

ENSAIO SOBRE A APLICAÇÃO DE SÚMULAS DO TST APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 13467/2017 (REFORMA TRABALHISTA)

Marcus Aurelio Lopes

O ativismo judicial do TST na mira da reforma trabalhista

A Lei 13467/2017 (reforma trabalhista) introduziu profundas modificações na CLT a propósito de aperfeiçoar as relações de trabalho individuais e coletivas. A lei também avançou sobre o processo do trabalho, determinando inovações que pretendem tornar a relação processual mais equilibrada, reduzindo bastante a tutela do reclamante em nome de uma maior autonomia individual.

As novas regras legais atingem a jurisprudência uniforme dos Tribunais do Trabalho, notadamente as súmulas do TST, o que pode ensejar discussão acerca da aplicabilidade atual da lei em relação a fatos ocorridos na época em só havia enunciados de súmulas regulando a matéria.

A SDI-I do TST, julgando embargos de declaração a propósito de reconhecimento de vínculo de emprego de terceirizado com a tomadora de serviços, entendeu que a

entrada em vigor da Lei nº 13.429/2017 (Lei da Terceirização) não se aplica às relações de emprego regidas pela lei velha, “sob pena de afronta ao direito adquirido do empregado a condições de trabalho muito mais vantajosas”. Com esse entendimento, esclareceu que a súmula 331, I do TST se aplica às relações de emprego anteriores à vigência da Lei de Terceirização. (ED-E-ED-RR-1144-53.2013.5.06.0004).

O assunto provoca a reflexão sobre o que efetivamente vem a ser a súmula da jurisprudência do TST, sobre quais são seus fundamentos de legitimidade, sua estrutura e forma de elaboração e, ainda, quais são seus efeitos.

Não se pode impugnar o ativismo judicial da Justiça do Trabalho, que atua (ou atuava) no vácuo legal e dentro de sua função constitucional, descambando para o legalismo dogmático. Mas também não se pode interpretar o novo ordenamento legal com o arrojo de uma jurisprudência criativa



Marcus Aurelio Lopes

Juiz do Trabalho titular da 5ª Vara do Trabalho de Maringá, Mestre em direito civil.

desligada de limites constitucionais, legais e, principalmente argumentativos. Assim, a boa hermenêutica da reforma trabalhista está para ser construída na mirada do consenso dos juristas. Neste momento, cabe fazer as perguntas certas, mais que dar soluções definitivas, as quais serão fruto da dinâmica social e judicial da história.

Súmulas e precedentes

Copiando Lênio Streck, enunciados de jurisprudência são respostas sem perguntas.¹ Há uma crítica ácida contra a moderna jurisprudência de conceitos, produzida em diversos fóruns de juristas que se propõe a sintetizar o direito em fórmulas pré-concebidas e, sobretudo, preconceituosas, que inspiram pré-juízos acerca de fatos hipotéticos.

Quando a realidade se mostra mais criativa que a imaginação dos juriconsultos da modernidade, surgem anomalias judiciais que podem interferir sobre a vida das pessoas e das empresas, quase sempre para restringir a liberdade e tolher a manifestação da vontade.

Não obstante, o CPC atribui a súmulas, enunciados e orientações jurisprudências força vinculante, especialmente quando produto de julgamentos em ações repetitivas e de repercussão geral, ou ainda no caso de inconstitucionalidades (art. 927). Trata-se de aplicação moderna do brocardo "*romalocuta causa finita*", que se afirmava no direito romano, para atribuir a força definitiva aos pronunciamentos de caráter judicial. Persiste a

necessidade de que a palavra final sobre uma disputa interpretativa seja atribuída de alguma forma e as súmulas e decisões semelhantes dos tribunais tem uma importante função detergente no âmbito judicial, eliminando conflitos e prevenindo litígios. O problema está no limite de tais enunciados genéricos, na medida em que pronunciamentos antecipados e abstratos flertam de modo muito perigoso com a ideia de lei² e, num regime democrático, lei só pode surgir do parlamento, jamais de um tribunal.

Eis um ponto crucial na construção de uma jurisprudência de conceitos: a omissão legislativa precisa ser suprida pela ação judicial e nisso há certamente problemas de legitimação. Ocorre que, além das dificuldades naturais para que o tribunal substitua o parlamento em matérias a respeito das quais há omissão ou simples indiferença política, o ativismo judicial passa a atuar quando a ação legislativa é defeituosa, ou seja, a jurisprudência se propõe a corrigir a lei e não apenas interpretá-la.

Se a atuação judicial no caso de omissão legislativa tem fundamento constitucional, permitindo o mandado de injunção³ e a ação de inconstitucionalidade por omissão⁴, a atividade para corrigir a lei é exercida de modo incidental e sem a declaração expressa de que se está fazendo justiça por meio de decisões contra a lei ou fora da lei.

As súmulas do TST, em muitos casos, ao

1 Por exemplo, <http://www.conjur.com.br/2017-set-09/diario-classe-mesmo-lei-seja-clara-empresacabeum-enunciado-bingo>.

2 Considero o conceito genérico de lei: prescrição escrita, de conteúdo abstrato e alcance geral, elaborada pelo Congresso Nacional, conforme as regras da Constituição.

3 Art. 5º, LXXI da Constituição.

4 Lei 9868/99

invés de refletir a uniformização das decisões divergentes, tratam da criação ou da restrição de direitos, o que sem dúvida melhora o desempenho judicial porque abrevia a instrução das causas e a fundamentação das decisões, mas não resolve os conflitos sociais, estimulando a litigiosidade e criando um ambiente de insegurança jurídica, porque muitas condutas que são aceitas socialmente só passam a ser rejeitadas depois de judicializadas, implicando custos pessoais e financeiros que não podem ser medidos.

Tome-se, por exemplo, a súmula 331 do TST, colocada em discussão na decisão da SDI-1 do TST a propósito da Lei 13429/2017. Pesquisando os precedentes de cada um dos seus itens, vê-se que a redação a eles atribuída não foi objeto de debate nos julgados que lhes servem de base.

O inciso I⁵, que estabelece o vínculo de emprego entre tomador e prestador fora das hipóteses das Leis 6019/74 e 7102/83 é cópia do anterior enunciado 256.⁶ Logo, não reflete o debate que se travava no TST e em tribunais regionais sobre o acerto dessa interpretação, principalmente no que se refere à dúvida sobre se considerar ilegal a relação jurídica havida entre tomador e prestador de serviços, uma vez que se tratava (como se trata até hoje) de negócio jurídico lícito.

O inciso II⁷, que estabelece a inexistência de vínculo de emprego entre o trabalhador terceirizado e a administração pública com base no art. 37, II da Constituição, não decorre dos precedentes que lhe serviram de base, os quais se referem à legalidade da prestação de serviços indiretos com base no Decreto-Lei 200/67 e na Lei 5645/70. As decisões paradigmas não tratavam da questão constitucional, senão da conformidade legal da contratação de empresas prestadoras de serviços pela administração pública.

O inciso III⁸, por sua vez, que apresenta a distinção entre atividade-meio e atividade-fim, também está desconectado do debate judicial. No processo TST-RR-226/89 ficou decidido que a ilegalidade da terceirização “deve se assentar na existência de fraude, que o intérprete há que buscar na aplicação dos próprios precedentes jurisdicionais interpretação compatibilizadora daqueles com a legislação em vigor” e que a responsabilidade subsidiária decorre da proteção ao trabalhador. No processo TST-RR-41974/91.0 ficou decidido que: “a súmula de jurisprudência não pode ser *contra-legem*, não pode prevalecer sobre a lei. Se esta autoriza e até recomenda a contratação dos serviços de modo indireto, a súmula 256/TST não pode dizer que tal contratação é ilegal (E-RR-5591/86.6)”.

As decisões que precederam à súmula

5 A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

6 Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

7 A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

8 Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

331 não tratam de atividade-meio ou atividade-fim, não mencionam a questão constitucional, mas cuidam de fraude à lei, de conformidade à lei autorizadora de terceirização e impossibilidade de súmula contra a lei. A análise dos precedentes da súmula 331 TST demonstra que o programa linguístico adotado na elaboração da súmula não está representado nos julgamentos que serviram de modelo, o que revela a atuação criativa do tribunal, transformando o exercício hermenêutico numa ação de nomogenese.

A situação persiste atualmente. A mais recente decisão do TST sobre a aplicação da súmula 331⁹, que trata de sua incidência atual para fatos anteriores à lei 13429/2017, dá como fundamento a existência de direito adquirido acondições mais vantajosas no regime da lei velha. Ora, em nenhum momento a aplicação da lei 6019/74 prevista no inciso I da súmula 331 teve por fundamento condições mais vantajosas, mas pura e simplesmente a prevalência da lei sobre a decisão judicial. Mais uma vez, a interpretação criativa dos fatos e da lei, faz com que o TST estabeleça fundamento para sua decisão que não figura como precedente na própria lei ou em decisões anteriores do próprio tribunal.

Enfim, as súmulas de jurisprudência não são precedentes judiciais porque não consolidam as decisões anteriores do tribunal a respeito de certa matéria, mas propõe um modo de aplicação da lei, por vezes calcado no voluntarismo judicial que pretende corrigir a insuficiência da lei.

9 ED-E-ED-RR-1144-53.2013.5.06.0004

Súmulas e direito adquirido

Não há direito adquirido com base em súmula de jurisprudência.

O TST já experimentou episódios em que a validade de súmulas canceladas foi questionada.

A súmula 323¹⁰ estabelecia a existência de direito adquirido aos reajustes salariais previstos para abril e maio de 1988. Essa súmula restou cancelada em 1994, cerca de um ano após sua edição. Naquela época, a súmula 671 do STF¹¹ decidiu que o direito ao reajuste salarial limitava-se a 7/30 e, com base nessa nova interpretação, o TST decidiu que cabia ação rescisória no caso de decisões judiciais baseadas na súmula 323¹², acatando determinação do STF para adequar suas decisões ao pronunciamento da súmula 671.

Efetivamente, o enunciado da súmula, ainda que reconheça em seu texto a existência ou inexistência de um direito, não cria, modifica ou extingue direitos por si só. Sempre será necessário o devido processo legal, assegurada a ampla defesa e o contraditório, para que um certo direito declarado em súmula possa se tornar efetivo e, nesse caso, será direito não por estar inscrito em súmula, mas porque surge de

10 URP DE ABRIL E MAIO DE 1988. DECRETO-LEI Nº 2.425/1988 (cancelamento mantido) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 A suspensão do pagamento das URPs de abril e maio de 1988, determinada pelo Decreto-Lei nº 2.425, de 07.04.1988, afronta direito adquirido dos trabalhadores e o princípio constitucional da isonomia.

11 Os servidores públicos e os trabalhadores em geral têm direito, no que concerne à URP de abril/maio de 1988, apenas ao valor correspondente a 7/30 de 16,19% sobre os vencimentos e salários pertinentes aos meses de abril e maio de 1988, não cumulativamente, devidamente corrigido até o efetivo pagamento.

12 RO-359200-63.1999.5.04.0000, por exemplo.

sentença judicial coberta pela coisa julgada, que é tão protegida quanto o direito assegurado por lei¹³.

Então, o cancelamento ou a modificação da súmula não assegura direito de exercício de qualquer pretensão jurídica.

A questão se coloca diante da definição legal de direitos que antes eram fundamentados apenas em súmulas.

Por exemplo, a questão relativa às horas *in itinere*.

A súmula 90 do TST¹⁴ prevê o direito e as condições em que o tempo de deslocamento do empregado, em condução fornecida pelo empregador é computável na jornada de trabalho.

O art. 58, § 2º da CLT (na redação da Lei 13467/2017) estabelece o oposto: “o tempo despendido pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno, caminhando ou por qualquer meio de transporte, inclusive o fornecido pelo empregador, **não será computado na jornada de trabalho**, por não

ser tempo à disposição do empregador”.

É evidente que a súmula 90 resta superada pelo disposto no art. 58, § 2º da CLT. A súmula não pode dispor contra a lei.

No que concerne aos fatos ocorridos antes da vigência da Lei 13467/2017 não cabe a aplicação da súmula porque não há direito adquirido baseado em súmula.

O fundamento da obrigação de pagar horas de deslocamento deve estar na lei, na convenção ou acordo coletivo de trabalho.

Conforme os precedentes do item I da súmula 90, a razão de considerar o tempo de deslocamento estava na impossibilidade de o trabalhador prestar serviços sem o transporte do empregador e não exatamente no tempo à disposição do empregador, previsto no art. 4º da CLT, na redação anterior à lei 13467/2017. O tempo de deslocamento, então, só é contado na jornada se for tempo de trabalho, inserido na ocupação do trabalhador, excluindo-se o tempo para chegar ao trabalho, preparar-se para o trabalho e sair do trabalho. Sendo assim, a existência de transporte público ou mesmo a possibilidade de prestação de trabalho por outros meios, que independe do transporte fornecido pelo empregador, podem evitar que o tempo de deslocamento seja somado à jornada de trabalho.

De qualquer modo, é certo que a súmula 90 é inaplicável como fundamento de decisão acerca de tempo de deslocamento, seja qual for a época dos fatos, porque com a vigência da Lei 13467/2017 a interpretação contida naquele verbete deixa de ter validade.

Súmulas na CLT

A Lei 13467/2017 inclui regras sobre a

13 Art. 5º, XXXVI da Constituição.

14 HORAS "IN ITINERE". TEMPO DE SERVIÇO: I - O tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho de difícil acesso, ou não servido por transporte público regular, e para o seu retorno é computável na jornada de trabalho. II - A incompatibilidade entre os horários de início e término da jornada do empregado e os do transporte público regular é circunstância que também gera o direito às horas "in itinere". III - A mera insuficiência de transporte público não enseja o pagamento de horas "in itinere". IV - Se houver transporte público regular em parte do trajeto percorrido em condução da empresa, as horas "in itinere" remuneradas limitam-se ao trecho não alcançado pelo transporte público. V - Considerando que as horas "in itinere" são computáveis na jornada de trabalho, o tempo que extrapola a jornada legal é considerado como extraordinário e sobre ele deve incidir o adicional respectivo.

elaboração e aplicação de súmulas.

O art. 8º, § 2º da CLT¹⁵ proíbe a elaboração de súmulas que limitem direitos legalmente previstos ou criem obrigações que não estejam previstas em lei. Essa disposição talvez não resista ao teste de constitucionalidade. O art. 5º, XXXV da Constituição estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. A proibição de editar súmula sobre direitos e obrigações implica severa interferência na independência da Justiça do Trabalho, impondo uma restrição que não é aplicada aos demais ramos do Poder Judiciário e que pode levar a um déficit de legitimidade das decisões judiciais. Ampliar ou restringir o alcance da lei formal é função primordial da hermenêutica judiciária e a proibição sistemática dessa atribuição pode impedir que a Justiça do Trabalho atue de modo eficiente na pacificação dos conflitos sociais.

Uma possibilidade de compatibilizar a restrição à edição de súmulas com a função jurisdicional seria permitir a jurisprudência criativa no caso de lacuna ou omissão legislativa, conforme autorização Constitucional¹⁶, e se proibir a súmula contra a lei, impedindo-se que

15 Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei.

16 Refiro-me ao mandado de injunção e à ação de inconstitucionalidade por omissão. Talvez aqui fosse necessária uma argumentação mais extensa: basicamente se poderia preservar a possibilidade de súmulas criativas nos casos em que há lacuna porque a Constituição permite que o Poder Judiciário atue nesta situação, para evitar o vácuo legal, agindo para a pacificação social. A previsão constitucional da competência do STF para a injunção e para a inconstitucionalidade por omissão seria a base de um princípio jurídico de atuação criativa do Poder Judiciário no caso de lacuna normativa.

enunciados visem corrigir a lei.

O art. 702, I, “f”¹⁷ estabelece regras para a edição e alteração de súmulas e outros enunciados pelos TST: quórum devotação de pelo menos dois terços de seus membros, caso a mesma matéria já tenha sido decidida de forma idêntica por unanimidade em, no mínimo, dois terços das turmas em pelo menos dez sessões diferentes em cada uma delas, podendo, ainda, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de sua publicação no Diário Oficial.

A nova regra visa orientar o TST a manter a sua jurisprudência estável, íntegra e coerente, nos moldes do que é preconizado pelo art. 926 do CPC¹⁸, propondo-se maior previsibilidade das decisões judiciais e, conseqüentemente, maior segurança jurídica.

O mesmo modelo deve ser replicado para a produção de súmulas e outros enunciados nos tribunais regionais, nos termos art. 702, § 4º¹⁹.

A nova regra cria requisitos objetivos

17 [...] estabelecer ou alterar súmulas e outros enunciados de jurisprudência uniforme, pelo voto de pelo menos dois terços de seus membros, caso a mesma matéria já tenha sido decidida de forma idêntica por unanimidade em, no mínimo, dois terços das turmas em pelo menos dez sessões diferentes em cada uma delas, podendo, ainda, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de sua publicação no Diário Oficial;

18 Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

19 [...] o estabelecimento ou a alteração de súmulas e outros enunciados de jurisprudência pelos Tribunais Regionais do Trabalho deverão observar o disposto na alínea f do inciso I e no § 3o deste artigo, com rol equivalente de legitimados para sustentação oral, observada a abrangência de sua circunscrição judiciária.

para se considerar a matéria passível de formulação por meio de súmula: decisão unânime e no mesmo sentido em 2/3 das turmas em dez sessões diferentes. Com isso se impede a alteração da jurisprudência dominante por meio de maiorias eventuais, que acabam por surpreender a comunidade jurídica.

O art. 702, § 3º²⁰ estabelece que as sessões de julgamento no TST sobre súmulas e outros enunciados deverão ser públicas, divulgadas com, no mínimo, trinta dias de antecedência, e deverão possibilitar a sustentação oral pelo Procurador-Geral do Trabalho, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, pelo Advogado-Geral da União e por confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

A discussão pública sobre a proposta de uniformização de jurisprudência tem um importante significado democrático. Confere ao pronunciamento do Tribunal legitimção social que pode torná-lo mais efetivo. Ao mesmo tempo propicia o conhecimento da matéria a partir de abordagens diversas, principalmente dos participantes da relação de trabalho, bem como do Estado, criando um ambiente de colaboração que pode resultar em provimentos judiciais mais claros, justos e eficazes.

.....

20 [...] as sessões de julgamento sobre estabelecimento ou alteração de súmulas e outros enunciados de jurisprudência deverão ser públicas, divulgadas com, no mínimo, trinta dias de antecedência, e deverão possibilitar a sustentação oral pelo Procurador-Geral do Trabalho, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, pelo Advogado-Geral da União e por confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

A reforma que é reconstrução

A Lei 13467/2017 além de reformadora tem potencial para reconstruir as relações de trabalho. Há bases capazes de traçar outros patamares para a posição de empregado e empregador, bem assim de valorizar as condições de trabalho sem um viés protecionista, mas implicando cada parte no negócio jurídico trabalhista de acordo com sua possibilidade e conforme sua necessidade. O manejo adequado e sereno dos institutos jurídicos inseridos na legislação do trabalho pela nova lei possibilitará o surgimento de relações de trabalho diferentes. Com todos os riscos que a novidade apresenta não se pode escolher entre a mudança e a paralisia, porque há necessidade de adaptação às novas realidades do mundo do trabalho.

Já não se vive um tempo em que o trabalho seja efetivamente uma condição da vida e uma obrigação do indivíduo. Novas formas de trabalho e alta tecnologia implicam remodelar as relações sociais e, necessariamente, as relações de trabalho. Chega ao ponto de se propor a superação da relação de trabalho do tipo contratual, baseada em direitos e obrigações, para uma relação jurídica fundada em colaboração e cooperação, em troca de interesses e não na satisfação de necessidades. Cada vez mais o cidadão se mistura ao trabalhador e ao consumidor, fundindo-se em um indivíduo capaz de experimentar²¹ a vida em

.....

21 As mudanças nas relações do homem com o trabalho podem ser conhecidas no artigo de Thomas I. Friedman: *Self-Driving People*, EnablebyArnbnb, publicado na versão digital do The New York Times, em 26 de julho de 2017, acessível em <https://www.nytimes/2017/07/26/opinion/airbnb-experiences->

todas as dimensões simultaneamente, sendo o trabalho apenas uma faceta da existência, e não mais o principal objetivo da pessoa.

O trabalho humano precisa revestir-se de sentido para a vida²², será uma experiência humana e não uma obrigação social ou jurídica. A Justiça do Trabalho pode fazer parte desta mudança, ligando-se ao mundo do trabalho pela valorização das relações entre trabalhadores e empregadores, propugnando o equilíbrio para alcançar uma boa qualidade de vida e não mais a melhoria das condições de trabalho. A qualificação da vida por meio do trabalho pode passar pela reconstrução da Justiça do Trabalho e há condições de realizar essa travessia com pleno sucesso.

.....
machines-jobs.html

22 O sentido do trabalho na atualidade foi abordado no artigo “The meaningoflife in a world withoutwork”, de YuvalNoahHarari, publicado na versão digital do The Guardian em 08 de maio de 2017, acessível em <https://www.theguardian.com/technology/2017/may/08/virtual-reality-religion-robots-sapiens-book>.