



PROCESSO Nº TST-Ag-AIRR-1299-69.2011.5.04.0008

A C Ó R D ã O
7ª Turma
CMB/ad

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. AUXILIAR DE ENFERMAGEM E TÉCNICO DE ENFERMAGEM. O artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 7498/86 prescreve que "a enfermagem é exercida privativamente pelo Enfermeiro, pelo Técnico de Enfermagem, pelo Auxiliar de Enfermagem e pela Parteira, respeitados os respectivos graus de habilitação" (destaquei). Ao tratar do grau de habilitação específico de cada atividade, a citada lei, em seus artigos 12 e 13, exigiu o nível médio tanto para o exercício de auxiliar quanto para o técnico de enfermagem. Diante disso, conclui-se que a única diferença plausível entre as funções em discussão seria a real atribuição conferida a cada um dos cargos, diferença essa que, no caso concreto, não ficou demonstrada. Afasta-se, por fim, a alegada contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 296 da SBDI-1 do TST uma vez que ela se aplica somente aos casos em que se pleiteia equiparação da função de atendente, para o qual não é exigida nenhuma formação específica, com a de auxiliar de enfermagem, regulamentada pela Lei citada, o que não é a hipótese dos autos. Precedentes. Agravo a que se nega provimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo em Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº **TST-Ag-AIRR-1299-69.2011.5.04.0008**, em que é Agravante **HOSPITAL NOSSA SENHORA DA CONCEIÇÃO S.A.** e Agravado **LISIANE DA VEIGA PINTO**.

Firmado por assinatura digital em 24/06/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



PROCESSO N° TST-Ag-AIRR-1299-69.2011.5.04.0008

O reclamado, não se conformando com o despacho às fls. 398/401, por meio do qual foi negado seguimento ao agravo de instrumento, com fundamento nos artigos 896, § 5º, da CLT e 557, *caput*, do CPC, interpõe o presente agravo (fls. 403/410) sustentando que foram preenchidos todos os pressupostos legais para o regular processamento daquele recurso.

É o relatório.

V O T O

Inicialmente, destaco que o recurso de revista que se pretende destrancar submete-se à regência da Consolidação das Leis do Trabalho, sem as alterações promovidas pela Lei nº 13.015/2014, uma vez que se aplica apenas aos apelos interpostos em face de decisão publicada já na sua vigência, o que não é a hipótese dos autos.

CONHECIMENTO

Presentes os pressupostos legais de admissibilidade, conheço do agravo.

MÉRITO

EQUIPARAÇÃO SALARIAL - AUXILIAR DE ENFERMAGEM - TÉCNICO DE ENFERMAGEM

O agravante sustenta que a reclamante não possui habilitação profissional, expedida pelo Conselho Regional de Enfermagem, para exercer a função de Técnico de Enfermagem. Aduz ainda que, tendo em vista que ela fora admitida por concurso público, não é possível o pleito de equiparação salarial. Aponta violação dos artigos 2º da Lei nº 7.498/86; 37, II e XIII, da Constituição Federal; 192, 461 e 818, da CLT; e 333, I e 460, parágrafo único, do Código de Processo. Indica contrariedade às Orientações Jurisprudenciais nºs 296 e 297 da SBDI-1 do TST. Transcreve arestos para confronto de teses.



PROCESSO N° TST-Ag-AIRR-1299-69.2011.5.04.0008

Eis a decisão recorrida:

“Consoante o disposto no art. 461 da CLT, 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. O §1º, do referido dispositivo legal, preconiza que 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. Além disso, a Súmula 06, VIII, do TST, estabelece ser ônus do empregador a prova do fato obstativo da equiparação salarial postulada pelo trabalhador.

Na espécie, a prova oral evidencia que, embora enquadrada formalmente como Auxiliar de Enfermagem, a obreira exercia, efetivamente, as atribuições de Técnico de Enfermagem.

Relatou a demandante que (...) de junho de 2010 em diante fazia serviço de instrumentação cirúrgica e serviço de circulante de sala, bem como guardar material e organizar a sala de cirurgia; que também buscava pacientes nos andares e os trazia até o bloco; que não fazia outras funções; que as tarefas de circulante e instrumentadora eram mediante escala; que Ana Raquel fazia as mesmas tarefas; que no centro cirúrgico é realizada punção por *abocath*; que quem faz a punção é o anestesista ou o enfermeiro; que a depoente nunca fez punção por *abocath* no bloco cirúrgico da reclamada; que não presenciou a paradigma fazer punção por *abocath*.

A testemunha Márcia Salete Petry, que trabalha no réu na função de Técnico de Enfermagem, esclareceu que (...) trabalhou com a reclamante no bloco cirúrgico de março de 2011 a junho de 2012; que trabalhavam no mesmo turno, das 13h às 19h; que a paradigma também trabalhava no mesmo turno; que desconhece quantos técnicos e quantos auxiliares trabalhavam no mesmo turno, sendo bem mais auxiliares do que técnicos; que a depoente era técnico de enfermagem; que permanecem duas pessoas na sala, uma como circulante, trazendo medicação, material, trazendo o paciente, atendendo ao anestesista e médicos, e também ao instrumentador, e outra como instrumentadora; que nas salas há normalmente um técnico e um auxiliar ou 02 auxiliares; que a depoente acredita não ter participado de nenhuma cirurgia com a paradigma; que na reclamada a depoente não fez punção por *abocath*; que a depoente sabe fazer tal punção, o que aprendeu no curso; que a depoente já viu a paradigma circulando e instrumentando em cirurgias; que além dessas, não viu a paradigma desempenhando qualquer outra atividade; que há alternância diária entre as tarefas de circular e instrumentar; que a reclamante fazia instrumentação e circulava, não fazendo outras atividades; que não havia atividades que a paradigma fizesse e a reclamante não; que no centro cirúrgico quem realiza atividades de punção é o anestesista ou o enfermeiro.

A prova oral, como visto, confirma a tese da petição inicial quanto à execução de tarefas idênticas pela reclamante e paradigma indicada, embora



PROCESSO N° TST-Ag-AIRR-1299-69.2011.5.04.0008

diversa a nomenclatura dos cargos ocupados. O reclamado, por sua vez, não logrou se desincumbir da prova pertinente aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito ao reconhecimento à equiparação. No tocante à formação profissional alegada, há que se registrar que não pode ela ser considerada como óbice à pretensão, posto que não pode a empregada ser penalizada pelo exercício de atividades de técnica de enfermagem sem a devida qualificação, na medida em que estava a obedecer ordens do reclamado, devendo prevalecer a verdade dos fatos.

De outra parte, é irrelevante para a solução da controvérsia, a execução, ou não, pelas equiparandas, de 'punção por *abocath*', como considerando em primeira instância. No hospital-reclamado esta tarefa ficou restrita aos médicos-anestesiologistas e enfermeiros, como revelado pela prova oral antes reproduzida. O conteúdo ocupacional da reclamante e da empregada Ana Raquel é o mesmo, ensejando o reconhecimento da identidade salarial postulada.

Verifica-se pelos documentos juntados, que a paradigma percebia salário superior. Em junho de 2010, a reclamante era remunerada à base de R\$ 9,01 por hora (demonstrativo na fl 83); Ana Raquel recebia salário de R\$ 11,25 por hora no mesmo período (ficha salarial da fl. 31). De outra parte, tampouco se observa tempo superior a dois anos na função.

Não se pode afirmar, objetivamente, que a paradigma exercia suas atividades com maior produtividade e melhor perfeição técnica pelo simples fato de possuir o diploma, ou certificado de Técnico de Enfermagem. Nesse sentido, inclusive, a Súmula nº 48 deste Tribunal:

EQUIPARAÇÃO SALARIAL. AUXILIAR E TÉCNICO DE ENFERMAGEM. POSSIBILIDADE. A ausência de habilitação formal como Técnico de Enfermagem, por si só, não é óbice ao pleito de equiparação salarial, diferenças salariais por desvio de função ou 'plus' salarial formulado por Auxiliares de Enfermagem.

Além do mais, não restou evidenciado, conforme se depreende pelos depoimentos supra transcritos, que a modelo, por possuir formação acadêmica para exercer função mais qualificada, tenha prestado trabalho com um diferencial de qualidade em relação ao da autora. Pelo contrário, segundo a testemunha, não havia atividades que a paradigma fizesse e a reclamante não (fl. 120).

Nesse contexto, estando a reclamante formalmente posicionada como Auxiliar e, exercendo função de maior exigência técnica e melhor remunerada, faz jus à equiparação salarial pleiteada.

Não incide o art. 37, XIII, da Constituição Federal à espécie, porquanto tanto a reclamante quanto a paradigma, foram contratadas pelo regime da CLT, sem concurso público, conforme admitido na petição inicial, em contestação e comprovam os documentos às fls. 28-30. Ainda que assim não fosse, não haveria necessidade, no caso, de prestação de serviço público, *ex vi* do art. 37, II, da Constituição Federal. A autora não busca reenquadramento, o que, efetivamente, desde a promulgação da Carta Magna



PROCESSO Nº TST-Ag-AIRR-1299-69.2011.5.04.0008

de 1988, não é mais possível, sob pena de afronta às disposições insertas na referida norma constitucional.

Todavia, não há como negar o direito da reclamante às diferenças salariais equivalentes àqueles trabalhadores que exercem as mesmas atividades, pois tal implicaria violação ao princípio da isonomia (art. 7º, inciso XXX, da CF), de modo que, embora vedado o reenquadramento, são devidas as diferenças salariais entre um e outro cargo. Em não se tratando de reenquadramento, mas somente de pagamento de diferenças salariais com arrimo no art. 461 consolidado, não há que se falar em afronta aos incisos II, XI e § 9º, XIII, XVI, XVII e XXI, art. 37, da Constituição Federal, como suscitou o reclamado em contestação e em contrarrazões.

De salientar, ante a invocação da Orientação Jurisprudencial nº 296 da SDII do TST, que tal entendimento jurisprudencial diz respeito a hipótese fática diversa (equiparação salarial entre o “atendente” e o “auxiliar de enfermagem”).

Por todo o exposto, condeno o reclamado ao pagamento de diferenças salariais por equiparação, em relação à modelo Ana Raquel Costa Silveira, desde junho de 2010, com reflexos em 13ºs salários, férias, acrescidas de 1/3, adicional por tempo de serviço, horas extras, adicional de insalubridade e FGTS, parcelas vencidas e vincendas, com juros e correção monetária, na forma da lei (pedido de letra "a", fl. 04, da exordial). Os repousos semanais remunerados já estão incluídos no salário mensal (vide rubrica salario basico c/DSR constante nos comprovantes de pagamento anexos), motivo porquê indeferem-se os reflexos a tal título.

Determino, ainda, a anotação da função e condição salarial na CTPS da recorrente, por se tratar de empregada admitida sob o regime da CLT.” (fls. 293/298

Ao exame.

O Tribunal Regional, soberano na análise do conjunto fático-probatório, registrou a existência de identidade de funções entre a reclamante e a paradigma, motivo pelo qual, preenchidos os requisitos previstos no artigo 461, § 1º, da CLT, deferiu a equiparação salarial pleiteada.

Inicialmente, não há que se falar em contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 296 da SBDI-1 do TST, uma vez que o entendimento ali exarado aplica-se somente aos casos em que se pleiteia equiparação da função de atendente - para o qual não é exigida qualquer formação específica - com a de auxiliar de enfermagem, regulamentada pela Lei nº 7.498/86, hipótese não vislumbrada nos autos. De igual forma, a Orientação Jurisprudencial nº 297 da SBDI-1 do TST não se aplica ao caso



PROCESSO Nº TST-Ag-AIRR-1299-69.2011.5.04.0008

concreto, porque destinada à regular a vedação à equiparação salarial aos servidores públicos da administração pública direta, autárquica e fundacional, o que não é o caso da reclamada.

Não há, ainda, que se falar em violação do artigo 2º da Lei nº 7.498/86. O parágrafo único da referida norma prescreve que "a enfermagem é exercida privativamente pelo Enfermeiro, pelo Técnico de Enfermagem, pelo Auxiliar de Enfermagem e pela Parteira, respeitados os respectivos graus de habilitação" (destaquei). Mais a frente, ao tratar do grau de habilitação específico de cada atividade, a supracitada Lei, em seus artigos 12 e 13, exigiu o nível médio tanto para o exercício de auxiliar quanto para o técnico de enfermagem.

Diante disso, conclui-se que a única diferença plausível entre as funções em discussão será a real atribuição conferida a cada um dos cargos. No caso concreto, porém, não ficou demonstrada diferença alguma nas atividades desenvolvidas pela reclamante e paradigma.

Nesse sentido já se manifestou a SBDI-1 desta Corte:

“RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO ANTERIORMENTE À ENTRADA EM VIGOR DO INC. II DO ART. 894 DA CLT. (...) DIFERENÇAS SALARIAIS. EQUIPARAÇÃO. AUXILIAR DE ENFERMAGEM E DE TÉCNICO DE ENFERMAGEM. A Orientação Jurisprudencial 296 da SDI-1 não obsta a pretensão de equiparação salarial do auxiliar com o técnico de enfermagem, uma vez que ambos os cargos exigem a mesma formação de nível médio e a citada Orientação Jurisprudencial faz referência expressa à impossibilidade de se equiparar o atendente de enfermagem - para o qual não é exigida formação técnica - ao auxiliar de enfermagem. Precedentes. Recurso de Embargos de que conhece em parte e a que se dá provimento. (E-ED-RR-20300-37.2002.5.04.0014, Relator Ministro João Batista Brito Pereira, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT de 25/5/2012);

“RECURSO DE EMBARGOS. (...) DIFERENÇAS SALARIAIS. DIFERENÇA DE REMUNERAÇÃO ENTRE OS CARGOS DE AUXILIAR E DE TÉCNICO EM ENFERMAGEM. A Orientação Jurisprudencial 296 da SDI-1 não obsta a pretensão de equiparação salarial do auxiliar com o técnico de enfermagem, uma vez que ambos os cargos exigem a mesma formação de nível médio e a citada Orientação Jurisprudencial faz referência expressa à impossibilidade de se equiparar o atendente de enfermagem - para o qual não é exigida formação técnica - ao



PROCESSO N° TST-Ag-AIRR-1299-69.2011.5.04.0008

auxiliar de enfermagem. Precedentes. Assim, estando registrado no acórdão embargado que a prova testemunhal produzida nos autos confirmou o desempenho das mesmas atividades pelos equiparandos, dá-se provimento ao recurso para restabelecer a decisão do Tribunal Regional do Trabalho quanto ao tema. Recurso de Embargos de que conhece em parte e a que se dá provimento. (E-ED-RR-99700-73.2002.5.04.0023, Relator Ministro João Batista Brito Pereira, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT de 4/5/2012);

“RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.496/2007. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. AUXILIAR DE ENFERMAGEM E TÉCNICO DE ENFERMAGEM. 1. Esta SBDI-I tem consagrado entendimento no sentido de que se afigura inaplicável analogicamente a Orientação Jurisprudencial n.º 296 do TST aos casos em que se busca a equiparação entre o auxiliar de enfermagem e o técnico de enfermagem. Considera, para tanto, serem ambas as carreiras de natureza técnica, exercidas por profissionais devidamente habilitados perante o Conselho Regional de Enfermagem, nos termos dos artigos 2º, parágrafo único, 7º, I, e 8º, I, da Lei n.º 7.498/1986. 2. Resulta viável, portanto, o deferimento da equiparação salarial quando o paragonado preenche os requisitos legalmente exigidos para o regular exercício da função pretendida, consoante expressamente consignado no acórdão prolatado pelo Tribunal Regional. 3. Recurso de embargos conhecido e não provido. (E-RR-114041-87.2005.5.04.0027, Relator Ministro Lelio Bentes Corrêa, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT de 24/2/2012);

“RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO EMBARGADO PUBLICADO SOB A ÉGIDE DA LEI 11.496/2007. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. AUXILIAR DE ENFERMAGEM E TÉCNICO DE ENFERMAGEM. Esta Corte firmou entendimento no sentido de que inaplicável a diretriz jurisprudencial vertida na OJ 296/SDI-I aos casos em que perseguida a equiparação salarial entre auxiliar e técnico de enfermagem, já que, diversamente da equiparação entre o simples atendente e o auxiliar de enfermagem, na hipótese dos autos o exercício de ambas as funções exige a habilitação técnica. Por conseguinte, o deferimento da equiparação salarial, quando preenchidos os requisitos legais, segundo quadro fático delineado pelo Tribunal Regional, é medida que se impõe. Recurso de embargos conhecido e provido.” (E-ED-RR-47140-63.2002.5.04.0021, SDI-1, Relatora Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, DEJT de 1º/10/2010).

Acerca da alegada violação ao artigo 37, XIII, da Constituição Federal, melhor sorte não socorre o agravante. O Tribunal Regional assentou que não houve comprovação da contratação mediante

Firmado por assinatura digital em 24/06/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



PROCESSO Nº TST-Ag-AIRR-1299-69.2011.5.04.0008

concurso público e que a reclamante estava sujeita ao regime celetista. Conclusão em sentido contrário esbarra no teor da Súmula nº 126 do TST, pois demanda o revolvimento dos fatos e das provas.

Ademais, nos termos da Súmula nº 455 do TST "à sociedade de economia mista não se aplica a vedação à equiparação prevista no art. 37, XIII, da CF/1988, pois, ao contratar empregados sob o regime da CLT, equipara-se a empregador privado, conforme disposto no art. 173, § 1º, II, da CF/1988".

Os artigos 818 da CLT e 333 do CPC disciplinam a distribuição do encargo probatório entre as partes do processo. Assim, a violação dos mencionados dispositivos legais somente ocorre na hipótese em que magistrado decide mediante atribuição equivocada desse ônus, o que não ocorreu no caso dos autos.

Provado o fato constitutivo do direito à equiparação salarial como se extrai do acórdão regional, é impossível reconhecer a violação literal desses dispositivos de lei.

Os arestos colacionados desservem à comprovação de dissenso pretoriano, nos termos da Súmula nº 296, I, do TST, por não refletirem as premissas fáticas das quais partiu o acórdão recorrido.

Por fim, não se vislumbra a alegada violação do artigo 460 do CPC, pois o acórdão recorrido foi proferido com a observância dos limites objetivos impostos pela lide.

Impertinente a indicação de afronta ao artigo 37, II, da Constituição Federal e 192 da CLT, uma vez que tais preceitos não guardam relação direta com a matéria em discussão.

Nego provimento.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, negar provimento ao agravo.
Brasília, 24 de Junho de 2015.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

CLÁUDIO BRANDÃO
Ministro Relator