

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional* / Alexandre de Moraes. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SALOMÃO, Luis Felipe. Disponível em: <http://www.espacovital.com.br/noticia_ler.php?id=14095>. Acesso em: 15.03.2009.

SEVERO, Valdete Souto. *O caráter instrumental do processo do trabalho e as recentes alterações legislativas*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. v. 36, Porto Alegre: HS Editora, 2008, p. 130/140.

_____. *A Súmula nº 338 do TST – Algumas questões para debate sobre ônus da prova no processo do trabalho*. Revista da Justiça do Trabalho, v. 277, Porto Alegre: HS Editora, 2007, p. 17-29.

SILVA, Bruno Freire e. *A aplicação do CPC reformado às execuções trabalhista e fiscal: um estudo dos três sistemas normativos e uma proposta de uniformização*. São Paulo: LTr, 2008.

SILVA. De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *O cumprimento da sentença no processo do trabalho. Execução trabalhista: homenagem aos 30 anos AMATRA IX* / José Aparecido dos Santos, coordenador. São Paulo: LTr, 2008, p. 43/62.

THEODORO JUNIOR, HUMBERTO. *O cumprimento da sentença e a garantia do devido processo legal*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

3.2. Crise de paradigma no direito do trabalho moderno – A jornada. Análise da obra de Valdete Souto Severo.

Rafael da Silva Marques
Juiz do Trabalho Substituto

Toda a pessoa que escreve expõe sua alma aos demais. Não é diferente quando se trata de textos e obras jurídicas. O jurista também apresenta sua alma e sua essência no momento em que se propõe a escrever. O presente ensaio tem por objeto não só expor o ser de quem escreve mas, especialmente, de apresentar e analisar uma obra de importância significativa para a comunidade jurídica, nominada Crise de paradigma no direito do trabalho moderno – A jornada, de Valdete Souto Severo.

É importante que o leitor saiba que pelos limites impostos e pelo propósito do texto, não será analisada toda a obra a fundo, senão apenas alguns aspectos de maior relevância e importância, em especial aqueles de caráter inovador e contrários à doutrina e jurisprudência dominantes. E isso se faz para que o leitor tome gosto pelo tema e leia o livro, formando ele seu juízo sobre este ensaio recente e de destaque.

A obra de Valdete Souto Severo começa e termina com “glamour”, se é que dá para dizer assim. O prefácio de Jorge Luiz Souto Maior é precioso e vale, assim como o livro, cada linha exposta. A autoridade dos direitos fundamentais dos trabalhadores como normas reconhecidas e de aplicação imediata é destacada nesta parte e será um tema recorrente e sempre, de forma apropriada, lembrado no decorrer do livro.

O livro tem início com o estudo do trabalho como elemento do viver humano, item I. Do ser humano no mundo e para o mundo. O trabalho, antes de tudo, é um elemento de existência

humana¹, do ser humano, ou melhor, do ente humano realizar-se como pessoa, de dar ênfase à sua dignidade², não apenas para suprir suas necessidades, mas sim suas demandas também.

Lembra Jean Paul Sartre que as duas categorias da existência são o ser "em-si" e o ser "para si". No primeiro caso, corresponde ao mundo das coisas materiais tais como pedras, plantas e outros. O segundo é o "mundo da consciência, daquilo que tem existência por si mesmo, da realidade humana" (destaca-se)³. Nada refere o filósofo francês, neste caso, sobre o trabalho, mas crê-se que o texto antes citado pode ser bem aplicado à questão em tela, pois que o "ser para si" nada mais seria que a relação do ser consigo mesmo, com seus elementos de existência e sobrevivência, realização, prazer e felicidade.

Ainda, a autora destaca com total propriedade que, hoje, com o trabalho subordinado, o prestador de trabalho executa seu mister de forma alienada, perdendo parte de si e de suas raízes, o que acaba por trazer um mal estar na civilização. O humano que trabalha passa a ser coisa, peça de produção, mercadoria em uma sociedade cada vez mais individualista e desigual. O trabalhador perde o contato com o bem que produz. Transforma sua natureza de ser humano no mundo em mera mercadoria, peça na engrenagem produtiva capitalista. O que ela propõe é que, mesmo embasada no capital, a sociedade respeite os direitos humanos e fundamentais, reconhecendo que são os trabalhadores agentes importantes deste sistema, sistema este que deve dar a cada um o que é seu, isso como condição de possibilidade do próprio sistema.

No item II, o trabalho em um mundo de incertezas, Valdete Souto Severo destaca quatro modelos que analisam o trabalho dentro da sociedade. Para o primeiro modelo o trabalho continua a ser um elemento central dentro da sociedade, "fator preponderante de integração social". É por esta razão, sublinha, que a sua precarização atingiria o "cerne da proteção a essa condição humana de pluralidade, afetando o próprio sistema capitalista no qual se insere". Já para o segundo modelo, o trabalho assume um papel secundário dentro da sociedade. Cede espaço ao mercado, que é privilegiado como único modelo de desenvolvimento social. Há, ainda, o modelo que desloca a discussão para a dicotomia "excluídos vs incluídos", concebendo uma sociedade horizontal onde a divisão se faz entre o centro e a periferia. Por fim, o quarto modelo aponta para uma sociedade pós-trabalho enquanto que a produção sobe, não criando trabalho na mesma proporção. Isso acabaria por fazer desaparecer o trabalho como categoria fundamental.⁴

A autora analisa os quatro modelos e conclui que o primeiro deles leva à "concepção de que não houve uma mudança estrutural do conflito do mundo do trabalho. Não há um paradigma a ser superado, pois a correção de forças, pois a tensão entre capital x trabalho permanece inalterada". Tanto é verdade que a precarização dos direitos dos trabalhadores é matéria de discussão e acalorados debates. Ela faz uma crítica aos demais modelos, que encontram óbice na realidade social posta.⁵

O que Valdete Souto Severo propõe é que se devolva ao trabalho, como direito positivado, sua verdadeira fonte material de criação e desenvolvimento, o que é fundamental para que se consiga examinar de forma crítica o movimento econômico da flexibilização e suas conseqüências. Propõe que se pense o trabalho dentro da sociedade capitalista, não como agente secundário, mas sim central. Só assim, de forma séria, se poderá efetivamente analisar o que é a flexibilização. E conclui

¹ MARCUSE, Herbert. *Cultura e sociedade*, volume II. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998, p. 7/50. Ver, também, sobre o tema o filme canadense "A grande sedução" de Jean-François Pouliot, onde os moradores de um pequeno povoado fazem de tudo para que um médico se estabeleça no local, a fim de que, com isso, uma fábrica de embalagens se instale, já que não podem mais suportar o vazio e a vergonha de viver sem trabalho e pagar suas contas apenas com o seguro-desemprego.

² "O trabalho é, conforme a experiência, um valor moral aceito pelas sociedades contemporâneas e possui em si dupla função: primeiro, é uma das formas de se revelar e se atingir o ideal de dignidade humana, além de promover a inserção social; segundo, é elemento econômico indispensável, direta ou indiretamente, para que haja crescimento". BOCORNY, Leonardo Raupp. *A valorização do trabalho humano no Estado Democrático de Direito*. Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 71.

³ PENHA, João da. *O que é existencialismo*. São Paulo: Brasiliense, 2004. - Coleção Primeiros Passos, 61, 1ª edição, 15ª reimpressão, p. 54/5.

⁴ SEVERO, Valdete Souto. *Crise de paradigma no Direito do Trabalho moderno: a jornada*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2009, p. 31/32.

⁵ SEVERO, Valdete Souto. *Crise de paradigma no Direito do Trabalho moderno: a jornada*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2009, p. 33.

que nem o capital e nem o trabalho tiveram uma modificação significativa ao ponto de atingir ao modelo vigente. Para ela o desafio da sociedade pós moderna parece ser justamente a percepção da importância do trabalho humano para o modelo social econômico adotado.⁶

No item III, o trabalho como direito fundamental, há destaque para o fato de a constituição ser a materialização da ordem política e social de uma comunidade. A violação dos direitos fundamentais é, em verdade, a ruptura do pacto social estabelecido quando da promulgação do texto constitucional. A autora faz destaque à questão da adoção da solidariedade, da justiça, da valorização do trabalho humano como indicativo de que as regras do ordenamento jurídico sejam analisadas sob a ótica da coletividade, sem que se perca de vista o ser humano. Estas disposições apenas positivam uma qualidade intrínseca do ser humano.⁷

Sobre isso, interessante passagem de Clemerson Clève. Para ele há duas formas de se interpretar os preceitos constitucionais. O primeiro, indiferente e insensível aos instrumentos que vieram para transformar a nova ordem constitucional chama-se *dogmática da razão do Estado*. O segundo, que tem como norte principalmente estudar o direito constitucional à luz da dignidade da pessoa humana é conhecido como *dogmática constitucional Emancipatória*.⁸

O parágrafo anterior, com base em Clève, fundamenta e reforça o que diz Valdete Souto Severo. Ela conclui este item aduzindo que a constituição brasileira de 1988 deixa clara a supremacia dos direitos fundamentais em relação aos direitos patrimoniais, impedindo o retrocesso no campo social, o que reafirma o primado da dignidade humana, elemento central tanto como norma, quanto como princípio.⁹

Por fim, no item IV, Valdete Souto Severo analisa a jornada de trabalho. Neste ponto faz o estudo da jornada como tempo de vida, interpretação dos artigos 60 e 62 da CLT, sistema do banco de horas e súmula 338 do TST. Este item será mais bem analisado que os demais.

O ser humano é o único dos animais que tem a consciência da finitude. É isso que faz o tempo de vida algo central. É a consciência do fim que torna a existência humana mágica. É por isso que o direito do trabalho em especial a questão da duração do trabalho está relacionada a existência humana, ao ser humano no mundo, à sua condição de consciência do fim.

O que se deve ter em mente, e isso a autora aborda com uma luz singular, é que a proteção à jornada de trabalho é algo não só legal como essencial, pois que trata do tempo do humano no mundo. Está este tema ligado aos demais, especialmente quanto ao estudo do banco de horas, artigos 60¹⁰ e 62¹¹ da CLT e súmula 338 do TST.

Prosseguindo, é o texto constitucional quem estabelece o tempo de trabalho. A jornada é de oito horas, com possibilidade de prorrogação ou compensação conforme normas coletivas. A autora assevera que a norma legal do artigo 62 da CLT não é compatível à constituição. É que a jornada de

⁶ SEVERO, Valdete Souto. *Crise de paradigma no Direito do Trabalho moderno: a jornada*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2009, p. 33, 35 e 47.

⁷ SEVERO, Valdete Souto. *Crise de paradigma no Direito do Trabalho moderno: a jornada*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2009, p. 57/58.

⁸ CLÈVE, Clémerson Merlin. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais*. In. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Cadernos de direito constitucional e ciência política. Ano 14, janeiro a março de 2006, número 54, São Paulo, SP, Editora Revista dos Tribunais, p. 28/9.

⁹ SEVERO, Valdete Souto. *Crise de paradigma no Direito do Trabalho moderno: a jornada*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2009, p. 59 e 65.

¹⁰ Art. 60 - Nas atividades insalubres, assim consideradas as constantes dos quadros mencionados no capítulo "Da Segurança e da Medicina do Trabalho", ou que neles venham a ser incluídas por ato do Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, quaisquer prorrogações só poderão ser acordadas mediante licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho, as quais, para esse efeito, procederão aos necessários exames locais e à verificação dos métodos e processos de trabalho, quer diretamente, quer por intermédio de autoridades sanitárias federais, estaduais e municipais, com quem entrarão em entendimento para tal fim.

¹¹ Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo. I - os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados; II - os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial. Parágrafo único - O regime previsto neste capítulo será aplicável aos empregados mencionados no inciso II deste artigo, quando o salário do cargo de confiança, compreendendo a gratificação de função, se houver, for inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40% (quarenta por cento).

trabalho é de oito horas, sem que a constituição comporte exceções. Garante, de outro lado, o pagamento das horas extras, sem qualquer exceção também.¹²

No caso do artigo 62, I, da CLT, é indispensável que o empregador demonstre, no caso concreto, que a jornada não poderia ser controlada mesmo que ele (empregador) quisesse. Se a quantidade de horas puder ser aferida mediante, por exemplo, exame de tacógrafo, GPS ou relatório, não há falar em atividade incompatível com o controle da jornada. Já no caso do inciso I, deve o gerente exercer cargo de gestão. Deve ele ser a "longa manus" do empregador dentro da empresa com poder de decisão, além do pagamento de 40% sobre o valor do salário efetivo. Do contrário, assim como no caso anterior, haverá o dever de controlar a jornada com pagamento como extra das horas prestadas além da oitava.¹³

A autora critica a súmula 349 do TST. Assevera que em seu texto a súmula inverte o que dispõe o artigo 7º, XXVI, da CF/88, isso porque desconsidera o artigo 7º, XXII, da CF/88 que preceitua a redução dos riscos inerentes ao trabalho, regra esta que se compatibiliza com o que consta do artigo 60 da CLT. Ela destaca que o reconhecimento dos acertos coletivos não quer dizer que se possa negociar qualquer coisa. Deve-se preservar o que consta da norma legal, até porque é o que preceitua o artigo 7º, cabeça, da CF/88, autorizando apenas a "melhoria da condição social dos trabalhadores".¹⁴

Esta parte da obra de Valdete Souto Severo é preciosa. Merece um estudo aprofundado. É uma pena que não há espaço para uma análise mais detida deste item. Recomenda-se a leitura atenta por parte do leitor.

No que tange ao sistema de banco de horas, é bom dizer, de início, que a autora é, em nível de Rio Grande do Sul, a precursora da crítica quanto à ilegalidade e inconstitucionalidade deste sistema. Há inclusive texto por ela publicado, obra que se recomenda a leitura atenta.

Valdete Souto Severo explica, de início, o que é o banco de horas. Trata-se de um sistema de compensação anual (este limite fruto de medida provisória) de jornada de trabalho, conforme lei 9.601/98, limitada a dez horas por dia. A autora faz referência à questão da inconstitucionalidade do banco de horas. Para ela este sistema não se afina com a previsão de valorização do trabalho humano, promoção do pleno emprego e o direito ao pagamento das horas extras prestadas, normas estas de direito fundamental. Ainda, faz referência ao fato de que o salário deve ser pago até o dia 5º do mês, conforme artigo 459 da CLT.¹⁵

Por fim, ela faz a crítica aduzindo que a negociação coletiva deve trazer vantagens às partes. Não é o caso da adoção do banco de horas, que não traz qualquer vantagem ao empregado. É contrário ao sistema de compensação semanal que traz vantagem ao prestador de trabalho pela supressão do labor aos sábados. Na verdade, a adoção do sistema de banco de horas comprova o comprometimento do congresso nacional com o mercado, deixando o trabalho em segundo plano.¹⁶

No que se refere à súmula 338 do TST, interessante iniciar pelo texto dela. Preceitua que:

"Nº 338 - JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 234 e 306 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da

¹² SEVERO, Valdete Souto. *Crise de paradigma no Direito do Trabalho moderno: a jornada*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2009, p. 75.

¹³ SEVERO, Valdete Souto. *Crise de paradigma no Direito do Trabalho moderno: a jornada*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2009, p. 76.

¹⁴ SEVERO, Valdete Souto. *Crise de paradigma no Direito do Trabalho moderno: a jornada*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2009, p. 77/78.

¹⁵ SEVERO, Valdete Souto. *Crise de paradigma no Direito do Trabalho moderno: a jornada*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2009, p. 86/87.

¹⁶ SEVERO, Valdete Souto. *Crise de paradigma no Direito do Trabalho moderno: a jornada*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2009, p. 90/91.

jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. (ex-Súmula nº 338 – alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

II - A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. (ex-OJ nº 234 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)

III - Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir. (ex-OJ nº 306 da SBDI-1- DJ 11.08.2003).”

A autora faz a crítica à súmula. Assevera que o item II permite que o empregador jamais tenha controle de jornada, apresentando prova oral quanto ao período de trabalho, deixando de cumprir o que consta no artigo 74, parágrafo segundo, da CLT¹⁷.

Ela acrescenta que não há presunção e sim obrigatoriedade de o empregador manter o sistema de controle de jornada. Deve o empregador cumprir a norma legal e não beneficiar-se de sua torpeza, deixando de cumpri-la, já que ela exige a adoção do sistema de controle de jornada de forma imperativa.¹⁸

Cabe destaque de parte do texto de Valdete Souto Severo. A autora aduz que

“A solução que a Súmula 338 do TST nos apresenta não é apenas confortável. Parece também lógica e afinada com os princípios tão caros ao direito do trabalho. Essa impressão inicial, porém, não resiste a um exame crítico. A compreensão da norma contida no artigo 74 da CLT como *obrigação* (dever) do empregador, diretamente relacionada ao processo do trabalho, representa mais do que mero jogo de palavras. Implica assumir uma postura diferenciada diante do processo. Implica optar por uma visão comprometida das regras jurídicas”.¹⁹

A obrigação, portanto, do registro da jornada de trabalho faz com que o empregador, com mais de dez empregados, que não apresentar os controles de jornada em juízo, seja condenado ao pagamento das horas extras conforme inicial. Esta regra, entretanto, não é absoluta. Caso haja provas de que, por motivo de força maior ou caso fortuito, não possua ele os controles, pode fazer a prova da jornada prestada.

Como conclusão deste breve texto, o que se deve registrar é que a obra de Valdete Souto Severo é essencial. Todo o operador jurídico laboral deve estudá-la. É um texto que fica, tanto pelo seu conteúdo, quanto pela lógica argumentativa. O que se pode destacar antes de encerrar, além do caráter inovador é o espírito independente da autora, sua veia emancipatória, cultural e educativa. Boa leitura a todos!

¹⁷ Art. 74 - O horário do trabalho constará de quadro, organizado conforme modelo expedido pelo Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, e afixado em lugar bem visível. Esse quadro será discriminativo no caso de não ser o horário único para todos os empregados de uma mesma seção ou turma. § 1º - O horário de trabalho será anotado em registro de empregados com a indicação de acordos ou contratos coletivos porventura celebrados. § 2º - Para os estabelecimentos de mais de dez trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho, devendo haver pré-assinalação do período de repouso. [...].

¹⁸ SEVERO, Valdete Souto. *Crise de paradigma no Direito do Trabalho moderno: a jornada*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2009, p. 101/102.

¹⁹ SEVERO, Valdete Souto. *Crise de paradigma no Direito do Trabalho moderno: a jornada*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2009, p. 104.