação na forma de execução do serviço; Treinamento diferenciado; Nível técnico-prático diferenciado do atendente que presta o serviço; Perfeição do serviço prestado pela atendente do público das classes A e B diferenciada em relação ao atendente que presta a mesma atividade para um público das classes C e D (não se trata de trabalho de igual valor – artigo 461, parágrafo 1º da CLT).

O que se perceberá do quadro analítico *supra* e dos argumentos a seguir despendidos é que a similitude das atividades, assim como a ausência de formação profissional diferenciada, não tem o condão de proporcionar a equiparação salarial na hipótese objeto de estudo.

2.1. Da identidade técnica



A identidade de perfeição técnica é segundo Vólia Bomfim Cassar a forma como se realiza o trabalho. Vejamos: “Como perfeição técnica a forma com que foi realizado o trabalho, pois um apressado pode produzir mais peças, só que defeituosas, pois confeccionadas sem o capricho que mereciam”.

Em outras palavras a perfeição técnica reflete uma qualificação prática diferenciada no desempenho de determinada atividade pelo empregado, fato este que culmina com uma diferenciação da remuneração paga, pois, evidentemente, a qualidade da mão-de-obra agrega valor ao produto ou serviço prestado representando maior lucratividade para a empresa, e, assim, justificando o correspondente ganho adicional do empregado.

Como bem salientado por Maurício Godinho Delgado, ainda que a qualificação profissional seja um fator importante para justificar a diferença entre o salário pago entre empregados que exercem a mesma função, a diferenciação prática do serviço prestado é fundamental.

“O caráter valorativo (e, portanto, subjetivo) dessa diferenciação tornada, contudo, difícil, na prática, a comprovação desse fato modificativo. Não obstante essa dificuldade, é evidente que a demonstração de maior qualificação técnico-profissional do paradigma (cursos, estágios, significativa experiência anterior na função, mais elevada titulação profissional ou acadêmica, etc.) é conduta que favorecerá, significativamente, à tese da diferenciação na qualidade do trabalho prestado. É que, normalmente, maior qualificação, titulação e prestígio do profissional comparado agrega consistência, reconhecimento e notoriedade ao produto ou serviço ofertado à comunidade pela empresa, alcançando, em favor desta, maior e melhor mercado; nessa medida, a diferença na qualidade técnica do serviço fica evidenciada.

Se, contudo, a superioridade da qualificação técnico-profissional do paradigma não repercutir, favoravelmente, no contrato de trabalho, na forma acima ou outra correlata, não poderá considerar-se comprovado o fato modificativo eleito pela CLT.”

O posicionamento acima transcrito leva em consideração a existência de outros elementos capazes de provar a inexistência de identidade entre os serviços prestados, tais como a qualidade técnica do produto ou serviço prestado empregado e a ocorrência ou não de igualdade nas atribuições frente ao paradigma.

É justamente sob esse prisma se encaixa a caso em estudo, ou seja, mesmo não havendo diferenciação técnica-profissional entre os empregados que exercem determinada função semelhante, a equiparação salarial encontra como fato impeditivo a forma como o serviço é prestado.

De modo exemplificativo, pode-se imaginar a seguinte situação: o empregado “x” trabalha em empresa de telemarketing, bem como o empregado “y”. Não há diferença entre a formação técnico-profissional dos empregados, ambos têm somente o segundo grau completo.

Não obstante a idêntica na formação técnico-profissional o empregado “x” tem remuneração de R\$ 600,00 (seiscentos reais), enquanto “y” tem remuneração de R\$ 500. A referida diferença está amparada no fato de “x”, por ter características diferenciadas como, por exemplo, oratória e poder de argumentação superiores ao empregado “y”, ter sido designado para trabalhar no setor da empresa responsável pelas vendas os clientes classe “A” e “B”, enquanto o empregado “Y” está designado para o desempenho de vendas de produtos direcionados às classes “C” e “D”.

Como se pode observar, apesar de possuírem idêntica formação técnico-profissional, a forma/qualidade com a qual o serviço é prestado ao empregador não é igual. Ora, considerando-se que o serviço prestado é justamente na área de telemarketing na qual a oratória e capacidade de argumentação são imprescindíveis ao resultado final, resta evidenciado que, mesmo havendo formação técnica semelhante, podem haver diferenças relevantes na forma de execução do serviço de modo a justificar diferenças salariais, sem que isso represente a discriminação entre trabalhadores vedada pelo artigo 7º, XXX, da CF/88.

2.2. Identidade de atribuições



Ademais, outro fator determinante ao deferimento da equiparação diz respeito à prova de igualdade de atribuições. Neste ponto o legislador foi criterioso ao ponto de exigir não somente a semelhança entre as funções do empregado que pretende a equiparação em face do paradigma, mas, sim, a igualdade.

“Artigo 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.”

A igualdade entre as atribuições difere da semelhança exigida para a caracterização da mesma perfeição técnica, sendo, portanto, a prova da primeira muito mais difícil.

Ainda, utilizando-se como exemplo os empregados “x” e “y”, a identidade de atribuições não incide no caso em comento, mas, simplesmente, a semelhança entre elas, pois o produto comercializado e o público pretendido são diversos de modo deixar evidente que as atribuições não têm a mesma natureza.

O entendimento ora defendido encontra respaldo no âmbito dos Tribunais Regionais:

“Equiparação salarial. Abrangência da identidade de funções.

A identidade de funções, no contexto da lei, compreende todo o conjunto de atribuições, e não apenas parte delas. Envolve a mesma natureza e também a mesma extensão. Atribuições a mais implicam maior grau de responsabilidade, além de outros desdobramentos no contrato de trabalho.

Não se trata de quantidade, que é elemento de outro fato impeditivo (trabalho de igual valor). A extensão está antes, no próprio fato constitutivo (identidade). Provado, portanto, que o empregado não exercia a totalidade das atribuições normais do paradigma, deve ser afastada a equiparação. Recurso da ré a que se dá provimento, nesse ponto.” (TRT/SP – 01473200506002000 – RO – Ac. 11ªT 20060993930 – Rel. EDUARDO DE AZEVEDO SILVA – DOE 16/01/2007) – sem destaques no original.

“EQUIPARAÇÃO SALARIAL – Não se reconhece isonomia salarial nos casos em que não estiverem caracterizados identidade de funções e trabalho de igual valor nas tarefas desempenhadas pelo equiparando e paradigma. Adicional de insalubridade – a essencial condição jurídica de direito do empregado ao adicional de insalubridade é o desempenho de seu trabalho em ambiente prejudicial à saúde (Consolidação das Leis do Trabalho, artigo 192), sendo irrelevante se o agente insalubre verificado pela perícia é diverso do apontado na inicial. Entendimento do Enunciado nº 293, do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho.” (TRT 3ª Região; Processo RO 4464/89; Publicação: 25/05/1990; DJMG; Relator: Nilo Álvaro Soares) sem destaques no original.

Diante do exposto, em observância do requisito da identidade de funções, não há como se cogitar a incidência da equiparação salarial quando os profissionais tenham a mesma formação técnica e funções semelhantes, mas, na prática, a prestação dos serviços for dirigida a público diferenciado, de forma a demonstrar a diferença entre a natureza das atividades.

3 — Meios processuais aptos a provar a diferenciação das atividades semelhantes.

Diante das sutilezas da hipótese de equiparação salarial ora analisada o cerne da questão está na prova da forma como os serviços são prestados (identidade técnica) e da ausência de identidade de funções entre o empregado e o paradigma.

3.1. Ônus da prova

No tocante ao ônus da prova na equiparação salarial deve ser seguida a norma geral prevista no artigo 818 da CLT e 333 da CLT, ou seja, será do empregado o dever processual dos fatos constitutivos e do empregador os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor, a exemplo da mesma diferença de perfeição técnica, diferença de produtividade, quadro de carreira devidamente homologado e tempo superior a dois anos na função.



Sob o mesmo prisma o entendimento consolidado do TST, por meio do inciso VIII, da Súmula 6. “VIII – É do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial.”

Diverso não é o entendimento majoritário encontrado no âmbito de alguns Tribunais Regionais do Trabalho, como se percebe das ementas extraídas da 3ª e da 5ª Região:

“EQUIPARAÇÃO SALARIAL. ÔNUS DA PROVA. ARTIGO 818 DA CLT. Na ação de equiparação salarial, cabe ao empregado a comprovação de identidade de funções, nos termos do artigo 461 da Consolidação das Leis do Trabalho, e à empresa os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos da sua pretensão.” (TRT 5ª Região; Processo 01607-2007-037-05-00-0 RO, ac. 031342/2008, Relator Juiz Convocado HET JONES RIOS, 2ª. TURMA, DJ 04/12/2008).

“EQUIPARAÇÃO SALARIAL. INDEFERIMENTO. Sem a prova do fato constitutivo, cujo ônus é do reclamante, não se defere o pedido de equiparação salarial.” (TRT 5ª Região; Processo 00348-2008-027-05-00-4 RO, ac. 032406/2008, Relator Desembargador ALCINO FELIZOLA, 4ª. TURMA, DJ 04/12/2008).

“ISONOMIA SALARIAL REQUISITOS PARA CONFIGURAÇÃO – ONUS PROBANDI A equiparação salarial exige a concorrência de todos os requisitos estabelecidos no artigo 461 da CLT, ou seja, o equiparando deve desempenhar as mesmas tarefas do paradigma, com igual produtividade e mesma perfeição técnica, com tempo de serviço na função não superior a dois anos e identidade de local de trabalho. Assim, compete ao Reclamante comprovar o fato constitutivo do seu direito – a identidade de funções, cabendo ao Reclamado demonstrar os fatos impeditivos ou extintivos do direito, conforme entendimento cristalizado no item VIII da Súmula no. 06 do Col. TST, em consonância com o disposto no artigo 818 da CLT c/c artigo 333 do CPC. E entende-se por identidade funcional a circunstância de os trabalhadores comparados realizarem o mesmo trabalho, englobando o mesmo feixe de atribuições, poderes e prática de atos materiais concretos. Demonstrado, no caso vertente, pelo depoimento da própria Reclamante, não ter havido, em nenhum momento do período contratual, o exercício simultâneo do mesmo feixe de atribuições do paradigma, o pleito isonômico não tem como ser provido.” (TRT 3ª; 4ª Turma; Processo 01233.2007.021.03.00-9 RO; data da publicação: 26/04/2008 DJMG; Relator: Luiz Otávio Linhares Renault)

Ainda, não se pode deixar de registrar que a inversão do ônus processual quanto à prova da equiparação jamais poderá ocorrer sob pena de nulidade processual por violação ao devido processo legal (artigo 5º, LIV, da CF/88), por haver expressa previsão normativa quanto ao ônus processual nos artigos 818 da CLT e 333 do CPC, bem como por constituir a inversão do *onus probandi* exceção à regra geral que somente será admissível nos casos devidamente autorizados por lei.

3.2. Da perícia técnica

Dentro da problemática objeto do presente estudo, ou seja, a prova da impossibilidade da equiparação salarial por força da ausência da identidade de atribuições e da mesma perfeição técnica a prova pericial ganha especial relevância ao deslinde da questão. Explica-se:

Em se tratando de funções semelhantes a prova testemunhal, ainda que possível de ser realizada, não agir em detrimento da prova técnica, afinal somente por meio desta última pode-se aferir com o rigor e a precisão necessária se há igualdade de atribuições e a identidade de perfeição técnica, de modo a privilegiar o princípio da verdade real.

Partindo-se para uma análise prática da prova técnica ora defendida surge outra questão relevante que diz respeito ao profissional que poderia ser designado para tal função, pois, em regra, as Varas do Trabalho têm cadastradas nos seus bancos de dados somente profissionais capacitados para realização de perícias habituais, como é o caso dos engenheiros e médicos do trabalho.

Analisando a legislação pertinente à matéria, assim como as sumuladas do TST, é possível perceber que inexistente uma vedação a nomeação de profissionais de outras áreas de conhecimento. A função de perito deverá ser exercida por uma pessoa de confiança do Juízo, como se pode compreender da leitura do artigo 145 do CPC, que tem aplicação subsidiária por força do artigo 769 da CLT.



“Artigo 145. Quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico, o juiz será assistido por perito, segundo o disposto no artigo 421.

parágrafo 1º Os peritos serão escolhidos entre profissionais de nível universitário, devidamente inscritos no órgão de classe competente, respeitado o disposto no Capítulo VI, seção VII, deste Código.

parágrafo 2º Os peritos comprovarão sua especialidade na matéria sobre que deverão opinar, mediante certidão do órgão profissional em que estiverem inscritos.

parágrafo 3º Nas localidades onde não houver profissionais qualificados que preencham os requisitos dos parágrafos anteriores, a indicação dos peritos será de livre escolha do juiz.”

Desta forma, não há qualquer motivo que impeça o magistrado de nomear um profissional com conhecimentos técnicos notórios sólidos na área de telemarketing, imparcial à causa tratada na demanda e reputação ilibada para emitir um parecer técnico de modo a auxiliá-lo na tomada da sua decisão.

Por fim, com o intuito de respaldar ainda mais o posicionamento defendido, não se pode olvidar que o próprio TST já se manifestou quanto à possibilidade de realização de perícia técnica para determinação do paradigma, quando as partes não o fizerem, nos casos de funcionários públicos cedidos à Rede Ferroviária, nos termos da cancelada Súmula 252.

3.3. Da inspeção judicial

Não obstante o ônus processual das partes, bem como a existência de meios de prova aptos à busca da verdade dos fatos, quando terminada a instrução processual e insuficiente a prova produzida nos autos, mais do que uma faculdade, pode-se entender como um dever do magistrado a realização da inspeção judicial prevista no artigo 440 e seguintes do CPC, de aplicação subsidiária nos termos do artigo 769 da CLT. Explica-se:

Analisando-se o princípio vetor na seara laboral da primazia da realidade, em concomitância com o princípio da verdade real, não há como se afastar a realização de inspeção judicial quando as provas produzidas nos autos não foram capazes de dirimir a controvérsia trazida à apreciação do Poder Judiciário, sob pena de evidente violação aos princípios em tela.

Contudo, em que pese em favor da inspeção judicial os argumentos jurídicos *supra* apresentados, impossível olvidar que em algumas comarcas, como é o caso das situadas em São Paulo, a inspeção judicial encontrará como maior impeditivo o excessivo volume de trabalho, que, em regra, não permitirá, na prática, a sua realização.

4 — CONCLUSÃO

Diante dos fundamentos apresentados restou demonstrado que:

- a) O objetivo da equiparação salarial é evitar a discriminação dos trabalhadores por critérios subjetivos, encontrando respaldo em âmbito constitucional (artigo 5º, XXX, da CF/88);
- b) A formação técnica, ainda que idêntica, e o desenvolvimento de atividades semelhantes, não gera a presunção nem mesmo relativa quanto a existência do direito à equiparação salarial, devendo ser observado no caso concreto se há identidade técnica e de atribuições;
- c) É do reclamante o ônus processual de provar a identidade técnica e de atribuições;



d) A perícia técnica e a inspeção judicial são meios processuais aptos a serem utilizados na busca uma decisão processual em conformidade com o princípio da verdade real, principalmente, nos casos em que as provas trazidas nos autos pelas partes no curso da instrução processual não forem suficientes ao convencimento do magistrado;

e) Ainda que presentes todos os requisitos previstos no artigo 461 da CLT e na Súmula 6 do TST, inexistindo a mesma perfeição técnica e identidade de atribuições não há como se cogitar a equiparação salarial.

Bibliografia

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 1ª ed. Niterói: Impetus, 2007.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2007.

DE BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro, *Curso de Direito do Trabalho*, São Paulo, Ed. Saraiva 2004.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de Direito Individual do Trabalho*, São Paulo, LTr 2003.

Date Created

12/01/2009