

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO
PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA (CNI), entidade sindical de grau superior representativa da indústria brasileira, com sede em Brasília/DF, no SBN quadra 1, bloco C, ed. Roberto Simonsen, e **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO DE BENS, SERVIÇOS E TURISMO (CNC)**, entidade sindical de grau superior reconhecida pelo Decreto 20.068, de 30.11.45, com sede em Brasília/DF, no SBN quadra 01, bloco B, 15º ao 18º andar, vêm, respeitosamente, à presença de V. Exa., por seus advogados abaixo assinados, com apoio nos arts. 102, inciso I, alíneas *a* e *p*, e 103, inciso IX, da Constituição da República Federativa do Brasil, bem como nos arts. 2º, inciso IX, 10 e 11 da Lei 9.868/1999, propor

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR

tendo por objeto:

- (i) a expressão *“independentemente do descumprimento do disposto no art. 461 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943”*, contida no § 2º do art. 5º da Lei 14.611/2023, por violação ao princípio da proporcionalidade e à isonomia material, postulados constitucionais que são compatíveis com a tipologia das desigualdades salariais legítimas (art. 5º, *caput*, inciso I, e art. 7º, inciso XXX, da Constituição), assim entendidas as fundadas em critérios razoáveis;

- (ii) a redação do § 6º do art. 461 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), com a redação ditada pelo art. 3º da Lei 14.611/2023, que “*dispõe sobre a igualdade salarial e de critérios remuneratórios entre mulheres e homens; e altera a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*”, para afastar interpretações que violem o contraditório, a ampla defesa e a segurança jurídica (art. 5º, incisos XXXVI, LIV e LV, da Constituição);
- (iii) o art. 5º da mesma lei ordinária federal, bem como o Decreto 11.795/2023 e a Portaria MTE 3.714/2023, por violação à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal pela imposição imediata de penalidade (art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição) e à intimidade, à proteção de dados, à livre iniciativa, à livre concorrência e à proporcionalidade (art. 5º, incisos X e LXXIX, art. 1º, inciso IV, e art. 170, inciso IV, todos da Constituição).

**EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL,
EMINENTE MINISTRO(A) RELATOR(A),**

I - PRELIMINARMENTE: A ISONOMIA SALARIAL ENTRE MULHERES E HOMENS E A ORDEM CONSTITUCIONAL

1. A Lei 14.611/2023 tem como base valiosa premissa que já consta da Constituição e de convenções internacionais das quais o Brasil é signatário (a principal ratificada é a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979 – promulgada pelo Decreto 4.377/2002), qual seja, **a isonomia material entre homens e mulheres. Essa premissa não está sendo questionada na presente ação, sendo certo que a busca da isonomia entre mulheres e homens é hoje um objetivo constitucional inequívoco. Isso não significa, no entanto, que os meios pelos quais se almeja alcançar a referida isonomia estejam indenidos de controle judicial, especialmente quando seus mecanismos e procedimentos violam e ferem princípios caros da Carta.**

2. No plano do direito interno, não apenas referida premissa existe como regra fundante dos direitos individuais no *caput* do art. 5º, como ainda está prevista,

especificamente com relação às mulheres, em seu inciso I e, na seara dos direitos sociais trabalhistas, no inciso XXX do art. 7º constitucional. Para além, há também legislação esparsa de mote semelhante (Lei 9.029/1995).

3. É pacífico, ainda, que esta Corte Constitucional valida não apenas medidas voltadas a combater práticas discriminatórias que afetam a dimensão formal do princípio da igualdade, mas placita a implementação de ações afirmativas que busquem a isonomia material, que não raro se alcança por meio de diferenciações específicas, destinadas a públicos histórica e culturalmente vulnerabilizados por processos de exclusão de oportunidades.

4. O STF já decidiu, nessa esteira, que a isonomia não constitui mero alinhamento abstrato e objetivo na previsão de direitos, mas também a busca material da igualdade de oportunidades e tratamentos pela lei. Daí incorporar o princípio isonômico uma dimensão negativa (não estabelecer desequiparação **arbitrária** no contexto da lei), mas também uma dimensão positiva (exigir do Estado posturas proativas de equalização, quando a omissão for ilícita). Essa dimensão positiva autoriza inclusive diferenciações voltadas à ampliação de acesso às garantias constitucionais e ao exercício de outros direitos.¹

¹ É constitucional a Lei 12.990/2014, que reserva a pessoas negras 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta, por três fundamentos. (...) (ADC 41, rel. min. ROBERTO BARROSO, j. 8.6.2017, p. 17.8.2017) Atos que instituíram sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial (cotas) no processo de seleção para ingresso em instituição pública de ensino superior. (...) **Não contraria – ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no caput do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.** (...) Justiça social hoje, mais do que simplesmente retribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes. No entanto, as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se em benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos. (ADPF 186, rel. min. RICARDO LEWANDOWSKI, j. 26.4.2012, p. 20.10.2014) Idem RE 597.285, rel. min. RICARDO LEWANDOWSKI, j. 9.5.2012, p. 18.3.2014, Tema 203 Vide ADC 41, rel. min. ROBERTO BARROSO, j. 8.6.2017, p. 17.8.2017 – grifo nosso. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da CF, por

5. Sobre o tema da isonomia material entre mulheres e homens, é relevante citar os ensinamentos de JOSÉ AFONSO DA SILVA:²

(...) não é sem consequência que o Constituinte decidiu destacar, em um inciso específico, (art. 5º, I) que *homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição*. (...) Importa mesmo é notar que é uma regra que resume décadas de lutas das mulheres contra discriminações. Mais relevante ainda é que não se trata aí de mera isonomia formal. Não é igualdade perante a lei, mas igualdade de direitos e obrigações. Significa que existem dois termos concretos de comparação: *homens* de um lado e *mulheres* de outro. Onde houver um homem e uma mulher, qualquer tratamento desigual entre eles, a propósito de situações pertinentes a ambos os sexos, constituirá uma infringência constitucional.

(...)

O sexo sempre foi um fator de discriminação. O sexo feminino esteve sempre inferiorizado na ordem jurídica, e só mais recentemente vem ele, a duras penas, conquistando posição paritária, na vida social e jurídica, à do homem.

colidir frontalmente com o objetivo constitucional de "promover o bem de todos". Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana "norma geral negativa", segundo a qual "o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido". (...) Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do CC/2002, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de "interpretação conforme à Constituição". Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (ADI 4.277 e ADPF 132, rel. min. AYRES BRITTO, j. 5.5.2011, p. 14.10.2011)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. ART. 9º DA LEI 13.165/2015. FIXAÇÃO DE PISO (5%) E DE TETO (15%) DO MONTANTE DO FUNDO PARTIDÁRIO DESTINADO AO FINANCIAMENTO DAS CAMPANHAS ELEITORAIS PARA A APLICAÇÃO NAS CAMPANHAS DE CANDIDATAS. PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. REJEIÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À IGUALDADE E À NÃO-DISCRIMINAÇÃO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. O Supremo Tribunal Federal, ao examinar as alegações de inconstitucionalidade de norma, deve fixar a interpretação que constitucionalmente a densifique, a fim de fazer incidir o conteúdo normativo cuja efetividade independe de ato do Poder Legislativo. Precedentes. 2. O princípio da igualdade material é prestigiado por ações afirmativas. No entanto, utilizar, para qualquer outro fim, a diferença estabelecida com o objetivo de superar a discriminação ofende o mesmo princípio da igualdade, que veda tratamento discriminatório fundado em circunstâncias que estão fora do controle das pessoas, como a raça, o sexo, a cor da pele ou qualquer outra diferenciação arbitrariamente considerada. Precedente do CEDAW. 3. A autonomia partidária não consagra regra que exima o partido do respeito incondicional aos direitos fundamentais, pois é precisamente na artificiosa segmentação entre o público e o privado que reside a principal forma de discriminação das mulheres. 4. Ação direta julgada procedente para: (i) declarar a inconstitucionalidade da expressão "três " contida no art. 9º da Lei 13.165/2015; (ii) dar interpretação conforme à Constituição ao art. 9º da Lei 13.165/2015 de modo a (a) equiparar o patamar legal mínimo de candidaturas femininas (hoje o do art. 10, § 3º, da Lei 9.504/1997, isto é, ao menos 30% de cidadãs), ao mínimo de recursos do Fundo Partidário a lhes serem destinados, que deve ser interpretado como também de 30% do montante do fundo alocado a cada partido, para eleições majoritárias e proporcionais, e (b) fixar que, havendo percentual mais elevado de candidaturas femininas, o mínimo de recursos globais do partido destinados a campanhas lhes seja alocado na mesma proporção; (iii) declarar a inconstitucionalidade, por arrastamento, do § 5º-A e do § 7º do art. 44 da Lei 9.096/95. (ADI 5617, rel. min. EDSON FACHIN, Pleno, j. 15.3.2018, p. 3.10.2018)

² JOSÉ AFONSO DA SILVA. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 36ª ed. São Paulo. Malheiros, p. 219 e 226.

6. Da mesma forma, há precedentes desta Corte que reconhecem a validade das necessárias medidas de equalização da proteção constitucional, entendendo legítimas diferenciações que tenham como finalidade a busca da equidade de obrigações e direitos:

No tocante à violência doméstica, há de considerar-se a necessidade da intervenção estatal. (...) No caso presente, não bastasse a situação de notória desigualdade considerada a mulher, aspecto suficiente a legitimar o necessário tratamento normativo desigual, tem-se como base para assim se proceder a dignidade da pessoa humana – art. 1º, III –, o direito fundamental de igualdade – art. 5º, I – e a previsão pedagógica segundo a qual a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais – art. 5º, XLI. A legislação ordinária protetiva está em fina sintonia com a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, no que revela a exigência de os Estados adotarem medidas especiais destinadas a acelerar o processo de construção de um ambiente onde haja real igualdade entre os gêneros. Há também de se ressaltar a harmonia dos preceitos com a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – a Convenção de Belém do Pará –, no que mostra ser a violência contra a mulher uma ofensa aos direitos humanos e a consequência de relações de poder historicamente desiguais entre os sexos. (...) Procede às inteiras o pedido formulado pelo PGR, buscando-se o empréstimo de concretude maior à CF. Deve-se dar interpretação conforme à Carta da República aos arts. 12, I; 16; e 41 da Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha – no sentido de não se aplicar a Lei 9.099/1995 aos crimes glosados pela lei ora discutida, assentando-se que, em se tratando de lesões corporais, mesmo que consideradas de natureza leve, praticadas contra a mulher em âmbito doméstico, atua-se mediante ação penal pública incondicionada. (...) Representa a Lei Maria da Penha elevada expressão da busca das mulheres brasileiras por igual consideração e respeito. Protege a dignidade da mulher, nos múltiplos aspectos, não somente como um atributo inato, mas como fruto da construção realmente livre da própria personalidade. Contribui com passos largos no contínuo caminhar destinado a assegurar condições mínimas para o amplo desenvolvimento da identidade do gênero feminino. (ADI 4.424, rel. min. MARCO AURÉLIO, j. 9.2.2012, p. 1º.8.2014. No mesmo sentido ARE 773.765-RG, rel. min. GILMAR MENDES, j. 3.4.2014, p. 28.4.2014, Tema 713)

7. A CNI, inclusive, devota ao tema preocupação institucional, tendo publicado, recentemente, o estudo Mulheres no Mercado de Trabalho,³ que traz informações relevantes sobre o avanço alcançado nos últimos anos e a necessidade de ir além. A pesquisa evidencia, por exemplo, na última década, um aumento de 6,7% na paridade salarial entre mulheres e homens:

³ Fonte: <https://noticias.portaldaindustria.com.br/noticias/economia/paridade-salarial-entre-mulheres-e-homens-no-brasil-aumentou-nos-ultimos-10-anos-aponta-cni/>, acesso em 12.3.2024.

O levantamento do Observatório Nacional da Indústria da CNI, feito a partir dos microdados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNADc) do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), mostrou que, nos últimos 10 anos, no Brasil, as mulheres, progressivamente, alcançaram salários mais próximos aos dos homens.

Nesse período, houve um aumento da paridade salarial em 6,7 pontos – saindo de 72 em 2013, para 78,7, em 2023. O estudo mensurou a paridade de gênero em uma escala padronizada de 0 a 100, de modo que quanto mais próximo de 100, maior a equidade entre mulheres e homens.

8. Dentre outros dados relevantes, o estudo aponta ainda que:

- **as mulheres são mais escolarizadas que os homens.** Segundo dados do 2º trimestre de 2023, o tempo de estudo das mulheres empregadas é, em média, de 12 anos. Já o dos homens é de 10,7 anos;
- o índice de **empregabilidade** das mulheres apresentou uma evolução entre 2013 e 2023, passando de **62,6 para 66,6**, respectivamente – crescimento de 6,4%;
- a participação das **mulheres em cargos de liderança** subiu de **35,7% em 2013, para 39,1% em 2023.**

9. Nesse mesmo sentido, os dados desagregados da PNAD/IBGE mostram que o salário efetivo recebido pelas mulheres no 4º trimestre de 2023 aumentou 8,4% em relação ao 4º trimestre de 2022. Entre os homens, o aumento foi menos expressivo, de 6,3%. O fato de os salários das mulheres estarem crescendo à taxa mais elevada do que os dos homens tem desacelerado a diferença de remuneração no trabalho principal, desde o final de 2022.

Taxa de crescimento dos salários efetivamente recebidos

	Homem	Mulher
4º trim 23	6,3%	8,4%
3º trim 23	8,6%	9,9%
2º trim 23	10,6%	12,7%
1º trim 23	13,6%	13,8%

Fonte: PNAD/IBGE

10. No último ano, a remuneração efetiva das mulheres cresceu em ritmo mais acelerado do que a dos homens, o que ocorreu somente entre 2014 e 2016. Com isso, a diferenças entre as médias salariais de homens e mulheres caiu 3,1% no 4º trimestre de 2023.

11. Para além dos dados acima, a CNI publicou artigo recente de autoria da presidente da Federação das Indústrias do Espírito Santo (FINDES), Cristhine Samorini,⁴ no qual ela, citando o estudo acima mencionado, explica:

A indústria brasileira tem feito seu papel. Pesquisa do Observatório da Indústria, da Confederação Nacional da Indústria (CNI), revelou que 65% das indústrias nacionais têm ações de governança implementadas ou em processo na área de diversidade e inclusão. É uma política de recursos humanos ativa de empresas, que promovem, há mais de cinco anos, a igualdade entre gêneros nas organizações.

A mesma pesquisa revela que as indústrias têm adotado políticas diretas de inclusão e equidade: 8 em cada dez dispõem de iniciativas de paridade salarial, mesmo número das que incorporaram medidas para auxiliar o retorno das mulheres ao trabalho após a gestação. Mais da metade possui programas de qualificação de desenvolvimento profissional para mulheres.

A importância do tema para o setor industrial ficou clara no destaque que ele recebeu no *Mapa Estratégico da Indústria 2023-2032*. Ao projetar os objetivos da indústria para contribuir com o desenvolvimento do país, o Mapa ressaltou o item “Diversidade, Equidade e Inclusão” como prioridade. Buscamos, entre outras coisas, fomentar o compromisso das empresas com a equidade e com a participação das mulheres em áreas de ciência e tecnologia, que são essenciais para o crescimento da indústria e da economia.

12. Ainda no que se refere a dados estatísticos sobre o tema da equidade salarial, levando em conta a União Europeia, o cenário em 2020 era de uma disparidade na faixa dos 13%⁵ (não muito distante do percentual estatístico brasileiro). Da mesma forma, a lógica da Diretiva lá vigente (mas ainda em *vacatio legis*) determina que serão exigidos esclarecimentos sobre critérios neutros que justifiquem a desequiparação salarial caso a comunicação de informações sobre remunerações revele uma diferença entre os níveis de remuneração médios dos trabalhadores femininos e masculinos de, pelo menos, 5% em qualquer categoria de trabalhadores⁶ (não ensejando qualquer movimentação pelo Estado caso a diferença seja inferior a esse percentual).

13. Não obstante a relevância do tema, a Lei 14.611/2023, ainda que tenha como fundamento premissa validada pela Carta e pelas convenções internacionais das quais o

⁴ Fonte: <https://noticias.portaldaindustria.com.br/artigos/cris-samorini/inclusao-e-equidade-no-mercado-de-trabalho-uma-agenda-nacional/> acesso em 12.3.2024.

⁵ Fonte: Diretiva (UE) 2023/970 do Parlamento Europeu e do Conselho de 10 de maio de 2023. Jornal Oficial da União Europeia, 17.5.2023 (em português).

⁶ *Idem*. Art. 10 da Diretiva.

Brasil é signatário, contém expressão que reputa como ilícitas também diferenças salariais fundadas no princípio da proporcionalidade (como a antiguidade na empresa, apenas para citar a mais evidente e tradicional delas, e outras referidas pelo art. 461 da CLT, como será desenvolvido em tópico próprio), salvaguardadas pela Constituição e pela liberdade de conformação do legislador ordinário, a ser sempre balizada pelos princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Observe-se que, no caso, a diferenciação imposta pela expressão aqui reputada inconstitucional não encontra respaldo nos critérios constitucionais de busca pela isonomia material ou formal, uma vez que alinha, de forma abstrata, os valores dos salários (ignorando as circunstâncias de equidade que atrairiam e justificariam, concretamente, as desequiparações).

14. Para além, a lei ordinária, por não disciplinar o procedimento de publicação do relatório que menciona de forma adequada, acaba por impor como consequência de toda e qualquer diferença salarial e remuneratória penalidade administrativa sem que preveja a oportunidade de prévia defesa do fiscalizado, **além de injusto dano reputacional às empresas**. No mesmo sentido, caso as obrigações legais sejam exigidas conforme a literalidade da regulamentação, expõe ainda o direito fundamental à proteção de dados e permite o malferimento da própria noção de autodeterminação informacional.

15. Retomando o artigo citado acima, sobre os parâmetros adequados de uma legislação que tenha como objetivo buscar efetivamente a equidade salarial, bem menciona Cristhine Samorini:⁷

Toda legislação ou política de inclusão, do Estado ou de recursos humanos, precisa ser reequilibrada ao longo do tempo. É o que vem ocorrendo com a legislação trabalhista e de inclusão e equidade do país. Espera-se que essa evolução continue, de forma a que leis e ações sejam mais adequadas às diferentes realidades e práticas das empresas, dos setores e das regiões.

Essas premissas também devem ser aplicadas à Lei de Igualdade Salarial. Não há dúvida da importância de políticas pela equidade entre mulheres e homens, **valor apoiado e reforçado pela CNI. No entanto, o fato é que o objetivo da lei precisa ser alcançado com a devida segurança jurídica para as empresas e seus empregados, protegendo-se dados sensíveis, conforme estabelece a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).**

Além disso, o tema requer uma análise menos superficial e simplista. A definição por parte de uma organização de suas bases remuneratórias e

⁷ *Idem.*

planos de carreira vai além da questão de gênero. É preciso considerar um conjunto de competências, habilidades e características que extrapolam a discussão de equidade salarial entre homens e mulheres.

Nesse contexto, não podem ser ignorados, por exemplo, pontos como experiência, desempenho, escolaridade, tempo de empresa e resultados que cada profissional entrega. Por isso, é preciso muito cuidado e um debate qualificado para que proposições legítimas não desvirtuem seu propósito inicial.

16. Como já exposto, trecho da lei e interpretações sobre a forma pela qual suas obrigações serão cumpridas violam frontalmente princípios constitucionais, de forma que, ainda que a premissa geral do diploma ordinário seja constitucional, algumas de suas disposições acabam por macular a Carta. É preciso proteger os interesses das mulheres por inteiro, sem que, com isso, haja brechas para a violação de outros princípios e direitos constitucionais caros (inclusive às próprias empregadas mulheres).

II - OBJETO DA AÇÃO

17. A presente ação direta visa à deflagração de processo objetivo de controle da constitucionalidade da Lei 14.611/2023, desmembrado em três pedidos: **(i)** inconstitucionalidade da expressão *“independentemente do descumprimento do disposto no art. 461 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943”*, contida em seu art. 5º, § 2º, que deslegitima circunstâncias razoáveis de desequiparação salarial (que encontram guarida na Carta, no princípio da proporcionalidade e na própria legislação); **(ii)** interpretação conforme do § 6º do art. 461 da CLT, alterado pelo art. 3º da Lei 14.611/2023, para que a possibilidade de cumulação de indenização por dano moral seja limitada à hipótese de discriminação comprovada e dolosa, afastando-se a incidência da indenização por danos morais em se tratando de simples situação de desequiparação salarial objetiva; e **(iii)** interpretação conforme da integralidade do art. 5º, sem redução de texto, de forma a garantir que nenhuma penalidade administrativa será imposta sem o prévio exercício do direito de defesa do fiscalizado e de forma a garantir que não haverá, pela publicação dos relatórios de transparência salarial e de critérios remuneratórios, divulgação de dados pessoais. Confira-se, desde logo, a redação do art. 5º:

Art. 5º Fica determinada a publicação semestral de relatórios de transparência salarial e de critérios remuneratórios pelas pessoas jurídicas de

direito privado com 100 (cem) ou mais empregados, **observada a proteção de dados pessoais de que trata a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais).**

§1º Os relatórios de transparência salarial e de critérios remuneratórios conterão **dados anonimizados e informações que permitam a comparação objetiva** entre salários, remunerações e a proporção de ocupação de cargos de direção, gerência e chefia preenchidos por mulheres e homens, acompanhados de informações que possam fornecer dados estatísticos sobre outras possíveis desigualdades decorrentes de raça, etnia, nacionalidade e idade, observada a legislação de proteção de dados pessoais e regulamento específico.

§ 2º Nas hipóteses em que for identificada desigualdade salarial ou de critérios remuneratórios, independentemente do descumprimento do disposto no art. 461 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a pessoa jurídica de direito privado apresentará e implementará plano de ação para mitigar a desigualdade, com metas e prazos, garantida a participação de representantes das entidades sindicais e de representantes dos empregados nos locais de trabalho.

§ 3º Na hipótese de descumprimento do disposto no caput deste artigo, será aplicada multa administrativa cujo valor corresponderá a até 3% (três por cento) da folha de salários do empregador, limitado a 100 (cem) salários-mínimos, sem prejuízo das sanções aplicáveis aos casos de discriminação salarial e de critérios remuneratórios entre mulheres e homens.

§ 4º O Poder Executivo federal disponibilizará de forma unificada, em plataforma digital de acesso público, observada a proteção de dados pessoais de que trata a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), além das informações previstas no § 1º deste artigo, indicadores atualizados periodicamente sobre mercado de trabalho e renda desagregados por sexo, inclusive indicadores de violência contra a mulher, de vagas em creches públicas, de acesso à formação técnica e superior e de serviços de saúde, bem como demais dados públicos que impactem o acesso ao emprego e à renda pelas mulheres e que possam orientar a elaboração de políticas públicas. (grifos nossos)

18. Como se demonstrará, é inconstitucional a expressão do § 2º do art. 5º da Lei 14.611/2023, que desconsidera as hipóteses legítimas de diferenças salariais fundadas no princípio da proporcionalidade (conformadas pelo legislador ordinário no art. 461 da CLT) para reputar como ilícita, indistintamente, toda e qualquer diferença salarial que possa estar expressa nos relatórios de transparência salarial e de critérios remuneratórios – cuja publicação a lei impõe. Essa expressão, ao anular as hipóteses válidas de desequiparação salarial razoáveis (respaldadas pela Carta), impõe a obrigação de apresentação e implementação de plano de ação, violando frontalmente o princípio da proporcionalidade, a dimensão substancial da isonomia e a equidade salarial constitucional (arts. 5º, *caput*, e 7º, inciso XXX, da Constituição).

19. É inconstitucional, ainda, qualquer interpretação de um dispositivo legal que chancele subjetividade, **sem deixar clara a necessidade de comprovação da discriminação em sentido estrito (entenda-se, a conduta dolosa)**, fragiliza toda a matéria em questão, evidenciando real afronta aos princípios da segurança jurídica, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

20. É também inconstitucional qualquer interpretação do art. 5º da Lei 14.611/2023 que imponha penalidade administrativa sem que tenha havido a possibilidade de o fiscalizado exercer seu regular direito de defesa e também viola a Carta interpretação que permita, ainda que teoricamente, a publicização de dados pessoais, uma vez passíveis de identificação, e que são relevantes sob o ponto de vista do negócio, com impacto na concorrência, nas estratégias comerciais, no segredo comercial e na reputação e imagem das empresas. Referidas interpretações malferem os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, assim como a intimidade, a proteção de dados, a livre iniciativa, a livre concorrência à imagem e a proporcionalidade.

21. Nesse sentido, almeja-se que esta Suprema Corte declare a inconstitucionalidade da expressão que desconsidera, para fins de aplicação de penalidade, as hipóteses de diferenças salariais legítimas, compatíveis com o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, e ainda, que determine interpretação segundo a qual a expressão discriminação contida no § 6º do art. 461 da CLT (alterado pela Lei) não tenha caráter de presunção, permitindo a cumulatividade do pleito de dano moral somente se presente situação de discriminação em sentido estrito (com dolo), sem que a essa hipótese se equipare a mera existência objetiva de uma diferença salarial.

22. **Da mesma forma, requer-se que a formatação e a publicação dos relatórios de transparência salarial e de critérios remuneratórios não resulte, de forma automática, na imposição de qualquer penalidade (como a elaboração de Plano de Ação) sem a garantia do prévio exercício do direito de defesa pelo fiscalizado; e que a mencionada publicação não contenha (sequer em tese) valores absolutos de salários ou de salários médios (ou pela mediana), o que pode resultar na divulgação de dados pessoais ou de estratégias e segredos de negócio. Ademais, a publicação dos dados em relatório, sem a devida distinção legítima prevista no art. 461 da CLT, por si só, pode causar dano reputacional e à imagem das empresas.**

23. Com efeito, a medida reveste-se de maior urgência e relevância diante da proximidade do termo dos prazos regulamentares para a publicação do referido relatório de transparência salarial e de critérios remuneratórios (**prevista para o mês de março de 2024**). A publicação pode ensejar, muito em breve, **até mesmo de forma automática, a responsabilização de empregadores que não cometeram qualquer irregularidade ou ilícito**, uma vez que a imposição do plano de ação desconsidera as hipóteses vigentes nas quais são legítimas determinadas diferenças salariais (numa leitura da isonomia material que já decorre do texto Constitucional).

24. A publicação dos relatórios pode ensejar, ainda, a aplicação de penalidade administrativa e danos reputacionais às empresas sem que se tenha oportunizado, de forma prévia e adequada, o exercício do direito de defesa do empregador fiscalizado, **que deverá elaborar plano de ação sem antes ter prazo para esclarecer à Fiscalização do Trabalho as eventuais justificativas das diferenças salariais encontradas. No mesmo sentido, a publicação pode, caso seja observada a literalidade da regulamentação, resultar na divulgação de dados remuneratórios de determinados empregados, especialmente naquelas funções de direção, chefia e gerência, em que há probabilidade de poucos ou apenas um empregado ocupar o respectivo cargo.**

25. Esse temor não é exagerado e justifica-se, inclusive, diante da manifestação de representantes da Secretaria de Inspeção do Trabalho - SIT/MTE que, em *live* gravada e publicada no sítio eletrônico (canal) do Ministério do Trabalho do *Youtube*, **mencionaram expressamente que até mesmo diferenças de centavos** na remuneração ensejariam a imposição da elaboração do Plano de Ação.⁸

26. A interpretação conforme à Constituição resultaria, ainda, por dependência lógica ou arrastamento, na declaração de inconstitucionalidade do Decreto 11.795/2023 e da Portaria MTE 3.714/2023, que consolidam a imposição da publicação de relatórios em formatos e procedimentos que incorrem nas violações já apontadas:

DECRETO 11.795/2023

Art. 2º O Relatório de Transparência Salarial e de Critérios Remuneratórios de que trata o inciso I do *caput* do art. 1º tem por finalidade a comparação

⁸ Fonte: <https://www.youtube.com/watch?v=LmUvWtl2AJg> (minuto 1:20:55), acesso em 12.3.2023.

objetiva entre salários, remunerações e a proporção de ocupação de cargos e deve contemplar, no mínimo, as seguintes informações:

I - o cargo ou a ocupação contida na Classificação Brasileira de Ocupações - CBO, com as respectivas atribuições; e

II - o valor:

- a) do salário contratual;
- b) do décimo terceiro salário;
- c) das gratificações;
- d) das comissões;
- e) das horas extras;
- f) dos adicionais noturno, de insalubridade, de penosidade, de periculosidade, dentre outros;
- g) do terço de férias;
- h) do aviso prévio trabalhado;
- i) relativo ao descanso semanal remunerado;
- j) das gorjetas; e
- k) relativo às demais parcelas que, por força de lei ou norma coletiva de trabalho, componham a remuneração do trabalhador.

§ 1º Ato do Ministério do Trabalho e Emprego estabelecerá as informações que deverão constar do Relatório de que trata o caput e disporá sobre o formato e o procedimento para o seu envio.

§ 2º Os dados e as informações constantes dos Relatórios deverão ser:

I - anonimizados, observada a proteção de dados pessoais de que trata a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018; e

II - enviados por meio de ferramenta informatizada disponibilizada pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

§ 3º O Relatório de que trata o caput deverá ser publicado nos sítios eletrônicos das próprias empresas, nas redes sociais ou em instrumentos similares, garantida a ampla divulgação para seus empregados, colaboradores e público em geral.

§ 4º A publicação dos Relatórios deverá ocorrer nos meses de março e setembro, conforme detalhado em ato do Ministério do Trabalho e Emprego.

§ 5º Para fins de fiscalização ou averiguação cadastral, o Ministério do Trabalho e Emprego poderá solicitar às empresas informações complementares às contidas no Relatório.

Art. 3º Verificada a desigualdade salarial e de critérios remuneratórios entre mulheres e homens pelo Ministério do Trabalho e Emprego, as empresas com cem ou mais empregados deverão elaborar e implementar Plano de Ação para Mitigação da Desigualdade Salarial e de Critérios Remuneratórios entre Mulheres e Homens, que deverá estabelecer:

I - as medidas a serem adotadas, as metas e os prazos; e

II - a criação de programas relacionados à:

- a) capacitação de gestores, lideranças e empregados a respeito do tema da equidade entre mulheres e homens no mercado de trabalho;
- b) promoção da diversidade e inclusão no ambiente de trabalho; e
- c) capacitação e formação de mulheres para o ingresso, a permanência e a ascensão no mercado de trabalho em igualdade de condições com os homens.

§ 1º Na elaboração e na implementação do Plano de Ação de que trata o caput, deverá ser garantida a participação de representantes das entidades sindicais e dos empregados, preferencialmente, na forma definida em norma coletiva de trabalho.

§ 2º Na ausência de previsão específica em norma coletiva de trabalho, a participação referida no § 1º se dará, preferencialmente, por meio da comissão de empregados estabelecida nos termos dos art. 510-A a art. 510-D da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

§ 3º Na hipótese do § 2º, a empresa que tiver entre cem e duzentos empregados poderá promover procedimento eleitoral específico para instituir uma comissão que garanta a participação efetiva de representantes dos empregados.

PORTARIA MTE 3.714/2023

Art. 3º O Relatório de Transparência Salarial e de Critérios Remuneratórios será composto por duas seções, contendo cada uma, as seguintes informações:

I - Seção I - dados extraídos do e-Social:

- a) dados cadastrais do empregador;
- b) número total de trabalhadores empregados da empresa e por estabelecimento;
- c) número total de trabalhadores empregados separados por sexo, raça e etnia, **com os respectivos valores do salário contratual e do valor da remuneração mensal**; e
- d) **cargos ou ocupações do empregador, contidos na Classificação Brasileira de Ocupações (CBO)**; e

II - Seção II - dados extraídos do Portal Emprega Brasil:

- a) existência ou inexistência de quadro de carreira e plano de cargos e salários;
- b) critérios remuneratórios para acesso e progressão ou ascensão dos empregados;
- c) existência de incentivo à contratação de mulheres;
- d) identificação de critérios adotados pelo empregador para promoção a cargos de chefia, de gerência e de direção; e
- e) existência de iniciativas ou de programas, do empregador, que apoiem o compartilhamento de obrigações familiares.

Parágrafo único. O valor da remuneração de que trata a alínea "c", do inciso I do caput, deverá conter:

- I- salário contratual;
- II- décimo terceiro salário;
- III- gratificações;
- IV- comissões;
- V- horas extras;
- VI- adicionais noturno, de insalubridade, de penosidade, de periculosidade, dentre outros;
- VII- terço de férias;
- VIII- aviso prévio trabalhado;
- IX- descanso semanal remunerado;
- X- gorjetas; e

XI- demais parcelas que, por força de lei ou de norma coletiva de trabalho, componham a remuneração do trabalhador.

Art. 4º A publicação do Relatório de Transparência Salarial e de Critérios Remuneratórios deverá ser feita pelos empregadores em seus sítios eletrônicos, em suas redes sociais ou em instrumentos similares, sempre em local visível, garantida a ampla divulgação para seus empregados, trabalhadores e público em geral.

Art. 5º O Ministério do Trabalho e Emprego coletará os dados inseridos no e-Social pelos empregadores, bem como as informações complementares por eles prestadas e publicará o Relatório de Transparência Salarial e de Critérios Remuneratórios, nos meses de março e setembro de cada ano, na plataforma do Programa de Disseminação das Estatísticas do Trabalho.

Parágrafo único. As informações complementares a que se refere o caput serão prestadas pelos empregadores, em ferramenta informatizada disponibilizada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, nos meses de fevereiro e agosto de cada ano, relativas ao primeiro e ao segundo semestres, respectivamente.

Art. 6º A publicação do Relatório de Transparência Salarial e de Critérios Remuneratórios, pelo Ministério do Trabalho e Emprego, será obrigatória após a disponibilização da aba Igualdade Salarial e de Critérios Remuneratórios a ser implementada na área do empregador do Portal Emprega Brasil.

DO PLANO DE AÇÃO PARA MITIGAÇÃO DA DESIGUALDADE SALARIAL E DE CRITÉRIOS REMUNERATÓRIOS ENTRE MULHERES E HOMENS

Art. 7º Após a publicação do Relatório de Transparência Salarial e de Critérios Remuneratórios, nos termos do Decreto 11.795, de 2023, verificada a desigualdade salarial e de critérios de remuneração, os empregadores serão notificados, pela Auditoria-Fiscal do Trabalho, para que elaborem, no prazo de noventa dias, o Plano de Ação para Mitigação da Desigualdade Salarial e de Critérios Remuneratórios entre Mulheres e Homens.

§ 1º A notificação a que se refere o caput será realizada a partir da implementação do Domicílio Eletrônico Trabalhista, nos termos do artigo 628-A da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, ressalvados os procedimentos administrativos de fiscalização previstos ou iniciados nos termos da Instrução Normativa MTP nº 2, de 8 de novembro de 2021.

§ 2º O prazo para apresentação do Plano de Ação para Mitigação da Desigualdade Salarial e de Critérios Remuneratórios correrá a partir da primeira notificação, nos termos do inciso II do art. 4º do Decreto nº 11.795, de 2023.

§ 3º O Plano de Ação para Mitigação da Desigualdade Salarial e de Critérios Remuneratórios entre Mulheres e Homens de que trata o caput poderá ser elaborado e armazenado em meio digital com certificado digital emitido no âmbito da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil).

§ 4º Uma cópia do Plano de Ação para Mitigação da Desigualdade Salarial e de Critérios Remuneratórios entre Mulheres e Homens deverá ser depositada na entidade sindical representativa da categoria profissional.

Art. 8º O Plano de Ação para Mitigação da Desigualdade Salarial e de Critérios Remuneratórios entre Mulheres e Homens deverá conter:

- I- medidas a serem adotadas com escala de prioridade;
- II- metas, prazos e mecanismos de aferição de resultados;
- III- planejamento anual com cronograma de execução; e
- IV- avaliação das medidas com periodicidade mínima semestral.

Art. 9º O Plano de Ação para Mitigação da Desigualdade Salarial e de Critérios Remuneratórios entre Mulheres e Homens deverá prever, inclusive, a criação de programas de:

- I - capacitação de gestores, lideranças e empregados a respeito do tema da equidade entre mulheres e homens no mercado de trabalho;
- II - promoção de diversidade e inclusão no ambiente de trabalho; e
- III - capacitação e formação de mulheres para o ingresso, permanência e ascensão no mercado de trabalho em igualdade de condições com os homens. (grifos nossos)

27. De todo modo, considerando-se que o Decreto 11.795/2023 e a Portaria MTE 3.714/2023 violam também, em disposições inovadoras do ordenamento jurídico, preceitos constitucionais da maior relevância, como os limites do poder regulamentar, a legalidade e os princípios da isonomia, da proporcionalidade, da proteção à imagem e o devido processo legal, requer-se, sucessivamente, sejam reconhecidas referidas inconstitucionalidades por violação direta e autônoma à Constituição.⁹

III - LEGITIMIDADE DA CNI E DA CNC E PERTINÊNCIA TEMÁTICA

28. As requerentes são entidades sindicais de nível superior (confederações sindicais), sendo partes legítimas para propor ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do art. 103, inciso IX, da Constituição, o que já foi reconhecido pelo STF em inúmeras oportunidades.¹⁰

29. Também está presente, no caso, o requisito da pertinência temática. A CNI representa, em todos os níveis e instâncias, a categoria econômica da indústria (arts. 1º e

⁹ Admitindo o cabimento de ADI contra atos infralegais, v. STF ADI 3.731-MC/PI, DJ 11.10.2007, rel. min. CEZAR PELUSO, em que se reconheceu que “[p]ode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade, o ato normativo subalterno cujo conteúdo seja de lei ordinária em sentido material e, como tal, goze de autonomia nomológica” (grifou-se); e ADI 4.657-MC/DF, DJ 25.4.2012, rel. min. MARCO AURÉLIO.

¹⁰ Nesse sentido, v. STF ADI 1.480-MC/DF, DJ 18.5.2001, rel. min. CELSO DE MELLO; e mais recentemente ADI 7.323-MT, DJ 9.8.2023, rel. min. EDSON FACHIN; ADI 6.989-PI, DJ 23.8.2023, rel. min. ROSA WEBER; ADI 4.905-DF, DJ 26.5.2023, rel. min. GILMAR MENDES; ADI 4.787-AP, DJ 3.5.2023, rel. min. LUIZ FUX; ADI 4.785-MG, DJ 19.9.2023, rel. min. EDSON FACHIN; e ADI 2.325-DF, DJ 19.12.2023, rel. min. ANDRÉ MENDONÇA, dentre tantas outras.

3º, incisos I e X, do seu Estatuto),¹¹ categoria essa composta por empregadores que estarão sujeitos às obrigações contidas no bloco normativo ora questionado e às consequências de sua aplicação e exigência fora dos limites constitucionais.

30. A CNC, por sua vez, agrupa, em sua estrutura, 34 federações patronais estaduais e nacionais. Integram essas entidades 1.072 sindicatos dos diferentes segmentos do comércio de bens, serviços e turismo no país, organizados e liderados por representantes de micro, pequenas, médias e grandes empresas. Assim, não lhe pode ser negada a condição maior de legítima representante dos interesses das **categorias econômicas** (empresas) que integram o seu plano de representação sindical.

31. Nos termos da jurisprudência dessa Corte, não é necessário que somente o comércio de bens, serviços, turismo e a indústria sejam adversamente afetados por uma lei federal para que a CNC e CNI tenham legitimidade para o ajuizamento da presente ação. A pertinência temática estará estabelecida desde que haja “referibilidade direta” ou “correlação” entre os objetivos institucionais da entidade e o objeto da ação – ainda que outras associações de classe também possam ter interesses similares àqueles a serem defendidos pelas Requerentes. Essa mesma lógica tem sido observada pela jurisprudência deste E. STF em diversas ações de controle concentrado de constitucionalidade apresentadas pela CNC e CNI ao longo dos últimos anos.¹²

¹¹ Estatuto: Art. 1º A Confederação Nacional da Indústria, associação sindical de grau superior, fundada em 12 de agosto de 1938, reconhecida por Carta Ministerial de 17 de setembro de 1938, com investidura ratificada pelo Decreto Federal nº 12.321, de 30 de abril de 1943, é constituída com prazo de duração indeterminado, para fins de representação, estudos e coordenação dos **interesses das categorias econômicas da indústria**. (...) Art. 3º A CNI tem por objetivos: **I – representar, defender e coordenar os interesses gerais da indústria** (...); (...) **X – propor medidas judiciais na defesa dos interesses da indústria**; (...) (grifou-se).

¹² ADIs 6.055, 6.031, 5.931 e 5.135. Em todos os casos indicados, a CNI insurgiu-se contra dispositivos cujos efeitos transcendiam a categoria industrial e teve sua legitimidade ativa *ad causam* reconhecida (ao menos no voto do relator), pois os atos normativos neles questionados também atingiam a categoria industrial. O mesmo entendimento aplica-se à presente ação.

ADIs 4.171, 4.381, 5.412, 4.375 e 5.301. A CNC, nestes casos, questionou dispositivos cujos efeitos transcendiam sua categoria do comércio de bens, serviços e turismo, tendo sua legitimidade ativa reconhecida.

IV - INCONSTITUCIONALIDADE DA EXPRESSÃO “INDEPENDENTEMENTE DO DESCUMPRIMENTO DO DISPOSTO NO ART. 461 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO, APROVADA PELO DECRETO-LEI Nº 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943” CONTIDA NO § 2º DO ART. 5º DA LEI. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A ISONOMIA MATERIAL NÃO EXCLUI AS DESEQUIPARAÇÕES SALARIAIS LEGÍTIMAS.

32. A Lei 14.611/2023, em seu art. 5º, *caput*, impõe a publicação semestral de relatórios de transparência salarial e de critérios remuneratórios pelas pessoas jurídicas de direito privado com 100 (cem) ou mais empregados. Comanda, em seguida, que os relatórios conterão dados anonimizados e informações que possibilitem comparação objetiva entre salários, remuneração e ocupação de cargos de direção, gerência e chefia preenchidos por homens e mulheres. Em seu § 2º, o artigo dispõe que, quando for identificada desigualdade salarial ou de critérios remuneratórios, cumprido ou não o art. 461 da CLT, o empregador deverá apresentar e implementar Plano de Ação.

33. A expressão que excetua o cumprimento do art. 461 da CLT – **que prevê desequiparações salariais lícitas e razoáveis** – deve ser declarada inconstitucional, uma vez que ignora o princípio da proporcionalidade. A isonomia material constitucional de gênero não exclui a possibilidade de desequiparações salariais legítimas, a serem cuidadosamente conformadas pelo legislador ordinário. **É inconstitucional desconsiderar, para fins de isonomia salarial, aquelas diferenças cuja tônica decorre diretamente do princípio da proporcionalidade e de uma aceção mais apropriada de isonomia material.**

34. Não se trata aqui de imaginar que haja violação à isonomia na proteção especial dedicada à mulher, mas há máculas à equidade salarial quando se visa a unificar e igualar salários e remunerações de todos os empregados, que se tornaram diferentes por fundamentos legítimos.¹³

¹³ Sobre a possibilidade de critérios específicos que acarretem, dentro da tônica constitucional, em tratamento diverso mas isonômico, cite-se o precedente: Art. 55, *caput*, incisos I, II e III, e § 1º, da Lei 11.440/2006, nos trechos que estabelece critérios etários para a transferência dos diplomatas ao Quadro Especial do Serviço Exterior Brasileiro. Inexistência de violação à isonomia. (...) Critérios de transferência por idade ou por tempo de classe, o que ocorrer primeiro. No caso do critério por idade, a transferência é efetivada independentemente do tempo de serviço na respectiva classe. (...) O delineamento constitucional acerca das exigências de idade para acesso a determinados cargos e para progressão funcional confere um

35. Faz parte da equidade e do seu conceito tratar de forma materialmente desigual aqueles que estejam em posição de diferença salarial segundo um critério razoável (como a ponderável diferença de antiguidade na função ou na empresa e o mérito do próprio trabalho desenvolvido, segundo critérios objetivos de aferição de maior perfeição técnica). Isso é consequência direta da isonomia constitucional. Equiparar a remuneração de empregados que não possuem o mesmo histórico de trabalho, de formação, de performance ou ainda de vantagens pessoais adquiridas irá invariavelmente resultar na mácula constitucional.¹⁴ Não há lugar para uma tarifação absoluta remuneratória.

36. Como decorrência dessa proteção constitucional, é importante mencionar, de forma expressa, o art. 461 da CLT excepcionado pelo trecho ora questionado (trazido aqui não como parâmetro de controle, mas como exemplo das hipóteses constitucionais de desequiparações remuneratórias legítimas):

Art. 461. Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, no mesmo estabelecimento empresarial, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, etnia, nacionalidade ou idade.

§ 1º Trabalho de igual valor, para os fins deste Capítulo, será **o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço para o mesmo empregador não seja superior a quatro anos e a diferença de tempo na função não seja superior a dois anos.**

§ 2º Os dispositivos deste artigo não prevalecerão quando o empregador tiver pessoal organizado em quadro de carreira ou adotar, por meio de norma interna da empresa ou de negociação coletiva, plano de cargos e salários, dispensada qualquer forma de homologação ou registro em órgão público.
(...)

considerável espaço de conformação para o legislador estabelecer critérios para ingresso e progressões funcionais no serviço público, desde que justificados. A previsão de transferência para o Quadro Especial do Serviço Exterior Brasileiro deve ser avaliada diante das peculiaridades da carreira diplomática e dos efeitos jurídicos decorrentes. A transferência para o Quadro Especial não representa, por si só, um obstáculo para a progressão funcional e para o exercício das funções. **A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Verifica-se ser devidamente justificado o critério de transferência para o Quadro Especial do Serviço Exterior Brasileiro, estando nos limites da conformação legislativa.** (ADI 7.399, rel. min. ALEXANDRE DE MORAES, j. 8.11.2023, p. 17.11.2023) – grifo nosso.

¹⁴ É exatamente essa a lógica que deve pautar, por exemplo, os Planos de Cargos e Salários dos empregadores: parâmetros objetivos que validam progressões salariais que podem se dar ao longo do tempo de forma desigual, mas sempre obedecendo parâmetros objetivos, universais (oponíveis a todos) e razoáveis.

§ 5º A equiparação salarial só será possível entre empregados contemporâneos no cargo ou na função, ficando vedada a indicação de paradigmas remotos, ainda que o paradigma contemporâneo tenha obtido a vantagem em ação judicial própria.
(...)

37. Interpretando o referido artigo e trazendo luz sobre os parâmetros da isonomia material e proporcional da remuneração de empregados com circunstâncias laborais distintas, conformados dentro da liberdade de atuação legislativa, é importante citar, ainda, a Súmula 6 do TST (que, novamente, é trazida à baila apenas como referência de validação de diferenças remuneratórias em nome da isonomia constitucional):

EQUIPARAÇÃO SALARIAL. ART. 461 DA CLT

I - Para os fins previstos no § 2º do art. 461 da CLT, só é válido o quadro de pessoal organizado em carreira quando homologado pelo Ministério do Trabalho, excluindo-se, apenas, dessa exigência o quadro de carreira das entidades de direito público da administração direta, autárquica e fundacional aprovado por ato administrativo da autoridade competente. (ex-Súmula 6 alterada pela Res. 104/2000, DJ 20.12.2000).

II - Para efeito de equiparação de salários em caso de trabalho igual, conta-se o tempo de serviço na função e não no emprego. (ex-Súmula 135 - RA 102/1982, DJ 11.10.1982 e DJ 15.10.1982)

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-1 328 - DJ 9.12.2003).

IV - É desnecessário que, ao tempo da reclamação sobre equiparação salarial, reclamante e paradigma estejam a serviço do estabelecimento, desde que o pedido se relacione com situação pretérita. (ex-Súmula 22 - RA 57/1970, DO-GB 27.11.1970).

V - A cessão de empregados não exclui a equiparação salarial, embora exercida a função em órgão governamental estranho à cedente, se esta responde pelos salários do paradigma e do reclamante. (ex-Súmula 111 - RA 102/1980, DJ 25.9.1980).

VI - 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: a) se decorrente de vantagem pessoal ou de tese jurídica superada pela jurisprudência de Corte Superior; b) na hipótese de equiparação salarial em cadeia, suscitada em defesa, se o empregador produzir prova do alegado fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito à equiparação salarial em relação ao paradigma remoto, considerada irrelevante, para esse efeito, a existência de diferença de tempo de serviço na função superior a dois anos entre o reclamante e os empregados paradigmas componentes da cadeia equiparatória, à exceção do paradigma imediato.

VII - Desde que atendidos os requisitos do art. 461 da CLT, é possível a equiparação salarial de trabalho intelectual, que pode ser avaliado por sua perfeição técnica, cuja aferição terá critérios objetivos. (ex-OJ da SBDI-1 298 - DJ 11.8.2003).

VIII - É do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial. (ex-Súmula 68 - RA 9/1977, DJ 11.2.1977).

IX - Na ação de equiparação salarial, a prescrição é parcial e só alcança as diferenças salariais vencidas no período de 5 (cinco) anos que precedeu o ajuizamento. (ex-Súmula 274 - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003).

X - O conceito de "mesma localidade" de que trata o art. 461 da CLT refere-se, em princípio, ao mesmo município, ou a municípios distintos que, comprovadamente, pertençam à mesma região metropolitana. (ex-OJ da SBDI-1 252 - inserida em 13.3.2002).

38. Percebe-se, logo, que desconsiderar os parâmetros legítimos de desequiparação salarial, quando fundados em critérios razoáveis como os constantes do parágrafo primeiro do art. 461 da CLT, impondo a penalidade como consequência de toda e qualquer diferença observada, viola a isonomia constitucional diretamente, bem como o princípio da proporcionalidade. Ao impor alinhamento abstrato entre salários e remunerações não se está buscando, de fato e de direito, a isonomia real e a equidade salarial entre homens e mulheres (ao contrário). Percebe-se que o parâmetro de controle de constitucionalidade visa a impedir especificamente que haja distinções salariais por motivo de gênero, idade, raça ou estado civil – não estando fora da tônica constitucional outras diferenças que tenham como base circunstâncias ou fatos relevantes, escolhidos constitucionalmente pelo legislador ordinário como circunstâncias indutoras de desequiparações razoáveis.

39. A título exemplificativo, um homem substancialmente mais antigo em uma dada empresa, atendidos critérios razoáveis de tempo fixados pelo legislador, pode ganhar mais do que uma mulher na mesma posição, **sendo a recíproca verdadeira**. Igualmente, uma mulher que execute trabalho com maior perfeição pode ganhar mais do que um homem na mesma função, e vice-versa, sem que nisso se encontre qualquer inconstitucionalidade material à luz do princípio da isonomia, já que adequadas, necessárias e razoáveis as desequiparações para um regime eficiente e meritocrático de remuneração no ambiente privado. É lógico que, quanto possível, o critério precisa ser objetivo, para que não haja discriminação escamoteada. O trabalho de igual valor deve ser remunerado de forma idêntica, e a isonomia é instrumento dessa máxima.

40. Quanto ao tema, destaca-se, novamente, no direito comparado, que a própria Diretiva da União Europeia (alegada fonte de inspiração da legislação brasileira) prevê tolerância de cinco pontos percentuais na desequiparação salarial para que, apenas uma vez ultrapassado o limite, sejam exigidas as explicações pautadas em critérios neutros de gênero e/ou a mitigação da diferença. Percebe-se, logo, que a legislação brasileira é mais gravosa que os parâmetros europeus, uma vez que a literal redação do art. 5º, § 2º, da Lei atacada desconsidera qualquer possibilidade de desequiparação (seja ela percentual/quantitativa, seja ela legítima/qualitativa), para elidir o plano de ação.

41. É importante frisar que, ao tempo que lançar luz ao tema da equidade salarial e visar à justa implementação de políticas que tenham como finalidade a isonomia material é constitucional, artificialmente desfazer desequiparações legítimas (ainda que sob o pretexto da absoluta equidade), paradoxalmente, causa a violação do princípio que se almeja proteger, tratando de forma absoluta (via comparação numérica) empregados que possuem vida laboral, tempo de serviço (na empresa e na função) e formação diversos.

42. Para além, a medida, sem essas cuidadosas ressalvas, não parece atender à segurança jurídica, notadamente no quesito previsibilidade. Não é admissível lançar empregadores em situação de ilicitude artificial, em posição de sujeição a sanções severas, não obstante terem eles cumprido o parâmetro legal que conforma a isonomia material constitucional em seu aspecto salarial. Isso porque, mesmo tendo cumprido os ditames constitucionais da proporcionalidade, estarão, ainda assim, na mesma circunstância de empregadores que realmente desconsideram a equidade salarial entre mulheres e homens e praticam discriminação de gênero.

V - DA INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO DO § 6º DO ART. 461 DA CLT, ALTERADO PELO § 6º DO ART. 3º DA LEI 14.611/2023: DEFINIÇÃO DO CONCEITO DE DISCRIMINAÇÃO CONTIDA NA EXPRESSÃO “NA HIPÓTESE DE DISCRIMINAÇÃO”. VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA, AO DEVIDO PROCESSO LEGAL, À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO.

43. A Lei 14.611/2023, em seu art. 3º, § 6º, alterou a redação do art. 461 da CLT. Abaixo se apresenta um comparativo da alteração:

<p>Nova redação pela Lei 14.611/2023</p> <p>Art. 461, § 6º</p> <p>Na hipótese de discriminação por motivo de sexo, raça, etnia, origem ou idade, o pagamento das diferenças salariais devidas ao empregado discriminado não afasta seu direito de ação de indenização por danos morais, consideradas as especificidades do caso concreto.</p>	<p>Antiga redação</p> <p>Art. 461, § 6º</p> <p>No caso de comprovada discriminação por motivo de sexo ou etnia, o juízo determinará, além do pagamento das diferenças salariais devidas, multa, em favor do empregado discriminado, no valor de 50% (cinquenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.</p>
--	---

44. A Lei 14.611/2023, ao promover a alteração acima, inseriu em contexto de incerteza as interpretações possíveis com relação à expressão discriminação. Ao tempo que, na redação antiga, não havia dúvidas sobre a necessidade de comprovação da discriminação pelos motivos que elencava, o novo texto apenas menciona que, na hipótese de discriminação, o pagamento das diferenças salariais não afastará o direito de ação de indenização por danos morais. O problema é que a lei, em diversos pontos, como o que trata do plano de ação, pulveriza a distinção entre discriminação e mera desequiparação salarial (ainda que autorizada pelo art. 461, § 1º, da CLT).

45. Assim, o dispositivo deve ser interpretado conforme à Constituição para que o pleito de dano moral somente seja cumulável se presente situação de discriminação em sentido estrito, sem que a essa hipótese se equipare a mera existência objetiva de uma diferença salarial.

46. Percebe-se que há, ao menos, incerteza no contexto vigente sobre a necessidade de comprovação da efetiva discriminação, situação que é o elemento decisivo que atrairá o direito subjetivo da cumulação da indenização.

47. A lei pode ensejar interpretações no sentido de que mera desequiparação ou uma suposição de algo não comprovado (o dolo) pode gerar aplicação de sanções, atraindo uma subjetividade unilateral absoluta no exercício de uma pretensão indenizatória cumulada descabida.

48. Para além, a segurança jurídica é o princípio basilar na salvaguarda da pacificidade e estabilidade das relações jurídicas, que pode ser diretamente atacado por interpretações que chancem a mera presunção na hipótese. Há segurança jurídica quando é possível prever, tanto diante de uma situação abstrata, quanto de uma situação concreta, os efeitos jurídicos materiais e processuais emanados pelas normas jurídicas.

49. Neste sentido, qualquer interpretação de um dispositivo legal que chancem subjetividade, sem deixar clara a necessidade de comprovação da discriminação em sentido estrito (entenda-se, a conduta dolosa), fragiliza toda a matéria em questão, evidenciando real afronta aos princípios da segurança jurídica, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. A segurança jurídica é projeção, ainda, do princípio do próprio Estado de Direito (art. 1º), de modo a rechaçar significados vagos que não sejam capazes de orientar o destinatário da norma.

50. Nesse tema, é, logo, imperioso que se afaste qualquer interpretação inconstitucional da expressão contida no art. 461, § 6º, da CLT (alterado pela Lei 14.611/2023) que resulte na possibilidade de assimilação/equiparação da discriminação (que exige dolo) a simples situação de diferença salarial objetiva.

V.1 - DA INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO DO ART. 5º DA LEI 14.611/2023: VIOLAÇÃO À AMPLA DEFESA, AO CONTRADITÓRIO E AO DEVIDO PROCESSO LEGAL PELA IMPOSIÇÃO IMEDIATA DE PENALIDADE

51. A textura aberta da Lei 14.611/2023 (e notadamente de seu art. 5º) dá margem a interpretações diversas quanto às formas legítimas de se exigir a publicação e de se interpretar os ali previstos relatórios de transparência salarial e de critérios remuneratórios. Não se poderia admitir, dentro da tônica constitucional, por exemplo, a imposição de propostas de ajustamento de conduta a todos os empregadores cujos relatórios porventura evidenciem diferenças remuneratórias matematicamente não significativas, sem que oportunizasse, de forma prévia e adequada, seu direito de defesa, como impõem os incisos LIV e LV do art. 5º constitucional.

52. Essa interpretação inconstitucional pode ser facilmente observada no art. 3º do Decreto 11.795/2023, que não prevê procedimento administrativo de contraditório e

ampla defesa. Ora, existem, como já referenciado, desde os primórdios do direito laboral brasileiro, justificativas legais razoáveis para a existência de diferenças salariais que, ao serem analisadas, não se resumem à análise matemática, mas sim a uma análise complexa de circunstâncias que permeiam a vida laboral do empregado (como as já referidas, exemplificativamente, no tópico em que se tratou de diferenças salariais derivadas da tempo adicional na empresa ou na função, ou resultantes de qualificação técnica que resulte em trabalho de distinto nível de perfeição).

53. Uma vez que se trata de processo administrativo, é imperioso que, antes que qualquer penalidade seja imposta (especialmente aquela que implica reconhecimento da violação e desde já prevê medidas de adequação), possa o empregador apresentar suas justificativas, defesas e recursos. **Na técnica da aferição da compatibilidade de um regime legal com a isonomia, o princípio da proporcionalidade, em especial, é instrumento relevante para distinguir desequiparações lícitas (adequadas, necessárias e razoáveis em sentido estrito) da desigualdade ilícita, discriminatória e caprichosa.** É exatamente nesse particular que a garantia constitucional se opera, resguardando a possibilidade de razoável esclarecimento por parte do fiscalizado:

Abrindo o debate, deixo expresso que a Constituição de 1988 consagra o devido processo legal nos seus dois aspectos, substantivo e processual, nos incisos LIV e LV do art. 5º, respectivamente. (...) *Due process of law*, com conteúdo substantivo – *substantive due process* – constitui limite ao Legislativo, no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*), devem guardar, segundo W. Holmes, um real e substancial nexa com o objetivo que se quer atingir. Paralelamente, *due process of law*, com caráter processual – *procedural due process* – garante às pessoas um procedimento judicial justo, com direito de defesa. (ADI 1.511-MC, voto do min. CARLOS VELLOSO, j. 16.10.1996, p. 6.6.2003)

Nenhuma penalidade poderá ser imposta, mesmo no campo do direito administrativo, sem que se ofereça ao imputado a possibilidade de se defender previamente. A preterição do direito de defesa torna írrito e nulo o ato punitivo. *Nemo inauditus damnari debet*. O direito constitucional à ampla (e prévia) defesa, sob o domínio da Constituição de 1988 (art. 5º, LV), tem como precípua destinatário o acusado, qualquer acusado, ainda que em sede meramente administrativa. O STF, ao proclamar a imprescindibilidade da observância desse postulado, essencial e inerente ao *due process of law*, tem advertido que o exercício do direito de defesa há de ser assegurado, previamente, em todos aqueles procedimentos – notadamente os de caráter administrativo-disciplinar – em que seja possível a imposição de medida de índole punitiva. Mesmo a imposição de sanções disciplinares pelo

denominado critério da verdade sabida, ainda que concernentes a ilícitos funcionais desvestidos de maior gravidade, não dispensa a prévia audiência do servidor público interessado, sob pena de vulneração da cláusula constitucional garantidora do direito de defesa. A ordem normativa consubstanciada na Constituição brasileira é hostil a punições administrativas, imponíveis em caráter sumário ou não, que não tenham sido precedidas da possibilidade de o servidor público exercer, em plenitude, o direito de defesa. A exigência de observância do devido processo legal destina-se a garantir a pessoa contra a ação arbitrária do Estado, colocando-a sob a imediata proteção da Constituição e das leis da República. (...). Revela-se incompatível com o sistema de garantias processuais instituído pela Constituição da República (CF, art. 5º, LV) o diploma normativo que, mediante inversão da fórmula ritual e com apoio no critério da verdade sabida, culmina por autorizar, fora do contexto das medidas meramente cautelares, a própria punição antecipada do servidor público, ainda que a este venha a ser assegurado, em momento ulterior, o exercício do direito de defesa. (ADI 2.120, rel. min. CELSO DE MELLO, j. 16.10.2008, p. 30.10.2014)

(...) assiste ao interessado, mesmo em procedimentos de índole administrativa, como direta emanção da própria garantia constitucional do *due process of law* (independentemente, portanto, de haver, ou não, previsão normativa nos estatutos que regem a atuação dos órgãos do Estado), a prerrogativa indisponível do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, consoante prescreve a Constituição da República, em seu art. 5º, LIV e LV. (...) O exame da garantia constitucional do *due process of law* permite nela identificar, em seu conteúdo material, alguns elementos essenciais à sua própria configuração, dentre os quais avultam, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis *ex post facto*; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilégio contra a autoincriminação); e (l) direito à prova, valendo referir, a respeito dos postulados que regem o processo administrativo em geral (...). (MS 34.180-MC, rel. min. CELSO DE MELLO, j. 1º.7.2016, p. 1º.8.2016)

54. Não se pode cogitar que o Plano de Ação não seja uma penalidade ou um constrangimento público baseado na aparência de um ilícito, uma vez que está, em sua premissa e conceito, a afirmação de que existem irregularidades anti-isonômicas a serem sanadas e mitigadas pelo empregador fiscalizado, razão pela qual o regime cunhado pelo legislador e ulteriormente regulamentado avança ainda na imposição de previsões obrigatórias: i) medidas a serem adotadas com escala de prioridade; ii) metas, prazos e

mecanismos de aferição de resultados; iii) planejamento anual com cronograma de execução; iv) avaliação das medidas com periodicidade mínima semestral; v) capacitação de gestores, lideranças e empregados a respeito do tema da equidade entre mulheres e homens no mercado de trabalho; vi) promoção de diversidade e inclusão no ambiente de trabalho; e vii) capacitação e formação de mulheres para o ingresso, permanência e ascensão no mercado de trabalho em igualdade de condições com os homens. (arts. 8º e 9º da Portaria MTE 3.714/2023).

55. Nesse tema, é imperioso que se afaste qualquer interpretação inconstitucional da lei que resulte na possibilidade de imposição de elaboração, publicação e implementação do plano de ação (penalidade) sem que, de forma prévia e adequada, seja prevista a oportunidade de apresentação de defesa e de recurso, em absoluta obediência à proteção constitucional.

V.2 - DA INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO DO ART. 5º DA LEI 14.611/2023: VIOLAÇÃO À INTIMIDADE, À PROTEÇÃO DE DADOS, À LIVRE INICIATIVA, À LIVRE CONCORRÊNCIA E À PROPORCIONALIDADE

56. Ainda que a Carta, a própria Lei 14.611/2023, o Decreto e a Portaria prevejam a anonimização dos dados e o respeito à Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD (Lei 13.709/2018), na prática, o procedimento de publicação dos relatórios, da forma que estruturado, viola o princípio da proporcionalidade na dimensão de (in)adequação e evidencia a possibilidade de imprópria identificação de salários pela informação do cargo. **É que está textualmente mantido como elemento obrigatório dos relatórios de transparência o valor dos salários e a classificação brasileira de ocupações respectiva. Permite-se, assim, a identificação inconstitucional de dados pessoais.**

57. Apenas como exemplo da violação em potencial, imagine-se uma empresa com 120 empregados e um diretor de *marketing*. O salário deste, uma vez vinculado ao seu cargo, será de pronto conhecido sem muita dificuldade. **Nesse contexto, o dado, concretamente, não está anonimizado, pois pode ser facilmente identificado. Se a medida adotada é inidônea para alcançar, em casos concretos, a finalidade a que se propõe sem sacrificar o direito fundamental à intimidade e à vida privada, o**

problema é de desproporcionalidade desse conteúdo semântico inconstitucional, passível de censura, para a exclusão dos sentidos em que a aplicação da norma de hierarquia inferior conflita com a Constituição.

58. Não apenas a Constituição consagra o direito fundamental à intimidade **como também o direito fundamental à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais**. Isso significa que os dados pessoais gozam de proteção constitucional especial, não sendo possível sua divulgação, publicidade ou sua indicação sem que se obedeça a determinados critérios legais. **Os meios escolhidos tanto pelo Legislador como pelo Poder Executivo precisam, nessa perspectiva, estabelecer a concordância prática entre os direitos fundamentais, podendo eventuais excessos ser corrigidos por meio do controle de constitucionalidade.**

59. Note-se que o problema, em rigor, **é de calibragem de meios e fins**, porquanto a Lei 14.611/2023 prevê, expressamente, que o relatório conterá “*dados anonimizados*”. A LGPD, por sua vez, prevê, em seu art. 12, que “*os dados anonimizados não serão considerados dados pessoais para os fins desta Lei, salvo quando o processo de anonimização ao qual foram submetidos for revertido, utilizando exclusivamente meios próprios, ou quando, com esforços razoáveis, puder ser revertido*”. Essa mesma lei conceitua dados pessoais como sendo “*informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável*”.

60. Depreende-se do texto acima que os dados, ainda que anonimizados (mesmo que não haja ainda um padrão determinado de anonimização – que está pendente de agenda regulatória pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados, ANPD), **serão considerados pessoais caso o processo de anonimização possa ser revertido**, ou seja, quando for possível a identificação e a determinação do detentor do dado – a princípio anonimizado. Como já descrito acima, não é com muito esforço que se poderão identificar, com exatidão, os salários – especialmente de cargos de liderança, ou aqueles cargos em que haja apenas um empregado, caso a publicação dos relatórios siga a letra expressa da regulamentação.

61. A forma de estruturação do relatório contida expressamente na letra da regulamentação fere, logo, por escolha de um procedimento impróprio, inadequado, a

proteção constitucional que acoberta os dados pessoais, malferindo o direito fundamental à autodeterminação informativa, reconhecido, inicialmente, nos julgamentos da ADI 6.387 e da ADPF 403 e ulteriormente explicitado, textualmente, por emenda constitucional (art. 5º, inciso LXXIX, introduzido pela EC 115/2202).

62. No ponto, citem-se importantes precedentes do Supremo Tribunal que delineiam o âmbito de proteção do direito fundamental à proteção de dados, que deve sempre ser observado, **em criteriosa técnica de ponderação de valores, pelo legislador ordinário, mesmo quando este age com a finalidade de concretizar outra garantia constitucional (como a isonomia remuneratória):**

Decorrências dos direitos da personalidade, o respeito à privacidade e à autodeterminação informativa foram positivados, no art. 2º, I e II, da Lei 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), como fundamentos específicos da disciplina da proteção de dados pessoais. Na medida em que relacionados à identificação – efetiva ou potencial – de pessoa natural, o tratamento e a manipulação de dados pessoais hão de observar os limites delineados pelo âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual (art. 5º, *caput*), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade (art. 5º, X e XII), sob pena de lesão a esses direitos. O compartilhamento, com ente público, de dados pessoais custodiados por concessionária de serviço público há de assegurar mecanismos de proteção e segurança desses dados. (...) (ADI 6.387 MC-REF, ADI 6.388 MC-REF, ADI 6.389 MC-REF, ADI 6.390 MC-REF e ADI 6.393-MC-REF, rel. min. ROSA WEBER, j. 7.5.2020, p. 12.11.2020)

(...) Consoante recente entendimento desta Corte, a proteção de dados pessoais e a autodeterminação informacional são direitos fundamentais autônomos, dos quais decorrem tutela jurídica específica e dimensão normativa própria. Assim, é necessária a instituição de controle efetivo e transparente da coleta, armazenamento, aproveitamento, transferência e compartilhamento desses dados, bem como o controle de políticas públicas que possam afetar substancialmente o direito fundamental à proteção de dados. (ADI 6.649, rel. min. GILMAR MENDES, j. 15.9.2022, *Informativo* 1.068)

63. Novamente, calha invocar, no direito comparado, a recente Diretiva Europeia que serviu de inspiração para a lei brasileira, que, em seu art. 12,¹⁵ faz expressa menção à proteção de dados pessoais e à conformidade com o Regulamento (EU) 2016/679. Trata-se de preocupação que (deve) ser considerada pelos Estados-Membros da União Europeia. No Brasil, a solução é idêntica, mas a interpretação da lei e dos regulamentos que a executam conduz a resultado distinto, como visto.

¹⁵ Op. Cit. 5.

64. Faz-se necessário destacar, ainda, que, conforme destaca o próprio CADE, informações específicas sobre salários pagos pelas empresas são informações fundamentais ao segredo comercial, ou do negócio, que decorre dos princípios da livre iniciativa e concorrência, que também encontram âmbito de proteção constitucional no art. 170 (além de proteção na LGPD). A Lei 14.611/2023 deve, assim, obediência a tal preceito constitucional. Não pode descurar-se de observá-lo a pretexto de concretizar a isonomia, pois o princípio da unidade da Constituição impõe observância simultânea a todos os preceitos magnos.

65. A LGPD, ainda que no plano infraconstitucional, está em linha com essa leitura da Constituição, pois reconhece, a propósito, que os dados pessoais podem constituir segredos comercial ou industrial, determinando, ainda, em seu art. 6º, inciso VI, os princípios a serem observados na atividade de tratamento de dados, dentre eles, o princípio da transparência (observados, porém, o segredo industrial e comercial).

66. Ainda quanto a esse aspecto, a publicidade de salários individualizados pela média ou mediana – notadamente quando vinculados a cargos determinados – viola frontalmente também o direito constitucional à livre iniciativa e à livre concorrência (art. 1º, inciso IV, e art. 170, *caput* e inciso IV), uma vez que a remuneração de empregados e colaboradores **se insere invariavelmente na forma de atuação das empresas e interfere na política de manutenção de talentos. O segredo não é mantido para esconder ilícitos, mas por ser estratégia de captação e manutenção de bons profissionais. Evita, ainda, a cartelização ou práticas contrárias ao direito econômico de concentração de mercado entre esses empregadores (tema correlato inclusive já foi alvo de investigação pelo CADE¹⁶).¹⁷**

¹⁶ Trata-se do Processo Administrativo 08700.004548/2019-61. Foram celebrados TCCs (Termos de Cessação de Conduta) por seis empresas e 35 pessoas físicas no valor de 34 milhões a fim de que o processo fosse arquivado. Nos termos do *press release* do próprio CADE:

“De acordo com a Superintendência-Geral do Cade (SG/Cade), a conduta anticompetitiva foi operacionalizada por meio de grupo de cooperação sem personalidade jurídica, autoidentificado como ‘MedTech’ ou ‘Grupo MedTech’. A finalidade inicial do grupo era substituir a contratação de consultoria para prover conhecimento de mercado sobre os termos de contratação de profissionais da indústria afetada.

A metodologia básica para geração desses dados de mercado era o **envio de mensagens de e-mail às empresas concorrentes para solicitação e fornecimento de informações sobre as práticas vigentes e futuras, segundo cargo e especialização (política de remunerações e vantagens, auxílios e benefícios).**

67. A Constituição alçou a livre iniciativa a um dos fundamentos da República (art. 1º, inciso IV) e da Ordem Econômica (art. 170, *caput*). O livre exercício de atividades econômicas não é um favor do Estado, mas garantia do particular em face dos Poderes Públicos. Trata-se, assim, de “*autêntico direito fundamental (...) à não intromissão do Estado, um direito contra o Estado, pois que pode exercer-se livremente*”.¹⁸ Logo, é fundamental que se estabeleça interpretação conforme que reafirme a inviolabilidade dos segredos de negócio, como corolário da livre iniciativa.

68. **As normas atacadas também acarretam um sério risco ao direito à imagem, com sérios impactos reputacionais às empresas, pois, ao determinar a publicação de relatórios, estes certamente conterão diferenças remuneratórias legitimadas por lei ou do posicionamento da pessoa no plano de cargos e salários da empresa, o que, sem as devidas explicações oportunizadas em ampla defesa e contraditório, pode acarretar a falsa aparência de que a empresa esteja irregular do ponto de vista da isonomia.**

As mensagens enviadas tinham denominação interna de “pesquisas rápidas” e os membros do Grupo MedTech recebiam os dados recentes ou futuros de forma individualizada, com respeito ao tratamento dispensado pelos associados aos profissionais, segundo o tipo de função em consulta. Para sistematização, frequentemente eram encaminhadas planilhas para preenchimento pelos destinatários das mensagens.”

Há ementa da Nota Técnica de instauração do PA com o seguinte teor:

“EMENTA: Inquérito Administrativo. Supostas violações à ordem econômica. Coordenação de mercado e **troca de informações comerciais concorrencialmente sensíveis entre concorrentes no mercado de trabalho empregado na indústria de produtos, equipamentos e serviços correlatos para cuidados com a saúde (health care)** em nível nacional e, em especial, no Estado de São Paulo na Região Metropolitana da Cidade de São Paulo, incluindo o Município de Sorocaba e Região. Instauração de Processo Administrativo.”

Inteiro teor dessa Nota Técnica (os trechos mais importantes estão entre as páginas 17 e 25) link: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yNxuGsSSdq6oMHZEzCb4GYgAe6O4stYZJrXYAJNr-S2HKnvylHv8FAf0w-oRSJZbDLvT-VwNXLPBeP7dzKVYxF

¹⁷ A possibilidade de intervenção do Estado no domínio econômico não exonera o poder público do dever jurídico de respeitar os postulados que emergem do ordenamento constitucional brasileiro. Razões de Estado – que muitas vezes configuram fundamentos políticos destinados a justificar, pragmaticamente, *ex parte principis*, a inaceitável adoção de medidas de caráter normativo – não podem ser invocadas para viabilizar o descumprimento da própria Constituição. As normas de ordem pública – que também se sujeitam à cláusula inscrita no art. 5º, XXXVI, da Carta Política (RTJ 143/724) – não podem frustrar a plena eficácia da ordem constitucional, comprometendo-a em sua integridade e respeitando-a em sua autoridade. (RE 205.193, rel. min. CELSO DE MELLO, j. 25.2.1997, 1ª Turma, p. 6.6.1997)

¹⁸ LUÍS S. CABRAL DE MONCADA. *Direito Econômico*. Coimbra Editora, 2ª ed., 1988, pp. 140-141. Grifou-se. V., ainda, TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. *A economia e o controle do Estado*. Parecer publicado no jornal *O Estado de São Paulo*, edição de 4 de junho de 1989.

69. **É certo que impactos reputacionais são de difícil reversão no caso. Com a transparência exigida pela lei na publicação desses relatórios, após sua divulgação, dificilmente a defesa e explicações das empresas terão o efeito de afastar o impacto negativo inicial de uma notícia de que a empresa possui práticas discriminatórias, em violação à garantia da imagem contemplada na Carta de 1988, indistintamente para as pessoas físicas e jurídicas no art. 5º, incisos V e X.**

70. Ademais, sob o ponto de vista da razoabilidade, sequer se justifica a publicação desses relatórios, em especial para as empresas cumpridoras da lei, e sem que haja uma conduta ilícita, ou discriminatória e sem prévia fiscalização, apurada mediante devido processo legal, com riscos tanto para a livre concorrência, como para a imagem da empresa e com violações aos dados pessoais dos trabalhadores.

71. Qual finalidade busca alcançar a norma com essas publicações? **Seriam sanções prévias e vexatórias, sem a devida averiguação do fato ilícito?** Mais eficiente para a finalidade de promover a igualdade salarial seria, por exemplo, a criação de certificação que ateste que a empresa não tem políticas salariais discriminatórias, uma vez colhidas as informações necessárias. Essa solução seria muito mais eficaz, pois um diferencial competitivo para as empresas que buscam certificações ESG, estimulando a adesão voluntária das empresas às exigências da certificação.

72. Nesse sentido, a jurisprudência do STF se consolidou no sentido de que as medidas interventivas do Estado, sejam legislativas, sejam administrativas, devem respeitar o princípio da proporcionalidade nos seus três aspectos, conforme trecho do voto do Ministro GILMAR MENDES no RE 349.703:

O subprincípio da adequação (*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O subprincípio da necessidade (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida se revele a um só tempo adequada e menos onerosa. Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há também de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade em sentido estrito). (Min. GILMAR MENDES, voto vista proferido no RE 349.703, j. 3.12.2008)

73. Assim, a CNI e CNC não se contrapõem ao objetivo de implementação da equidade e isonomia salariais, mas apenas buscam conferir interpretação adequada à lei, confinando-a aos limites da Carta por meio da técnica da interpretação conforme e da ponderação de valores. Existem inúmeras formas proporcionais e razoáveis de se cumprir o mister previsto na lei e o ditame constitucional inafastável da equidade entre homens e mulheres, mas o regime inconstitucional criado pela lei e ulteriormente regulamentado, fragiliza, desnecessariamente, direitos constitucionais de empregadores e empregados, a atrair a aplicação da técnica da declaração de inconstitucionalidade por arrastamento das normas infralegais impugnadas. Se não se divisar uma relação perfeita de dependência lógica entre os preceitos, no mínimo, há de se reconhecer a inconstitucionalidade dos regulamentos atacados por terem inovado a ordem jurídica nacional, como será visto também em tópico próprio.

74. Ainda no que se refere à proporcionalidade (adequação/necessidade e proporcionalidade estrita), percebe-se que a obrigação legal, nos termos da letra de sua regulamentação, incorre em violação a tal princípio, que a jurisprudência do STF extrai seja da cláusula constitucional do Estado de Direito, seja do princípio do devido processo legal em sentido substancial,¹⁹ pois:

- não são adequadas ao fim almejado de aplicação do texto constitucional visto sob o ângulo sistemático, uma vez que a publicidade de dados pessoais identificáveis esbarra em princípios constitucionais caros, como o da preservação de dados pessoais e da proteção à autonomia informacional;
- não são necessárias, uma vez que há formas alternativas que, sem prejudicar o objetivo de equidade/igualdade remuneratória, atendem à finalidade legal, que não ofendem princípios constitucionais e que são nitidamente menos gravosas aos envolvidos – sejam eles os empregados ou os empregadores;
- não são medidas proporcionais no sentido estrito, pois, em correlação com a necessidade, há excesso na exigência da

¹⁹ “Vê-se, pois, que o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso é plenamente compatível com a ordem constitucional brasileira. A própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal evoluiu para reconhecer que esse princípio a sua *sedes materiae* no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal.” GILMAR FERREIRA MENDES. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*: estudos de direito constitucional. Celso Bastos Editor, 1998, São Paulo, p. 83.

publicidade de dados pessoais, especialmente daqueles aos quais o Poder Público fiscalizador já tem amplo acesso.

VI - DA IMPOSITIVA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, POR ARRASTAMENTO, DO DECRETO 11.795/2023 E DA PORTARIA MTE 3.714/2023

75. A consequência da interpretação conforme à Constituição do art. 5º da Lei 14.611/2023 é a invalidação, por arrastamento, do Decreto 11.795/2023 e da Portaria MTE 3.714/2023.²⁰ Como se viu, a única leitura constitucional do dispositivo é aquela que impõe a elaboração e implementação do plano de ação **somente** após a necessária oportunidade de apresentação de defesa e que estruture a publicação do relatório sem que se incorra na violação à privacidade, à proteção de dados, à livre iniciativa, à livre concorrência, à imagem das empresas e à proporcionalidade.

76. Não pode a lei ordinária, em seu caráter lacunoso e principiológico, cancelar amplitude regulamentar que valide imposição de obrigações que ferem frontalmente direitos fundamentais relevantes. A infidelidade à Constituição constata-se não apenas quando se vulnera a oportunidade adequada do exercício da ampla defesa (que decorre da presunção de inocência), mas também quando se fragilizam outras proteções constitucionais, sob o manto da proteção da isonomia. Ademais, a simples publicação do relatório como previsto nos atos regulamentares ora atacados pode levar a uma percepção equivocada de que há discriminação salarial em alguma empresa, com sérios danos reputacionais, sendo certo que um dano à imagem de uma empresa pode ser muito mais prejudicial que uma sanção.

77. Em se impondo a interpretação conforme, a regulamentação não se sustenta, eis que emanada justamente no espaço configurado pela interpretação inconstitucional da lei. Por essas razões, que se somam ao vício a seguir explicado, o Decreto 11.795/2023 e a Portaria MTE 3.714/2023 devem ter sua inconstitucionalidade declarada por esta Eg. Corte Suprema.

²⁰ A possibilidade de declaração de inconstitucionalidade por arrastamento de atos normativos infralegais é pacífica cfr. esta e. Corte. V. ADI 2.158/PR, DJ 16.12.2010, rel. min. DIAS TOFFOLI; ADI 2.947/RJ, DJ 10.9.2010, rel. min. CEZAR PELUSO; ADI 3.645/PR, DJ 1º.9.2006, rel. min. ELLEN GRACIE; e ADI 437-QO, rel. min. CELSO DE MELLO, DJ 19.2.1993.

VII - TESE SUBSIDIÁRIA DA AUTONOMIA E INCONSTITUCIONALIDADE DIRETA DO DECRETO 11.795/20023 E DA PORTARIA MTE 3714/2023. DESBORDAMENTO DOS REGULAMENTOS DOS LIMITES TRAÇADOS PELA CONSTITUIÇÃO.

78. Caso se entenda que não há relação de dependência lógica entre o Decreto, a Portaria e a Lei atacada, a ponto de justificar a declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos infralegais pela técnica do arrastamento, **no mínimo, há de ser reconhecida a sua natureza autônoma e, por consequência, a sua violação do princípio da separação de poderes.**

79. O Decreto 11.795/2023 e a Portaria MTE 3.714/2023, para além dos vícios já apontados, **não respeitam os estreitos limites do poder regulamentar como comanda a Constituição, que condena os denominados decretos autônomos (*praeter legem*).** O poder regulamentar²¹ não pode ultrapassar os exatos limites da lei que vise a tornar exequível. A criação abstrata de novas obrigações, ou a modificação substancial do conteúdo de obrigação já prevista em lei, deve estar restrita ao debate democrático que precede a publicação de uma nova lei ordinária.

80. **Decretos e Portarias, por se inserirem na função executiva *lato sensu*, não possuem o condão de gerar conteúdo normativo primário, faculdade constitucional reservada, primariamente, ao Legislativo,** e, logo, não podem, de forma autônoma, criar obrigações e restrições sem o respectivo respaldo legal. Por óbvio, destinam-se a regulamentar, dar executividade, concretizar conteúdos jurídicos indeterminados ou organizar dispositivos já previstos em lei. **O processo legislativo garante que a discussão para a criação de direitos e obrigações se dará no âmbito de órgãos deliberativos conformados pela representatividade popular e marcados por debates plurais, em dimensão direta do Estado Democrático de Direito.**

²¹ Constituição Federal - Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução. (...)

Art. 87. Os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos. Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei: (...) II - expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos.

81. **No caso em análise, observa-se que, demarcados tais limites da função regulamentar, houve inovação em relação aos parâmetros fixados pela Lei 14.611/2023. Cuida-se de proibida atuação normativa autônoma**, notadamente quando os regulamentos, a pretexto de regulamentar dispositivos legais, inovam e restringem as formas de cumprimento de obrigação existente sem respaldo no texto legal primário.

82. **A atividade regulamentar pressupõe a existência de lei e não pode operar no seu vácuo.** Se contrariar esse mandamento, o Poder Executivo avançará sobre a dimensão do princípio da legalidade e entrará em choque, ainda, com o princípio da separação e harmonia dos Poderes, sujeitando o ato inovador não só ao controle de constitucionalidade repressivo, por parte do Poder Judiciário, mas também à ação censora do próprio Poder Legislativo, competente para sustar atos normativos que invadam a sua esfera de competência, consoante o art. 49, inciso V, da Carta de 1988, por meio do instituto denominado veto legislativo.

83. Esta Suprema Corte já decidiu sobre a impossibilidade de ato infralegal criar direitos e deveres, consoante se vê do julgamento na ADI 2.075:

O princípio constitucional da reserva de lei formal traduz limitação ao exercício das atividades administrativas e jurisdicionais do Estado. A reserva de lei – analisada sob tal perspectiva – constitui postulada revestido de função excludente, de caráter negativo, **pois veda, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções normativas a título primário de órgãos estatais não legislativos.** Essa cláusula constitucional, por sua vez projeta-se em uma dimensão positiva, eis que a sua incidência reforça o princípio que, fundado na autoridade da Constituição, **impõe à administração e à jurisdição, a necessária submissão aos comandos estatais emanados, exclusivamente, do legislador. Não cabe ao poder executivo, em tema regido pelo postulada da reserva de lei, atuar na anômala (e inconstitucional) condição de legislador, para, assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento.** É que, se tal fosse possível, o Poder Executivo passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislar), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes. (ADI 2075-MC, rel. min. CELSO DE MELLO, Pleno, j. 7.2.2001, p. 27.6.2003) – grifo nosso.

84. **O decreto em comento ultrapassa e inova a previsão legal ao comandar ordem de preferência na forma pela qual se dará a participação de representantes**

das entidades sindicais e de representantes dos empregados nos locais de trabalho na apresentação e implementação do plano de ação previsto no § 2º do art. 5º da Lei 14.611/2023, conforme depreendido dos §§ 1º a 3º do art. 3º do Decreto 11.795/2023.²²

85. Percebe-se que a oposição da expressão “*preferencialmente*” não socorre ou elide a inconstitucionalidade apontada, uma vez que se estabeleceu uma linha de preferência na forma em que se dará a participação, **criando-se uma obrigação a ser observada não contida na lei**, por mais generosa que possa ser a sua interpretação. **O regulamento é autônomo no ponto.**

86. Melhor sorte não tem o detalhamento da regulamentação. **A Portaria MTE 3.714/2023, com efeito, igualmente impõe, em seu art. 7º, § 4º, que “uma cópia do Plano de Ação para Mitigação da Desigualdade Salarial e de Critérios Remuneratórios entre Mulheres e Homens deverá ser depositada na entidade sindical representativa da categoria profissional”.** Essa obrigatoriedade (que invariavelmente será alvo de fiscalização como obrigação dos empregadores que se enquadram na Lei) não consta da Lei 14.611/2023, que apenas prevê a participação das entidades sindicais representativas da categoria profissional na elaboração do referido Plano.²³

87. A participação de entidades sindicais em processos que dizem respeito à empresa não está restrita à negociação coletiva, ou à manifestação expressa de validação ou de anuência. A título de exemplo, vale citar a Lei 10.101/2000,²⁴ que dispõe sobre a

²² § 1º Na elaboração e na implementação do Plano de Ação de que trata o *caput*, deverá ser garantida a participação de representantes das entidades sindicais e dos empregados, **preferencialmente, na forma definida em norma coletiva de trabalho.**

§ 2º **Na ausência** de previsão específica em norma coletiva de trabalho, a participação referida no § 1º **se dará, preferencialmente**, por meio da comissão de empregados estabelecida nos termos dos art. 510-A a art. 510-D da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943. (grifos nossos)

²³ Art. 5º (...) § 2º Nas hipóteses em que for identificada desigualdade salarial ou de critérios remuneratórios, independentemente do descumprimento do disposto no art. 461 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a pessoa jurídica de direito privado apresentará e implementará plano de ação para mitigar a desigualdade, com metas e prazos, **garantida a participação de representantes das entidades sindicais e de representantes dos empregados nos locais de trabalho.** (grifo nosso)

²⁴ Art. 2º (...) § 10. Uma vez composta, a comissão paritária de que trata o inciso I do *caput* deste artigo dará ciência por escrito ao ente sindical para que indique seu representante no prazo máximo de 10 (dez) dias corridos, findo o qual a comissão poderá iniciar e concluir suas tratativas.

participação nos lucros e resultados. O representante do sindicato da categoria profissional representativa é chamado a integrar a comissão paritária, mas a ausência de indicação e comparecimento ou a existência de manifestação contrária não terão o condão de invalidar ou inviabilizar a negociação.

88. Também no mesmo sentido, em que pesem interpretações ampliativas em sentido contrário, decidiu esta Corte quando estabeleceu tese sobre a intervenção sindical na hipótese de demissão coletiva (Tema 638 da Repercussão Geral) no RE 999.435/SP: "*a intervenção sindical prévia é exigência procedimental imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores, que não se confunde com autorização prévia por parte da entidade sindical ou celebração de convenção ou acordo coletivo*" (grifo nosso).

89. Como exercício de competência legislativa atípica, degradada e residual do Poder Executivo, **o poder regulamentar não se presta a conceber, tal qual se legislador fosse, previsões normativas primárias como as descritas acima, o que atrai a conclusão de que os regulamentos são formalmente inconstitucionais, por violação aos limites do art. 84, inciso VI, da Constituição, combinado com os arts. 5º, inciso II; e 37, caput, e materialmente incompatíveis com o princípio da separação de poderes.**

90. Em vista do exposto, mesmo que esta Corte entenda que não há que se falar, no caso, na declaração da inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, mediante interpretação conforme a Constituição, do art. 5º da Lei 14.611/2023, é imperioso reconhecer que o Decreto 11.795/2023 e a Portaria MTE 3.714/2023 são inconstitucionais, por violação frontal e direta à Constituição.

91. **Como visto, a regulamentação, no mínimo, pelo seu caráter inovador,** tem natureza de ato normativo primário e foi editada em violação direta e imediata a inúmeros preceitos constitucionais: devido processo legal; contraditório e da ampla defesa; intimidade; proteção de dados; proteção à imagem; livre iniciativa; livre concorrência; proporcionalidade; legalidade; separação dos poderes – usurpação dos limites do Poder Regulamentar, o que é suficiente para autorizar o conhecimento autônomo desta ação diretamente contra o Decreto 11.795/2023 e a Portaria MTE 3.714/2023. Trata-se, no caso, **de atos normativos primários, dotados de generalidade e abstração suficientes para**

autorizar a sua impugnação direta e frontal à luz da Constituição, na via principal da ação direta de inconstitucionalidade.

92. Seja como for, como esclarece o Ministro GILMAR MENDES,²⁵ mesmo o ato normativo **secundário** que não observe os limites da legalidade, se não admitir a ação direta de inconstitucionalidade, por violação ao princípio da legalidade e da reserva legal, comportará, quando menos, o processamento da demanda como ADPF por fungibilidade – o que já foi reconhecido em outros precedentes.²⁶ Já houve até mesmo a conversão inversa de ADPF em ADI, tudo a fim de prestigiar a lógica de que deve existir algum mecanismo geral de controle de constitucionalidade abstrato capaz de sanar a violação aos preceitos constitucionais de forma geral e abrangente.

93. Nesse sentido, por sinal, já decidiu esta Suprema Corte, na ADPF 1218/DF movida contra Portaria 2.814/98 do Ministério da Saúde, na ADI 4.105, por considerar que, apesar de se tratar de Portaria, o ato normativo emitido pelo poder executivo inovava em relação à antiga Lei de Licitações (Lei 8.666/1993), constituindo, portanto, ato normativo autônomo, sujeito a controle concentrado de constitucionalidade.

94. Como se vê, por qualquer ângulo que se analise o caso, o controle de constitucionalidade abstrato é plenamente cabível. Por esse motivo, requer-se, sucessivamente, seja reconhecida a inconstitucionalidade do Decreto 11.795/2023 e da Portaria MTE 3.714/2023 por violação direta à Constituição (no caso, aos arts. 5º, incisos I, LIV, LV e LXXIV, 2º e 170, todos da Carta), diante da autonomia das disposições regulamentares.

²⁵ "(...) especialmente no que se refere à conversão da relação lei/regulamento numa questão constitucional, é certo que **tal entendimento parece ser o único adequado a evitar a flexibilização do princípio da legalidade, tanto sob a forma de postulado da supremacia da lei quanto sob a modalidade de princípio da reserva legal. Do contrário restaria praticamente esvaziado o significado do princípio da legalidade, enquanto princípio constitucional em relação à atividade regulamentar do Executivo. De fato, a Corte Constitucional estaria impedida de conhecer de eventual alegação de afronta, sob o argumento de falta de uma ofensa direta à Constituição. Especialmente no que diz respeito aos direitos individuais, não há como deixar de reconhecer que a legalidade da restrição aos direitos de liberdade é uma condição de sua constitucionalidade. Não há dúvida, igualmente, de que esse entendimento aplica-se ao nosso modelo constitucional, que consagra não apenas a legalidade como princípio fundamental (art. 5º, II), mas exige também que os regulamentos observem os limites estabelecidos pela lei (CF, art. 84, IV).**" (GILMAR FERREIRA MENDES; INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO; E PAULO GUSTAVO GONET BRANCO. *Op. Cit.*, págs. 1.114-1.115; grifou-se).

²⁶ ADI 6.119, rel. min. EDSON FACHIN, Pleno, j. 3.7.2023, p. 3.10.2023; e ADI 5.543, rel. min. EDSON FACHIN, Pleno, j. 11.5.2020, p. 26.8.2020.

VIII - PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR

95. Ante o exposto, verifica-se ser premente a necessidade de concessão de medida cautelar, uma vez presentes seus pressupostos de plausibilidade e urgência.

96. O *fumus boni iuris* decorre das robustas teses jurídicas sustentadas nesta ação direta de inconstitucionalidade, que apontam no sentido da grave violação constitucional à isonomia, ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, à segurança jurídica, à intimidade, ao direito à proteção de dados, à imagem das empresas, à livre iniciativa, à livre concorrência, à proporcionalidade, à legalidade, e à separação dos poderes – usurpação dos limites do Poder Regulamentar.

97. A expressão “*independentemente do descumprimento do disposto no art. 461 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*” contida no § 2º do art. 5º da Lei 14.611/2023, deve ser declarada inconstitucional, por ofender frontalmente o princípio da proporcionalidade e pôr em xeque a isonomia constitucional em sua dimensão ampla (art. 5º, *caput* e inciso I, da Constituição) e em sua dimensão salarial (art. 7º, inciso XXX, da Carta), porque é necessário resguardar a possibilidade de diferenças salariais que não sejam baseadas em gênero, mas escoradas, legitimamente, em outros fatores razoáveis, como a antiguidade na função, na empresa, ou maior qualificação, bem como o exercício de trabalho de maior perfeição, com maior valor de mercado.

98. O § 6º do art. 461 da CLT, alterado pelo art. 3º da Lei 14.611/2023, deve ser lido à luz da Constituição, para que sejam afastadas quaisquer interpretações inconstitucionais da expressão contida no mencionado dispositivo legal que resultem na possibilidade de assimilação da discriminação (que exige dolo) a simples situação de diferença salarial objetiva, em proteção ao art. 5º, *caput* e inciso XXXVI, da CF, e aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

99. O art. 5º da Lei 14.611/2023 deve ser lido à luz da Constituição, conduzindo à declaração de sua inconstitucionalidade parcial, sem redução do texto, bem como, por arrastamento, do Decreto 11.795/2023 e da Portaria MTE 3.714/2023, por incompatibilidade não só com os arts. 1º, inciso IV; 5º, incisos V, X, LIV, LV e LXXIX; e art. 170, inciso IV, da Constituição, mas também com os arts. 2º; 5º, inciso II; 37, *caput*; e 84,

IV, da Carta. Na menos favorável das hipóteses, o Decreto e a Portaria deverão ser reconhecidos como regulamentos autônomos, incompatíveis com o princípio da separação de poderes e, portanto, constitucionalmente inválidos.

100. O *periculum in mora* também é evidente. O Decreto²⁷ e a Portaria²⁸ preveem que a publicação dos relatórios de transparência salarial e de critérios remuneratórios **será feita em março de 2024**, sendo certo que findou recentemente prazo para que os empregadores preencham as informações complementares (originalmente previsto até o dia 29 de fevereiro de 2024, prorrogado para o dia 8 de março de 2024)²⁹ no *Portal Emprega Brasil*. Ora, com a publicação dos referidos relatórios estarão consolidadas as violações aqui mencionadas, em prejuízo da segurança jurídica dos destinatários das normas impugnadas, a saber os empregadores, nos variados campos da atividade econômica nacional.

101. Não apenas existe o grave e justo receio da divulgação de salários (sejam eles identificáveis pontualmente, sejam eles pela média ou mediana), que consubstanciam dados pessoais da perspectiva do empregado e segredo de negócio da perspectiva do empregador; como ainda a publicação pode resultar, em breve, na criação artificial de aparência de ilícito, reputando irregulares desequilibradas salariais adequadas à luz do princípio da proporcionalidade, como as derivadas de antiguidade na função, na empresa e na maior perfeição técnica do trabalho constitucional (historicamente prevista em parágrafo do art. 461 da CLT, norma ordinária jamais considerada inconstitucional) e na consequente imposição de penalidade e graves danos reputacionais às empresas sem que tenha havido o necessário e prévio momento de apresentação de defesa.

²⁷ Art. 2º (...) § 4º A publicação dos Relatórios deverá ocorrer nos **meses de março e setembro**, conforme detalhado em ato do Ministério do Trabalho e Emprego. (grifo nosso)

²⁸ Art. 5º O Ministério do Trabalho e Emprego coletará os dados inseridos no e-Social pelos empregadores, bem como as informações complementares por eles prestadas e **publicará o Relatório de Transparência Salarial e de Critérios Remuneratórios, nos meses de março e setembro de cada ano**, na plataforma do Programa de Disseminação das Estatísticas do Trabalho.

Parágrafo único. As informações complementares a que se refere o *caput* serão prestadas pelos empregadores, em ferramenta informatizada disponibilizada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, **nos meses de fevereiro e agosto de cada ano**, relativas ao primeiro e ao segundo semestres, respectivamente. (grifos nossos)

²⁹ Fonte: <https://www.gov.br/trabalho-e-emprego/pt-br/noticias-e-conteudo/2024/Fevereiro/prazo-para-entrega-do-relatorio-de-transparencia-salarial-termina-nesta-quinta-feira-29> acesso em 12.3.2024.

102. Uma vez consolidadas as violações à Carta citadas, não há dúvidas que os danos à segurança jurídica das relações laborais serão irreparáveis. Esclarece-se, em mais uma oportunidade, que não se trata de enfraquecer a busca pela equidade salarial entre homens e mulheres, mas de evitar que, sob o pretexto da proteção de direito constitucional relevante, se vulnerabilizem outros direitos de mesma estatura. Repise-se, há formas menos gravosas e constitucionais de se efetivarem as justas intenções legislativas, sem que disso resultem os danos irreparáveis aqui já delineados.

103. Logo, é imperioso que a medida cautelar seja deferida *in totum* para suspender (i) a eficácia da expressão “*independentemente do descumprimento do disposto no art. 461 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*”, contida no art. 5º, § 2º, da Lei 14.611/2023, por violação aos arts. 5º, *caput*, inciso I, e art. 7º, inciso XXX, da Constituição, e ao princípio da proporcionalidade; (ii) a eficácia de toda e qualquer interpretação conferida ao § 6º do art. 461 da CLT alterada pelo art. 3º da Lei 14.611/2023 que resulte na possibilidade de assimilação da discriminação (que exige dolo) a simples situação de diferença salarial, por ofensa aos princípios da segurança jurídica, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório constante no art. 5º, incisos XXXVI, LIV e LV, da Constituição; e (iii) a eficácia da interpretação conferida ao art. 5º da Lei 14.611/2023 que permita a imposição de penalidade (e a imposição imediata de Plano de Ação) sem que antes tenha havido adequada e oportuna defesa por parte do empregador fiscalizado e da interpretação que chancela a publicação de relatórios de transparência salarial e de critérios remuneratórios nos quais haja a divulgação (identificável pontualmente ou pela média ou mediana) de salários vinculados a cargos e ocupações, por violação aos arts. 1º, inciso IV; 5º incisos V, X, LIV, LV e LXXIX; e art. 170, inciso IV, todos da Constituição.

104. Em qualquer caso, ainda em sede cautelar, por força da fixação de interpretação conforme do art. 5º da Lei 14.611/2023, CNI e CNC requerem, por arrastamento, a suspensão da eficácia do Decreto 11.795/2023 (em especial de seus arts. 2º e 3º) e da Portaria MTE 3.714/2023 (em especial seus arts. 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º e 9º).

105. Subsidiariamente, caso se entenda que o Decreto 11.795/2023 e a Portaria MTE 3.714/2023 são atos normativos primários e autônomos que violam diretamente a

Constituição, requer-se, também pelo fundamento da violação aos arts. 2º e 37 da Carta, a suspensão de sua eficácia como providência cautelar.

IX - REQUERIMENTO FINAL

106. Diante de todo o exposto, CNI e CNC pedem, uma vez solicitadas as informações das autoridades responsáveis pela edição dos dispositivos legais impugnados, e ouvidos o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, seja declarada a inconstitucionalidade da expressão “*independentemente do descumprimento do disposto no art. 461 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*”, contida no § 2º do art. 5º da Lei 14.611/2023, por violação direta à isonomia (arts. 5º, *caput* e incisos I, V, X; e 7º, inciso XXX, da Carta).

107. Requer, ainda, seja declarada a inconstitucionalidade parcial, sem redução do texto, do § 6º do art. 461 da CLT, alterada pelo art. 3º da Lei 14.611/2023, para que essa Egrégia Corte, mediante interpretação conforme à Constituição, fixe interpretação para que o pleito de dano moral somente seja cumulável se presente situação de discriminação em sentido estrito (exigindo-se dolo), sem que a essa hipótese se equipare a mera existência objetiva de uma diferença salarial, em consonância com o princípio da segurança jurídica.

108. Postula também seja declarada a inconstitucionalidade parcial, sem redução do texto, do art. 5º da Lei 14.611/2023, para que essa Egrégia Corte, mediante interpretação conforme à Constituição, fixe interpretação no sentido de que não seja possível a aplicação de qualquer penalidade (e notadamente a imposição da elaboração do plano de ação) sem que antes o empregador fiscalizado tenha tido a oportunidade de apresentar defesa, assim como não seja possível a publicação dos relatórios de transparência salarial e de critérios remuneratórios que envolva a divulgação (pontualmente, pela média ou mediana) de valores salariais e remuneratórios vinculados a cargo ou função, em respeito aos arts. 1º, inciso IV; 5º incisos V, X, LIV, LV e LXXIX; e art. 170, inciso IV, todos da Constituição.

109. Como consequência direta e inexorável da interpretação conferida ao art. 5º da Lei 14.611/2023, impõe-se a declaração da inconstitucionalidade, por arrastamento, do

Decreto 11.795/2023 e da Portaria MTE 3.714/2023, que, ao regulamentarem as previsões legais abertas, incorreram nas violações apontadas, por terem sido emanadas no âmbito da interpretação inconstitucional da Lei.

110. Sucessivamente, pede-se a declaração da inconstitucionalidade do Decreto 11.795/2023 (em especial seus arts. 2º e 3º) e da Portaria MTE 3.714/2023 (em especial seus arts. 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º e 9º) por violação direta à Constituição Federal, na hipótese de esse Egrégio Supremo Tribunal considerar que os referidos atos normativos infralegais se revestem de características de atos normativos primários, inovadores em direitos e obrigações, sem reverência à separação de poderes.

111. Caso essa Eg. Corte não entenda os atos normativos regulamentares em comento como primários, requer-se, sucessivamente, na linha de precedentes da Corte sobre o princípio da fungibilidade, o recebimento desta ação no ponto como Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental,³⁰ presente a subsidiariedade da via, diante dos

³⁰ QUESTÃO DE ORDEM EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. PORTARIA 156, DE 5.5.2005, DA SECRETARIA EXECUTIVA DA FAZENDA DO ESTADO DO PARÁ. FIXAÇÃO, PARA FINS DE ARRECADAÇÃO DE ICMS, DE NOVO VALOR DE PREÇO MÍNIMO DE MERCADO INTERESTADUAL PARA O PRODUTO CARVÃO VEGETAL. ARTS. 150, I, II E V, 152 E 155, § 2º, XII, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O ato normativo impugnado é passível de controle concentrado de constitucionalidade pela via da ação direta. Precedente: ADI 349, rel. min. MARCO AURÉLIO. Incidência, no caso, do disposto no art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/1999; 2. Questão de ordem resolvida com o aproveitamento do feito como ação direta de inconstitucionalidade, ante a perfeita satisfação dos requisitos exigidos à sua propositura (legitimidade ativa, objeto, fundamentação e pedido), bem como a relevância da situação trazida aos autos, relativa a conflito entre dois Estados da Federação. (Questão de ordem na ADPF 72/PA. rel. min. ELLEN GRACIE. 1º.6.2005, p. 2.12.2005)

1. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Improriedade da ação. Conversão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Admissibilidade. Satisfação de todos os requisitos exigidos à sua propositura. Pedido conhecido como tal. Aplicação do princípio da fungibilidade. Precedentes. É lícito conhecer de ação direta de inconstitucionalidade como arguição de descumprimento de preceito fundamental, quando coexistentes todos os requisitos de admissibilidade desta, em caso de inadmissibilidade daquela.(...) (Referendo na medida cautelar na ADI 4.180/DF. rel. min. CEZAR PELUSO, j. 10.3.2010, p. 16.4.2010)

1. Ação ou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Procedimento adotado para decisão sobre requerimento de medida liminar. Manifestação exaustiva de todos os intervenientes na causa, assim os necessários, como os facultativos (*amici curiae*), ainda nessa fase. Situação processual que já permite cognição plena e profunda do pedido. Julgamento imediato em termos definitivos. Admissibilidade. Interpretação do art. 10 da Lei federal 9.868/1999. Embora adotado o rito previsto no art. 10 da Lei 9.868, ao processo de ação direta de inconstitucionalidade ou de descumprimento de preceito fundamental, pode o Supremo Tribunal Federal julgar a causa, desde logo, em termos definitivos, se, nessa fase processual, já tiverem sido exaustivas as manifestações de todos os intervenientes, necessários e facultativos admitidos. 2. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Improriedade da ação. Conversão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Admissibilidade. Satisfação de todos os requisitos exigidos à sua propositura. Pedido conhecido, em parte, como tal. Aplicação do princípio da fungibilidade. Precedente. É lícito conhecer de ação direta de inconstitucionalidade como arguição de descumprimento de preceito fundamental, quando coexistentes todos os requisitos de admissibilidade desta, em caso de inadmissibilidade daquela.(...) (ADI 4.163/SP, rel. min. CEZAR PELUSO, j. 29.2.2012, p. 1º.3.2013).

vícios de inconstitucionalidade apontados e das diversas violações a preceitos fundamentais da Carta narrados, reiterando-se, caso feita a conversão da ADI em ADPF, os pedidos cautelar e de mérito.

112. Requer, por fim, que as publicações e intimações ocorram pelo e-mail *cborges@sesicni.com.br*, se realizadas por endereço eletrônico, ou, ainda, em nome dos patronos CASSIO AUGUSTO BORGES e ALAIN ALPIN MACGREGOR, se realizadas por painel eletrônico ou via diário de justiça, sob pena de nulidade, nos termos do art. 272, §§ 2º e 5º, do CPC.

Brasília, 12 de março de 2024.

CASSIO AUGUSTO BORGES
OAB/RJ 91.152 e OAB/DF 20.016-A

ALAIN ALPIN MACGREGOR
OAB/RJ 101.780

FERNANDA DE MENEZES BARBOSA
OAB/DF 25.516

LUCIANA DINIZ RODRIGUES
OAB/RJ 140.756

ALEXANDRE VITORINO SILVA
OAB/DF 15.774

ROBERTO LUIS LOPES NOGUEIRA
OAB/RJ 70.757

MARCOS ABREU TORRES
OAB/BA 19.668

CHRISTINA AIRES CORREA LIMA
OAB/DF 11.873

DÉBORAH CABRAL SIQUEIRA DE SOUZA
OAB/DF 9.157

LUÍSA CAMPOS FARIA
OAB/DF 71.823