

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JULHO A SETEMBRO 1985

ANO 22 • NÚMERO 87

A Súmula 90

— o TST e a Constituição

PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA
Juiz do TRT da 3ª Reg.-ap. Prof. da
Fac. de Dir. da UFMG. Advogado em
Belo Horizonte

1. A Súmula 90 do TST e o ordenamento jurídico

2. A legalidade e a constitucionalidade

2.1 *Conquanto a atividade judicante dos tribunais esteja adstrita aos princípios básicos da legalidade e da constitucionalidade, pois lhes incumbe fazer atuar o ordenamento jurídico, seja aplicando a lei ou a fonte a que esta se remeta, seja fazendo observar a Constituição, o problema da Súmula 90, nesses seus seis anos de vida jurígena, acha-se implantado, mais aguda e quase exclusivamente, no plano de sua rebeldia constitucional.*

2.2 *Vem-se levantando a sua inconstitucionalidade, ao fundamento de que ela atenta contra os arts. 8º, XVII, b, 142 e seu § 1º, 153, § 2º e 165, VI, da Constituição federal de 1967, com a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.*

As adversações à Lei Maior centram-se em que a Súmula 90 foi fruto de um ato legiferante, que a competência para legislar sobre Direito do Trabalho não cabe à Justiça do Trabalho, que não há lei impondo ao empregador pagamento de remuneração, a título de horas extras, em razão de fornecimento de transporte e o trabalho *in itinere* é uma ficção e só a lei pode torná-lo, como ficção, suporte de regra vinculante. O furo pelo art. 165, VI, estaria na extralimitação da jornada, que ali se quadra em oito horas.

2.3 Duas observações prévias importa, entretanto, se façam à questão da inconstitucionalidade da Súmula 90. Uma, de ordem preconceitual; a outra, jurídica.

A posição preconceitual, assim dita com certa impropriedade, filia-se à postura psicológica em que se plasma o fetichismo judicial, da supremacia da norma editada pelos órgãos julgadores, sobretudo quando ela resulta em um enunciado compendiador de inúmeras outras decisões anteriores incorporadas no espírito do Tribunal como um *iter* procedimental (cf. em suas linhas básicas, no direito ame-

ricano, a obra de LAMBERT, Edouard. **Le Gouvernement des Juges et la Lutte contre la Legislation Social aux États-Unis**. Paris, Marcel Giard & Cie., 1921, pp. 8 et ss.).

Sob o prisma jurídico, entendida a decisão judicial como um ato de aplicação da lei, no sistema de direito legislativo, não cabe falar, por alta impropriedade e assimetria absoluta, em "inconstitucionalidade de Súmula". A inconstitucionalidade abre-se de um contraste entre uma norma inserida na estrutura do ordenamento, em sua construção escalonada e hierárquica e uma norma constitucional.

A Súmula, como preceito emanado de uma decisão judicial, reduz-se a uma manifestação interpretativa do juiz, relativamente a um dispositivo de lei. Não há interpretação inconstitucional, mas aplicação eventualmente inconstitucional de dispositivo de lei, o que é coisa bem diversa.

Como a interpretação é a atuação da lei aplicada em um certo sentido e ela alcança todas as normas jurídicas (cf. RAO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. São Paulo, Ed. Max Limonad, 1952, v. I, p. 556, nº 358), seguem-se duas inelutáveis ilações: a) o desvio in extremis na direção captadora da lei transmuda a operação do juiz de interpretativa para violadora, eis que deforma o objeto dessa operação (cf. SCHREIBER, Rupert. **Allgemeine Rechtslehre — Zur Einführung in die Rechtswissenschaft**. Berlin — New York, Springer — Verlag, 1969, S. 31, S. 7). O preceito da violação resulta de um pressuposto: viola-se uma lei, quando uma norma jurídica não é aplicada (Constituição federal brasileira fala em "negar vigência", art. 119, III, a) ou é incorretamente aplicada, como vem do magistério da doutrina germânica (*Das Gesetz ist verleizt, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist*. Cf. BERNHARDT, Wolfgang. **Das Zivilprozessrecht**. 3. Auflage, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1968, S. 291, N. 3; LENT, Friedrich u. JAUERNIG, Othmar. **Zivilprozessrecht**. 13. Auflage, München u. Berlin, 1. C. H. Beck sche Verlagsbuchhandlung, 1966, S. 217, N. 2; COSTA, Alfredo Lopes da. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 2ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1959, v. I, pp. 238-9); b) sob o prisma da hierarquia das normas jurídicas e do sistema formal-cerrado e legitimador da ordem jurídica, a atuação em desvio de uma norma inferior (lei ordinária) importa em ato violador da norma superior (a lei constitucional), simplesmente porque inexistente aplicação de norma isolada no ordenamento (cf. MANS PUIGARNAU, Jaime M. **Los Principios Generales del Derecho**. Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1947, pp. XI-XVIII; e MARQUES, J. Dias. **Introdução ao Estudo do Direito**. 3ª ed., Lisboa, 1970, p. 69, nº 4).

Na hipótese da Súmula 90 do Tribunal Superior do Trabalho, torna-se imprescindível se observe tal colocação, pois, vem manifestando-se, reiteradamente, o Supremo Tribunal Federal, que não é inconstitucional a Súmula 90, o que aliás, só pode declarar por sim-

ples metonímia, já que vem ligada ao art. 4º da Consolidação das Leis do Trabalho e à competência judicante e interpretativa do Tribunal Superior do Trabalho, inclusive para a edição de súmulas.

Quanto, aliás, à adoção e à prática da atividade sumuladora — inaugurada no Supremo Tribunal Federal —, a sua legitimidade no Tribunal Superior do Trabalho assenta-se, primeiramente, nos arts. 894, b, e 896, a, da Consolidação das Leis do Trabalho, ao aludir a “*jurisprudência uniforme*” do Tribunal, em alternativa com o então “prejulgado” trabalhista. A Lei nº 5.584, de 26 de junho de 1970, em seu art. 9º, faz acompanhar a figura da “*jurisprudência uniforme*” de seu verdadeiro significado: “súmula de *jurisprudência uniforme*”, condensada, na parte final do texto, como “súmula” e a competência específica desse Tribunal, para editá-la ganhou redação substitutiva à do “prejulgado” pela Lei nº 7.033, de 5 de outubro de 1982, que nisso apenas modificou a letra f do nº I do art. 702 da Consolidação (esquecendo-se o atento legislador de atualizar, também, ou revogar o seu § 1º).

A “forma”, pois, da edição das súmulas, no Tribunal Superior do Trabalho, é aquela predisposta em seu Regimento Interno.

Nesse círculo de legitimação (material e formal) esbarram-se as tentativas até agora baldadas de declaração de inconstitucionalidade das súmulas do Tribunal Superior do Trabalho, notadamente a de número 90.

Esta súmula, contudo, comporta uma especial abordagem, seja sob o prisma da construção formal das regras de direito, seja sob a perspectiva dos elementos que a constituem.

Aqui, poder-se-á vislumbrar senão a sua imediata inconstitucionalidade, ao menos a fragilidade de sua posição no ordenamento jurídico, a nível de legitimação.

É o que se passará a fazer.

2.4 A ideologia da sumulação dos julgamentos nos Tribunais Superiores, de fundo pragmático, atua, em sua formulação, não através da elaboração de preceito normativo autônomo e *impromptu*, mas como o resultado, o fiel compendiação em um enunciado definitivo (daí a sua denominação “súmula”, “pequena suma”, “breve epítome”, do latim *summula* — cf. FONTINHA, Rodrigo. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. Porto, Editorial Domingos Brarreira s/d, p. 1960; e FREIRE, Laudelino. **Grande e Novíssimo Dicionário da Língua Portuguesa**. 2ª ed., Rio de Janeiro, Livraria José Olympio Editora, 1954, vol. I, p. 4.786) de uma série de casos julgados na mesma hipótese (os precedentes).

O espírito matriz que lhe presidiu o estabelecimento como parâmetro de julgamentos, no Brasil, acha-se corretamente transfundido

em sua designação composta, como a planejara o então Ministro Victor Nunes Leal: "Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal" (cf. PEREIRA LIRA, Roberto. **Apresentação Escusada à Obra Direito Sumular de Roberto Rosas**. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1978, pp. VIII e IX; ROCHA, José de Albuquerque. **O Procedimento da Uniformização da Jurisprudência**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1977, pp. 133-136; e ROCHA, Lincoln Magalhães da. **Direito Sumular: Uma Experiência Vitoriosa no Poder Judiciário**. Brasília, 1981, pp. 200 e ss.; GONÇALVES, Emílio. **Direito Sumular**. São Paulo, Editora LTr, 1982, pp. 11-18 e 21-22).

A súmula consiste em uma enunciação, em fórmula condensada (ementa), escrita, pois, de um preceito extraído de decisões de um Tribunal, que representem em seus pressupostos, formais e materiais, a sua jurisprudência predominante **no caso iterativamente julgado**.

O Tribunal Superior do Trabalho, a despeito de, no art. 179, *caput*, de seu Regimento Interno, falar em "consustanciação" de "teses", vincula a construção sumular a precedentes, que resultam em "jurisprudência uniforme".

Não se pode falar, propriamente, em "tese" senão como fixação de uma direção de entendimento **no caso concreto** que já voltou a julgamento em relação de iteratividade.

Inexiste na súmula qualquer desprendimento **in abstracto**, ato **in novo** mas, tão-somente, a declaração, de natureza administrativa, de reconhecimento de uma formulação iterativa como "jurisprudência dominante".

A **tese**, que se enuncia na súmula, como compêndio de casos iterativamente julgados, conquanto venha munida de um sentido **demonstrativo**, na acepção aristotélica e de uma carga **persuasiva**, como a entendera QUINTILIANO, desce de seu campo genérico, originário de apropriação, puramente conceitual, embora dinâmico (propositum), extraído por CÍCERO do vocábulo grego "thesis", a chamada **questão infinita**, para encaminhar-se para a chamada **questão finita**, que é a especial, resultante de um jogo **retórico**, a "arsis".

Em sua evolução conceitual, a **tese** que se plasma de julgados iterativos, na função jurisdicional, ganha nascedouro na expressão moderna "tética", como um "juízo tético", em que "se afirma um sujeito-objeto idêntico a si mesmo com independência de sua referência a outro" (cf. deduzidamente, FERRATER MORA, José. **Dicionário de Filosofia**. Buenos Aires, Editorial Sudamérica, 1975, vol. II, pp. 781, esp. 782). O "outro", aqui, seria o diverso, em componencial próprio.

A abrangência da "tese", cristalizada na súmula, diz respeito a elementos subjetivo-objetivos idênticos, que se submeteram a julgamento no "caso" e repugna à sua concepção como à função jurisdicio-

nal, a sua elaboração "genérica", de captação oscilante, ondeante e que impusesse aos juízes novas operações individualizadoras.

O cometimento da **normatividade** ao Poder Judiciário, para a elaboração de certas espécies de normas, que lhe imprimem às decisões o **caráter normativo**, na expressão de S. BELAID (cf. **Essai sur le Pouvoir Créateur et Normatif du Juge**. Paris, Libr. Générale de Droit et de Jurisprudence, 1974, p. 296, § 2º), elabora um "princípio de solução", mas que, ainda segundo esse autor, apoiado em MARTY, deve "fazer lei na matéria considerada". São as decisões "de princípio" e que fazem jurisprudência excepcional dessa atividade, não desvinculam o Tribunal do **caso concreto**, decidido de modo iterativo e que apenas se desprende, sob o prisma formal, dos precedentes para viger como norma **permanente**, para os **idênticos casos** futuros. O que se extrai da súmula, a nível de "generalidade", não é o elastecimento de seu campo objetivo de compreensão, mas a sua **permanência**, para além dos casos passados e de que resultou o seu preceito.

A "senda" aberta e palmilhada pela súmula é a "senda casuística", expressa em um compêndio formal "enunciativo de julgamentos uniformes e predominantes", em linha de "precedentes" (cf. VILHENA, Paulo Emilio Ribeiro de. "Os Prejulgados, as Súmulas e o TST", in **Direito do Trabalho & Fundo de Garantia**. São Paulo, Edições Ltr, 1978, pp. 255-257).

Para descer-se, porém, ao problema da Súmula 90, em sua indarçável natureza jurídica, é da maior importância se averigüe se o seu enunciado se apresenta, em realidade, como um "conceito-tipo", a descrição de fatos individualizadores retirados do art. 4º da CLT (cf. LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1978, pp. 526 e ss.), dentro da função jurisdicional, de fixar esses fatos **in concreto** ou se escapa ela do dispositivo que visou a aplicar e ganhou autonomia conceitual e se tornou um autêntico "conceito-objetivo-normativo" (cf. ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 2ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1968, pp. 92 e ss., esp. 199-200), passível de "nova interpretação", de outra "operação subsuntiva", para os "casos" que, posteriormente, se submeteram a julgamento.

O Juiz do Trabalho da 3ª Região, ora Presidente da Junta de Conciliação e Julgamento de Varginha, Abel Murta de Gouvêa, ao acolher a arguição de inconstitucionalidade da Súmula 90, armou sua decisão no plano conceitual, da natureza da norma jurídica e, em suma, fundamentou:

"A Súmula 90 do Eg. TST consagra, por via jurisprudencial, a ficção do trabalho *in Minore* donde a respectiva inconstitucionalidade, por isso que a ficção jurídica só pode ser de ordem legislativa e restrita aos casos expressamente previstos"

(cf. sua citação em SILVA, Octacílio Paula. Súmula 90, sua Complexidade e Dissensões Interpretativas, in *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, n.º 33/34, pp. 93/4; nº 2).

A ficção, a que se refere o magistrado mineiro, vem a ser uma enunciação *in abstracto*, a edição de uma norma jurídica não apenas “genérica”, em seu raio de apresentação, mas, antes de tudo, munida de pressupostos exclusivos e que não se encontrem delineados em outra norma.

Por *ficção* entende-se a norma tomada em sua contextura de “cláusula geral” (cf. ENGISCH, Karl. *La Idea de Concreción en el Derecho y en la Ciencia Jurídica Actuales*. Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra S/A, 1968, pp. 300 e ss. e esp. 342, 377, nota 100), cujos supostos indeterminados, não definidos em seus elementos fáticos concretos e em sua formulação conceitual, exigem do juiz a sua precisão, a sua localização e “definição” em cada caso.

O mesmo ENGISCH, valendo-se do magistério de LARENZ, depois de afirmar que “a determinação concretizadora é uma especificação”, completa seu pensamento ao aludir à “concreção” como “um procedimento que dá aos princípios gerais e aos conceitos valorativos indeterminados da ordem jurídica um caráter determinado” (cf. *La Idea de Concreción*... cit., p. 176).

Não resta a menor dúvida que a súmula, em sua acepção correta e regular, contém um *preceito* jurídico, mas assentado em abstração mínima e nisso, em seu conteúdo, ela se distingue da lei, portadora de abstratividade em leque e que se *situa*, no caso, pelo juiz (cf., quanto à natureza do “preceito jurídico” e seu grau de abstração, STARCK, Christian. *El Concepto de Ley en la Constitución Alemana*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979, pp. 255 e ss., esp. 259 e nota 14).

A partir do momento em que a norma se reveste de um caráter geral-abstrato, sujeita a operação de individualização, assume ela a sua postura de lei e não se confunde com uma decisão judicial, ainda que sedimentada em preceito autônomo, como o é a súmula.

Com objetividade, expressa-se STARCK:

“O Tribunal exige uma redação geral-abstrata de lei, para que esta possa adaptar-se a um número indeterminado de casos” (ob. cit., p. 90).

A atividade judicante é eminentemente “determinadora” como uma atividade de “seleção dos caracteres do caso”, a que se aplica uma norma. Quem o expende é JOSEF ESSER, para adiantar que a “dupla qualificação do suposto de fato e conceito jurídico é uma parte da interpretação” (cf. sua obra *Princípio y Norma en la Elabo-*

ración Jurisprudencial del Derecho Privado. Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1961, p. 333). A essa atividade contrapõe-se a emissão de normas gerais e susceptíveis de ulterior qualificação em seus elementos especificadores.

Nos sistemas do direito codificado (legislado), ao Juiz não se comete a função de criar normas, isto é, fixar pressupostos de fato e conceituais modeladores de uma norma jurídica: **non ponono mai norme giuridiche nuove** — não mais põem (os juizes) normas jurídicas novas, como fala PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA (cf. *Diritto Costituzionale*. 8ª ediz., Napoli, Casa Editrice Eugenio Jovene, 1969, p. 115, c).

Na sentença, o juiz traz para o caso, aplicando-o, o juízo hipotético da lei. Que o faça dentro de um princípio de adequação, é irrelevante. Mas a operatividade, na sentença judicial, conquanto se maneje com dados silogísticos, tende exclusivamente à “concreção”, para o que apenas importa perquirir o “que neste caso é relevante e correto” — **was in diesem Fall wohl “zweckmässig” und richtig (recht) ist** —, como adverte HANS MARTIN PAELOWSKI (cf. *Das Studium der Rechtswissenschaft*. Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1969, S. 163).

Não será exaustivo, tal sua clareza e a limpidez de sua exposição, transcrever pequeno texto de HANS Kelsen:

“Mas para que essa norma geral — seja consuetudinária ou seja uma “lei” criada pelos órgãos técnicos competentes — alcance um sentido concreto, necessita da “individualização.”

É preciso estabelecer se é dado **in concreto** o fato que a norma geral determinou **in abstracto**; e se o fato existe, precisa-se estabelecer um ato concreto de coação (isto é, um ato previamente disposto e, depois, realizado), o qual se acha igualmente prescrito **in abstracto** na norma geral. A sentença, o ato no qual se traduz exteriormente a função judicial, recebe o nome de “jurisdição”, que significa “declaração do direito”, como se se limitasse a fazer uma declaração do que já é direito na norma geral. Porém, essa terminologia não serve senão para obscurecer o verdadeiro significado da função **jurisdicional** e da missão de julgar; seguramente andam por meio intenções políticas mais ou menos ocultas, pois a sentença judicial cria por completo uma nova redação: determina que existe um fato concreto, assinala a conseqüência jurídica que deve enlaçar-se nele e verifica concretamente tal enlace. Assim como os dois fatos — condição e conseqüência — vão unidos pela lei no domínio do geral, têm que ser enlaçados no âmbito individual pelas sentenças dita-

das pelo Poder Judiciário” (cf. **Teoría General del Estado**. México, Ed. Nacional, 1959, p. 304, letra E).

Quando se ensina que a norma contém uma natureza e/ou efeito **constitutivo**, quer-se significar que ela contém pressupostos originários de captação da realidade e que os atos-fatos por ela fisionomizados e sobre os quais ela incide não se encontram abstratamente contornados em outra norma.

Nos sistemas do direito codificado, repita-se, como o é o brasileiro, a função jurisdicional parte, necessariamente, do princípio da aplicação da lei, ou seja, uma norma preexistente, em que os juízes, na enunciação de BEKAERT, se encarregam de assegurar e de manter a “igualdade de aplicação do direito e sua unidade normativa” (cf. BEKAERT, Hermann. **Introduction a l'Étude du Droit**. Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1973, p. 124).

Todavia, não se perde a perspectiva do **caso concreto**, ainda que emoldurada a decisão em forma de precedente, a que devam atender as decisões dos casos ulteriores.

Sob esse aspecto o juiz

“só exprime o quanto já estava expresso na lei e só deve acertar direitos e deveres, sem os constituir” (cf. ESPOSITO, Carlo. **La Validità delle Leggi**. Milano, Dot. A. Giuffré Editore, 1964, p. 84).

A operação desenvolvida pelo juiz é como que sequencial, preso aos supostos formais e materiais previstos na lei e, sob tal ângulo, no momento da emanção da norma judicial, “além de atuação ou juízo conforme o direito preexistente”, o preceito da sentença

“se substitui à lei e é regra imediata e direta para o caso concreto, nos limites subjetivos e objetivos objeto de exame e de decisão” (ESPOSITO, ob. e p. cit.).

O que importa na questão em exame é distinguir se a Súmula 90, do ilustre Tribunal Superior do Trabalho, se define, por seus **elementos intrínsecos**, como regra de direito autônoma, originária e portadora de supostos gerais, que a afastam de outra qualquer regra legal, especificamente o art. 4º da Consolidação das Leis do Trabalho.

Como norma emanada de um Tribunal, a súmula jamais perde a sua natureza de sentença, com a característica de agregação e de revestimento para outras sentenças futuras, dentro da **mesma hipótese**.

A força substantiva da súmula é imediata e certa, já que a sua **generalidade** não está contida no preceito ou no juízo hipotético, mas na **permanência**, em função da **sucessão de casos idênticos**, entendendo-se por **idênticos** os que contenham os **mesmos supostos** que propiciaram a sua edição.

Dentro desta perspectiva, a súmula não perde a sua natureza *formal de sentença* e

“normalmente uma sentença é emitida à guisa de resposta a uma pretensão específica e definida; e contém efeitos, ou pode contê-los, sobre direitos e deveres daquele que pretende ou sobre aqueles ou com aqueles em cujo confronto e pretensão é deduzida e *quicá* sobre todos aqueles que se encontram em uma situação semelhante à daquela dos precedentes” (cf. FRIEDMAN, Lawrence M. *Il Sistema Giuridico nella Prospettiva delle Scienze Sociali*. Bologna, Società Editrice Il Mulino, 1978, p. 72).

Conquanto a súmula constitua um salto potencial e indireto na eficácia **subjéctiva** da sentença, **objetivamente** ela não escapa à natureza e à função da sentença, que se limita, pela lei, ao **caso concreto**, como deflui dos arts. 282, III, 286, 459 e 460 do Código de Processo Civil.

Não cabe ao Tribunal a edição da norma desgravitada de um antecedente legal e a tarefa interpretativa externa-se como uma operação de redução dos elementos da *fattispecie* no **caso concreto**, redução essa que não pode partir de outros supostos senão os da lei, como componencial dos fundamentos do pedido.

A contar do momento em que a regra sumulada — além de sua **qualitas juris** de generalidade, na acepção estrita de **permanência** — assume a outra face da **generalidade**, que é a **enunciação de um quadro fático** susceptível de multívoca apropriação em outras sentenças, ela passa a revelar a existência de uma **norma nova, jus novum**, ou, como diz KELSEN, o “**direito de fundo novo**”.

É da maior importância distingam-se as duas operações, a fim de que possa o analista verificar se está diante de uma **súmula, resultante de precedentes in concreto** ou se está sob uma súmula emoldurada em **regra geral**, formada de **supostos próprios** e que não se conjugam, como projeção natural, com aqueles supostos de outra regra legal ante fatos específicos.

Ainda que extenso, o magistério de HANS KELSEN, em obra clássica e decisiva na doutrina jurídica, trará luzes definitivas à elucidação do problema, em sua procura de distinção:

“Uma decisão jurisdicional pode ter caráter de precedente quando o conteúdo da norma posto pela decisão não é predeterminado por uma norma geral criada pela via da legislação ou do costume, ou quando esse conteúdo **não é determinado de uma maneira unívoca**, que deixa aberta a **possibilidade de diferentes interpretações**” (cf. *Théorie Pure du Droit*. Paris, Dalloz, 1962, p. 335).

A advertência do tratadista é manifesta, ao aludir a função dos Tribunais, não apenas no tocante ao cometimento expresso da lei para que se emitam "normas gerais", como, também, no tocante à natureza excepcional e supletiva desse cometimento:

"A função de criação do direito, que os Tribunais exercem em todas as circunstâncias, afirma-se e se manifesta de uma maneira particularmente clara quando eles recebem o poder de criar também normas gerais através de decisões **precedenciais**. Dar este poder aos Tribunais e especialmente a uma jurisdição de última instância, a uma Corte Suprema, é uma solução que vem naturalmente ao espírito quando eles estão habilitados em certas circunstâncias a decidir sobre um caso **de maneira discricionária**, e não fazendo aplicação de uma norma geral de direito já em vigor, isto é, quando eles recebem o poder de criar uma norma individual cujo conteúdo não é predeterminado por uma norma geral de direito positivo. Atribuindo-se a uma tal decisão caráter e valor **precedenciais**, não se faz senão alargar de modo conseqüente a função criadora de direito dos Tribunais.

Se os Tribunais recebem, assim, o poder de criar normas gerais, e não somente normas individuais, eles entram em concorrência com o órgão de legislação instituído pela Constituição; e isto significa uma **descentralização da função legislativa**" (cf. ob. cit., p. 336. Grifos nossos).

Uma penetração maior na Súmula 90 demonstrará que ela representa, no Brasil, um caso típico de **concorrência legiferante** e uma **descentralização da função legislativa**.

A subseqüente análise, que parecerá repetitiva, ver-se-á que a Súmula 90 não se limita em ser um "compêndio de julgados iterativos do caso", mas é uma norma que se desgarrou do art. 4º da CLT (como se fora um parágrafo seu, modificador para hipóteses não definidas em todos os seus contornos fático-jurídicos), ganhou autonomia conceitual e atua na atividade judicante dos Tribunais do Trabalho e até no Supremo Tribunal Federal como uma verdadeira lei, em seu sentido de regra geral, aplicável a uma gama de casos em que se exige ao julgador uma operação de "concreção".

Sob esse aspecto, sim, pode-se falar em inconstitucionalidade, mas por incompetência do Tribunal Superior do Trabalho para editar regras gerais e abstratas oriundas de dissídios individuais. Os artigos afetados da Lei Maior são o 6º, parágrafo único, última parte, 8º, XVII, b, e especialmente o 142, caput.

A demonstração do que ora se sustenta está nas decisões mesmo dos Tribunais do Trabalho e do Supremo Tribunal Federal, de que se transcreverão, por amostragem, ementas bastante elucidativas. Trata-

se de uma dissecação da Súmula 90, em seu enunciado “continuístico” (KELSEN) e como preceito jurídico autônomo (STARCK).

2.6 Sabe-se que, ao recusarem a declaração da institucionalidade da Súmula 90, os Tribunais do Trabalho retêm a abordagem da questão no plano formal e que toca ao objeto do pedido maior, com sustentarem que a súmula não é lei ou ato normativo do Poder Público:

“Súmula é enunciado de jurisprudência predominante. Como é da essência da atividade judicante produzir jurisprudência, é juridicamente inconsistente a argüição de inconstitucionalidade de Súmula” — TRT — 3ª Reg. 1ª T. Proc. RO-1.735/84. Rel. Juiz Luiz Carlos Avelar. In **DJ-MG** — 31-8-84, p. 55.

“Súmula não é lei, não obriga, portanto não há falar em inconstitucionalidade, máxime a de número 90, cujo embasamento legal é evidente no art. 4º da CLT” — TRT — 3ª Reg. 2ª T. Proc. RO-1.499/84. Rel. Juiz Aldair Lázaro Trindade. In **DJ-MG** — 31-8-84, p. 59.

“Súmula não é lei, nem ato normativo do Poder Público, estando, pois, imune ao controle de inconstitucionalidade pelo Judiciário, donde ser imprópria a argüição de inconstitucionalidade da Súmula 90, do TST, que estratifica jurisprudência uniforme sobre horas *in itinere*” — TRT — 3ª Reg. 2ª T. RO-1.930/84. Rel. Juiz Michel Melin. In **DJ-MG** — 19-10-84, p. 56.

Desde a Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-69, a Carta de 1967 elasteceu o conceito de regra de direito suscetível de declaração de inconstitucionalidade, ao aditar à “lei” propriamente dita o “ato do Poder Público”, como se lê da redação anterior do art. 116.

Com a Emenda Constitucional nº 7/77, o texto em vigor sofreu encurtamento na qualificação do objeto da declaração, que passou a ser “lei ou ato normativo do Poder Público” (verbis).

PONTES DE MIRANDA, ao comentar o então art. 111 da Constituição de 1967 — que fala em “lei ou ato do Poder Público” —, alerta o estudioso que a visualização do ato sob o prisma formal (sentença ou preceito resultante de sentença) não exclui a inconstitucionalidade:

“Quando no Supremo Tribunal Federal, ou noutro Tribunal, se exerce atribuição administrativa, não se julga; a “decisão” não é sentença, é ato administrativo. Não importa se foi envolvido em forma sentencial” (cf. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1967, Tomo III (arts. 34-112), p. 600).

Ora, a edição de súmulas, sob esse ângulo refoge ao normal procedimento dos Tribunais, atendendo-se, sobretudo, que ela obedece a um **iter** administrativo especial e que não se circula no julgamento de um **caso**. Deixa o Tribunal a função judicante e passa à função tipicamente administrativa, que é a elaboração (não a consubstanciação de preceitos reiterados) de uma regra de direito: a súmula. A contextura regimental da forma e procedimento do Tribunal escapa, em todas as suas etapas, do que se observa no julgamento do **caso**.

Daí à **normatividade** vai um pulo:

2.7 É relevante, pois, insista-se no conceito do "normativo", já que a súmula contém "carga normativa", embora se procure negar essa sua virtualidade, tão gritante.

A índole normativa de uma "norma" jurídica supõe dois referenciais suficientemente nítidos: a) pelo primeiro, quer-se significar que, com ser **normativa**, ela expande eficácia para além do caso decidido; b) pelo segundo, a **normatividade**, além de significar uma vinculação (direta ou indireta, dependendo da espécie de norma), diz com sua aplicação a todos os **casos concretos**, dentro de seus supostos.

Em se tratando da **súmula**, o aparentemente paradoxal é que, através dela, se consagra uma **tese** dentro de uma **hipótese**, ou seja, o preceito enunciado pela súmula assenta-se em pressupostos formais e materiais **cerrados**, de uma tipicidade indedobrável e segundo a qual o que nela se contém de **fattispecie** é a **singularidade e a individualidade do caso**, que se repetem em outros e sucessivos casos com os mesmos **elementos-tipos**.

A aplicação da súmula aos julgamentos ulteriores vem a ser uma simples operação subsuntiva.

A natureza da súmula, como norma individual, oriunda do caso concreto, com força vinculante (e não meramente persuasiva) para hipóteses idênticas, parte de sua própria fonte, o órgão que edita e das específicas condições de sua germinação, de seu amadurecimento e de sua finalidade, que são os mesmos casos concretos futuros.

Indo-se à frente, nota-se que a **redução** (não a **conversão**, pois não é o direito que se sumula) do caso à súmula não pode fugir ao seu suposto dinâmico, que é a **iteratividade**, a **seqüencialidade** (a **communis opinio** do Tribunal sobre a direção exegética dada a hipóteses idênticas, que se sucedem todos os dias em processos a serem julgados).

Tem-se na uniformização da jurisprudência uma necessidade de segurança e de previsão no modo de aplicar-se uma norma legal para o caso com seus contornos típicos, individualizados, em seus elementos constitutivos determinados.

Então, atinge-se o ponto crucial do problema e que mais expõe a Súmula 90 à vulnerabilidade constitucional e que é haver ela resultado ou não de uma operação interpretativa do art. 4º da CLT.

A interpretatividade é inerente na súmula (o “entendimento predominante”). Por ser, porém, direção interpretativa que se sedimenta e peculiarmente se formaliza, não deixa de ser operação interpretativa, isto é, o juiz, com executá-la, não pode fugir do núcleo da regra legal interpretada. Não se desgarra dos supostos desta; dá-lhes tão-só, ou a um deles, o sentido que lhe pareça correto (*richtig*) no caso.

Mais precisamente, o juiz, a despeito da maior ou menor extensão exegética extraída da norma legal, permanece **preso** em seus pressupostos formais e materiais. Com individualizá-la, no caso, a sua operação “criadora” não ignora o cordão umbilical ou os cordões umbilicais que continuam haurindo a seiva originária daquela norma.

O juiz, na operação, na fixação da direção *in concreto* de uma regra não pode desgravitar-se da lei, ou seja, a pretexto de extensiva ou analogicamente interpretar, é-lhe defeso armar, para o caso a ser decidido, um juízo normativo hipotético que não contenha os pressupostos da lei interpretada.

A partir do momento em que o Tribunal constrói uma norma concreta (decisão) munindo-se de pressupostos que não se encontram no dispositivo legal aplicado ou interpretado, ele estará legislando, pois fugiu do círculo da regra interpretada, por mais amplo que seja ele.

2.8 Vejam-se os enunciados do art. 4º da CLT e da Súmula 90:

“**Art. 4º** — Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada.”

“**Súmula 90** — O tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador até o local de trabalho de difícil acesso ou não servido por transporte regular público, e para o seu retorno, é computável na jornada de trabalho.”

É inquestionável que o enunciado da súmula parte de um suposto **concreto, individualizado** — “... O tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador...”. Antes de fechar, porém, o seu juízo hipotético (“... é computável na jornada de trabalho”), o preceito enche-se de duas cláusulas gerais, duas formulações abstratas e que, como a todo instante ocorrendo, impõem nova operação exegética: “até o local de trabalho de difícil acesso ou não servido por transporte regular público...”.

Acontece que os três pressupostos básicos fáticos da súmula — o primeiro, individualizado (“condução fornecida pelo empregador”) e o segundo e terceiro, gerais — não encontram qualquer raiz na norma

legal a que se refere (o art. 4º). A desgravitação (relewa-se manifesta e a essa criação de pressuposto normativo soma-se a agravante, segundo a qual dois pressupostos da Súmula 90 são "gerais", "abstratos", o que é característico indeclinável das normas legais e não das sentenças judiciais. E a ninguém é dado negar à sumula uma sentença, que se cristalizou e alcançou "normatividade", no sentido vincutivo acima exposto.

Quem, na realidade, confessa essa vulnerabilidade da Súmula 90 são os próprios Tribunais, ao se remeterem a ela em cada julgamento de pedidos de horas extras *in itinere*, sempre partindo da ocorrência ou não de seus pressupostos.

É inédito uma decisão judicial julgar procedente ou improcedente uma reclamação baseada na existência ou não de pressupostos de outra decisão judicial, embora sumulada!

Por aí, verifica-se, mais, que a Súmula 90 vem sendo constante objeto de interpretação, dada a sua insita perspectiva de norma geral — como se lei fosse.

E mais: o julgamento das horas extras *in itinere* como que transita de um pólo a outro, em que se procuram precisar ("individualizar", "singularizar", "particularizar"), os pressupostos *in concreto*, os limites e, o que é mais significativo, quais os fatos-suportes que preenchem a Súmula 90.

A natureza móvel, perto de genérica, para não dizer-se difusa, da Súmula 90, vem acarretando um fenômeno mais estranho ainda na atividade jurisdicional trabalhista "com desditosas incursões do próprio Supremo Tribunal Federal): para decidir um caso concreto, concernente a horas extras *in itinere*, a Justiça do Trabalho profere duas decisões, que se superpõem ou se interconexionam: a já representada pela Súmula 90 e a que se emprega no caso concreto. Esta última, "interpretando" a regra da súmula no sentido do *concreto*, naturalmente interpretou, antes, o art. 4º da CLT, aplicou-o ao seu art. 5º e seu § 1º

Para julgar-se, portanto, o pedido de horas extras *in itinere* são necessárias duas decisões, cristalizada uma, mas genérica, preenchida de "cláusulas gerais" e *in concreto* a outra.

Tão patente é a interpretação entre a Súmula 90 e o disposto na letra c do art. 7º da Lei de Acidentes do Trabalho, que ao preceito daquela se aproveita o comentário de MIGUEL AUGUSTO GONÇALVES DE SOUZA àquele inciso legal, até em sua qualificação:

"Serão ressarcíveis os acidentes *in itinere* desde que a locomoção do assalariado se fizer, necessariamente, por vias e meios que ofereçam reais perigos, a que não esteja sujeito o público em geral" (cf. sua obra *Acidentes do Trabalho*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1964, 1º vol., p. 87, nº 50).

E se alcança uma posição dilemática: ou a Súmula 90 se configura como um preceito especificador de fatos-suportes (Tatbestanden) do art. 4º da Consolidação das Leis do Trabalho e que nele não se encontram, ou então nada mais representa ela do que uma aplicação extensiva ou analógica dos arts. 6º, c, e 7º, c, da Lei de Acidentes do Trabalho.

Basta que se atente a que a ordem jurídica somente estabelece supostos jurídicos de tempo de serviço através de lei, criando a **fattispecie** que será objeto de interpretação e aplicação pelos Tribunais do Trabalho. A irreverência constitucional, aqui, é ao § 2º do art. 142, da CF.

Do ponto de vista do princípio da legalidade nacional, em sua focagem político-jurídica, a Súmula 90, em avanço inédito, trouxe para a relação de emprego, como hora extra, um suporte só delimitado em regra legal de outra natureza, com objetivo específico e diverso de tutela, a do acidentado.

Como se o legislador de acidentes passasse a legislar também para o direito do trabalho, **stricto sensu**.

Nessa perspectiva, a Súmula 90 erige-se em norma legal, como se fora um parágrafo do art. 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho, cobrindo-lhe campo extensivo de aplicação.

Não se desconhece a função do parágrafo, que, em dogmática jurídica, compõe o corpo do dispositivo legal em seu ou seus desdobramentos peculiares. Valha-nos, uma vez mais, o magistério de VICENTE RAO:

“... mas, em sentido técnico-legislativo (indica o parágrafo) a disposição secundária de um artigo, ou texto de lei, que, de qualquer modo, **completa ou altera a disposição principal, a que se subordina**” (ob. e v. cit., p. 326, nº 207. Grifos nossos).

Nada mais fez o Tribunal Superior do Trabalho, ao lançar a Súmula 90 no tráfego jurídico, que o legislador de então, em **situação jurídica idêntica**, mas para a tutela do empregado acidentado, ao dispor, desde o Decreto-Lei nº 7.036, de 10 de novembro de 1944 (Lei de Acidentes do Trabalho), em seu art. 6º:

“**Art. 6º** — Ficam igualmente abrangidos por esta Lei, considerados como produzidos pelo exercício do trabalho ou em consequência dele, embora ocorridos fora do local e do horário de trabalho, os acidentes sofridos pelo empregado:

a) ...

b) ...

- c) em viagem a serviço do empregador, seja qual for o meio de locomoção, inclusive veículo de sua propriedade" (verbis).

Logo em seu art. 7º, o mesmo diploma abre não menos especificadora ressalva:

"Art. 7º — Não é acidente do trabalho:

- a) ...
- b) ...
- c) o que ocorrer na ida do empregado para o local de sua ocupação ou na volta dali, salvo se houver condução especial fornecida pelo empregador, ou se a locomoção do empregado se fizer necessariamente por vias e meios que ofereçam reais perigos, a que não esteja sujeito o público em geral" (verbis).

Tanto é certo que os fatos-tipo especiais e concernentes a considerar-se o empregado em serviço ou não devem estar previstos em norma legal (aditando-se que a Súmula 90 vai além, pois, a dois fatos-tipo sotopõe cláusulas gerais, que são situações fáticas sujeitas a localização e/ou individuação), que os arts. 6º e 7º, em sua letra c, do Decreto-Lei nº 7.036/44, acabaram por ter outros suportes expressamente consignados na Lei nº 6.367, de 19 de outubro de 1976, em que, em seu art. 2º, § 1º, nº V, prevê:

"§ 1º — Equiparam-se ao acidente do trabalho, para os fins desta Lei:

III — o acidente sofrido pelo empregado ainda que fora do local e horário de trabalho:

- a) ...
- b) ...
- c) em viagem a serviço da empresa, seja qual for o meio de locomoção utilizado, inclusive veículo de propriedade do empregado;
- d) no percurso da residência para o trabalho ou deste para aquela" (verbis).

Eis a qualificação fixada por lei, do que se considera situação jurídica *in itinere*, em fato-teor simplificado, conquanto abrangente.

Algo aí não está se conjugando bem dentro da estrutura do ordenamento jurídico e da função jurisdicional.

Os exemplos jurisprudenciais são inúmeros e por eles melhor se estenderá o exotismo judicante imbricado na Súmula 90, na incontida e árdua tarefa de se qualificarem os seus pressupostos, quando se

patenteia que ela é norma **geral**, pois até **precisão**, a inclusão, a exclusão e a identificação desses pressupostos oscila caso a caso:

“A regra da Súmula 90 do TST deve ser aplicada com prudência, dentro de seus pressupostos, para que a interpretação nela contida não tenha campo de incidência de amplitude perigosa” — TRT — 3ª Reg. — RO-2.550/80. Rel. Juiz Fernando Pessoa Junior. In **DJ-MG**, 3-6-81, p. 38.

* * *

“Horas extras *in itinere*. Devidas quando preenchidos os pressupostos da Súmula 90, do Colendo TST. O transporte público, quando existente, deve ser em horário compatível e até o local de trabalho ou a distância razoável de modo a garantir frequência regular, sem muito esforço diário” — TRT 3ª Reg. 1ª T. RO-1.688/84. Rel. Juiz José T. G. da Silva. In **DJ-MG**, 31-8-84, p. 55.

* * *

“Se o local de trabalho é servido por condução fácil, o tempo de condução não deve ser exigido como horas extras” — TRT — 3ª Reg. 1ª T. Rel. Juiz Freitas Lustosa. In **DJ-MG**, 24-3-82, p. 42.

Note-se a operação subinterpretativa e a invocação da Súmula 90 como regra geral de direito, no primeiro enunciado abaixo:

“Devidas as horas extras, quando configurados os requisitos da Súmula 90 do TST” — TRT — 3ª Reg. 1ª T. Rel. Juiz José T. G. da Silva — RO-1.888/84. In **DJ-MG**, 31-8-84, p. 56.

O vário jogo, porém, dos pressupostos permanece como tônica de captação da Súmula 90, seja na qualificação do fato (adjetivação diversa, situação específica, multiplicidade de elementos formativos, avaliação de um maior ou menor benefício do empregado ou da empresa). Os desdobramentos são inúmeros:

“Mesmo servido de transporte regular público, o local continua de difícil acesso, se, para alcançá-lo o empregado ainda teria que percorrer grande distância a pé, porque distante da rodovia e, além disso, o transporte regular público é insuficiente para atender toda a demanda” — TRT — 3ª Reg. 2ª T. RO-1.891/84. Rel. Juiz José Caldeira. In **DJ-MG**, 31-8-84, p. 58.

* * *

“As horas de transporte são devidas, tanto para a ida como para a volta do serviço, quando se verifica que, já num e já noutro sentido, não há possibilidade de utilização, cômoda e eficaz, da rede pública de transporte” — TRT — 3ª

Reg. 2ª T. TRT — RO-2.352/84. Rel. Juiz Gabriel Mendes de Freitas. In **DJ-MG**, 12-10-84, p. 49.

* * *

“Quando o transporte público regular não coincide com os horários do trabalhador, às horas gastas em condução da empresa constituem horas extras *in itinere*” — TRT — 4ª Reg. 1ª T. RO-1.490/81. Rel. Juiz Ivésio Pacheco. In **BOM-FIM B. Calheiros & SANTOS, Silvério dos. Dicionário de Decisões Trabalhistas**. 18ª ed., Rio de Janeiro, 1982, p. 338, Ementa nº 2.268.

* * *

“Onera-se a empresa com o pagamento de horas extras, quando verificada incompatibilidade de horário no fornecimento de condução e a jornada de trabalho do reclamante” — TRT — 3ª Reg. 2ª T. RO-4.331/80. Rel. Juiz José T. G. da Silva. In **BONFIM & SANTOS. Dic. Dec. cit.**, 1982, p. cit., Ementa nº 2.266.

* * *

“Se há fornecimento de transporte pelo empregador, viabilizando a chegada do empregado ao local de trabalho de difícil acesso porque o transporte público não se afina com o horário e necessidade de trabalho, o tempo dispendido é computável na jornada de trabalho a teor da Súmula 90 do TST” — TRT — 3ª Reg. RO-3.634/80. Rel. Juiz Edmo de Andrade. In **DJ-MG**, 10-6-81, p. 36.

* * *

“Horas *in itinere*. As linhas regulares de transporte público que servem no local de trabalho devem funcionar em horários compatíveis com os da jornada de trabalho e, na medida do possível, cumprir o mesmo itinerário do ônibus da empresa. Não é servido por linha regular de transporte, nos termos da Súmula 90, o local que obrigue o empregado a tomar várias conduções para substituir a fornecida pela empresa” — TRT — 4ª Reg. 2ª T. RO-5.658/79. Rel. Juiz João A. G. Pereira Leite. In **BOMFIM & SANTOS. Dic. Dec. Trabs. cit.**, 17ª ed., 1981, p. 126, Ementa nº 864.

* * *

O próprio fato de a empresa cobrar passagem do empregado dá lugar a dissensão jurisprudencial:

“O fato de o empregador cobrar simbolicamente, pelo transporte que fornece, não afasta a aplicação da Súmula 90/TST, mesmo porque isto faria do *summum jus a summa*

injuria" — TRT — 3ª Reg. 2ª T. RO-2.078/84. Rel. Juiz Edson F. Gouthier. In DJ-MG, 12-10-84, p. 50.

* * *

"Quando há transporte público próximo, fornecimento de transporte, pelo empregador, a título de liberalidade, não impõe a aplicação do disposto na Súmula 90" — TST — 2ª T. RR-4.435/84. Rel. Min. Marcelo Pimentel. In TEIXEIRA FILHO. "Repertório de Jurisprudência Trabalhista" cit., nº 2, 1983, p. 965, Ementa nº 4.858.

* * *

Mesmo no casuísmo de aplicação da Súmula 90, chega-se a elaborar norma exegética a seu respeito:

"Horas *in itinere*. O que se deve entender por local de difícil acesso e por transporte público regular (Súmula 90 do TST). A longa distância do local de trabalho se traduz em "difícil acesso". E transporte público regular é aquele que permite ao trabalhador uma razoável sintonia entre os horários de sair de casa e chegar ao trabalho, sair do trabalho e chegar em casa" — TRT — 3ª Reg. 2ª T. RO-4.070/81. Rel. Juiz Michel Melin. In TEIXEIRA DE FREITAS, ob. e ano cits., p. 966, Ementa nº 4.864.

* * *

Quando as situações são parcialmente previstas, quebra-se a Súmula 90 pelo meio, em julgamento agora de equidade:

"Horas extras *in itinere*. Embora o local de trabalho seja servido por transporte regular público, o empregado faz jus à hora extra *in itinere* de retorno, se quando termina a jornada, já não há horário de ônibus que faz o itinerário" — TRT — 3ª Reg. 1ª T. RO-2.446/80. Rel. Juiz José Rotsen de Mello. In DJ-MG, 5-8-81, p. 28.

* * *

"Se a jornada de trabalho, que é prestada em local de difícil acesso, vai até um determinado horário em que já não há transporte regular público, nesta faixa tem plena aplicação a Súmula 90 do TST" — TRT — 3ª Reg. RO-2.388, de 1980. Rel. Juiz Edmo de Andrade. In DJ-MG. 13-5-81, p. 34.

* * *

Do quanto se viu, ao observador precatado não passará despercebido esse paradoxo: enquanto o espírito idealizador e até executor da súmula visou e vem visando a certeza jurídica, uma garantia maior

contra o arbítrio e as soluções contraditórias nas decisões judiciais no encaixo dos casos comuns, que se reiteram diariamente nos Tribunais, a Súmula 90 criou um patamar de neo-subjetivismo judiciário, gerando julgamentos desencontrados e indefinidos quanto a seus "supostos".

Ora, quando se erige uma norma individual (que é a sentença) em norma-padrão (que é a súmula), com poder vinculante indireto, e essa norma-padrão extrapola a norma legal aplicada no tocante a pressupostos, sente-se esse observador ante uma figura típica de inconstitucionalidade, mas não da norma-padrão em si, porém em razão de incompetência do órgão que a editou para assim proceder.

É o que primeiro concluímos, com toda a dedução acima exposta.

2.9 Ainda que se reconheça, em princípio, a vigência (não a "validade", na acepção kelseniana) da Súmula 90, cabe ao analista perscrutar o espírito que lhe presidiu a elaboração, para, além de seus contornos formais, verificar se o quadro fático exposto na consulta tem força fisionômica bastante para captar-lhe o preceito.

Não resta a menor dúvida que a revelação do princípio abrigado na Súmula 90 e sua finalidade e sua esfera de gravitação somente poderão ser encontradas na própria construção da doutrina judiciária, na evolução atualizada dos julgados dos Tribunais, mormente o Supremo Tribunal Federal.

É interessante atentar a que o Supremo Tribunal, a despeito de não acatar a inconstitucionalidade da Súmula 90, desce-lhe nos meandros e dá-se à tarefa de capitular os fatos que compõem seus pressupostos, como que neles identificando seu raio operativo, seu campo de incidência e sua própria finalidade.

Ao descer o Supremo Tribunal Federal aos meandros da Súmula 90, analisando-lhe os supostos de fato, chega-se a uma inelutável conclusão intermédia: ou a mais alta Corte do País, passando a julgar matéria de fato, ganhou a atribuição de aplicar norma do Tribunal Superior do Trabalho, esmiuçar o campo de captação desses supostos ou a Súmula "constitucionalizou-se".

* * *

Concluímos, portanto, que a Súmula 90, como norma desgravitada de qualquer dispositivo legal, portadora de *fatispecie* própria e autônoma, à força de incompetência, de invasão de funções entre os Poderes da República, contém, em sua emanção, o germe da inconstitucionalidade, por irreverência aos arts. 89. parágrafo único, 8.º, XVII, 142 e seus parágrafos, 153, § 2º, e 165, VI, da Constituição federal, concernentemente, este último, à extralimitação de jornada, consagrada pelo preceito incondicionado do Tribunal Superior do Trabalho.