

OTAVIO AMARAL CALVET

**A EFICÁCIA HORIZONTAL IMEDIATA DO DIREITO SOCIAL
AO LAZER NAS RELAÇÕES PRIVADAS DE TRABALHO**

Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

São Paulo

2005

OTAVIO AMARAL CALVET

**A EFICÁCIA HORIZONTAL IMEDIATA DO DIREITO SOCIAL
AO LAZER NAS RELAÇÕES PRIVADAS DE TRABALHO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito, área de concentração Direito das Relações Sociais (Direito do Trabalho), sob a orientação do Professor Doutor Renato Rua de Almeida.

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

São Paulo

2005

BANCA EXAMINADORA

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, por terem abdicado do lazer em prol da educação dos filhos.

Aos servidores da 9ª e da 54ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro, pelo apoio durante a realização do curso de mestrado, nas pessoas dos Diretores e amigos Luís Fernando e Cláudia, sem os quais essa missão não teria se cumprido.

À amiga Adriana Calvo, pela generosidade e acolhida na cidade de São Paulo, a quem muito devo pela concretização desse estudo.

Sempre a Fernanda, meu amor.

RESUMO

As normas constitucionais possuem eficácia jurídica imediata, denotando a força normativa da Constituição Federal, sendo que a aplicação concreta dos princípios constitucionais se faz pelo método da ponderação de interesses, ressaltando em importância axiológica no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da dignidade da pessoa humana.

Os direitos fundamentais expressam valores superiores, nos quais se encontram inseridos os direitos sociais, com eficácia imediata de acordo com sua densidade normativa e gozando todos os direitos fundamentais de presunção dessa eficácia. Possuem tais direitos uma dimensão objetiva e outra subjetiva. Aquela determina a reinterpretção do ordenamento jurídico, atua no controle de constitucionalidade, atribui a eficácia revogatória de normas anteriores infraconstitucionais e pauta a conduta do Estado e de entes privados, com uma eficácia irradiante também nas relações privadas. Essa reconhece uma posição jurídica subjetiva negativa (impedindo lesões) e outra positiva, concernente à promoção desses direitos, observada a “reserva do possível”.

O lazer é direito social de todos os trabalhadores, subordinados ou não, possuindo dois aspectos: econômico e humano. A todos os trabalhadores reconhece-se a necessidade de uma limitação da duração do trabalho e o direito ao gozo do lazer, o que implica uma alteração na interpretação de institutos previstos na ordem infraconstitucional e na conduta do tomador do serviço, reconhecendo-se a posição jurídica subjetiva ao trabalhador de obtenção de tutela judicial com eventual reparação por dano moral sempre que lesionado esse valor, tanto na relação de emprego quanto nas demais relações privadas de trabalho, estas na medida de hipossuficiência do trabalhador.

ABSTRACT

The Constitutional rules have immediate judicial force demonstrating the binding effects of the power of the Federal Constitution. The concrete appliance of the constitutional principles must be done by the method of ponderation of interests emphasizing the value of principle of dignity of the human person in the Brazilian legal system.

The fundamental rights express superior values, which are included the social rights with immediate effect according the their density legislation and they empower all the fundamental rights of the presumption of this bindness. Such rights have a objetive dimension and another subjective. One which determines the reinterpretation of the legal system, acting in the control of the constitutionality and atributing revogatory effectiveness of previous infraconstitutional rules and guides the conduct of the State and its private entities, erradiating to private relations too. This side recognizes the subjective negative legal position (preventing from damages) and other, with the respect to the promotion of these rights, observing the “reserve of the possible”.

The leissue is a social right of all of the workers, either subordinated or not, having two aspects: economical and human. It is recognized to all works the need of a limitation of the working hours and the riths of exercing leisure. This implies an alteration of interpretation of the previous institutes of our infraconstitutional system and in the conduct of the contracting party to a service. It also recognizes to the worker the subjetive position to obtain always the judicial order with occasional moral damage when its value is harmed proportioned to the employees’s economical dependency, whether in the employment relationships or in other private work relations.

SUMÁRIO

Introdução	8
1. Justificativa	8
2. Delimitação do tema	13
3. Metodologia e técnicas de pesquisa	15
Capítulo I – A Força Normativa da Constituição	16
1.1 Interpretação Constitucional e Normas Constitucionais	16
1.2 Princípios e Regras: A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais	26
1.3 Ponderação de Interesses.....	31
Capítulo II – Direitos Sociais	36
2.1 Nomenclatura	36
2.2 As Dimensões dos Direitos Fundamentais	38
2.3 A Dimensão Objetiva dos Direitos Sociais	43
2.4 A Eficácia dos Direitos Sociais	48
2.5 Os Direitos Fundamentais e as Relações Privadas: A Eficácia Horizontal dos Direitos Sociais	58
Capítulo III – O Lazer.....	67
3.1 Lazer e Ócio. Desmistificação do Conceito Pejorativo de Ócio.....	67
3.2 Conceito Sociológico de Lazer	76
3.3 Conceito Jurídico de Lazer	79

Capítulo IV – A Limitação do Trabalho nas Relações de Trabalho	105
4.1 Limitação do Trabalho nas Relações de Trabalho Não Subordinado.....	105
4.2 Limitação do Trabalho nas Relações de Trabalho Subordinado	118
4.3 Finalidade da Limitação da Duração do Trabalho	120
Capítulo V – A Eficácia Horizontal Imediata do Direito ao Lazer nas Relações de Trabalho	124
5.1 Eficácia do direito ao lazer na relação de emprego.....	125
5.1.1 Dimensão objetiva do direito social ao lazer.....	127
5.1.1.1 Interpretação e controle de constitucionalidade	127
5.1.1.2 Orientação à conduta do empregador.....	151
5.1.2 Dimensão subjetiva do direito social ao lazer	157
5.1.2.1. Eficácia Positiva	158
5.1.2.2 Eficácia negativa.....	160
5.2 Eficácia do direito ao lazer nas demais relações de trabalho ..	169
Considerações finais	171
Bibliografia	173

Introdução

1. Justificativa

As relações de trabalho, em constante mutação e em processo contínuo de adaptação às exigências econômicas de seu tempo, vêm sofrendo grave impacto do modelo de globalização capitalista e da chamada revolução tecnológica, observando-se crescente nível de desemprego e forte alteração nas formas clássicas de trabalho a ponto de se buscar novos paradigmas para o desenvolvimento do Direito do Trabalho, propugnando-se a relativização de dogmas como o do princípio da proteção.

Na temática da presente dissertação, desenvolve-se estudo evitando a curiosa contramão em que o Direito do Trabalho vem sendo debatido, pois nos ramos clássicos do Direito Privado a doutrina moderna busca uma constitucionalização de suas normas, repensando a distinção entre direito público e privado e reconhecendo a necessidade de aplicação imediata dos direitos fundamentais em suas relações, mormente quando formadas por pessoas em estado de desigualdade. Já no ramo trabalhista, que nasceu em função dessa necessidade, cada vez mais adota-se um discurso de viés apenas econômico, relegando-se a segundo plano a dignidade da pessoa humana, tratando-se a questão do labor como mero fator de entrave ao crescimento do mercado.

O valor social do trabalho, como disposto no art. 1º, IV da Constituição da República, constitui um dos fundamentos de nosso

ordenamento jurídico e, não por acaso, aparece no mencionado diploma logo antes do valor da livre iniciativa, como que a lembrar que os fins econômicos não justificam os meios, sendo verdadeiro freio à exploração capitalista a dignidade da pessoa humana do trabalhador, esta também elevada a fundamento da República no mesmo artigo em seu terceiro inciso.

Assim, cabe à comunidade que opera as relações trabalhistas, mormente aos juristas que se dedicam à matéria, viabilizarem soluções para o desenvolvimento do mercado de trabalho que não aviltem a condição humana inerente a essa relação, pretendendo essa dissertação ser um passo nesse sentido, fincando na tutela do lazer uma alternativa para o avanço do sistema capitalista a que nos encontramos vinculados de forma a melhorar as condições de vida do despossuído que apenas conta com sua energia de trabalho, desatrelando o conceito de tempo livre da simples posição de ser o oposto ao tempo de trabalho, mas, simultaneamente, respeitando o valor da livre iniciativa, indicando um parâmetro para essa ponderação de interesses.

O notável avanço tecnológico percebido desde o invento da máquina a vapor, que deu origem à primeira Revolução Industrial e às novas concepções de trabalho daí advindas, pode ser indicado como o principal fator de exclusão do homem do seu tempo livre, pois ao mesmo tempo que a sociedade industrial condicionou toda a vida dos trabalhadores, inclusive o tempo livre, como mero retroalimentador da condição do trabalho, paradoxalmente viabiliza a liberação desse mesmo trabalhador da vida laborativa, pois paulatinamente a automatização dos meios de produção provoca a substituição do

homem pela máquina num processo que parece inevitável, provocando alarmantes níveis de desemprego. Volta o trabalhador a possuir tempo livre, mas agora sem qualquer condição para gozá-lo e sem cultura para usufruí-lo.

Não se pretende aqui fazer a defesa da tradição contra o progresso, nem mesmo o exame da proteção do homem face à automação, como preconizado no art. 7º, XXVII da Constituição da República, mas analisar, entre outras, uma perspectiva positiva do advento tecnológico, pois se é certo que a robotização permite o aumento da produção com a redução do trabalho, também é fato que, em tese, o homem poderia trabalhar menos ou de forma menos extenuante para que fosse mantido o nível produtivo e, enfim, gozar de mais lazer.

Ocorre que a opção até hoje manifestada pelo ser humano foi de, ao invés de reduzir a carga de trabalho com a manutenção ou incremento do número de postos de trabalho, diminuir o quantitativo de trabalhadores e, mesmo assim, aumentar a produção, o que foi possível pelo incremento da tecnologia e das conseqüentes reestruturações produtivas, adaptando-se o ser humano a novas formas de trabalho que não escolhem mais local ou tempo para execução. Perde-se a grande chance de obter o lúdico pela liberação do trabalho viabilizado pela tecnologia, para aumentar as formas de controle e de disponibilização da energia de trabalho na mesma mentalidade do mundo do trabalho industrializado.

Pode-se vislumbrar no mundo atual, portanto, um número cada vez maior de seres humanos sem qualquer ocupação do ponto de vista

tradicional, o aumento da produção e, obviamente, a retração do mercado consumidor pela diminuição de pessoas com rendimento capaz de viabilizar o acesso aos bens de consumo, ficando elas relegadas à mais absoluta miséria, em condições animais piores do que as vivenciadas pelo homem em eras remotas. Por outro lado, produz-se para a fugacidade, pois se torna necessária a breve permanência do produto para sua reposição em novo modelo mais desenvolvido e com mais recursos tecnológicos, que, aliado ao desejo incutido pelos meios de comunicação em massa, determina que um mesmo público-alvo consumidor volte a adquirir produtos que já possuía, mas que, agora, detêm alguma modificação ou nova função que, via de regra, apresenta-se supérflua (quando a alteração não é apenas estética).

Observa-se, ainda, a contínua concentração de renda de uma minoria, que geralmente utiliza-se do capital como forma de valorização dela própria, maximizando a espiral de exclusão do trabalhador, vislumbrando-o ainda como mero fator da produção para obtenção dos seus interesses sem se preocupar com o aspecto humano que envolve qualquer relação de trabalho.

Assim, e obviamente num resumo bastante simplista, criou-se o impasse hoje vivenciado, que talvez possa ser amenizado pela proibição de labor excessivo e pela paulatina redução da jornada de trabalho, bem como pela criação de nova cultura de ocupação dentro do campo do lazer pelo fomento da indústria do turismo e cultura em geral, a fim de se absorver uma gama de pessoas excluídas e com o benefício correlato de aquecimento do mercado consumidor, pois o

possível trabalhador, ocupado nessas novas atividades, passa a gerar e obter renda e, conseqüentemente, a consumir, sendo esta a justificativa econômica desse estudo que, como se verá, fica relegada a segundo plano.

Releva em importância para o nosso desiderato, portanto, o aspecto humanístico da defesa do direito ao lazer nas relações de trabalho, pois aqui viabiliza-se a expansão do ser humano na sua condição essencial, seja pela liberação de tempo para atividades fora do trabalho, nas quais possa ele se expressar, tais como nas artes, nos esportes, no estudo etc., seja pela prática dentro das relações trabalhistas da capacidade criativa do ser humano, novamente permitindo-se sua real expressão, resgatando-se o sentido grego de ócio criativo mediante a contemplação da vida em seu sentido filosófico.

Logo, pela revalorização do tempo livre de que dispõe o trabalhador, pode-se fomentar a busca pelo pleno emprego e, mais, o equilíbrio do mercado consumidor pelo deslocamento de atividades do mercado para o desfrute desse tempo de lazer, em que o trabalhador passa a consumir bens de outra ordem, como o conhecimento, que antes era privilégio de poucos, deslocando-se a centralidade do eixo do trabalho para o do gozo da vida humana, resgatando-se, nesse processo, a saúde da própria sociedade.

Assim, a tutela do tempo livre, que ora passa a ser tratado como “tempo de lazer”, adquire fundamental importância para o desenvolvimento do próprio ser humano e, ainda, para o mercado de trabalho, donde surge a necessidade de reconhecer no ordenamento

jurídico a elevação do lazer à categoria de bem jurídico tutelável, seja no sentido de sua promoção – ou ao menos não obstaculização –, seja por ser passível de proteção contra a ameaça de sua perda ou, ainda, de reparação quando lesionado pelos atores públicos e privados, bem como pela eficácia irradiante em todo o ordenamento jurídico pelo reconhecimento de sua dimensão objetiva, tudo sob a ótica dos direitos sociais, considerados também como fundamentais, na forma em que está consagrado no art. 6º da Constituição da República.

Pretende a presente dissertação, portanto, analisar a dimensão jurídica do lazer no ordenamento jurídico brasileiro em busca de sua concretização imediata para desenvolvimento das aptidões humanas no contexto das relações de trabalho *lato sensu*.

2. Delimitação do tema

O presente estudo tem por escopo demonstrar a viabilidade da aplicação do direito social concernente ao lazer com eficácia imediata nas relações privadas de trabalho.

A fim de cumprir tal objetivo, no primeiro capítulo, é explanado o entendimento moderno acerca da interpretação e eficácia das normas constitucionais, mormente dos princípios balizadores da Constituição da República, defendendo-se sua força normativa, a eficácia imediata dos princípios constitucionais e, ainda, indicando-se o método adequado para sua aplicação.

No segundo capítulo, examina-se a teoria dos direitos fundamentais, com ênfase nos chamados de segunda dimensão

(sociais), abordando-se a questão da nomenclatura, da evolução dos direitos fundamentais em dimensões que se complementam, a importante doutrina do reconhecimento de uma eficácia irradiante dos direitos fundamentais no sentido objetivo, servindo como núcleos do ordenamento jurídico que afetam toda a sociedade em diferentes aspectos e, finalmente, a problemática específica da eficácia dos direitos sociais e a viabilidade de sua oposição perante particulares.

Seguindo na parte teórica que estrutura a presente dissertação, no capítulo terceiro, busca-se um conceito de lazer, inicialmente desmistificando o sentido pejorativo adotado pela sociedade industrializada para, analisando seu conceito sociológico, definir um conceito jurídico a partir das diversas perspectivas que referido fenômeno apresenta.

No quarto capítulo, é feita análise do instituto da limitação do trabalho em sentido genérico, mormente para viabilizar a defesa de sua aplicação a todos os tipos de trabalhadores, definindo-se a finalidade e o alcance dessa conquista social que não mais pode ser relegada apenas à relação de emprego.

Finalmente, no capítulo quinto, ocorre o exame detalhado da eficácia horizontal imediata do direito ao lazer nas relações de trabalho, propondo-se alguns casos exemplificativos para uso dessa forma de se aplicar a norma objeto desse estudo, seja na sua dimensão objetiva seja na subjetiva, para os trabalhadores subordinados e não subordinados, passando-se então às considerações finais conclusivas.

3. Metodologia e técnicas de pesquisa

A fim de obter o resultado acima estabelecido utilizou-se na pesquisa principalmente o método dedutivo, partindo-se de estudos de outros autores acerca dos direitos fundamentais e sua eficácia para, a partir de tal noção, propor-se uma forma de aplicação específica nas relações privadas de trabalho do direito ao lazer.

Usou-se, ainda, o método indutivo pela constatação de conceitos gerais a partir de fatos específicos e conhecidos da realidade, bem como o método analítico-sintético quando se procurou extrair o conteúdo de textos e outros documentos, atentando-se à dogmática jurídica.

Como técnica de pesquisa mais utilizada pode-se fixar a bibliográfica, mas também foi objeto de uso a documental, com consulta a leis, jurisprudência e diplomas internacionais, bem como matérias divulgadas na mídia impressa e na Internet.

Capítulo I – A Força Normativa da Constituição

1.1 Interpretação Constitucional e Normas Constitucionais

A Constituição da República de 1988 foi pródiga ao disciplinar os direitos trabalhistas em seu texto, colocando no Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, o Capítulo II, que, especificamente, trata dos “Direitos Sociais”, relacionados pelo constituinte como sendo o direito a “educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados”.

A doutrina e a jurisprudência trabalhistas, embora tenham louvado a inserção do “trabalho” como um dos direitos sociais, reconhecendo a distinção conferida a essa matéria pelo longo rol contido no art. 7º da Carta Magna, não avançaram muito em relação à forma de aplicação de referidos direitos, como bem observado por José Felipe Ledur, que constatou que a falta de interesse pela Constituição leva “à perda de sua força normativa”¹, sendo raro ainda nos dias atuais encontrarem-se decisões em ações trabalhistas com argumentação e fundamentação constitucionais, mantendo-se a visão clássica de que o fato de tais direitos encontrarem-se consagrados na Constituição significa apenas distinguir-lhes o tratamento de indisponibilidade, por se tratar de matéria de ordem pública e pela circunstância de refletirem “patamares civilizatórios mínimos”², ou

¹ LEDUR, Jose Felipe. *A Realização do Direito ao Trabalho*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 23.

² DELGADO, Mauricio G. *Curso de Direito do Trabalho*. 5.ed. São Paulo: LTr, 2005

seja, direitos que têm por escopo reduzir a desigualdade entre trabalhadores e tomadores dos serviços, aqueles vistos como hipossuficientes, muito embora haja crescente ânsia de se buscar a flexibilização de tais direitos.

Ocorre que alguns entraves são encontrados no momento de realização efetiva da Constituição em matéria trabalhista.

O primeiro deles pode ser visto pela ausência de regulamentação por lei infraconstitucional de vários direitos garantidos pelo legislador constituinte, como a proteção contra dispensa arbitrária ou sem justa causa (art. 7º, I), a proteção do salário contra retenção dolosa (art. 7º, X), a licença-paternidade (art. 7º, XIX), a proteção do mercado de trabalho da mulher (art. 7º, XX), o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço (art. 7º, XXI), o adicional de penosidade (art. 7º, XXIII) e a proteção em face da automação (art. 7º, XXVII). Passados mais de 16 anos do advento da atual Carta Magna, ainda não encontrou o legislador infraconstitucional interesse político para a regulamentação de matérias essenciais ao desenvolvimento e proteção do trabalhador, tudo levando a crer que inexistente cenário para uma crescente rede de normas protetivas infraconstitucionais ao hipossuficiente.

Ao contrário, é recorrente na atualidade o discurso de desregulamentação e de flexibilização das normas trabalhistas, donde se conclui que o intérprete do Direito do Trabalho, se pretender realizar os preceitos constitucionais, não poderá aguardar uma atitude do legislador, mas deverá buscar na própria Constituição o fundamento jurídico para efetivação dos direitos ali previstos, o que

justifica, num primeiro ponto, a mudança do ângulo de interpretação que classicamente se dava ao texto constitucional: de mero programa de intenções a norma efetiva com força vinculante.

Em segundo lugar, o reconhecimento do “trabalho” e do “lazer” como direitos sociais faz com que deva ser objeto de estudo do operador do Direito do Trabalho o alcance de referidos preceitos e em que medida podem ser realizados com força imediata tais direitos sociais, não apenas perante o Estado, mas também nas próprias relações privadas, de forma a se pautarem as relações de trabalho sob a ótica dos direitos fundamentais, inserindo o componente humano como contraponto à questão econômica que, geralmente, aparece em primeiro plano em qualquer sistema capitalista.

Finalmente, a efetivação dos direitos trabalhistas na atualidade não pode mais ficar relegada à mera subsunção do caso concreto às normas positivadas, pois é patente que a Constituição da República fixou valores dentre seus fundamentos e objetivos fundamentais que afetam substancialmente a prática das relações de trabalho, tais como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), o valor social do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV), a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), a redução das desigualdades sociais (art. 3º, III) e a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II) entre outros, de forma a se tornar imprescindível delimitar o alcance jurídico efetivo de tais princípios e a possibilidade de sua aplicação com força normativa, o que resultaria em verdadeiro reexame de todas as normas que regem as relações de trabalho no fenômeno conhecido por “filtragem constitucional”, que inauguraria, “no âmbito

infraconstitucional, um momento de releitura do Direito, mormente em sua dimensão tecnológica (visando a orientação e decidibilidade dos problemas concretos)”³.

Dessa forma, torna-se imprescindível adentrar, ainda que brevemente, no exame dos tipos de normas constitucionais e da interpretação constitucional como base para o desenvolvimento do tema específico do presente estudo.

Ensina Guilherme Peña⁴ que as normas constitucionais são conceituadas como “significações extraídas de enunciados jurídicos, caracterizadas pela superioridade hierárquica, natureza da linguagem, conteúdo específico e caráter político, com diferentes tipologias”, classificando-as quanto ao conteúdo, quanto à finalidade, quanto à eficácia e aplicabilidade e quanto à estrutura, em lições que são adotadas neste estudo.

No que concerne ao conteúdo, são as normas classificadas em materialmente constitucionais – aquelas que têm conteúdo típico da Constituição – e formalmente constitucionais – as que se encontram na Constituição mas não denotam conteúdo típico constitucional.

Quanto à finalidade, há as normas de organização, que apenas organizam o exercício do poder político, as definidoras de direitos, que “têm por objeto imediato a definição de direitos fundamentais, correlativas à parte dogmática da Constituição” (grifo no original)⁵, gerando verdadeiros direitos subjetivos aos jurisdicionados e, ainda, as

³ SCHIER, Paulo Ricardo. *Filragem Constitucional. Construindo uma Nova Dogmática Jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 25.

⁴ PEÑA, Guilherme. *Direito Constitucional. Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 79.

⁵ *Ibidem*, p. 82.

normas constitucionais programáticas, que estabelecem “fins públicos a serem alcançados pelo Estado e sociedade, sem a especificação de meios para a obtenção das finalidades colimadas” (grifo no original)⁶.

No que diz respeito à eficácia e aplicabilidade, subdivide-se a classificação em três aspectos, ainda segundo o mesmo autor:

a) classificação bipartida: normas auto-aplicáveis, “que não carecem da interposição do legislador ordinário para tornarem-se aplicáveis, abrangendo as normas preceptivas (normas que exigem uma conduta positiva) e normas proibitivas (normas que impõem uma conduta negativa)” (grifos no original)⁷; e as normas não auto aplicáveis, ou seja, que:

(...) dependem da interposição do legislador para tornarem-se aplicáveis, alcançando as normas interpretativas (normas que indicam o sentido, alcance e conteúdo de outras), normas declarativas ou explicativas (normas que contém definições de conceitos) e normas permissivas ou facultativas (normas que atribuem uma permissão, não impondo nenhuma conduta comissiva ou omissiva) (grifos no original)⁸.

b) classificação tripartida – adotada por José Afonso da Silva –: tem por premissa que todas as normas constitucionais possuem eficácia, mas em graus diferentes, com o efeito imediato de revogar

⁶ Ibidem, p. 82.

⁷ Ibidem, p. 86.

⁸ Ibidem, p. 86.

toda a legislação ordinária anterior incompatível com o texto constitucional e, ainda, o efeito diferido de afetar a produção, interpretação e aplicação das demais normas infraconstitucionais, o que configuraria a chamada eficácia-meio das normas constitucionais. Entretanto, nem todas gozariam da eficácia-fim, não havendo aplicabilidade uniforme das normas constitucionais, surgindo a classificação em normas de eficácia plena (com aplicabilidade imediata e integral), de eficácia contida (cujo alcance pode ser reduzido por lei infraconstitucional) e de eficácia limitada (as que necessitam de regulamentação para serem aplicadas).

c) classificação quadripartida: além das três espécies expostas no item anterior, adota-se um quarto tipo de norma constitucional, a de eficácia absoluta, que seriam “normas intangíveis, contra as quais não há expressão do poder constituinte derivado reformador, como, por exemplo, as normas que prescrevem a federação (art. 1º), o voto direto, secreto, universal e periódico (art. 14), a separação dos poderes (art. 2º) e os direitos fundamentais (art. 5º, dentre outros), todos da CRFB”⁹.

Ingo Wolfgang Sarlet adota posicionamento pessoal no sentido de aplicação preferencial de classificação do ponto de vista dúplice, observando que os autores de uma forma geral sustentam que “inexiste norma constitucional completamente destituída de eficácia, sendo possível sustentar-se, em última análise, uma graduação da carga eficaz das normas constitucionais”¹⁰. Assim, essa variação de

⁹ Ibidem, p. 89.

¹⁰ SARLET Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 242.

eficácia estaria ligada à densidade normativa do texto em exame, alguns já aptos à produção de todos os seus efeitos principais e outros dependentes de “uma atuação concretizadora por parte do legislador ordinário”¹¹.

Finalmente, quanto à estrutura, são as normas constitucionais classificadas em regras e princípios, matéria esta que é abordada de forma mais aprofundada neste capítulo, no item 1.2.

Expostas de forma sucinta as diversas classificações das normas constitucionais, cabe também de forma superficial examinar a interpretação de referidas normas, apenas como esteio para as conclusões desse estudo.

Interpretar é buscar o conteúdo de uma norma, delimitando seu significado e seu alcance, conforme a hermenêutica jurídica, que “é um domínio teórico, especulativo, cujo objeto é a formulação, o estudo e a sistematização dos princípios e regras de interpretação do direito”¹².

Como adverte Luís Roberto Barroso, as normas constitucionais geralmente apresentam-se mais abertas que os textos normativos legais, com um grau de abstração maior, a ponto de, em sua interpretação, ser necessária a utilização de um conceito específico denominado de “construção”, concernente a “tirar conclusões a respeito de matérias que estão fora e além das expressões contidas no texto e dos fatores nele considerados”, constituindo “conclusões que se colhem no espírito, embora não na letra da norma”, indo além do

¹¹ Ibidem, p. 242.

¹² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2003b, p. 103.

texto e podendo recorrer a “considerações extrínsecas”¹³, o que de imediato traz à discussão a questão da influência das convicções pessoais do intérprete na busca do sentido de uma norma constitucional, uma vez que ao buscar valores além do texto, há necessariamente a influência da formação pessoal no exame do conteúdo valorativo da norma em questão. Por tal motivo, deve-se buscar ao máximo uma interpretação objetiva e neutra, o que sabe-se de antemão ser praticamente impossível, mas não odioso, na medida em que os conceitos que norteiam determinada sociedade vão terminar por influenciar a interpretação das normas que ela própria criou, legitimando-se o certo grau de insegurança jurídica atinente à presente questão.

Ademais, cremos que excesso de segurança jurídica pode findar por restringir em grau elevado a liberdade do cidadão, pois quanto mais numerosas as normas de conduta, menor o espaço para adoção de comportamentos diversificados, o que se reputa ser da essência do ser humano. Nesse sentido, a advertência de Thomas Jefferson, um dos fundadores dos Estados Unidos: “Uma sociedade que troca um pouco de liberdade por um pouco de ordem acabará por perder ambas, e não merece qualquer delas”¹⁴.

De qualquer sorte, as próprias características já acima enunciadas da norma constitucional dão um tom especial a sua interpretação, mormente pela natureza da linguagem utilizada, mais

¹³ Ibidem, p. 104.

¹⁴ RIBEIRO, Pedro. *O Dilema entre Segurança e Liberdade*. Disponível em: <<http://dossiers.publico.pt/shownews.asp?id=176936&idCanal=981>>. Acesso em: 27 fev. 2005.

aberta e de menor densidade jurídica, e pelo caráter político, efetuando verdadeiro controle de poder.

Dessa forma, distingue a doutrina alguns princípios para a interpretação constitucional a seguir abordados:

a) Supremacia da Constituição: todas as normas do ordenamento jurídico são inferiores às da Constituição e buscam sua validade naquela, de tal sorte que se uma norma infraconstitucional contrariar a Constituição fica passível de perda de sua eficácia através do controle de constitucionalidade que, em nosso sistema jurídico, pode ser efetivado de forma difusa ou concentrada.

b) Unidade da Constituição: todas as normas do texto constitucional estão em mesmo nível hierárquico. Entretanto, isso não significa a impossibilidade de reconhecimento de uma hierarquia axiológica entre as normas constitucionais, ou seja, a análise pelo intérprete que, numa situação concreta, observa a incidência simultânea de mais de um princípio constitucional, ocasião em que deve utilizar da ponderação de interesses, ou de colisão de regras, neste último caso observando as técnicas comuns de reconhecimento de validade consistentes na hierarquia, cronologia e especialidade, tal como efetuado para a interpretação geral de normas infraconstitucionais. Por tal orientação de interpretação constitucional, deve-se “chegar à vontade unitária da Constituição, evitando-se contradições, antinomias e antagonismos aparentemente existentes entre suas normas”¹⁵.

¹⁵ MOTTA, Moacyr Parra. *Interpretação Constitucional Sob Princípios*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 146.

c) Interpretação conforme a Constituição: deve-se buscar a interpretação da norma que esteja de acordo com o texto constitucional, de forma a preservar sua constitucionalidade, resultando num aspecto de mero critério interpretativo, “pelo qual a norma jurídica somente pode ser declarada inconstitucional quando a invalidade seja manifesta e inequívoca” e numa técnica de decisão, “pela qual uma norma jurídica não deve ser declarada inconstitucional quando possa ser interpretada em consonância com a Constituição”, eliminando-se “as possibilidades de interpretação incompatíveis com o ordenamento constitucional, com redução do conteúdo normativo, sem afetar a expressão literal da norma subjugada a controle de constitucionalidade”¹⁶.

d) Presunção de Constitucionalidade: as leis e atos normativos gozam de presunção de constitucionalidade, de forma que detêm presunção relativa de validade, que somente pode ser afastada ou transformada em presunção absoluta pela declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, respectivamente.

e) Máxima Efetividade: como visto alhures, todas as normas constitucionais possuem aplicabilidade-meio, variando o grau de sua eficácia. Sendo aplicáveis em certa medida de forma imediata, nem que seja do ponto de vista negativo, ou seja, para impedir comportamentos que não se adequam ao valor nela exposto, deve-se observar uma interpretação da norma constitucional que não lhe retire conteúdo, mas, ao contrário, atribua-lhe a maior eficácia possível.

¹⁶ PEÑA, op. cit., p. 132.

f) Razoabilidade: constituindo verdadeira garantia aos cidadãos contra abusos do poder estatal, divide-se o princípio em questão em adequação, necessidade e proporcionalidade. Aquela informa que deve-se identificar o meio adequado para que se alcance o fim almejado pelo interesse público; essa, que o meio escolhido não deve exceder os limites para que seja alcançado o seu fim, preferindo-se os meios menos onerosos e nocivos aos cidadãos; esta, finalmente, determina que o meio eleito melhor atenda ao conjunto dos interesses em jogo.

De suma importância revela-se a observância desses preceitos específicos à interpretação constitucional a fim de se reavaliar, como é efetuado no Capítulo IV, o instituto da limitação do trabalho e sua aplicabilidade não apenas para os trabalhadores empregados, mas para todos os trabalhadores que se encontrem, de alguma forma, em situação de dependência, ainda que econômica.

1.2 Princípios e Regras: A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais

Abandonando a visão tradicional da finalidade da Constituição como mero programa a ser cumprido pelo Estado, em muito alimentado pelo grau de abstração com que são redigidos tradicionalmente seus artigos, mesmo porque toda Carta Magna tem o viés de cristalizar os valores preponderantes de uma determinada sociedade em uma determinada época, torna-se imprescindível a compreensão da moderna visão constitucionalista que garante força

normativa e eficácia às normas constitucionais, mesmo aquelas que apresentam conteúdo principiológico.

Para tanto, inicialmente há de se estabelecer o conceito prevalecente sobre normas, princípios e regras, distinguindo-os e fixando-se os critérios para sua identificação.

Conforme lúcida lição de Ana Paula de Barcellos, “o elemento essencial do direito, e da norma jurídica em particular, consiste na imperatividade dos efeitos propostos”¹⁷. Ensina a autora que o Direito tem por finalidade atuar no mundo real, afetando-lhe de alguma forma, sendo necessário para tal fim que a norma jurídica seja obrigatória e, caso não observada, imposta de alguma forma, ainda que substitutivamente, mediante recurso ao Poder Judiciário, o que é reconhecido modernamente por eficácia jurídica, distinguindo-se a norma jurídica de outras (morais, por exemplo) por referida característica. Com base em tal pressuposto, registra Barcellos três observações caracterizadoras de uma norma jurídica:

- a) a necessidade de identificação dos efeitos que cada norma pretende produzir no mundo dos fatos;
- b) o que se pode exigir do Poder Judiciário quando descumprido o dispositivo normativo a fim de se assegurar sua imperatividade (eficácia jurídica);
- c) necessidade de um meio de tutela judicial para realização dos efeitos da norma.

¹⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002, p. 31-57.

Decorrencia das observações supra, há de se reconhecer que a norma constitucional possui certos diferenciais das normas comumente estabelecidas pela legislação ordinária (geralmente dispostas como regras), dificultando-se sua aplicação prática.

Essa dificuldade, entretanto, não obsta o reconhecimento da força normativa da Constituição, teoria que tomou corpo a partir da obra de Konrad Hesse¹⁸ e atualmente encontra grande respaldo na doutrina nacional, modificando toda a forma de se ver e aplicar a Carta Magna, o que exige do intérprete a correta identificação da natureza das normas constitucionais que pretende aplicar.

Assentado, portanto, o pressuposto axiológico da normatividade constitucional, importante se torna a distinção entre as normas constitucionais que representam princípios e aquelas que dizem respeito a simples regras, já que a metodologia de sua aplicação diverge como a seguir é abordado.

Em síntese geralmente seguida por outros autores, Luis Roberto Barroso¹⁹ propõe a seguinte distinção entre os princípios e as regras, destacando três principais critérios: “(i) o conteúdo; (ii) a estrutura normativa; (iii) as particularidades da aplicação”.

Os princípios, quanto ao conteúdo, são normas que traduzem “valores a serem preservados ou fins a serem alcançados”²⁰, deixando espaço para o intérprete identificar, dentro de referida norma, os

¹⁸ Cf. HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2003a, p. 340-344.

²⁰ *Ibidem*.

delineamentos desses valores para concretização no momento de sua aplicação, enquanto que as regras “limitam-se a traçar uma conduta”²¹, já tendo sido explicitados pelo legislador os valores que originaram a cristalização de referida regra.

No que concerne à estrutura normativa, os princípios “indicam fins, *estados ideais* a serem alcançados”²², não ocorrendo o detalhamento da conduta a ser adotada em cada caso concreto, o que determina a realização, pelo intérprete, de raciocínio complexo a fim de extrair do conteúdo valorativo dos princípios sua realização no mundo dos fatos. As regras, por outro lado, costumam ser mais detalhadas, apresentando o legislador a moldura de conduta pretendida para a hipótese do caso concreto, sendo de maior simplicidade a atividade do intérprete no enquadramento do fato à hipótese.

Finalmente, no que diz respeito à aplicação, as regras, ainda segundo as lições de Barroso, que adotou a doutrina desenvolvida sob as premissas teóricas de Ronald Dworkin e Robert Alexy:

(...) são proposições normativas aplicáveis sob a forma de *tudo ou nada* (“*all or nothing*”). Se os fatos nela previstos ocorrerem, a regra deve incidir, de modo direto e automático, produzindo seus efeitos. Uma regra somente deixará de incidir sobre a hipótese de fato que contempla se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor. Sua aplicação se dá, predominantemente, mediante *subsunção*.²³

²¹ Ibidem.

²² Ibidem.

²³ Ibidem, p. 342.

Os princípios, em sua aplicação, diferem porque, por seu próprio conteúdo específico – valores –, não se amoldam à prática do *tudo ou nada*, sendo inerente ao sistema jurídico “a colisão de princípios”²⁴.

Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância. À vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas, quando se defronte com antagonismos inevitáveis, como os que existem entre a liberdade de expressão e o direito de privacidade, a livre iniciativa e a intervenção estatal, o direito de propriedade e a sua função social. A aplicação dos princípios se dá, predominantemente, mediante *ponderação*.²⁵

O exame da ponderação é efetuado no tópico seguinte, como base teórica para a aplicação do valor do lazer nas relações de trabalho, registrando-se por ora, apenas, a advertência de Barroso no sentido de que já se fala em possibilidade de aplicação do esquema do *tudo ou nada* a determinados princípios a que se atribuem natureza de regra e, ao contrário, o esquema da ponderação a regras à luz de cada caso concreto, sempre para se atender à finalidade da própria norma, discussão esta que deixamos de abordar no presente estudo por fugir ao tema proposto.

²⁴ Ibidem, p. 342.

²⁵ Ibidem, p. 342.

1.3 Ponderação de Interesses

A técnica de aplicação dos princípios mediante a ponderação de interesses possui justificativas que foram muito bem analisadas por Daniel Sarmiento²⁶, que ora serão sintetizadas a fim de melhor esclarecer qual deve ser a postura do intérprete ao se deparar com um caso concreto a ser solvido pela aplicação de princípios em colisão.

Em primeiro lugar, o Princípio da Unidade da Constituição, abordado no item 1.1 supra, determina a impossibilidade de se dar prevalência hierárquica entre normas constitucionais, o que “leva o intérprete a buscar a harmonização entre dispositivos aparentemente conflitantes da Lei Maior”²⁷, não servindo para tal desiderato os critérios clássicos: cronológico, hierárquico e de especialidade.

Segundo, há na própria Constituição tanto as normas consistentes em princípios como as em regras, bem como a existência de princípios implícitos. Estes decorrem da característica da Constituição “representar um sistema aberto, onde devem se refletir os valores fundamentais partilhados por determinada comunidade”²⁸, extraíndo-se “norma mesmo onde não haja texto”²⁹.

Obviamente, a descoberta dos princípios implícitos requer um esforço interpretativo que, como o passar do tempo, vai cristalizando os contornos valorativos deles através principalmente da doutrina e da

²⁶ SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

²⁷ Ibidem, p. 29.

²⁸ Ibidem, p. 53.

²⁹ Ibidem, p. 53.

jurisprudência, reconhecendo-se atualmente como princípios implícitos os da “proporcionalidade, da presunção de constitucionalidade das leis, da interpretação conforme à Constituição, da motivação dos atos administrativos, do efeito retroativo nas decisões no controle de constitucionalidade das leis, entre vários outros”³⁰, como noticia Sarmento.

Por outro lado, ressalta o autor que toda ponderação de interesses contém uma dimensão substantiva, em que o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no art. 1º, III da Constituição da República, ressalta em valor sobre os demais, no sentido de que toda e qualquer ponderação deve respeitar o ser humano, obviamente sem que se tenha tal premissa por absoluta, mas lembrando-se que “a garantia e promoção desta dignidade representa o objetivo magno colimado pela Constituição e pelo Direito”³¹.

Ainda identifica Sarmento que a ponderação de interesses tem seu método pautado pelo princípio da proporcionalidade, mediante sua aplicação em três fases subseqüentes: “adequação, necessidade ou exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito”³², o que, trazendo-se para o campo da ponderação de interesses, resultaria na justificação das restrições a cada interesse em jogo no caso concreto “na medida em que: (a) mostrar-se apta a garantir a sobrevivência do interesse contraposto, (b) não houver solução menos gravosa, e (c) o

³⁰ Ibidem, p. 53-54.

³¹ Ibidem, p. 75.

³² Ibidem, p. 87.

benefício logrado com a restrição a um interesse compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico”³³.

Ademais, há de se verificar em cada caso concreto se efetivamente existe a colisão de princípios ou se esta é apenas aparente, o que é possível pela “identificação dos ‘limites imanentes’ de cada direito”, que “representam a fronteira externa dos direitos fundamentais”, podendo “estar definidos expressamente na Constituição, ou dela decorrerem implicitamente, sendo, neste caso, inferidos da análise da proteção outorgada pela Lei Maior a outros direitos e valores da mesma estatura”.³⁴

Assim, apenas se o caso concreto estiver dentro do limite de mais de uma norma constitucional é que efetivamente há a colisão a ser solucionada pelo método da ponderação, passando-se à segunda fase do problema, que é a realização da efetiva ponderação de interesses.

Nessa segunda fase, para a solução do caso concreto busca-se um ponto ideal de restrições aos princípios colidentes de forma que a “restrição a cada interesse seja a mínima indispensável à sua convivência com o outro”³⁵, primeiramente comparando o intérprete o peso genérico conferido aos interesses envolvidos (momento em que incide em certo grau a subjetividade do julgador como ser humano), devendo extrair da própria Constituição a preponderância de valores por ela reconhecida, como no caso brasileiro ressalta sem dúvidas a proteção conferida aos direitos fundamentais. Em segundo lugar, o

³³ Ibidem, p. 96.

³⁴ Ibidem, p.100.

³⁵ Idem, p. 102.

intérprete deve identificar o “peso específico que cada princípio vai assumir na resolução do caso concreto”³⁶, o que afetará diretamente o grau de restrição ao interesse na solução final.

Finalmente, deve preocupar-se o intérprete com o resultado concreto decorrente da aplicação desse método, pois “não há espaço para a irresponsabilidade decisória no método da ponderação de interesses. Este, sem olvidar das dimensões normativas da Constituição, orienta-se sempre para a busca da justiça para o caso concreto”³⁷, bem como para respeitar o núcleo essencial dos direitos fundamentais como limite à ponderação, reconhecendo a doutrina que “existe um conteúdo mínimo destes direitos, que não pode ser amputado, seja pelo legislador, seja pelo aplicador do Direito”³⁸.

Dessa forma, pode-se observar que a solução dos conflitos oriundos das relações de trabalho, na ótica do direito ao trabalho e dos direitos dos trabalhadores inseridos na Constituição Federal dentro do Título concernente aos direitos fundamentais, deve sempre ter em vista a potencial necessidade de aplicação do método da ponderação de interesses, uma vez que, não raro, a controvérsia posta ao aplicador do Direito envolverá princípios constitucionais colidentes, mormente diante da constante mutação sofrida pelo Direito do Trabalho (em sentido lato) que sempre acompanha – e em reverso determina – as modificações no cenário do mercado, existindo no âmago desse ramo do Direito a colisão de dois valores básicos à nossa sociedade: a proteção do trabalhador como ser humano e a visão do trabalho como

³⁶ Ibidem, p. 104.

³⁷ Ibidem, p. 109.

³⁸ Ibidem, p. 111.

peça componente do cenário econômico, observando-se a prevalência de um discurso cada vez mais marcado pelo viés apenas econômico das relações trabalhistas, esquecendo-se do fator humano envolvido na questão.

Logo, assentar-se que o núcleo de direitos fundamentais constitui um patamar axiológico superior na Constituição revela a preponderância do aspecto humanístico das relações de trabalho genericamente, devendo o intérprete, nesta seara, não esquecer da impossibilidade de restrição a esse conteúdo fundamental acima de limites toleráveis pela sociedade.

A fim de ser possível a análise da questão do trabalho em seu correto patamar, passa-se à análise da doutrina dos direitos fundamentais ou dos direitos humanos, como pressuposto lógico para a aplicação do método da ponderação de interesses em casos concretos, dada a maior importância axiológica conferida pela Constituição a esse núcleo de direitos, como acima mencionado.

Capítulo II – Direitos Sociais

*O ócio não é a negação do
fazer, mas ocupar-se em ser o
humano do homem.*

(Oswald de Andrade)

2.1 Nomenclatura

Uma primeira questão, a fim de se conferir sentido científico às expressões utilizadas neste estudo, concerne à definição terminológica da matéria em exame, pois como salienta Vladimir Brega Filho em obra dedicada ao assunto, a doutrina utiliza várias expressões para se referir a tais direitos, falando-se “em direitos humanos, direitos do homem, direitos da pessoa humana, direitos individuais, além de outras variações destas expressões”³⁹.

O mesmo problema foi identificado por Ingo Wolfgang Sarlet, que relata o uso de expressões “como ‘direitos humanos’, ‘direitos do homem’, ‘direitos subjetivos públicos’, ‘liberdades públicas’, ‘direitos individuais’, ‘liberdades fundamentais’ e ‘direitos humanos fundamentais’”⁴⁰.

Na presente obra, limitar-nos-emos à questão da diferenciação entre direitos fundamentais e direitos humanos, não adentrando no problema de forma aprofundada, com escopo apenas de se delimitar o

³⁹ BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. Conteúdo Jurídico das Expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

⁴⁰ SARLET, op. cit., p. 33.

uso na esfera do Direito do Trabalho, em que a doutrina gira em torno da utilização de ambas as expressões.

Nesse contexto, optamos por utilizar a nomenclatura de “direitos fundamentais” como sendo o termo correto a ser aplicado para:

(...) os direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos.⁴¹

Assim, tendo em vista que tratamos essencialmente nesse estudo do direito ao lazer previsto no art. 6º da Constituição da República, adotaremos a expressão “direitos fundamentais” quando nos referirmos àqueles positivados na Lei Magna, e por “direitos humanos” os previstos em normas internacionais como os Tratados e as Convenções Internacionais, mormente as da Organização Internacional do Trabalho.

⁴¹ Ibidem, p. 36.

2.2 As Dimensões dos Direitos Fundamentais

Aponta a doutrina diversas formas de se classificar os direitos fundamentais. No presente estudo, adota-se a fórmula moderna mais em voga, deixando-se de lado a abordagem da afirmação dos direitos fundamentais e sua universalização, mesmo porque não constitui o tema objeto específico dessa obra, sistematizando-se a questão da classificação pela ordem histórica cronológica de reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais. Assim, há de se analisar os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensões, bem como, brevemente, questionar-se acerca da ocorrência de uma quarta dimensão de direitos fundamentais, tendo-se em vista a necessidade da referida distinção para abordagem da eficácia dos mencionados direitos, já que diverge a doutrina neste aspecto.

Inicialmente, há de se esclarecer que, seguindo o ensinamento de Ingo Wolfgang Sarlet, adotamos a nomenclatura de “dimensões” dos direitos fundamentais em lugar de “gerações” a fim de evitar “a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra”, uma vez que o “reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância”⁴².

Os direitos fundamentais de primeira dimensão têm em mira as liberdades clássicas, surgindo no cenário jurídico como verdadeiro freio ao poder absoluto do Estado, decorrência imediata dos ideários da Revolução Francesa calcados na liberdade e pela necessidade de

⁴² Ibidem, p. 53.

reconhecimento da proteção à propriedade privada, base do sistema capitalista adotado de forma predominante no mundo ocidental liberal-burguês. Referidos direitos são comumente vistos como de cunho negativo, ou seja, reconhecem um dever de abstenção do Estado, no sentido de não lesionar os bens tutelados, como a vida, a propriedade, a liberdade e a igualdade perante a lei. Sarlet complementa o rol de direitos fundamentais de primeira dimensão fixando que outras liberdades foram posteriormente adicionadas, como as “liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação etc.) e direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, revelando, de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia”⁴³.

Mas a evolução da sociedade liberal demonstrou que a garantia apenas dos direitos de primeira dimensão não era suficiente para o desenvolvimento equânime dos cidadãos, pois o exercício das liberdades clássicas somente é possível uma vez garantido um mínimo existencial, reconhecendo-se que no sistema liberal-burguês o despossuído apresenta-se na condição de hipossuficiente e, se deixado sem qualquer proteção ou amparo, sequer chega a imaginar o uso dos direitos fundamentais de primeira dimensão.

Referida situação, inclusive, foi bastante sentida no mundo do trabalho, no qual desde a Primeira Revolução Industrial, com a aglomeração dos outrora camponeses e ora operários em volta dos parques fabris, em condições de vida e labor degradantes, viabilizou-

⁴³ Ibidem, p. 55.

se a criação da conscientização coletiva que é tida por gênese do movimento sindical, cujo início basicamente pretendeu o reconhecimento de garantias mínimas para execução de um trabalho digno que, paulatinamente, foram sendo reconhecidas pelos patrões e pelo próprio Estado.

Assim, nesse segundo momento afasta-se o cunho apenas formal de reconhecimento de liberdades e busca-se uma efetiva prestação do Estado no sentido de viabilizar o gozo dessas garantias a todos os cidadãos, o que ocorre no século XIX, num anseio de efetiva justiça social. Marcam a evolução dos direitos sociais algumas leis de proteção à mulher, ao menor e de redução de longas jornadas de trabalho, o reconhecimento do direito de greve em Paris no ano de 1864, a revolução de 1848 na França e o lançamento do Manifesto Comunista de Marx e Engels, bem como a doutrina social concebida pela Igreja Católica iniciada no pontificado de Leão XIII através da Encíclica *Rerum Novarum*, publicada em 1891, na qual se apontava “como causas do mal que afligia a classe trabalhadora, em todo o desenrolar do século XIX, a destruição das antigas corporações na centúria anterior pela lei Chapelier; a falta de espírito religioso nas leis e instituições públicas, a agiotagem, a cobiça desenfreada, o monopólio do trabalho e dos gêneros”⁴⁴.

Têm os direitos de segunda dimensão, portanto, um cunho substancial, de prestação positiva do Estado, que deve propiciar aos cidadãos o gozo de direitos como trabalho, lazer, segurança etc.,

⁴⁴ MEIRA ROSA, Elianne M. *Constitucionalismo Social no Mercosul*. São Paulo: Themis, 2002, p. 6.

ficando tais direitos conhecidos como “direitos sociais” de forma genérica.

Na lúcida observação de Sarlet, há de se registrar que ao lado das prestações positivas acima mencionadas consagraram-se ainda, do ponto de vista individual:

(...) as denominadas “liberdades sociais”, do que dão conta os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação de jornada de trabalho, apenas para citar alguns dos mais representativos.⁴⁵

Logo, e torna-se a frisar, na segunda dimensão dos direitos fundamentais há os típicos relacionados a prestações e os que mais se assemelham aos de primeira dimensão, por serem verdadeiras liberdades fundamentais que devem ser respeitadas pelo Estado, com nítido caráter negativo.

Quanto à terceira dimensão de direitos fundamentais, aponta a doutrina de forma homogênea o reconhecimento dos direitos de solidariedade ou de fraternidade, com foco não nos indivíduos, mas em grupos de pessoas vistos como coletividade, surgindo a tutela dos direitos coletivos e difusos, que, segundo Alexandre de Moraes, englobam o “direito a um meio ambiente equilibrado, a uma saudável

⁴⁵ SARLET, op. cit., p. 56.

qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos”⁴⁶.

Curioso observar que, na esfera das relações trabalhistas, muito embora sua gênese tenha se dado pela criação da consciência coletiva dos trabalhadores, mediante reivindicações coletivas para afirmação de dignidade nas condições de trabalho e de vida, com amplo desenvolvimento de negociações em esfera das coletividades profissional e econômica, do ponto de vista jurídico houve um atrofiamento no uso dos instrumentos capazes de fazer valer os interesses metaindividuais em juízo, conforme preconizado pela Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e pela Lei 8.036/90 (Código de Defesa do Consumidor), muito por conta do já cancelado Enunciado 310 do TST, que havia cristalizado entendimento restritivo acerca do manejo das tutelas coletivas na esfera trabalhista, conferindo interpretação tímida ao disposto no art. 8º, III da Constituição da República, que dispõe: “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”. Há de se registrar, ainda, que até o presente momento grassa incerteza no operador do direito do trabalho acerca do alcance de referida norma que, a nosso ver, deve ser o de conferir máxima eficácia ao comando constitucional, ou seja, permitindo que o sindicato atue como legitimado nas ações coletivas e, ainda, como substituto processual dos indivíduos que compõem a categoria, a fim de viabilizar o ajuizamento de demandas enquanto

⁴⁶ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 5.ed, São Paulo: Atlas, 2003, p. 45.

ainda em vigor o contrato de trabalho, de forma a não sofrer o trabalhador perseguições de seu tomador dos serviços.

Finalmente, apenas para registro e sem qualquer aprofundamento, aponta Sarlet, citando Paulo Bonavides, a iminência do reconhecimento de uma quarta dimensão de direitos fundamentais, concernentes ao “resultado da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização no plano institucional, que corresponde, na sua opinião, à derradeira fase de institucionalização do Estado Social”, composta pelos “direitos à democracia (no caso, a democracia direta) e à informação, assim como pelo direito ao pluralismo”⁴⁷. No estágio atual de desenvolvimento da doutrina dos direitos fundamentais, ainda não se encontra reconhecida de forma pacífica essa quarta dimensão ora comentada.

2.3 A Dimensão Objetiva dos Direitos Sociais

Antes de adentrar no problema específico da eficácia dos direitos sociais, no sentido de aptidão para produção de efeitos imediatos no mundo jurídico, há que se observar outra qualidade dos direitos sociais concernentes à influência exercida indiretamente no ordenamento jurídico pela irradiação de seus efeitos, que a doutrina nomina de “dimensão objetiva dos direitos fundamentais”.

Concebida nossa Constituição sobre o alicerce dos direitos fundamentais, seguindo a tendência moderna de reconhecimento desses mínimos de garantias individuais e coletivas, verifica-se que,

⁴⁷ SARLET, op. cit., p. 59.

ao lado do papel clássico dos direitos fundamentais de mera exigência de abstenções ou adoção de providências pelo Poder Público, surge uma nova forma de concepção de tais direitos, o de que por traduzirem os valores básicos que sustentam a sociedade, devem eles se “irradiar para todos os campos do ordenamento jurídico, impulsionando e orientando a atuação do Legislativo, Executivo e Judiciário. Os direitos fundamentais, mesmo aqueles de matriz liberal, deixam de ser apenas limites para o Estado, convertendo-se em norte de sua atuação”⁴⁸.

Por outro lado, reconhecendo-se que os direitos fundamentais representam os valores mais relevantes para determinada sociedade, transborda-se a visão de que apenas o Estado está incumbido de cumprir referidos direitos, passando a ser possível a exigência de que o Poder Público evite ou repare as lesões perpetradas por qualquer pessoa aos direitos fundamentais, até mesmo particulares. Ainda, passa a ser interesse de toda a sociedade civil a guarda dos direitos fundamentais, o que fomenta a existência do chamado terceiro setor, em que a própria sociedade organizada vela e promove os valores que considera relevantes e que se encontram normatizados nos direitos fundamentais.

Assim, ante a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, ao lado da subjetiva que permanece existente, toda a sociedade passa a ter que respeitar os limites impostos e promover a realização (ou ao menos não criar embaraços) desses valores, donde se conclui que ficam os particulares vinculados aos direitos fundamentais, restando

⁴⁸ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 134.

protegido o ser humano de opressões mesmo na esfera das relações privadas, em que comumente surge uma diferença de força entre os atores que se vinculam particularmente.

Nesse diapasão, especial relevo toma a doutrina em questão para aplicação nas relações de trabalho, em que na espécie da relação de emprego, via de regra, há a vinculação de um hipossuficiente (empregado) a um hipersuficiente (empregador) e, em outras relações de trabalho (*lato sensu*), muitas vezes ocorre uma dependência econômica do trabalhador humano, donde se observa que a eficácia irradiante dos direitos fundamentais nas relações privadas de trabalho determina que o tomador dos serviços respeite os direitos fundamentais em todas as suas dimensões, podendo-se inclusive exigir do Estado a atuação no sentido de evitar qualquer lesão proveniente desse ator privado.

Pode-se observar também que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais determina uma nova interpretação de todo o ordenamento jurídico, oxigenando antigas normas que, à luz dos valores consagrados pela própria sociedade, passam a obter outros significados e alcances, sendo vetor no que a doutrina costuma chamar de “filtragem constitucional”⁴⁹ e ainda funcionando no controle de constitucionalidade das leis, ensejando a eficácia irradiante dos

⁴⁹ SCHIER, na obra já citada, registra em suas conclusões (p. 147-148): “Sob o viés da dialeticidade direito positivo/realidade material – possível através do conceito de sistema eleito –, a atualização do direito infraconstitucional à luz da axiologia Constitucional será decorrência que viabilizará o diálogo com a realidade social, aprendendo com ela através da abertura dos princípios e, destarte, permitindo a capacidade de aprendizagem da ordem jurídica com a sociedade. Por sua vez, desses aspectos, será compreensível a evolução da ordem jurídica

direitos fundamentais “a ‘humanização’ da ordem jurídica, ao exigir que todas as suas normas sejam, no momento de aplicação, reexaminadas pelo operador do direito com novas lentes, que terão as cores da dignidade humana, da igualdade substantiva e da justiça social, impressas no tecido constitucional”⁵⁰.

Um exemplo significativo nas relações trabalhistas seria reconhecer ao empregador, mesmo durante a suspensão do contrato de trabalho por gozo de auxílio-doença, em que os efeitos do contrato ficam temporariamente suspensos, a obrigação de manutenção do plano de saúde fornecido pela empresa, pois em que pese o art. 476 da CLT no sentido de que o empregado encontra-se em licença não-remunerada, parece razoável que o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito fundamental de primeira dimensão à vida e, ainda, o direito social à saúde, determinem que o empregador, ator privado, mantenha a concessão do plano particular de assistência médica ao trabalhador hipossuficiente, mormente se do ponto de vista econômico não houver maior impacto para o tomador dos serviços referido dispêndio, já que a realidade social brasileira demonstra ser degradante a abrupta perda da condição de segurado particular do sistema de saúde para a de usuário do sistema público. Reconhece-se, contudo, que no atual estágio da evolução da doutrina trabalhista, semelhante entendimento ainda é pautado de severas críticas, muito embora já existam alguns julgados com teor semelhante ao exemplificado.

sem que seja necessário implementar-se reformas legislativas que modifiquem a textualidade normativa”.

⁵⁰ SARMENTO, op. cit., p. 155.

Concluindo-se, na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, em face do Estado e perante as relações privadas e a eficácia irradiante na interpretação e no controle de constitucionalidade, afiguram-se mecanismos revolucionários se aplicados com a devida cautela e limitações na seara das relações trabalhistas, atentando-se à não adoção de postura radical desconectada da realidade econômica e da necessidade de manutenção da saúde financeira da empresa, mola propulsora de todo o mercado de trabalho. Como bem registra Daniel Sarmiento, os direitos fundamentais devem ser aplicados sem fundamentalismo, pois referido fenômeno “não deve chegar ao ponto de amputar todo o espaço de liberdade das instâncias sociais, limitando em demasia seus caminhos, que cumpre manter abertos numa sociedade que se pretenda pluralista e democrática”, lembrando que “as constituições e os direitos fundamentais, se por um lado carregam uma dimensão utópica, por outro encontram no mundo dos fatos certos limites, que não têm como superar” e afirmando que “a Constituição aberta não pode ser a Constituição dos caminhos irreversíveis, dos projetos definitivos que aprisionam, a pedra fundamental de uma religião civil, excludente em relação àqueles que não professarem ativamente seu credo”⁵¹.

Assim, mais uma vez nota-se a necessidade de se desenvolver, no âmbito jurídico, uma sensibilidade especial para encontrar a exata medida das dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, mediante parâmetros que envolvem, em cada caso concreto, o uso do

⁵¹ Ibidem, p. 170-171.

método acima referido da ponderação de interesses, exigindo do intérprete uma nova postura de fundamentação complexa que envolve, além do conhecimento jurídico, questões filosóficas, sociológicas e da economia, ressaltando o caráter multidisciplinar característico da época pós-industrial, em que os tradicionais paradigmas da modernidade parecem cada vez mais superados.

2.4 A Eficácia dos Direitos Sociais

Não pretendendo esgotar o tema, e sequer adentrando nas diversas correntes acerca da matéria, o que ensejaria uma abordagem autônoma fora dos propósitos desse estudo, limita-se o presente tópico à exposição da doutrina adotada pessoalmente para fundamentação da viabilidade de aplicação do direito social ao lazer nas relações de trabalho, advertindo-se o leitor que existem controvérsias ainda relevantes acerca do problema da eficácia dos direitos fundamentais, tendo-se optado em maior parte pelas posições expostas por Ingo Wolfgang Sarlet na obra “Eficácia dos Direitos Fundamentais”, desenvolvendo-se o presente tema com base naquele excelente estudo.

No item 1.1 do Capítulo I supra, abordamos brevemente a classificação comumente adotada para a doutrina no que diz respeito às normas constitucionais em geral, apontando que de forma majoritária entende-se que todas elas possuem um mínimo de eficácia, variando a produção de seus efeitos típicos pelo grau de densidade normativa com que é concebida.

Ocorre que na temática específica dos direitos fundamentais a questão da eficácia traz outros contornos, seja pelo disposto no art. 5º, § 1º da Constituição Federal, que dispõe no sentido de que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, seja pelas diferentes formas com que são enunciados os diversos direitos fundamentais em todas as suas dimensões.

Assim, para nos restringirmos ao objeto desse estudo, examinamos a força do artigo constitucional supracitado, a eficácia dos direitos fundamentais de primeira dimensão e os de segunda dimensão (sociais), distinguindo-se dentro destes os que foram concebidos como meros programas e os que reconhecem direitos subjetivos aos cidadãos e em que medida.

Seguindo o raciocínio de Sarlet⁵², uma interpretação meramente literal do § 1º do art. 5º da Carta Magna indica que todas as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, observando-se que a própria Constituição, em seu Título II, explicita quais seriam tais direitos e garantias, abrangendo as espécies discriminadas nos Capítulos que se seguem no texto constitucional, a saber: os deveres e direitos individuais e coletivos, os direitos sociais, a nacionalidade, os direitos políticos e os partidos políticos.

Esse primeiro exame, portanto, revela que os direitos sociais deteriam a mesma eficácia geral atribuída às liberdades clássicas da primeira dimensão dos direitos fundamentais.

⁵² SARLET, op. cit., p. 254.

Ademais, nosso legislador constituinte não fez qualquer distinção clara em termos de eficácia entre os direitos fundamentais de cada dimensão, deixando notar que encontra-se num mesmo patamar de importância cada um dos direitos enumerados, em verdadeiro ambiente de complementaridade, assentado na idéia de desenvolvimento de um Estado Social, em que a promoção do bem-estar geral viabiliza o exercício das liberdades individuais de forma real.

Aponta Sarlet, ainda, que no próprio capítulo dos Direitos Sociais há:

(...) posições jurídicas fundamentais similares (pela sua função preponderantemente defensiva e por sua estrutura jurídica) aos tradicionais direitos de liberdade, como plasticamente dão conta os exemplos do direito de livre associação sindical (art. 8º) e do direito de greve (art. 9º), normas cuja aplicabilidade imediata parece incontestável, o que, por outro lado, também se aplica a diversos dos direitos dos trabalhadores elencados no art. 7º e seus respectivos incisos.⁵³

⁵³ Ibidem, p. 255.

Logo, há de se reconhecer a aplicação do art. 5º, § 1º da CF a todas as dimensões de direitos fundamentais, e não apenas aos direitos e garantias individuais e coletivos.

Essa constatação, contudo, poderia resultar numa conclusão simplista no sentido de se atribuir a todas as normas que constituem direitos fundamentais o mesmo grau de eficácia, o que se observa não ser o melhor caminho a perseguir, pois dentre os próprios direitos fundamentais existem normas com diferentes densidades normativas, algumas já aptas à produção de todos os seus efeitos principais, outras ainda dependentes de certa atuação concretizadora, seguindo-se a mesma esteira de raciocínio desenvolvida na classificação das normas constitucionais sob o ângulo da eficácia.

Assim, a questão da eficácia dos direitos fundamentais e, para nosso estudo, dos direitos sociais, depende “da forma de positivação, do objeto e da função que cada preceito desempenha”⁵⁴, reconhecendo-se de qualquer sorte que referidos direitos encontram-se em posição privilegiada na própria Constituição, gozando de uma presunção de eficácia a partir do que se extrai do art. 5º, § 1º da CF, que constitui verdadeiro “mandado de otimização”⁵⁵.

Examinando as diversas categorias de direitos fundamentais para verificação de sua respectiva carga de eficácia, Sarlet divide-os em dois grandes grupos, os direitos de defesa e os direitos a prestações, enquadrando-se no segundo modelo a maior parte dos direitos sociais, que exigem prestações positivas para sua efetivação,

⁵⁴ Ibidem, p. 265-266.

⁵⁵ Ibidem, p. 267.

ao contrário dos direitos de defesa, que reclamam de forma preponderante uma abstenção do Estado e de particulares. Há de se observar, nesse ponto, que a divisão ora analisada não corresponde às dimensões dos direitos fundamentais, pois há direitos sociais que configuram verdadeiros direitos de defesa como já exposto acima (liberdades sociais). Por outro lado, mesmo os direitos a prestações possuem certa dimensão negativa, donde se conclui que a divisão acima adotada leva em conta a carga predominante de cada grupo de direitos fundamentais, sendo que ambos detêm uma parcela de cada característica.

Exemplifica o autor como direitos de defesa, portanto, os direitos de “liberdade, igualdade, direitos-garantia, garantias institucionais, direitos políticos e posições jurídicas fundamentais em geral”⁵⁶, explicando que para eles reconhece-se a eficácia plena e imediata, seja porque não se depende de qualquer prestação do Estado, mas de mera abstenção, seja porque tais direitos são enunciados com normatividade suficiente para sua eficácia total, sem necessitarem de concretização legislativa, conferindo aos seus titulares um verdadeiro direito subjetivo.

No que concerne aos direitos a prestações, e mais especificamente aos direitos sociais prestacionais que, ainda nas palavras de Sarlet, “constituem espécie do gênero direitos a prestações”, seu principal objetivo é o de “realizar e garantir os pressupostos materiais para uma efetiva fruição das liberdades”⁵⁷,

⁵⁶ Ibidem, p. 269.

⁵⁷ Ibidem, p. 279.

pois, como bem lembrado por Sarmiento, “a pessoa humana não é minimamente livre enquanto suas necessidades vitais não estão satisfeitas, ou quando ela se sujeita à opressão nas relações sociais que vivencia”, frisando que “o homem e a mulher livres de que falamos são seres encarnados e não abstrações metafísicas, que têm necessidades concretas e palpáveis, cujo não atendimento obsta o exercício de qualquer liberdade de escolha. Quem tem fome, não é livre para nada!”⁵⁸.

Como já dito, os direitos sociais prestacionais também possuem certa carga eficaz negativa, preponderando a característica de exigirem prestações positivas para sua efetivação, o que determina um exame diferenciado da eficácia nesse aspecto.

Necessitando para sua consecução de efetiva distribuição e criação de bens materiais, os direitos sociais prestacionais somente podem ser realizados com o dispêndio de “algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica, já que aqui está em causa a possibilidade de os órgãos jurisdicionais imporem ao poder público a satisfação das prestações reclamadas”⁵⁹, e tendo em vista que o Estado possui recursos limitados, reconhece-se no mais das vezes que tais direitos se sujeitam a “uma ‘reserva do possível’, que, compreendida em sentido amplo, abrange tanto a possibilidade, quanto o poder de disposição por parte do destinatário da norma”⁶⁰, servindo como verdadeiro freio à eficácia e efetividade dos direitos sociais prestacionais, razão pela qual a sua positivação ocorre

⁵⁸ SARMENTO, op. cit., p. 184.

⁵⁹ SARLET, op. cit., p. 281.

⁶⁰ Ibidem, p. 282.

geralmente de forma mais aberta e vaga, reclamando uma posterior concretização legislativa, cabendo ao legislador ordinário dispor dos recursos conforme as possibilidades e necessidades de cada sociedade e em cada época, até porque a conjuntura econômica é extremamente volátil.

De tal sorte, comumente surgem os direitos sociais prestacionais por meio de normas ditas programáticas, que enunciam tarefas, programas e metas a serem observados pelo Poder Público na consecução de sua atividade, reconhecendo-se referidas normas como necessárias no “moderno Estado Social de Direito, sendo, portanto, inerentes à dinâmica de uma Constituição dirigente”, como salienta Sarlet referindo-se a Gomes Canotilho⁶¹. Assim, o problema a ser enfrentado diz respeito a qual carga eficaz pode ser atribuída a referidas normas jurídicas, apontando ainda o mesmo autor, de forma por nós resumida, e sempre sob a ótica de que todo direito fundamental possui eficácia imediata na medida de sua densidade normativa, que a doutrina reconhece a todos os direitos fundamentais, indistintamente, os seguintes efeitos:

a) “revogação dos atos normativos anteriores e contrários ao conteúdo da norma definidora de direito fundamental”, sem necessidade “de uma declaração de inconstitucionalidade”⁶² (eficácia revogatória);

b) vinculação do legislador ao cumprimento dos “programas, tarefas, fins e ordens”, impedindo que ele se afaste “dos parâmetros

⁶¹ Ibidem, p. 287.

⁶² Ibidem, p. 290.

preestabelecidos nas normas definidores de direitos fundamentais a prestações⁶³;

c) “declaração de inconstitucionalidade de todos os atos normativos editados após a vigência da Constituição, caso colidentes com o conteúdo dos direitos fundamentais”⁶⁴;

d) servem como “parâmetro para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas”⁶⁵;

e) “geram algum tipo de posição jurídico-subjetiva” em sentido amplo, no mínimo reconhecendo-se um “direito subjetivo negativo, já que sempre possibilita ao indivíduo que exija do Estado que este se abstenha de atuar de forma contrária ao conteúdo da norma que consagra o direito fundamental”⁶⁶;

f) “proibição de retrocesso” uma vez concretizada pelo legislador a norma programática de direito fundamental, apontando Sarlet que “boa parte da doutrina se posiciona, ao menos parcialmente, de maneira favorável no que tange a este aspecto, ressaltando que, à medida que concretizado determinado direito social prestacional, este acaba por transformar-se, neste sentido, num típico direito de defesa”⁶⁷.

Já a respeito da eficácia propriamente dita dos direitos sociais prestacionais expressos em normas programáticas, após minudente exame de diversas correntes e formulação de críticas, Sarlet inclina-se pela adoção do modelo proposto por Robert Alexy, que em muito se

⁶³ Ibidem, p. 290.

⁶⁴ Ibidem, p. 291.

⁶⁵ Ibidem, p. 291.

⁶⁶ Ibidem, p. 292.

⁶⁷ Ibidem, p. 293.

aproxima de Gomes Canotilho como citado pelo próprio autor, “especialmente no que diz com a formatação das diversas posições jurídico-subjetivas de natureza prestacional”⁶⁸, no sentido de que é possível atribuir a um indivíduo um direito subjetivo de reconhecimento de um direito a prestações sociais, o que será verificado em cada caso concreto mediante o método da ponderação de interesses acima estudado. Eis que entram em colisão os valores de garantir-se um padrão material mínimo de sobrevivência ao ser humano a fim de se permitir o gozo de uma liberdade individual real, o que pode ser resumido pelo “princípio da liberdade fática”⁶⁹, e “o princípio da separação dos poderes (incluindo a competência orçamentária do legislador), bem como outros princípios materiais (especialmente concernentes a direitos fundamentais de terceiros) que forem atingidos de forma relativamente diminuta”⁷⁰, ocasião em que deve preponderar, na ótica da afirmação do princípio da dignidade da pessoa humana, o reconhecimento do direito subjetivo a uma prestação material.

Assim, no modelo da ponderação de interesses nenhum dos princípios incidentes é absoluto, cabendo ao intérprete a busca da restrição aos valores envolvidos a fim de realizar o núcleo maior da Constituição, que é a proteção do ser humano, donde se justifica, em certa medida, a atuação judicial para efetivação de um direito social prestacional previsto em norma ainda que programática, sempre que da colisão ressaltar a necessidade maior de garantia de condições de

⁶⁸ Ibidem, p. 343.

⁶⁹ Ibidem, p. 341.

⁷⁰ Ibidem, p. 341.

vida mínimas aptas a viabilizar, pelo ser humano, o exercício efetivo de suas liberdades fundamentais, como aliás bem ressaltado por Daniel Sarmiento ao afirmar que:

(...) é lícito dizer que é amplamente dominante a concepção, de resto até intuitiva, de que a liberdade é esvaziada quando não são asseguradas as condições materiais mínimas para que as pessoas possam desfrutá-la de forma consciente. Por isso, não haverá também liberdade onde existirem miséria, fome, analfabetismo ou exclusão social em patamares eticamente inaceitáveis.⁷¹

Na temática específica do direito social ao lazer, pode-se observar, em princípio, que a forma como é efetuada sua posituação na Constituição da República revela baixa densidade normativa, o que poderia resultar numa conclusão apressada de reconhecimento de sua natureza meramente programática, com finalidade tipicamente prestacional.

Ocorre que, como se pretende fincar com o presente estudo, além do aspecto preponderante do direito a prestações, o direito social ao lazer possui uma dimensão objetiva e, ainda, a clássica subjetiva, seja no aspecto negativo, seja no positivo, aqui sim surgindo como exceção a possibilidade de tutela judicial para imposição de obrigação prestacional ao Estado ou a particulares, como acima mencionado.

⁷¹ SARMENTO, op. cit, p. 188.

2.5 Os Direitos Fundamentais e as Relações Privadas: A Eficácia Horizontal dos Direitos Sociais

Indispensável ao presente estudo, que se situa na esfera da aplicação de um direito social em face de atores privados, ou seja, do lazer nas relações de trabalho, torna-se condição *sine qua non* a exposição da problemática referente à eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Entretanto, referida matéria ainda é objeto de grandes controvérsias, não existindo na doutrina pátria consenso a respeito da questão, o que demandaria uma detida explanação das diversas correntes que tratam dessa temática. Ocorre que o objeto de exame dessa obra, como mencionado na delimitação introdutória, parte do ponto de vista da adoção de um posicionamento pessoal, que reconhece a eficácia horizontal imediata dos direitos fundamentais contra particulares, de tal sorte que nos furtaremos a fazer longos comentários sobre as posições divergentes, apenas apontando-as de forma sucinta, mesmo porque não se pretende tornar esta obra título específico do Direito Constitucional, mas, através e a partir dele, e pela necessária interdisciplinaridade das matérias, justificar uma posição jurídica típica do ramo da ciência do Direito do Trabalho, tomada esta em sua concepção genérica de forma a abordar todas as relações de trabalho (e não apenas a de emprego).

Como pressuposto para justificar uma aplicação dos direitos fundamentais de forma a vincular não apenas os Poderes Públicos (o que é aceito com tranquilidade pela doutrina na medida de eficácia de

cada direito fundamental segundo sua densidade normativa e pela observância das dimensões subjetivas e objetivas, em seu caráter negativo e positivo, como explanado anteriormente), mas também particulares, há que se observar, brevemente, que o clássico preceito da autonomia privada da vontade vem se relativizando em todo campo do Direito Privado.

Aliás, não surpreende aos operadores da área trabalhista a superação desse dogma da autonomia privada ilimitada, pois a gênese do Direito do Trabalho decorreu justamente do reconhecimento da impossibilidade de garantir mera liberdade formal a dois particulares que, com forças desiguais, vinculam-se para satisfação de seus interesses, o que fatalmente resulta na exploração do mais forte sobre o mais fraco, fato inclusive determinante do reconhecimento geral do princípio da proteção ao empregado como forma de conter os abusos patronais.

A crescente espiral de exclusão social nada mais fez do que alastrar para outros campos da vida civil a infeliz condição de há muito sentida pelo trabalhador humano de absoluta impotência diante de seu provedor, tanto que atualmente admite-se um certo grau de dirigismo estatal nos contratos civis que varia de acordo com a essencialidade de seu objeto para a vida humana, como bem apontado por Sarmiento, citando no particular Teresa Negreiros, que formulou a interessante teoria do “paradigma da essencialidade”, a saber: “(...) a destinação do bem objeto do contrato é um elemento fundamental na determinação do relativo poder negocial dos contratantes, e por isso

deve ser levada em conta na solução do conflito de interesses que eventualmente sobrevenha”, continuando no sentido de que:

(...) os contratos que versem sobre a aquisição ou a utilização de bens que, considerando a sua destinação, são tidos como essenciais estão sujeitos a um regime tutelar, justificado pela necessidade de proteção da parte mais vulnerável (...); e, vice-versa, no extremo oposto, os contratos que tenham por objetos bens supérfluos regem-se predominantemente pelos princípios do direito contratual clássico, vigorando aqui a regra de mínima intervenção heterônoma.⁷²

Referida observação nada mais é do que, no campo das relações de emprego, o disposto no art. 444 da CLT, “as relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes”, apontado pela doutrina como a positivação do princípio da limitação da autonomia da vontade, o que se constata como fator de revalorização do caminho até então perseguido pela doutrina trabalhista que, agora, começa a ganhar adeptos em outras searas, infelizmente motivados pela degradação das condições sociais.

⁷² Ibidem, p. 218, nota 554.

De qualquer sorte, referido “paradigma da essencialidade” em muito pode auxiliar no exame das demais relações de trabalho, além da relação de emprego em que sua aplicação é total, calcando-se na idéia de que o trabalho remunerado em todas as suas formas tem por objeto, precipuamente, gasto de energia humana para fins de obtenção de uma contraprestação cuja finalidade, via de regra, situa-se na esfera da manutenção da sobrevivência do trabalhador e de sua família.

Ademais, o reconhecimento de virtual possibilidade de disparidade entre as posições de poder aos integrantes de uma relação de trabalho, seja do empregado para seu empregador, seja do trabalhador para seu tomador de serviços (aqui não em todos os casos, devendo-se verificar um real estado de dependência econômica do trabalhador), justifica a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, como verdadeiro limite à disparidade social em cada caso verificada.

Outrossim, o próprio reconhecimento do legislador constituinte do direito ao trabalho como direito social no art. 6º e, ainda, de uma série de direitos concedidos aos trabalhadores no art. 7º, em inequívoco patamar de direitos fundamentais, alguns deles com eficácia imediata perante o empregador (geralmente ente privado) de forma inequívoca, como o pagamento de adicional de horas extras em no mínimo 50% previsto no inciso XVI, determina o exame em questão acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Assim, aponta a doutrina que se dedica ao tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas teorias que vão da negação dessa eficácia, do reconhecimento de eficácia indireta e

mediata, da eficácia direta e imediata, dos deveres de proteção e, finalmente, de teorias alternativas, como se observa tanto na profunda obra sobre o tema do constitucionalista Daniel Sarmento⁷³ quanto no minucioso artigo escrito por Ingo Wolfgang Sarlet⁷⁴, para citar apenas dois a que praticamente adotamos os lúcidos posicionamentos.

Coerente com a advertência já formulada no início deste tópico, passamos a discorrer apenas acerca da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, a fim de embasar as conclusões que são expostas mais adiante nesse estudo.

A base da teoria em questão encontra-se na constatação de que não basta compelir o Estado ao respeito de determinados direitos fundamentais, já que atualmente também na esfera das relações privadas encontram-se sérias ameaças a essa ordem de valores, razão pela qual inclusive afirmou-se um Estado Social em nossa Constituição como forma de reconhecer tal “realidade, tendo como consequência a extensão dos direitos fundamentais às relações entre particulares”⁷⁵, reforçada pela idéia de unidade do ordenamento jurídico, entrelaçando-se as esferas privada e pública.

Referida aplicação imediata, contudo, encontra limites, como não poderia deixar de ser, na ponderação do “direito fundamental em jogo com a autonomia privada dos particulares envolvidos no caso”,

⁷³ *Ibidem*, p. 223.

⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: ____ (Org.). *A Constituição Concretizada. Construindo Pontes com o Público e o Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

⁷⁵ SARMENTO, op. cit., p. 245.

não se constituindo em doutrina radical já que considera “a liberdade individual no tráfico jurídico-privado”⁷⁶.

Aponta Sarmento que a doutrina da eficácia imediata “é majoritária na Espanha e em Portugal”⁷⁷, sendo que neste a própria Constituição em seu art. 18.1 determina a extensão dos direitos fundamentais às relações privadas: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”⁷⁸.

Transportando-se o problema para o Direito Brasileiro, constata-se que a Constituição Federal consagrou um modelo de Estado Social, com vasto rol de direitos sociais como se percebe pelo exame dos arts. 6º e 7º, sendo objetivo fundamental da República, como bem observado por Sarmento, “construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CF)”⁷⁹, restando patente que no seu atual estágio de desenvolvimento, a sociedade brasileira apresenta disparates sociais que justificam a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas a fim de obter uma “mudança do *status quo*”⁸⁰. Desta feita, o autor carioca rechaça os argumentos contrários a referida tese da seguinte forma, abaixo resumida⁸¹:

a) a vinculação direta comprometeria em demasia a autonomia privada: “esta não traduz um valor absoluto, e que pode, portanto, ser ponderada com outros direitos e interesses constitucionais”, sendo

⁷⁶ Ibidem, p. 246.

⁷⁷ Ibidem, p. 246.

⁷⁸ Ibidem, p. 250.

⁷⁹ Ibidem, p. 279.

⁸⁰ Ibidem, p. 281.

⁸¹ Ibidem, p. 281-287.

certo que a eficácia direta leva em conta essa ordem de valor, que apenas pode sofrer restrições pelo uso do método da ponderação de interesses. De outro lado, a efetiva autonomia somente pode existir após garantidas condições mínimas materiais, mormente em se tratando de relações privadas entre desiguais, como já mencionado anteriormente;

b) é antidemocrática por atribuir poderes excessivos ao juiz em detrimento do legislador: cabe ao judiciário em primeiro lugar a aplicação das regras criadas pelo legislador dentro de seu espaço de atribuições, aplicando diretamente os direitos fundamentais apenas quando inexistente norma específica infraconstitucional ou quando esta se demonstrar contrária aos ditames constitucionais, justificando-se tal posição pela necessária fundamentação da decisão judicial;

c) gera insegurança jurídica, pois os conflitos são solucionados por princípios vagos e abstratos cuja aplicação é imprevisível: o novo paradigma pós-positivista efetivamente diminui a carga de segurança, mas além de tal fenômeno não ser exclusivo da problemática da eficácia imediata contra privados dos direitos fundamentais, há fórmulas para se reduzir essa incerteza mediante o reconhecimento de *standards* que vão sendo consolidados pela doutrina e pela jurisprudência;

d) põe em risco a autonomia e identidade do Direito Privado: é lugar comum na atualidade o reconhecimento da publicização de todos os ramos do direito privado frente à força normativa da Constituição, que detém de supremacia hierárquica formal e material sobre o resto do ordenamento jurídico;

e) divisão de funções entre juiz civil e juiz constitucional: noção aplicada apenas no Direito Comparado, estranha à nossa realidade jurisdicional.

Finalmente, a circunstância dos Poderes Públicos terem o “dever de proteger os particulares de lesões e ameaças aos seus direitos fundamentais perpetradas por terceiros não apresenta nenhuma incompatibilidade ou contradição com a idéia da incidência direta dos mesmos direitos na esfera privada”⁸², havendo, ao contrário, verdadeira soma entre as duas vinculações, a do Estado e a dos particulares.

Em reforço aos argumentos acima expostos, há de se observar que na seara trabalhista não constitui qualquer novidade a eficácia horizontal imediata dos direitos fundamentais, seja porque vários dos direitos trabalhistas foram concebidos com tal qualidade, como já argumentado alhures, seja porque na clássica relação de emprego sempre houve a constatação de posição de hipossuficiente para o empregado, o que determina, ainda hoje, uma aplicação sensível dos direitos fundamentais como forma de impedir a supremacia do detentor do capital sobre o despossuído, de forma que o Direito do Trabalho, como ramo do direito privado, não perdeu sua autonomia ou se deixou absorver pela influência da aplicação direta de direitos fundamentais.

Curiosamente, na contramão do resto do direito privado, ainda propugnam alguns o retorno à época do Estado Liberal para as relações privadas de trabalho, como se o mercado fosse o único valor

⁸² Ibidem, p 287.

a ser considerado, em detrimento das questões humanas que envolvem o dispêndio de energia laboral. Óbvio que é desejável uma modernização das normas de cunho trabalhista, até pelo disparate entre a época da regulação estatal e as formas de trabalho ora em voga, mas que tal reforma seja pautada pelo caráter humanístico do Direito do Trabalho parece ser essencial para obtenção de um resultado que garanta a essas relações privadas o adequado tratamento à luz dos valores constitucionais consagrados a esse respeito.

Em conclusão, portanto, adotamos a teoria da eficácia horizontal imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, observados os limites e características especiais para aplicação de tais direitos, mormente a observância do método da ponderação de interesses, abordando-se no Capítulo IV os aspectos de tal eficácia para o direito social ao lazer nas relações privadas de trabalho.

Capítulo III – O Lazer

A preguiça é a mãe do progresso. Se o homem não tivesse preguiça de caminhar, não teria inventado a roda. Não poderia viajar pelo mundo inteiro.

(Mário Quintana, Na Volta da Esquina).

3.1 Lazer e Ócio. Desmistificação do Conceito Pejorativo de Ócio

Tema ainda não explorado de forma substancial pela doutrina jurídica, o conceito de lazer encontra-se melhor formulado em obras atinentes às áreas da Educação e Sociologia, das quais aproveitaremos alguns indicativos para, ao final deste capítulo, formular um conceito pessoal de lazer do ponto de vista jurídico.

Mas antes de adentrar na questão específica de conceituar o lazer, faz-se necessário distinguir, ou ao menos esclarecer, o valor desse vocábulo ante a comum associação pejorativa que se faz entre o lazer e o ócio, este no sentido propugnado nas sociedades industriais, afastado da sua noção original que remonta à Antigüidade arcaica, uma vez que o ócio foi inicialmente considerado fator de elevação do ser humano, do ponto de vista psíquico e espiritual; depois relegado à condição de negação ou oposição ao trabalho, taxando-se o ócio por

odioso numa sociedade que prega o trabalho como bem maior (sociedade industrial); e, finalmente, vê-se hoje uma tímida revalorização de seu conceito clássico, apontando-se como alternativa à crise do emprego a expansão do caráter econômico do ócio e, ainda em menor escala, como espaço de expressão do homem, passando-se a adotar ao menos duas dimensões desse fenômeno, uma de perspectiva humana e, outra, econômica, como adiante será abordado.

Em obra que trata o ócio em seu sentido original (*otium*), Viktor D. Salis aponta que a “modernidade afastou-se dos princípios da vida e esqueceu de honrá-los”, pois “a alegria de viver e gastar o tempo glorificando a existência estão quase esquecidos”, constatando que “não temos mais a menor idéia do que seja gastar nosso tempo eroticamente, ou seja, na verdadeira concepção arcaica de viver com alegria e paixão”⁸³.

Explica o autor que viver eroticamente, nessa concepção arcaica, era viver com paixão, sendo vida e paixão uma e a mesma coisa, em uma época em que o “ócio criador” consistia numa “das atividades fundamentais para a celebração da vida e sua consolidação”, com a finalidade de “ensinar os homens a imitar os deuses. Isso queria dizer que, se a característica fundamental dos deuses era a criação da vida, caberia aos homens imitá-los, encontrando meios (criações) para celebrá-la, consolidá-la e enriquecê-la”⁸⁴.

⁸³ SALIS, Viktor D. *Ócio Criador, Trabalho e Saúde. Lições da Antigüidade para a Conquista de uma Vida mais Plena em nossos Dias*. São Paulo: Claridade, 2004, p. 15.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 37.

O “ócio criador”, portanto, era incentivado nas escolas de iniciação, como parte do trabalho conhecido como “*erga*”, que era “voltado à criação e não à necessidade de sobrevivência”, que “não visava ao lucro, mas à satisfação de imitar os deuses”, tratando das criações que promoviam a vida e não a destruição, o que reflete um pensamento ético já naquele período.

Ao lado da forma de trabalho “*erga*” havia a conhecida por “*douléia*”, que era o trabalho voltado à sobrevivência, abrangendo as “tarefas inadiáveis de nossa condição mortal – como cuidar da higiene e da saúde, da família etc.”, incluindo-se até mesmo a alimentação, ou seja, “as coisas que, goste-se ou não, têm de ser feitas”⁸⁵. Referida categoria assemelha-se à noção de labor identificada por Hannah Arendt ao criticar a comum confusão entre os conceitos de labor e de trabalho na era moderna, pois “laborar significava ser escravizado pela necessidade, escravidão esta inerente às condições da vida humana”, tanto que a “instituição da escravidão na antiguidade não foi uma forma de obter mão-de-obra barata nem instrumento de exploração para fins de lucro, mas sim a tentativa de excluir o labor das condições da vida humana”⁸⁶. Quando se pensa em labor, vê-se a pessoa que labora, e não o produto final, este sim identificado pela categoria nominada “trabalho”. Entretanto, explica a autora que há recorrente confusão entre os dois termos, comumente utilizados como sinônimos, o que se verifica até a atualidade.

⁸⁵ Ibidem, p. 76.

⁸⁶ ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 10.ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense Universitária, 2004.

Importante ressaltar que, no presente estudo, ao se adentrar na parte específica de aplicação do direito ao lazer nas relações de trabalho, utilizar-se-á, indistintamente, os vocábulos labor e trabalho como sendo expressões da prestação a que se obriga uma pessoa perante um tomador dos seus serviços, ou seja, gasto de energia física ou psíquica em proveito daquele que o remunera.

Assim, os antigos pretendiam se livrar das tarefas afeitas à manutenção da condição humana, relegadas ao plano servil, buscando o gozo do tempo para atividades que efetivamente enobreciam o homem. Paulatinamente, outras atividades de manutenção da sociedade foram acrescentadas ao conceito de necessidades da vida terrena, “de sorte que a contemplação (...) era o único modo de vida realmente livre”⁸⁷, o que explica a palavra latina *otium* como sendo “isenção de atividade política e não simplesmente lazer” e, ainda, indicando “isenção do labor e das necessidades da vida”⁸⁸.

Percebe-se, desde logo, a direta conexão entre a possibilidade de gozo do tempo livre para contemplação e a atuação política do cidadão, revelando a consciência de que o ser humano somente pode ser considerado completo a partir do momento em que transcende a sua condição animal de viver apenas para a subsistência. Não por coincidência, esse conceito aparece de forma bastante palpável quando das discussões acerca da participação política pelo voto e na instituição do voto censitário, como ocorreu nos Estados Unidos, onde, por exemplo, Benjamin Constant justifica a exclusão dos pobres

⁸⁷ Ibidem, p. 22.

⁸⁸ Ibidem, p. 23, nota 10.

dos direitos políticos, uma vez que “o lazer era indispensável para o exercício do poder, pois se trata de condição necessária à aquisição de ‘luzes’, e só os mais abastados tinham acesso ao lazer”⁸⁹.

Essa preocupação da Antiguidade arcaica foi paulatinamente sendo suprimida pelas concepções das sociedades mercantilistas, “nas quais a razão, os interesses e as conquistas econômicas tornaram-se objetivos principais”⁹⁰, desaparecendo o conceito de ócio criador para dar lugar “àquilo que ficou conhecido no mundo romano como o *Negum Otio*, que nada mais é do que a origem da palavra ‘negócio’”⁹¹. Passou-se a celebrar as conquistas materiais, adotando-se para o vocábulo ócio um sentido pejorativo de vagabundagem, de condição daquele que não é produtivo, que não serve para o trabalho.

Ocorre, portanto, uma profunda modificação de conceito de tempo para o ser humano trabalhador, pois como bem aponta José Luis Bolzan de Moraes:

(...) no processo de estabelecimento da sociedade industrial, impõe-se, no conjunto, a conformação de uma nova estrutura disciplinar que consiga transformar o tempo dos homens em tempo de trabalho, seja como produção propriamente dita, seja como recuperação das forças para uma nova jornada. O que importa é que o tempo do trabalhador, a sua vida toda, seja utilizada da melhor forma pelo aparelho produtivo, pois o controle não é

⁸⁹ SARMENTO, op. cit., p. 23.

⁹⁰ SALIS, op. cit., p. 36.

⁹¹ Ibidem, p. 40.

feito apenas no interior da fábrica, mas estendido à vida cotidiana.⁹²

Como adverte Lafargue:

(...) os operários não conseguem compreender que, cansando-se excessivamente, esgotam as suas forças antes da idade de se tornar incapazes para qualquer trabalho; que absorvidos, embrutecidos por um único vício, já não são homens, mas sim restos de homens; que matam em si mesmos todos os belos talentos para só conservar, e luxuriante, a loucura furiosa do trabalho.⁹³

A afirmação do trabalho, portanto, como centro do mundo industrial a fim de viabilizar o desenvolvimento de atividades econômicas e como novo modelo de vida, incutiu nos seres humanos uma mudança de percepção do conceito de tempo livre, modificando a industrialização o ritmo de trabalho até então conhecido, acarretando a idéia geral de que não ser produtivo, não deter trabalho, é motivo de vergonha e, portanto, impõe-se uma “disciplinarização” do labor, “onde a preferência pela liberdade seja substituída pela busca de ganhos suplementares, nem sempre obtidos”⁹⁴.

⁹² MORAIS, José Luis Bolzan de. *A Subjetividade do Tempo. Uma Perspectiva Transdisciplinar do Direito e da Democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul/RS: Edunisc, 1998, p. 28.

⁹³ LAFARGUE, Paul. *O Direito à Preguiça*. São Paulo: Claridade, 2003, p. 63.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 31.

Nesse diapasão, relega-se o ócio a uma estreita visão ou de oposição à atividade produtiva ou, na melhor das hipóteses, de aliado à produção por viabilizar a reposição da energia laboral, de tal sorte que o homem moderno não mais detém cultura sequer para aproveitar o pouco tempo livre de que dispõe, geralmente consumido por atividades que têm por objetivo único o gasto desse tempo, como por exemplo assistir a programas de televisão vazios em conteúdo, tão comuns justamente em finais de semana, ocorrendo uma verdadeira dominância do labor sobre todos os setores da vida humana, sendo o tempo livre mera recorrência daquele. Dessa forma, “a vida produtiva, assim geralmente chamada – genérico que nem sempre se justifica – ganha terreno sobre o tempo da vida afetiva, é o cotidiano das pessoas que vai moldando uma sociedade em que encolhem os vínculos fundamentais, esvaziados assim de sua própria humanidade”⁹⁵.

Contribuindo para o adestramento ao mundo do trabalho e para a moldagem do ser humano para essa finalidade, Morais aponta a influência de doutrinas religiosas, mormente do protestantismo, que criaram uma concepção de laboriosidade como meio para se atingir a graça divina, expiando o homem seus pecados por meio do trabalho para “atingimento de uma felicidade que, no entanto, fica resguardada para uma vida futura”⁹⁶, donde a ociosidade significaria contrariar a vontade divina.

Referidas influências, inclusive, em muito afetam a conceituação do lazer em seu atual estágio, pois de certa forma ainda

⁹⁵ OLIVEIRA, Rosiska Darcy de. *Reengenharia do Tempo*. Rio de Janeiro: Rocco, 2003, p. 14.

⁹⁶ MORAIS, op. cit, p. 38.

se pensa nesse direito como mera liberação de tempo livre, como negação do trabalho, esquecendo-se de seu conteúdo humano mais profundo e de sua concepção original. Enquanto se pensar no lazer como tempo não-produtivo, em contraposição ao tempo produtivo, permanecer-se-á a fixar o trabalho como núcleo central da vida, em torno do qual se desenvolvem todas as demais atividades do homem.

Aliás, o desenvolvimento do lazer apenas do ponto de vista econômico não deixa de ser, mais uma vez, a manifestação da visão deturpada do mundo do trabalho, pois a liberação de tempo livre modernamente vem sendo impulsionada pela potencial criação e desenvolvimento de outros setores da economia. De forma alguma pretende-se negar tal uso do lazer. Ao contrário, deve-se aproveitar essa justificativa econômica para o aumento desse tempo. O que preocupa, mais uma vez, é a falta de conscientização e cultura acerca da função real do lazer como formador da humanidade.

Em consonância com tais observações, Heloísa Turini Bruhns, citando De Grazia, expôs a constatação desse autor no sentido de que “como fato ou como ideal, o lazer raramente aparece no mundo industrial. Perdeu-se o caráter gratuito, onde tudo deve ser justificado pela utilidade, como também aceito pelos padrões morais instituídos. O gratuito, o informal, receberam o rótulo de vadiagem, de ociosidade”⁹⁷.

Entretanto, percebe-se uma certa preocupação atual na revalorização do conceito original do ócio, o que é constatado pela

⁹⁷ BRUHNS, Heloisa Turini. Lazer e Motricidade: Dialogando com o Conhecimento. In: ____ (Org.). *Temas sobre lazer*. São Paulo: Autores Associados, 2000.

Sociologia em estudos específicos, dos quais o mais lembrado costuma ser “O Ócio Criativo”, do italiano Domenico de Masi, muito embora antes dele já se possa encontrar vozes a tal respeito, seja na Antiguidade, como explanado alhures, seja na própria época da Revolução Industrial, quando foi publicado o irreverente manifesto de Paul Lafargue intitulado “O Direito à Preguiça”, de 1880, já citado nesta obra, bem como o artigo de Bertrand Russel, “O Elogio ao Ócio”, de 1932.

Esse novo movimento geralmente é justificado pelo conceito da pós-modernidade que, no mundo do trabalho, tem sua expressão na sociedade pós-industrial, na qual os paradigmas tradicionais de organização do trabalho não se sustentam ante as recorrentes inovações tecnológicas, as novas profissões que surgem e o sentimento generalizado de ausência de referenciais sólidos, ou seja, uma sociedade em que apenas se está trabalhando em determinada empresa e, não mais, se faz parte dela.

Assim, busca-se na revalorização do lazer como fator de elevação do ser humano e como viabilizador do resgate das relações afetivas na esfera da vida privada doméstica, uma alternativa para a cura da sociedade que abarrotava consultórios com síndromes de pânico e outras manifestações depressivas em geral.

Vale ressaltar, nesse ponto de revalorização do lazer, que o fato do legislador constituinte incluí-lo como um dos direitos sociais, e portanto um dos direitos fundamentais de segunda dimensão, reforça, a nosso sentir, a idéia de seu conteúdo humano fundamental, permitindo-se uma visão mais ampla desse bem do que apenas a de ser

o contraposto do trabalho. É paradigmático, inclusive, que no art. 6º da CF trabalho e lazer tenham sido postos lado a lado como categorias de igual importância de valor para nossa sociedade, o que permite uma nova ótica para o conceito de lazer, para além da questão do trabalho.

Assim, nessa breve introdução ao tema, pretende-se apenas fixar que o sentido pejorativo de ócio arraigado nas sociedades industriais, que vivem para o trabalho, deve ser afastado quando utilizado tal vocábulo na presente obra e, ainda, para registrar que nesse estudo ócio e lazer serão utilizados como sinônimos de um mesmo gênero, existindo diversas dimensões dessa categoria como adiante será explicitado.

3.2 Conceito Sociológico de Lazer

Referência no estudo da matéria no Brasil na seara da sociologia, Dumazedier, em obra da década de 70, entende que:

(...) o lazer é um conjunto de ocupações às quais o indivíduo pode entregar-se de livre vontade, seja para repousar, seja para divertir-se, recrear-se e entreter-se ou, ainda para desenvolver sua informação ou formação desinteressada, sua participação social voluntária ou sua livre capacidade criadora após livrar-se ou desembaraçar-se das obrigações profissionais, familiares e sociais.⁹⁸

⁹⁸ DUMAZEDIER, Joffre. *Lazer e Cultura Popular*. 3.ed. São Paulo: Perspectiva, 2004, p. 34.

Desenvolveu o autor tal conceito a partir da crítica de que tratava-se a questão predominantemente como simples oposição ao trabalho profissional, numa visão simplista, constatando que o fenômeno do lazer é em si ambíguo, que “não tem qualquer significado em si mesmo”⁹⁹, identificando suas três principais funções: descanso; divertimento, recreação e entretenimento; o desenvolvimento.

A função do descanso encontra-se ligada, para o autor, à questão biológica do ser humano, uma vez que tem por escopo proporcionar a reposição da energia gasta no trabalho, seja do ponto de vista físico, seja do psicológico.

Já a função do divertimento, recreação e entretenimento funcionaria para evitar a fadiga, que seria o efeito nefasto “da monotonia das tarefas parcelares sobre a personalidade do trabalhador”¹⁰⁰, no sentido de viabilizar uma ruptura com a disciplina da vida cotidiana, uma fuga por meio do divertimento, o que acaba viabilizando que o indivíduo possa, após, continuar suportando o fardo da vida rotineira.

Quanto à função do desenvolvimento da personalidade, permite o lazer “uma participação social maior e mais livre, a prática de uma cultura desinteressada do corpo, da sensibilidade e da razão, além da formação prática e técnica”, suscitando “no indivíduo libertado de suas obrigações profissionais, comportamentos livremente escolhidos

⁹⁹ Ibidem, p. 32.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 33.

e que visem ao completo desenvolvimento da personalidade, dentro de um estilo de vida pessoal e social”¹⁰¹.

Aprofundando-se na questão, Valmir José Oleias cita o conceito de lazer fornecido por Luiz Otávio de Lima Camargo na obra “O que é Lazer”, de 1989, como sendo “um conjunto de atividades gratuitas, prazerosas, voluntárias e liberatórias, centradas em interesses culturais, físicos, manuais, intelectuais, artísticos e associativos, realizadas num tempo livre roubado ou conquistado historicamente sobre a jornada de trabalho profissional e doméstico e que interferem no desenvolvimento pessoal e social dos indivíduos” e, ainda, o conceito de Néelson Carvalho Marcelino na obra “Lazer e Humanização”, de 1983, vendo o lazer como “uma atividade desinteressada, sem fins lucrativos, relaxante, sociabilizante e liberatória”¹⁰². Após, apresenta interessante análise da influência do Poder Público, das condições de classe e do trabalho sobre o lazer.

Para chegar a tal conclusão, observou Oleias que o fator social-econômico afeta a questão do lazer tanto quanto a questão do tempo livre, atribuindo ao Estado uma obrigação de promoção social do lazer, no que parece se aproximar bastante da questão jurídica de direitos fundamentais, explicitando suas conclusões da seguinte forma:

- a) o lazer tem sido, historicamente, uma atividade necessária ao desenvolvimento bio-psíquico-social do homem;
- b) o lazer está relacionado à disponibilidade do tempo livre;

¹⁰¹ Ibidem, p. 34.

¹⁰² OLEIAS, Valmir José. *Conceito de Lazer*. Disponível em: <<http://www.cds.ufsc.br/~valmir/cl.html>>. Acesso em: 1º fev. 2005.

c) o lazer diz respeito mais diretamente às classes privilegiadas pela sua situação sócio-econômica;

d) por fim, a prática do lazer é influenciada sobretudo pelo Estado, na medida em que este pode implementar políticas públicas para o setor, além de oferecer espaços físicos necessários e adequados para a sua execução. Portanto, a relação com o trabalho, a sua presença ao longo da história da humanidade, o caráter de classe e a influência que o Estado contemporâneo pode apresentar colocam-se teoricamente como os principais elementos definidores do lazer.¹⁰³

Feita essa pequena digressão pelos campos da Sociologia e da Educação, finalizando-se com a constatação supra por se aproximar da problemática do ponto de vista jurídico, cabe-nos apresentar no plano do Direito a mesma questão, na busca de uma formulação jurídica do fenômeno em análise.

3.3 Conceito Jurídico de Lazer

Para formulação do conceito jurídico de lazer, faz-se imperioso buscar as normas que contêm referência a esse direito, tido por fundamental em nosso ordenamento (eis que consagrado constitucionalmente), a fim de se verificar o grau de importância reconhecida à matéria por nossa sociedade.

¹⁰³ Ibidem.

Assim, em ordem cronológica, os seguintes diplomas trazem algum tipo de referência ao lazer – alguns internacionais que adotamos como referência universal e outros internos:

I) Complemento da Declaração dos Direitos do Homem (Elaborado pela Liga dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1936):

Artigo 2 – O primeiro dos direitos do homem é o direito à vida.

[...]

Artigo 4 – O direito à vida comporta: a) O direito a um trabalho reduzido o bastante para deixar lazeres suficientemente remunerados, a fim de que todos possam participar amplamente do bem-estar que os progressos da ciência e da técnica tornam cada vez mais acessíveis e que uma repartição equitativa deve e pode garantir a todos; b) O direito ao pleno cultivo intelectual, moral, artístico e técnico das faculdades de cada um (...).¹⁰⁴

II) Declaração referente aos fins e objetivos da Organização Internacional do Trabalho, aprovada em Filadélfia de 1944 (ratificada pelo Brasil):

¹⁰⁴ BRANDÃO, Adelino. *Os Direitos Humanos. Antologia de Textos Hhstóricos*. São Paulo: Landy, 2001, p. 54.

Item III: i) obter um nível adequado de alimentação, de alojamento, de recreação e de cultura.¹⁰⁵

III) Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948:

Artigo XXIV: Todo homem tem direito a repouso e lazer, inclusive à limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas.¹⁰⁶

IV) Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966 (ratificado pelo Brasil):

Artigo 7º: Os Estados integrantes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar condições de trabalho justas e favoráveis, que garantam sobretudo: (...) d) O repouso, os lazeres, a limitação razoável da duração do trabalho e férias remuneradas periódicas, assim como remuneração dos feriados.¹⁰⁷

¹⁰⁵ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – BRASIL. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/portugue/region/ampro/brasil/inf/download/constituicao_oit.pdf>. Acesso em: 1º fev. 2005.

¹⁰⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 236.

¹⁰⁷ BRANDÃO, op. cit., p. 125.

V) Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988:

Art. 6º: São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

[...]

Art. 7º, IV: salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

[...]

Art. 217 § 3º: O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social.

[...]

Art. 227: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

VI) Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente):

Art. 4º: É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

[...]

Art. 59: Os Municípios, com apoio dos Estados e da União, estimularão e facilitarão a destinação de recursos e espaços para programações culturais, esportivas e de lazer voltadas para a infância e a juventude.

[...]

Art. 71: A criança e o adolescente têm direito a informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

[...]

Art. 94: As entidades que desenvolvem programas de internação têm as seguintes obrigações, entre outras:

XI - propiciar atividades culturais, esportivas e de lazer”.

Art. 124: São direitos do adolescente privado de liberdade, entre outros, os seguintes:

XII - realizar atividades culturais, esportivas e de lazer.

VII) Lei 9.615/98 (Lei do Desporto):

Art. 3º: O desporto pode ser reconhecido em qualquer das seguintes manifestações:

I - desporto educacional, praticado nos sistemas de ensino e em formas assistemáticas de educação, evitando-se a seletividade, a hipercompetitividade de seus praticantes, com a finalidade de alcançar o desenvolvimento integral do indivíduo e a sua formação para o exercício da cidadania e a prática do lazer.

VIII) Protocolo de San Salvador (Protocolo Adicional à Convenção Interamericana Sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), ratificado pelo Brasil e com vigência interna a partir de 16 de novembro de 1999 nos termos do Decreto 3.321/99:

Artigo 7º: Condições justas, equitativas e satisfatórias de trabalho. Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem que o direito ao trabalho, a que se refere o anterior, pressupõe que toda pessoa goze do mesmo em condições justas, equitativas e para o que esses Estados garantirão em suas legislações, de maneira particular:

[...]

b) O direito de todo trabalhador de seguir sua vocação e de dedicar-se à atividade que melhor

atenda a suas expectativas e a trocar de emprego de acordo com a respectiva regulamentação nacional;

[...]

g) Limitação razoável das horas de trabalho, tanto diárias quanto semanais. As jornadas serão de menor duração quando se tratar de trabalhos perigosos, insalubres ou noturnos;

h) Repouso, gozo do tempo livre, férias remuneradas, bem como remuneração nos feriados nacionais.

IX) Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso):

Art. 3º: É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

[...]

Art. 20: O idoso tem direito a educação, cultura, esporte, lazer, diversões, espetáculos, produtos e serviços que respeitem sua peculiar condição de idade.

[...]

Art. 23: A participação dos idosos em atividades culturais e de lazer será proporcionada mediante descontos de pelo menos 50% (cinquenta por cento) nos ingressos para eventos artísticos,

culturais, esportivos e de lazer, bem como o acesso preferencial aos respectivos locais.

[...]

Art. 50: Constituem obrigações das entidades de atendimento:

IX – promover atividades educacionais, esportivas, culturais e de lazer.

Essa breve listagem de diplomas que ao menos citam o direito ao lazer em algumas de suas modalidades tem o efeito prático de verificação de que a discussão acerca do tema em nossa seara já não se limita à enunciação de uma ideologia sem conteúdo concreto, como alguns equivocadamente poderiam entender pelo texto do art. 6º da CF, pois o próprio legislador infraconstitucional inicia seus primeiros passos no sentido de se obter uma maior concretude ao direito ao lazer, ao menos no campo da proteção especial destinada às crianças, adolescentes e aos idosos, muito embora ainda tenha sido tímido apenas ao prescrever uma obrigação de promoção desse direito e pela concessão de descontos para os idosos em atividades de lazer com custo financeiro por entidades públicas ou privadas.

Não deixa de ser curioso, inclusive, que a atenção do legislador infraconstitucional por ora não alcance o ser humano enquanto efetivamente inserido no processo do trabalho produtivo, limitando-se a uma promoção do lazer apenas na fase anterior e posterior ao gasto de sua energia na sistemática de uma sociedade calcada no trabalho, ou seja, para a criança e adolescente e para o idoso, deixando perceber que ainda grassa a noção de lazer como categoria antagônica ao

trabalho produtivo de uma forma genérica, o que pretendemos afastar no presente estudo.

De qualquer sorte, ao menos em relação às crianças e adolescentes e aos idosos observa-se que restou adotada expressamente, pela norma infraconstitucional, a dimensão objetiva do direito fundamental ao lazer, pois reconhece-se que deve ele ser “assegurado” como uma “obrigação” não apenas do Poder Público, mas também “da família, da comunidade, da sociedade”, donde se conclui que, ao menos, ninguém pode lesionar tal direito (dimensão subjetiva negativa) e que todos devem contribuir para o mesmo (dimensão subjetiva positiva).

Em reforço a essa constatação, mas colocando o direito ao lazer dentro da noção de meio-ambiente, José Afonso da Silva registra que:

(...) o art. 6º menciona o lazer entre os direitos sociais. *Lazer e recreação* são funções urbanísticas, daí por que são manifestações do direito urbanístico. Sua natureza social decorre do fato de que constituem prestações estatais que interferem com as condições de trabalho e com a qualidade de vida, donde sua relação com o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado. “*Lazer* é entrega à ociosidade repousante. *Recreação* é entrega ao divertimento, ao esporte, ao brinquedo. Ambos se destinam a refazer as forças depois da labuta diária e semanal. Ambos requerem lugares

apropriados, tranqüilos num, repletos de folgedos e alegrias em outro.¹⁰⁸

Dessa forma, o conceito que abaixo apresentamos para o direito ao lazer pretende ir além da perspectiva da simples negação do trabalho, buscando a bem da verdade uma correlação com tal realidade, pautando-se pela observação de que o fenômeno do lazer tem múltiplas e variadas facetas, necessitando de uma visão aberta e fluida para sua melhor apreensão.

Aliás, igualmente constatando que o lazer não se resume apenas à liberação de tempo livre, Beatriz Francisca Chemin registra que:

(...) também fazendo parte do tempo livre há um tempo como lazer que, via de regra, é autônomo do trabalho, porque é um tempo “superior”, que não pertence ao saciamento das necessidades básicas do ser humano – já satisfeitas – e nem está atrelado aos compromissos da atividade produtiva. Esse tempo como lazer está relacionado a algo – não necessariamente ligado ao tempo quantitativo e nem só gratuito – que seja espontâneo, natural nas fruições do viver; que seja fonte de criação, de prazer, de felicidade, que possibilite levar a pessoa

¹⁰⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 317.

ao autocrescimento, ao autoconhecimento, à auto-humanização.¹⁰⁹

De tudo acima exposto, pode-se fixar que o lazer possuiria ao menos duas dimensões, obviamente não se pretendendo realizar um conceito fechado (inclusive por coerência às constatações até aqui formuladas): uma humana e outra econômica. Entretanto, adverte-se que nenhuma das perspectivas consegue isolar apenas um dos fatores, encontrando-se ambos presentes, em maior ou menor grau, em cada uma das divisões abaixo propostas.

Assim, em ambas as dimensões, humana e econômica, afiguram-se perspectivas ou nuances que se complementam e se correlacionam, propondo-se sua sistematização apenas para fins didáticos, pela carga preponderante que preferimos reconhecer em cada uma delas. Na dimensão humana, que a nosso ver deve preponderar sobre a econômica até por ser o lazer consagrado como direito fundamental, observam-se as seguintes perspectivas:

a) **lazer como necessidade biológica** – corresponde ao ponto de vista mais tradicional do fenômeno nas sociedades industriais, sendo o momento em que o ser humano trabalhador poderia restabelecer suas energias para continuar laborando, tanto para os trabalhos manuais quanto para os intelectuais, evitando-se doenças profissionais, mormente as relacionadas a trabalhos repetitivos, estresse emocional e fadiga, que findaria por afetar a própria

¹⁰⁹ CHEMIN, Beatriz Francisca. *Constituição & Lazer. Uma perspectiva do tempo livre na vida do (trabalhador) brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 196-197.

produção. Nesse aspecto, inclusive, observa-se que a perspectiva humana se entrelaça com a econômica, num esquema reprodutor da própria condição do labor com determinante de todos os espaços da vida, como já anteriormente exposto. Em parte pensa-se na saúde do trabalhador e, em boa dose, na própria manutenção da produção.

b) lazer do ponto de vista social – ainda arraigado à noção de tempo livre após o trabalho profissional ou de afazeres de manutenção doméstica, o lazer seria necessário para viabilizar a convivência social, fomentando as relações familiares e privadas, possibilitando a interação humana; seria o momento em que a família conversa, se diverte, e que os amigos praticam atividades recreativas como esportes, jogos etc. Mais uma vez, como dito no tópico anterior, ainda aqui parece que o toque preponderante do lazer seria possibilitar um resgate da noção de tempo de forma a fomentar o retorno da convivência humana íntima, não mais relegada a curtos períodos ditados pelo ritmo do trabalho.

De qualquer sorte, também há que se reconhecer que, nesse aspecto – social –, a prática do lazer sem uma conscientização e uma cultura parece novamente funcionar a serviço do mundo do trabalho, pois a homogeneização das formas de lazer, das atividades impostas pela sociedade consumista, impregnadas pela mídia de massa, finda por disciplinar a vida da pessoa do trabalhador de sorte a enquadrá-lo num esquema pré-definido e que igualmente reproduz a influência da noção do trabalho nos demais setores da vida.

Curioso notar que não raro em grupamentos supostamente dedicados a atividades lúdicas descompromissadas, como times de futebol, grupos de motociclistas etc., as pessoas envolvidas reproduzem um ambiente hierárquico típico do mundo do trabalho, surgindo a figura de uma liderança que esquematiza o funcionamento da atividade recreativa nos moldes disciplinarizados, com confecção de uniformes, patentes e, quiçá, verdadeiras cadeias de comando nas quais o integrante possa se orgulhar de deter alguma ascendência social (muitas vezes não conseguida no mundo do trabalho). Serve o lazer, assim, ao aspecto econômico, pois reproduz e reafirma os condicionamentos típicos da atividade produtiva.

Constata-se, novamente, a ambigüidade inerente ao lazer, pois dependendo do ponto de vista calca-se sua fundamentação predominantemente no aspecto econômico ou no humano.

c) **lazer como necessidade psíquica** – seria no lazer que ocorreria uma ruptura com a estrutura hierárquica da sociedade (e principalmente do trabalho), onde o ser humano realizaria atividades lúdicas e desligadas da realidade social, a fim de “recarregar” suas energias para viabilizar um equilíbrio na sua conduta dentro da rede social.

Aqui se pode observar mais de perto o lazer alienante, aquele que faz o indivíduo viver outra vida imaginária nos períodos de tempo livre, na conhecida fórmula de se trabalhar a semana inteira em uma atividade desgastante e desestimulante para, com a remuneração obtida por tal sacrifício, entregar-se o trabalhador a atividades que o

façam esquecer a triste realidade da vida, inserindo-se num mundo imaginário onde pode ser realizado aquilo que realmente se gosta, aparecendo a função dos *hobbyes* como métodos conformadores do indivíduo ao labor.

No sentido positivo dessa manifestação do lazer reconhece-se a possibilidade, ainda que parcial, do ser humano dedicar-se aos afazeres que lhe dão prazer, resgatando os talentos naturais e concretizando os desejos e sonhos inviabilizados pelo mundo do trabalho, onde pauta sua conduta a mera necessidade de sobrevivência, permitindo uma desconexão com o trabalho como verdadeiro direito inerente à própria vida.

d) lazer no sentido existencial, como novo caráter de subjetividade – aqui aparece a idéia de dedicação do ser humano ao “ócio criador” no conceito arcaico, como possibilidade de ter acesso a informações, cultura, artes, enfim, a bens materiais e imateriais, filosofias e tudo que possa incrementar valor ao homem no sentido de crescimento individual – viabilizando uma nova subjetividade rompida com a estrutura laboral – e , conseqüentemente, coletivo. É nesse aspecto do lazer que pode ocorrer uma “redefinição de seu conteúdo e de seus vínculos”¹¹⁰, aproximando-se os conceitos de trabalho e de lazer; de tempo de trabalho e de tempo livre, colocando-se poesia na própria estrutura laboral, vivenciando-se essa existência humana fora da estrutura massificante da verdade industrial.

¹¹⁰ MORAIS, op. cit., p. 65.

Busca-se, aqui, viabilizar a “reengenharia do tempo” proposta por Rosiska Darcy de Oliveira, através da “reinvenção, não só das empresas, mas da administração pública e da sociedade”, a fim de se poupar “sofrimentos e evitar os prejuízos sociais que estão levando as sociedades à falência”, visando-se “lucros existenciais para as pessoas comuns”¹¹¹.

Nas palavras de Bolzan de Moraes:

A busca do tempo perdido só ocorre a partir do momento em que se consiga estabelecer uma quebra nesta relação maquínica de reprodução. Uma destruição das engrenagens de articulação desse processo de esquadramento da vida, a partir do desmantelamento do processo unívoco de ver e se articular com o mundo. O destroçar de uma estrutura de homogeneização dos homens e suas relações.

Um processo de singularização, todavia, requer a reapropriação dessa subjetividade, mas também, e a partir daí, a recuperação e retomada do controle da vida pelo homem.

Uma nova estruturação da relação do homem com o seu tempo se institui, assim após a retomada de consciência do mundo e para com ele próprio¹¹².

Releva em importância, portanto, o “lazer existencial”, capaz de produzir modificações na percepção do ser humano sobre seu papel no mundo e de dar sentido a sua vida, ou ao menos de viabilizar tais

¹¹¹ OLIVEIRA, op. cit., p. 14.

¹¹² MORAIS, op. cit., p. 84.

questionamentos, resgatando-se a complexidade das relações humanas em contraposição à rigidez e à profilaxia das cadeias de comando empresariais.

Já na dimensão econômica, que nesse estudo assume papel secundário, pois o foco central da questão abordada leva em conta o aspecto humanístico desse direito, o lazer afigura-se basicamente como:

a) **meio para busca do pleno emprego** – o gradativo aumento de tempo destinado ao lazer (tempo livre) necessita da correspondente diminuição do tempo destinado ao trabalho, determinando a adoção de jornadas cada vez menores e, como isso, gerando-se maior número de postos de trabalho, harmonizando-se o direito social ao lazer e o princípio da ordem econômica da busca pelo pleno emprego preconizado no art. 170, VIII da Constituição da República. Tal sistemática seria possível, sem se afetar o nível da produção, pelo incremento constante e racional de novas tecnologias, tal como defendido por Russel: “Se o assalariado comum trabalhasse quatro horas por dia, haveria bastante para todos, e não haveria desemprego – supondo-se uma quantidade bastante modesta de bom senso organizacional”¹¹³.

Essa perspectiva, ainda mais nos termos como proposta por Russel, sempre foi objeto de sérias críticas, mormente porque algumas experiências nesse sentido, em épocas recentes, parecem não ter

¹¹³ RUSSEL, Bertrand. *O Elogio ao Ócio*. 4.ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2002, p. 30.

produzido o esperado efeito da redução do desemprego, sendo a questão, ao menos, geradora de grande incerteza nesse campo. Como melhor exemplo, cita-se a redução da duração do trabalho para 35 horas semanais promovida em França, que acaba de sofrer retrocesso, como nos dá notícia o artigo publicado em 9 de dezembro de 2004 intitulado “Socialistas: reforma acaba com as 35 horas de trabalho na França”¹¹⁴, acerca da apresentação de medidas pelo atual governo para flexibilização da duração do trabalho naquele país, ante a constatação de que o nível de desemprego não obteve recuo com a redução da jornada, muito embora setores de representação de trabalhadores neguem tais estatísticas.

Ocorre que a questão da elevação do número de empregos pela simples redução de jornada não pode olvidar da problemática influência da revolução tecnológica no mercado de trabalho, pois não existe paridade entre a força de trabalho humana e a automatizada, de sorte que a liberação de trabalho pela redução de jornada fatalmente não produzirá a contratação de novos trabalhadores, mas sim o incremento do uso de tecnologias de forma a se substituir paulatinamente o labor humano pelo da máquina. Tal evidência é, inclusive, apontada geralmente como a base da crise do trabalho e do emprego, mormente em época de tecnologias digitais e mundo globalizado com internacionalização de capitais, o que modifica todos os paradigmas sobre os quais a sociedade do trabalho foi edificada.

¹¹⁴ Disponível em:
<<http://noticias.uol.com.br/ultnot/2004/12/09/ult1767u29230.jhtm>>. Acesso em 10 dez. 2004.

Parece, então, que o caminho para se solucionar essa antiga questão, que se demonstra como um acontecimento fatal que apenas episodicamente é retardado por políticas públicas de manutenção ou criação de postos de trabalho, seria mudar todo o foco da nossa sociedade, construída sobre o falso pilar do trabalho, para uma sociedade que, usando da razão, encontraria outra alternativa para os seres humanos que não apenas viver na angústia dicotômica da ocupação ou desocupação, modificando seus conceitos e obtendo uma nova perspectiva da finalidade do homem nesse curto período que chamamos de vida, em que as necessidades vitais básicas seriam provenientes de outra fonte que não o trabalho humano remunerado.

Lafargue, inclusive, já registrava em 1880:

Aristóteles previa que, “se cada instrumento pudesse executar sem ser mandado, ou então por si só, a sua função própria, tal como as obras-primas de Dédalo se moviam por si mesmas ou tal como os tripés de Vulcano, que realizavam espontaneamente seu trabalho sagrado; se, por exemplo, as rocas dos tecelões tecessem por si próprias, o dono de oficina já não teria necessidade de ajudantes, nem o senhor, de escravos”.¹¹⁵

Continua o mesmo autor observando, em texto de impressionante atualidade, que:

¹¹⁵ LAFARGUE, op. cit.

(...) o sonho de Aristóteles é nossa realidade. Nossas máquinas a vapor, com membros de aço, infatigáveis, de maravilhosa e inesgotável fecundidade, realizam por si próprias docilmente o seu trabalho sagrado; e, contudo, o gênio dos grandes filósofos do capitalismo continua a ser dominado pelo preconceito do assalariado, a pior das escravidões. Ainda não compreendem que a máquina é a redentora da humanidade, o Deus que resgatará o homem das *sordidae artes* e do trabalho assalariado, o Deus que lhe dará o lazer e a liberdade.¹¹⁶

Aliás, não é diferente a opinião apresentada pelo Grupo Krisis que em interessante estudo propõe:

Em lugar da produção de mercadorias entra a discussão direta, o acordo e a decisão conjunta dos membros da sociedade sobre o uso sensato de recursos. A identidade institucional social entre produtores e consumidores, impensável sobre o ditado do fim em si mesmo capitalista, será construída. As instituições alienadas pelo mercado e pelo Estado serão substituídas pelo sistema em rede de *conselhos*, nos quais as livres associações, da escala dos bairros até a mundial, determinam o fluxo

¹¹⁶ Ibidem.

de recursos conforme pontos de vista da razão sensível social e ecológica.¹¹⁷

Muito embora soe utópica tal perspectiva, e aqui não será efetuada qualquer defesa desse ponto de vista, registra-se que nesse estudo foi ela citada apenas para que fosse possível correlacioná-la com a idéia de lazer que ora se propõe.

Frise-se, ainda, não se pretende, aqui, defender a extinção dos postos de trabalho, mas apenas verificar que a crise do trabalho pode encontrar subsídio para uma saída na revalorização do lazer, não do ponto de vista de simples redução de jornada de trabalho, mas de verdadeiro fomento do ócio criativo, no qual o ser humano se dedicaria às questões de relevância de sua vida com uso de recursos culturais, focando-se nesse eixo de desenvolvimento artístico, intelectual, filosófico, enfim, de busca de outros bens que não os materiais de consumo para estimular sua vivência, num mundo onde:

(...) a felicidade seria uma aliança entre as possibilidades de redução das fadigas e das penas, via potencialização da capacidade criativa do homem, onde a troca simbólica de poder, ocorrida a partir da quantificação das benesses materiais operadas exatamente pelas possibilidades tecno-materiais não tenha o preço de uma passividade mortífera. Uma aliança ética pela sobrevivência, para um tempo que, ainda único, não seria unívoco, mas polissêmico.¹¹⁸

¹¹⁷ GRUPO KRISIS. *Manifesto contra o Trabalho*. São Paulo: Conrad, 2003, p. 90.

¹¹⁸ MORAIS, op. cit., p. 116.

Assim, pode-se fixar que nessa perspectiva econômica o lazer propiciaria não apenas a redução da jornada, mas também o desenvolvimento de outra cultura apta a absorver a energia liberada do trabalho, donde o conceito de “pleno emprego” seria substituído pelo de “plena ocupação”, não necessariamente remunerada nos moldes do pensamento hoje ainda dominante, mas com outras formas de reconhecimento do valor dessas atividades.

b) criação de outros setores da economia, principalmente do turismo – fenômeno que já vem sendo observado, o desenvolvimento de uma cultura de lazer viabiliza a exploração econômica de outros setores, reabsorvendo parte da mão-de-obra liberada pela revolução tecnológica (mas não na mesma medida). Exemplos são as atividades típicas de turismo, que envolvem viagens, guias, passagens, hotéis, atividades recreativas, enfim, uma série de afazeres que as pessoas no gozo do lazer costumam empreender com gasto financeiro considerável.

Isto pode ocorrer seja ainda dentro da visão de alienação do trabalhador no tempo livre, como complemento da visão de ruptura com o trabalho acima exposta da dimensão humana do lazer, onde o acúmulo de salários ou remunerações efetuado por determinado período de tempo é utilizado para custear essas atividades turísticas que permitem o “esquecimento temporário” da vida laborativa; seja para, no desenvolvimento do conceito de lazer existencial, viabilizar a alteração da subjetividade em outro espaço que não o trabalho, mas

que igualmente demanda recursos como materiais pedagógicos, livros, cursos, passagens, hospedagens etc.

c) **propicia a restauração de energia do trabalhador de forma a manter o nível de produtividade** – é noção geral na atualidade que o trabalhador que goza regularmente de seus descansos, e neles embutido o lazer, mantém um nível de produtividade superior àquele que se consome pelo trabalho em demasia, donde do ponto de vista econômico vale a pena manter o gozo de tempo livre, sendo tal perspectiva simplesmente complementar da humana desenvolvida acima referente ao aspecto biológico.

A maior parte dessas perspectivas, portanto, pauta o lazer num lugar diferente da vida cotidiana do trabalho, como uma esfera alheia ao trabalho produtivo e necessária para a manutenção da sobrevivência individual e coletiva. Ocorre que referido antagonismo é apenas aparente, decorrente da originária noção de lazer em oposição ao labor (na concepção de trabalho sacrificante). Eis que o modelo de mundo imposto pela sociedade do trabalho ramifica-se de forma a alcançar todo o tempo de vida do trabalhador, condicionando-o a, mesmo na esfera do lazer, estar a serviço da sociedade capitalista.

Apenas na perspectiva humana que acima denominamos de “existencial” é que se buscaria a inserção do lazer no próprio cotidiano, a fim de se produzir um novo conceito de subjetividade. Se é certo que determinadas atividades dificilmente podem ser vistas como prazerosas, como por exemplo limpeza de cadáveres, coleta de

lixo etc., também é fato que a forma de se encarar a realização de referidos labores e de se estabelecer a relação entre o trabalhador e o tomador do serviço pode ser pautada por uma perspectiva de lazer. Não se quer, portanto, pregar que toda atividade laboral deve ser necessariamente prazerosa em si mesma, o que soaria utópico, seja pelas atividades em si desestimulantes (mas necessárias), seja pelo fato de que, não raro, qualquer prática inserida em contexto profissional perde o seu prazer intrínseco. Exemplos comuns podem ser vistos em atividades artísticas que, em dias e horários definidos, exigem a disposição do ator ou da atriz para encarnar uma personagem independentemente de, naquele momento, estarem ou não felizes com a opção realizada: a força da platéia que comprou ingressos exige a presença no palco...

Logo, além de viabilizar o exercício profissional adequado ao talento de cada ser humano, o que se pretende de forma mais concreta defender nada mais é do que o direito das pessoas serem autênticas, diferentes, de se expressarem criativamente também no ambiente de trabalho, evitando-se locais homogêneos e padronizados, verdadeiras baias para o dócil trabalhador executar as ordens que lhe são impostas sob pena de perda da fonte de sustento, onde diuturnamente relega-se a liberdade a segundo plano na busca da segurança material. O direito ao lazer, portanto, poderia servir como esteio à afirmação existencial do ser humano, gerando como consequência imediata um abrandamento dos rigores do poder diretivo patronal nas relações de emprego e das exigências comportamentais nas demais relações de

trabalho mantidas entre particulares de diferentes estaturas econômicas (relação de hipossuficiência do trabalhador).

Assim, em primeiro lugar a noção de lazer imprimiria na pessoa a busca de atividades profissionais que, ao mesmo tempo, proporcionam o maior prazer possível, esfera reservada a pequena parcela da população, ditada por uma questão vocacional, de se trabalhar naquilo que realmente lhe apraz, conjugando a sobrevivência ao prazer da atividade desenvolvida, donde se poderia imaginar um direito a se obter recursos materiais e imateriais não apenas para ativar naquilo que traz prazer, mas também para desenvolver as aptidões necessárias para viabilizar a preparação do indivíduo no sentido de execução dessas tarefas.

Em segundo lugar, e talvez de forma mais concreta, a noção de lazer pode ditar a forma de tratamento das relações trabalhistas, em que passa a ser direito do trabalhador poder executar seu labor da forma mais prazerosa possível, o que afeta o meio ambiente de trabalho, seja pela amenização dos rigores do poder diretivo da relação de emprego ou do poder de fiscalização inerente a qualquer dever assumido em contrato – como acima comentado –, seja pela permissão de se humanizar o local de trabalho como esfera de expressão do próprio ser humano, diminuindo-se a padronização de trabalhadores e permitindo-se manifestações de cunho pessoal que viabilizem ao trabalhador ser a mesma pessoa dentro e fora do local de trabalho, sem que tenha de se dividir em atitudes falsas apenas para se amoldar a um modo de vida considerado ideal para a produtividade.

Atentos, portanto, a essas várias dimensões e perspectivas que o lazer assume, mas focando naquela que ressalta em importância (existencial), juridicamente o conceito do lazer poderia ser formulado da seguinte maneira lacônica, desde que respaldado pela idéia central de seu reconhecimento como direito fundamental, sendo certo que em nossa concepção nenhuma das perspectivas do lazer deve ser descartada, mas todas aproveitadas de forma consciente na direção do desenvolvimento humano: **o direito do ser humano se desenvolver existencialmente, alcançando o máximo das suas aptidões, tanto nas relações que mantém com outros indivíduos e com o Estado, quanto pelo gozo de seu tempo livre como bem entender.**

Numa fórmula mais descritiva, o direito ao lazer pode ser tido como o direito fundamental do homem de se desenvolver como ser humano dotado de razão e desejo, na busca de sua elevação física, psíquica, social e espiritual, estimulando e aprimorando seus talentos e capacidades no interesse que bem lhe aprouver.

Certos de que as presentes formulações não são definitivas, mas apenas uma contribuição para o paulatino desenvolvimento desse direito fundamental geralmente esquecido pelos juristas, ressalta-se que propositalmente evitou-se inserir no conceito proposto qualquer referência à perspectiva econômica do lazer, ante a centralidade na questão humana que sob nossa ótica fez com que o legislador constituinte o consagrasse no rol de direitos sociais aplicáveis, diga-se de passagem, a todos os seres humanos e, não, apenas aos trabalhadores. Registra-se que nesse estudo preocupamo-nos apenas

com a questão do lazer e do trabalho, conforme a delimitação do tema proposto no início dessa obra.

Capítulo IV – A Limitação do Trabalho nas Relações de Trabalho

Hombre que trabaja pierde tiempo precioso.

(Provérbio espanhol)

No presente capítulo abordamos o instituto da duração do trabalho na relação de emprego e, ainda, de forma genérica em todas as relação de trabalho não subordinado, a fim de se aprofundar o direito ao lazer na perspectiva atualmente aceita de uma forma geral, como gozo de tempo livre após os afazeres da sobrevivência, o que será efetuado no próximo capítulo, como uma das aplicações possíveis da eficácia imediata do direito social ao lazer. Assim, dividimos o capítulo em dois principais temas: a limitação nas relações de trabalho não subordinado e, no outro pólo, a limitação no trabalho subordinado, mormente nas relações de emprego.

4.1 Limitação do Trabalho nas Relações de Trabalho Não Subordinado

A doutrina nacional majoritária efetua a defesa de que o instituto da limitação do trabalho previsto constitucionalmente diz respeito apenas à relação de emprego, vez que relega a aplicação de todos os direitos trabalhistas previstos no art. 7º da Constituição Federal, entre eles o objeto deste tópico (inciso XIII), apenas à

categoria de trabalho subordinado, buscando na legislação infraconstitucional o conceito de relação de trabalho por ausente tal padrão na própria norma constitucional, como aliás registra Alexandre de Moraes:

O *trabalhador subordinado* será, para efeitos constitucionais de proteção do art. 7º, o empregado, ou seja, aquele que mantiver algum vínculo de emprego.

Por ausência de um conceito constitucional de *trabalhador*, para determinação dos beneficiários dos direitos sociais constitucionais devemos nos socorrer ao conceito infraconstitucional do termo, considerando para efeitos constitucionais o *trabalhador subordinado*, ou seja, aquele que trabalha ou presta serviços por conta e sob direção da autoridade de outrem, pessoa física ou jurídica, entidade privada ou pública, adaptando-o, porém, ao texto constitucional (...).¹¹⁹

Referido posicionamento, ainda majoritário, justifica-se em larga medida pela histórica competência limitada da Justiça do Trabalho às questões relativas à relação de emprego, como previsto no art. 114 da Constituição da República até o advento da Emenda Constitucional n° 45, de 31 de dezembro de 2004, o que determinava um natural atrofiamiento das questões trabalhistas que transbordavam

¹¹⁹ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 15.ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 203.

o labor subordinado, pois não cuidavam os juristas trabalhistas especializados de tais matérias.

Contudo, a crise do emprego clássico e o surgimento de novas formas de trabalho - mormente de relações trabalhistas inviáveis de se amoldarem à figura do emprego subordinado -, aliados à nova competência conferida ao judiciário trabalhista, que abrange todas as relações de trabalho conforme a atual redação do art. 114, I da Constituição, fomenta e, cremos, outro não será o caminho a ser perseguido, que se estabeleça agora um conceito específico de relação de trabalho como gênero do qual a relação de emprego constitui apenas uma das espécies.

Dessa forma, delimitar o conceito de relação de trabalho torna-se essencial para não trazer, equivocadamente, outras relações similares que não possam ser tipificadas como de trabalho para o âmbito desse estudo. Especificamente, a relação de consumo onde há prestação de serviços traduz a principal dificuldade de distinção nesses primeiros momentos de reflexão sobre a matéria.

Tal constatação decorre do fato do Código de Defesa do Consumidor conceituar os componentes dessa relação específica em seus artigos 2º e 3º, mormente o consumidor e o prestador de serviços como abaixo transcrito:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

[...]

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

[...]

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Ora, pelo exame do texto legal pode-se dizer que a relação de consumo mantida com um prestador de serviços tem como limite de caracterização justamente as relações de caráter trabalhista, donde se observa o campo de entrelaçamento conceitual desses dois distintos fenômenos jurídicos.

A doutrina trabalhista, como dito, ainda não se debruçou sobre o tema ante a falta de interesse até o advento da Reforma do Judiciário, já que limitava-se a questão na distinção entre relação de trabalho e relação de emprego, esta tida como espécie daquele gênero, e que ficava dentro da limitada competência do antigo art. 114 da CF.

Essa premissa de relação gênero-espécie entre as relações de trabalho e de emprego leva a uma primeira conclusão sobre a caracterização da relação de trabalho: o trabalhador deve ser pessoa natural.

É patente que ao reconhecer o direito ao trabalho no art. 6º como direito social e, ainda, firmar o rol de direitos dos trabalhadores no art. 7º, o constituinte visualizou a situação daquele que efetivamente gasta a energia de trabalho em prol de um tomador dos seus serviços, pois não se pode imaginar, por exemplo e entre outros, que uma pessoa jurídica possa gozar de “licença-paternidade” ou de “licença-maternidade”, conforme incisos XVIII e XIX do citado artigo. Logo, resta inviável que se mantenha relação de trabalho entre duas pessoas jurídicas, vez que acaso contratada uma empresa prestadora de serviços, deverá ela contratar um trabalhador (pessoa natural) para, efetivamente, efetuar o gasto de energia que será objeto de contraprestação.

Assim, entre as duas pessoas jurídicas haveria uma relação meramente civil ou comercial, enquanto que, entre o trabalhador e o tomador dos seus serviços, haveria uma efetiva relação de trabalho. Exemplificando, se uma empresa contrata outra para fazer dedetização no ambiente de trabalho, o funcionário que realiza a tarefa de ir ao local ministrar o produto químico mantém relação de trabalho com a empresa dedetizadora, enquanto entre esta e o cliente (pessoa jurídica que a contratou) existe relação estranha à trabalhista, não sendo sequer de competência da Justiça do Trabalho.

Fincada, portanto, a primeira premissa para configuração da relação de trabalho: ser o trabalhador pessoa natural.

Por outro lado, ao se falar em relação de trabalho tem-se em foco o fato de uma pessoa, natural ou jurídica, ou mesmo um ente despersonalizado, figurar como tomador dos serviços, auferindo a

energia de trabalho da pessoa natural que se coloca na posição de trabalhador com a finalidade de, utilizando essa energia como incremento de sua produção ou melhoria de suas atividades, agregar valor para exploração de seus próprios produtos ou serviços junto ao usuário final. Percebe-se, assim, que entre o trabalhador e o usuário final existe uma outra pessoa, o tomador dos serviços, que usa da energia do trabalhador para impulsionar sua atividade empresarial, buscando no usuário final o pagamento pelo fornecimento do produto ou da prestação do serviço.

Numa relação de trabalho, portanto, nunca pode aparecer como tomador do serviço o usuário final, este mero cliente consumidor, mas sempre alguém que, utilizando do labor adquirido pela relação de trabalho, realiza sua função social perante os usuários finais.

Cita-se, como exemplo, o paciente que utiliza dos serviços de um dentista dentro de uma clínica especializada. Em relação ao paciente há verdadeira relação de consumo com a clínica, que a realiza através de um dos seus trabalhadores (o dentista). Já entre o dentista e a clínica, sim, podemos fixar a existência de relação de trabalho, ainda que mencionado profissional seja autônomo ou eventual.

Observe-se que o dentista, no exemplo supra, despende sua energia de trabalho em prol da clínica que, recebendo o pagamento do paciente, repassa parte para o dentista e retém parte como lucro. Assim, restam evidenciadas duas relações: a de consumo, entre paciente-clínica, e a de trabalho, entre dentista-clínica. A primeira foge ao objeto desse estudo. A segunda insere-se no conceito de relações trabalhistas.

Indagar-se-á se, no exemplo supra, ao invés do paciente buscar uma clínica para tratamento, fosse ele buscar diretamente um dentista, profissional liberal autônomo, para execução do serviço dentário. Um exame açodado poderia levar à conclusão de que o paciente “tomou” os serviços do dentista, configurando-se uma relação de trabalho entre ambos, figurando o dentista como trabalhador e o paciente como tomador dos serviços.

Ocorre que, conforme conceito acima explicitado, a relação de trabalho não ocorre entre o trabalhador e o usuário final do serviço. No caso em análise, existiria verdadeira relação de consumo, figurando o paciente como consumidor e o dentista como prestador de serviços. A presente conclusão assegura o tratamento correto às relações de trabalho e consumo, cada uma com princípios diversos ou, pelo menos, com foco em pólos diversos dessas relações.

Se é pacífico que a doutrina trabalhista vê na relação de consumo questões similares à relação de emprego (em sentido estrito) pela hipossuficiência de uma das partes e pela concessão de benefícios a ela em busca de uma igualdade substantiva, há de se ressaltar que, na relação de consumo, o protegido é o **consumidor** e, em hipótese alguma, o **prestador dos serviços**, este aparecendo como o detentor do poder econômico que oferece publicamente seus préstimos auferindo ganhos junto aos consumidores.

Transportando-nos para as relações de trabalho em sentido lato, seria no mínimo estranho imaginar o deferimento de uma tutela especial ao consumidor que, no caso, apareceria também como tomador dos serviços, reconhecendo-lhe, simultaneamente, duas

posições que se afiguram incompatíveis ontologicamente: a de fragilizado consumidor e a de contratante beneficiado pela energia de trabalho (tomador dos serviços).

Assim, resta fixada a segunda premissa para caracterização das relações de trabalho: o tomador dos serviços não pode ser o usuário final, mas mero utilizador da energia de trabalho para consecução da sua finalidade social (ainda que seja o tomador pessoa natural ou ente despersonalizado).

Citamos alguns exemplos de relações de consumo que não se confundem com relações trabalhistas: cliente e advogado; paciente e médico; cliente e motorista de táxi; cliente e arquiteto contratado para remodelar seu apartamento; cliente e corretor de imóveis autônomo; cliente e corretor de seguros autônomo etc.

Seguindo o mesmo raciocínio, adentraria no conceito de relações de trabalho: advogado e escritório de advocacia; médico e hospital; motorista de táxi e empresa que explora a atividade; arquiteto e empresa de reformas; corretor de imóveis e empresa de corretagem; corretor de seguros e seguradora etc.

Como consequência imediata do desenvolvimento do conceito de relação de trabalho, o próximo passo a ser percorrido é efetuar a indagação que de há muito já deveria ter sido instalada, qual seja, a viabilidade e em que medida poder-se-ia interpretar o art. 7º da CF como de aplicação a todos os trabalhadores, deferindo-se uma proteção social a outros trabalhadores que, em alguma medida, apresentam a mesma característica básica do clássico empregado: a

hipossuficiência, geralmente representada por uma dependência, ainda que econômica.

Um primeiro argumento a favor de referida tese é a interpretação literal, sempre tida por mais pobre, do texto constitucional. O mencionado art. 7º utilizou o vocábulo trabalhador, logo após a consagração do direito social ao trabalho no art. 6º, este inequivocamente aplicável a qualquer tipo de atividade que viabilize a ocupação profissional de uma pessoa, e não apenas a de emprego. Ora, se “trabalho” no art. 6º tem essa conotação ampla, não haveria motivos para imaginar que “trabalho” no art 7º deveria ter aplicação restritiva.

Não se diga que o fato de alguns incisos do art. 7º da CF mencionarem expressamente em algum ponto a relação de emprego pode levar à conclusão de que todos os direitos ali previstos somente devem ser deferidos aos empregados, uma vez que a proibição de qualquer tratamento discriminatório, a proteção da mulher no mercado de trabalho e a redução dos riscos inerentes ao trabalho, para citar alguns, inequivocamente detêm aplicação imediata para todo e qualquer tipo de trabalhador. Assim, caberia apenas adotar a premissa geral da aplicação do art. 7º da CF a todos os trabalhadores e, examinando-se seu conteúdo, distinguir a medida e a eficácia de cada um dos seus incisos a cada relação de trabalho mediante o método da ponderação dos interesses.

Para não se fincar apenas na interpretação literal, há de se lembrar que o art. 7º da CF constitui expressão do direito social ao trabalho, que é norma fundamental de nosso sistema e, portanto, valor

aplicável de forma genérica, sendo necessário verificar, no atual estágio de desenvolvimento de nossa sociedade, a ocorrência de inúmeras ocupações (ou formas de trabalho) que apresentam o pressuposto da hipossuficiência do trabalhador mas que não se enquadram no conceito clássico da relação de emprego, devendo ocorrer uma interpretação evolutiva a fim de se dar amparo a essas novas situações que o legislador ordinário nunca conseguirá acompanhar.

Nesse mesmo raciocínio observa-se a opinião do Procurador do Trabalho Rodrigo de Lacerda Carelli que, em obra pioneira, propõe:

(...) que os direitos sociais relacionados do art. 7º ao art. 11 da Constituição Federal sejam interpretados evolutivamente, em mutação constitucional, para se retirar a restrição imposta ao termo “trabalhadores”, não mais caracterizando como destinatários dessas normas somente os empregados, ou trabalhadores subordinados, trazendo e impondo a proteção constitucional de direito mínimos no trabalho para os “trabalhadores sem adjetivo”, generalizando a proteção social constitucional.¹²⁰

Esta é a tese que também abraçamos, obviamente aplicada sobre o crivo da ponderação de interesses e tomando-se o cuidado de verificar, em cada caso concreto, o grau de dependência do

¹²⁰ CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Formas Atípicas de Trabalho*. São Paulo: LTr, 2004, p. 135.

trabalhador envolvido na questão, tomando-se como premissa de dosagem para o nível de proteção social a ser deferida a medida de hipossuficiência do trabalhador.

Assim, pode-se concluir que já existe esteio suficiente para que, em outras formas de trabalho que não o subordinado, igualmente se reconheça o direito a uma limitação de trabalho, mesmo porque seria de todo afastado da realidade conferir permissão para que, em qualquer vinculação trabalhista, fosse lícito ao tomador dos serviços exigir prática de trabalho superior às forças do ser humano, sendo preceito alçado a patamar internacional o direito a uma razoável quantidade de trabalho como, aliás, observado no capítulo anterior no rol de tratados internacionais transcritos nesse estudo.

De qualquer sorte, há argumentos de ordem infraconstitucional para se defender a existência de uma limitação de jornada para qualquer tipo de trabalhador, pois o Código Penal em seu art. 149, com a redação dada pela Lei 10.803/03, tipifica como crime reduzir alguém a condição análoga à de escravo, podendo tal fato ocorrer, dentre outras formas, pela submissão do trabalhador a jornada exaustiva.

Ora, ao utilizar o vocábulo trabalhador, por uma simples interpretação gramatical pode-se concluir que o legislador não quis impedir a prática de tal conduta apenas ao empregador e seus prepostos sobre o empregado, mas a qualquer tomador de serviços sobre qualquer trabalhador, não sendo crível que se possa permitir, por qualquer motivo que seja, que uma pessoa se submeta, mesmo que por questões econômicas, ao cumprimento de jornadas que levarão à

degradação de sua liberdade. Vale lembrar que a sutil escravidão dos tempos modernos ocorre geralmente pela criação de uma relação de dependência econômica entre o tomador do serviço e o trabalhador que, infelizmente, muitas vezes depois de libertado retorna voluntariamente à condição degradante de escravizado, trocando sua energia de trabalho por um simples prato de comida. E não se diga que sua ida voluntária a tal estado de servidão possa legitimar semelhante tratamento, sob pena de se retroceder historicamente na aplicação do direito à liberdade.

Por outro lado, uma interpretação teleológica e calcada na realidade social demonstra que, ainda que ausentes os requisitos da relação de emprego, não se pode conceber no mundo civilizado a conduta acima tipificada sob pena de se instaurar verdadeiro retrocesso a um sistema de quase servidão, lembrando-se que não basta a subordinação jurídica para constatação do vínculo de emprego, mas outros elementos como a habitualidade, a pessoalidade e a onerosidade.

Como exemplo da situação acima mencionada, pode-se vislumbrar a questão recorrente do motorista de táxi que, utilizando de automóvel de uma outra pessoa que detém a licença municipal para prática dessa atividade, recebe a determinação para pagamento de diária em valor exorbitante, de tal forma que cerca de 12 horas de trabalho diárias sejam destinadas unicamente para satisfazer referido pagamento, laborando mais seis horas para obtenção da remuneração própria. Observe-se que dificilmente referido trabalhador poderia ser enquadrado no conceito clássico de empregado, pois geralmente

possui a liberdade de, se não quiser, não comparecer em determinados dias para trabalhar, ocasiões em que simplesmente não percebe qualquer contraprestação, não se configurando os requisitos da pessoalidade e da habitualidade, mas que, faticamente, sequer pode aventar tal possibilidade em razão de suas necessidades econômicas. Nesse caso, observa-se uma relação de trabalho onde há uma dependência econômica, sendo o trabalhador considerado hipossuficiente.

Em conclusão, a limitação da duração do trabalho também alcança os trabalhadores não subordinados, os que não laboram em relações de emprego, podendo-se resumir essa constatação pela constatação de que esse limite constitui mera decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, núcleo fundamental de nosso ordenamento jurídico.

Resta fazer, apenas, breve advertência de que o reconhecimento do direito a uma limitação de qualquer trabalho não enseja, por si só, a consequência do pagamento de horas extras como ocorre no padrão clássico da relação de emprego, restando ainda carente a doutrina na busca de outras formas de se proteger o trabalhador nesse aspecto, propondo-se nesse estudo, como mais adiante será efetuado, que a tutela jurídica do lazer seja um dos elementos viabilizadores dessa proteção.

4.2 Limitação do Trabalho nas Relações de Trabalho Subordinado

Dentro das relações de trabalho subordinado, sendo a principal a relação de emprego, não há qualquer dúvida na doutrina acerca da consagração de uma limitação do trabalho, patente pelo simples exame do art. 7º, XIII da Constituição Federal, sendo inclusive uma das primeiras conquistas sociais dos trabalhadores, como ressalta José Augusto Rodrigues Pinto ao citar:

(...) a rústica e expressiva quadrinha com que os trabalhadores ingleses, nos umbrais da *Revolução Industrial* nascida em sua pátria, resumiam suas queixas contra a excessiva duração do trabalho e sua avara retribuição: *Eight hours to work, eight hours to play, eight hours do sleep, eight shillings a day* (oito horas de trabalho, oito horas de lazer, oito horas para o sono, oito *shillings* por dia).¹²¹

Restaria a discussão, apenas, aos trabalhadores subordinados que não se enquadram nos moldes da relação de emprego, sendo os mais comuns o estagiário, o eventual e o avulso.

Para o avulso, a questão apresenta-se mais simples ante o disposto na própria Constituição, pois o inciso XXXIV do seu art. 7º estende a esse trabalhador todos os direitos previstos para os

¹²¹ PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de Direito Individual do Trabalho*. 5.ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 25.

empregados, igualando-o em proteção jurídica, donde se conclui que, mesmo não sendo empregado, goza referido trabalhador da limitação da duração de seu trabalho.

Quanto ao estagiário, a Lei 6.494/77, em que pese não estabelecer especificamente seu quantitativo, garante a limitação ao dispor no art. 5º que: “A jornada de atividade em estágio, a ser cumprida pelo estudante, deverá compatibilizar-se com o seu horário escolar e com o horário da parte em que venha a ocorrer o estágio”, acrescentando no parágrafo único que “nos períodos de férias escolares, a jornada de estágio será estabelecida de comum acordo entre o estagiário e a parte concedente do estágio, sempre com a interveniência da instituição de ensino”, donde se conclui possuir referido trabalhador direito à limitação da duração de seu trabalho.

O trabalhador eventual, entretanto, não encontra qualquer amparo em dispositivo legal para se justificar uma limitação de seu labor, por constituir figura não enquadrável nas categorias até hoje reconhecidas no campo normativo em nosso ordenamento jurídico. Ocorre que o próprio conceito de eventual, por si só, autoriza uma conclusão no sentido de que referida pessoa não estaria sujeita a longas jornadas, ao menos não cotidianamente, pois sua tipificação passa justamente pelo fato de ser esporádico dentro da estrutura empresarial, ou seja, de prestar um serviço episódico, o que é oposto à noção de disponibilização de energia de trabalho por períodos de longa duração.

Dessa forma, pode-se concluir que todos os tipos de trabalhadores subordinados encontram-se amparados pela proteção social da limitação da duração do trabalho.

4.3 Finalidade da Limitação da Duração do Trabalho

Como um padrão geral, a doutrina trabalhista aponta basicamente três características fundamentais ao instituto da duração do trabalho na relação de emprego. A primeira é ligada ao aspecto econômico, pois a quantidade de trabalho prestado indica geralmente o quantitativo da contraprestação a ser percebida pelo trabalhador e, ainda, a criação de novos postos de emprego, pois quanto menor a jornada maior a necessidade de número de trabalhadores numa análise simplista, como já explanado alhures.

A segunda, ligada à saúde do empregado, seja para prevenção de acidentes, seja para evitar a ocorrência de doenças decorrentes do trabalho.

Finalmente, uma terceira vertente relaciona o aspecto social do instituto, com o reconhecimento da limitação da jornada para viabilizar a existência de um tempo de vida para que o empregado possa efetuar uma interação com a família e os amigos, ou seja, numa leitura do ponto de vista constitucional, um tempo para afirmação dos direitos fundamentais individuais da intimidade e da vida privada, muito embora sofra o trabalhador com a falta de cultura de utilização desse tempo pela irradiação da vida produtiva por todos os setores da vida humana, como anteriormente mencionado nesse estudo.

Em todas as vertentes, portanto, vislumbra-se necessário interesse público de forma a enquadrar a doutrina, pacificamente, às normas que tratam do instituto como sendo imperativas, cogentes, das quais empregados e empregadores não podem dispor, traduzindo um verdadeiro “patamar civilizatório mínimo”¹²² de indisponibilidade absoluta, salvo quando a própria norma heterônoma permitir algum tipo de flexibilização como, aliás, está previsto na Constituição Federal no art. 7º, XIII e regulamentado pelo art. 59, §§ 2º e 3º da CLT em sua atual redação; ou estipular alguma modalidade especial de trabalho que, por suas características e especificidades, autorize a adoção de regime de trabalho diverso do padrão geral previsto constitucionalmente, como no caso dos trabalhadores enquadrados na Lei 5.811/72, tida por recepcionada pela jurisprudência como se observa na Orientação Jurisprudencial de nº 240 da SDI-I do TST: “Petroleiros. Horas extras. Lei nº 5.811/1972. Recepcionada pela CF/1988”.

Mas ainda dentro do conceito de duração do trabalho admitem-se, ao lado da fixação de um quantitativo máximo de trabalho, diário e semanal, as normas que determinam a concessão de lapsos de descanso ao trabalhador, sendo correta a observação de Maurício Godinho Delgado no sentido de que os conceitos de “duração do trabalho”, “jornada de trabalho” e “horário de trabalho”, em que pese afins, não se misturam.

“Duração do trabalho é a noção mais ampla”, abrangendo “o lapso temporal de labor ou disponibilidade do empregado perante seu

¹²² DELGADO, op. cit., p. 851.

empregador em virtude do contrato, considerados distintos parâmetros de mensuração”, reconhecendo Delgado que a CLT nos artigos 57 a 75 trata “da jornada, da duração semanal de labor, dos intervalos intra e interjornadas e dos repousos trabalhistas”¹²³.

Já por jornada de trabalho tem-se o conceito apenas de “tempo diário em que o empregado tem de se colocar em disponibilidade perante seu empregador, em decorrência do contrato”¹²⁴. Finalmente, horário de trabalho, para o mesmo autor, “traduz, rigorosamente, o lapso temporal entre o início e o fim de certa jornada laborativa”¹²⁵. Dessa forma, pode-se considerar que todas as normas relativas à concessão de tempo de repouso, em qualquer modalidade, afiguram-se cogentes por traduzirem um direito fundamental do trabalhador, uma vez que estão inseridas na noção de duração do trabalho, razão pela qual tornam-se indisponíveis do ponto de vista individual e, até mesmo, pela via da negociação coletiva como padrão geral, como atualmente entende o Tribunal Superior do Trabalho por sua Orientação Jurisprudencial de n° 342:

Intervalo intrajornada para repouso e alimentação. Não concessão ou redução. Previsão em norma coletiva. Validade. É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma

¹²³ Ibidem, p. 835.

¹²⁴ Ibidem, p. 835.

¹²⁵ Ibidem, p. 836.

de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), inafianço à negociação coletiva.

Ademais, observa-se no próprio rol de direitos sociais dos trabalhadores contido no art. 7º da CF a concessão de alguns períodos protegidos de descanso, como o repouso semanal remunerado (inciso XV) e as férias anuais remuneradas (inciso XVII), o que retira qualquer dúvida quanto ao caráter fundamental dessas normas.

Estipulado que a limitação do trabalho e o tempo destinado a repouso (intrajornada, interjornada, semanal, feriados e férias) constituem direitos mínimos dos trabalhadores subordinados clássicos, resta efetuar-se a medida de aplicação destes institutos de forma correlata ao direito social ao lazer, uma vez que, como visto anteriormente, ao menos como tempo livre após a ocupação profissional a doutrina nacional reconhece majoritariamente a conceituação do lazer, o que será objeto de exame no próximo capítulo. Quanto aos trabalhadores não subordinados, que mantêm relações de trabalho com tomadores de seus serviços com hipossuficiência (ainda que econômica), há de se observar que a necessidade de reconhecimento da limitação de sua duração do trabalho, como feito no tópico 4.1 deste capítulo, resulta nas mesmas conclusões acerca da finalidade desse direito, pois não apenas o empregado necessita de descanso e de convivência social, mas toda e qualquer espécie de trabalhador.

Assim, o tempo livre também nas demais relações de trabalho deve ser objeto de proteção, o que será igualmente analisado a seguir sob a influência do direito social ao lazer.

Capítulo V – A Eficácia Horizontal Imediata do Direito ao Lazer nas Relações de Trabalho

O exame da eficácia do direito ao lazer nas relações de trabalho será efetuado primeiramente quanto à tradicional relação de emprego, enfocando as dimensões objetiva e subjetiva desse direito social e seus reflexos nas diversas normas que compõem o instituto da duração do trabalho. Posteriormente, será efetuada a análise da eficácia nas demais relações de trabalho que não se enquadram no tipo subordinado, na ótica da extensão dos direitos sociais trabalhistas a todo hipossuficiente que mantém relação de trabalho com gasto de energia a favor de um tomador dos seus serviços, conforme modelo de conceituação de relação de trabalho por nós formulado no capítulo anterior.

Ademais, parte-se aqui da noção desenvolvida no início desse estudo de reconhecimento da eficácia horizontal imediata dos direitos sociais, sempre na medida de sua densidade normativa e nas suas dimensões objetiva e subjetiva, fixando-se nesse capítulo a medida de carga eficaz desse direito fundamental na relação privada de trabalho, não se abordando a questão da eficácia perante os Poderes Públicos por fugir ao tema ora proposto.

5.1 Eficácia do direito ao lazer na relação de emprego

O direito social ao lazer não foi objeto de maiores detalhamentos pelo legislador constituinte, apresentado-se de forma lacônica e sem determinação de seu conteúdo no rol do art. 6º da CF.

Assim, um exame aóodado poderia levar à conclusão de que tal direito não possui carga eficaz por deter baixa densidade normativa, sendo meramente programático.

Dentro do esquema definido por Sarlet e por nós adotado neste estudo, como explanado anteriormente, todo direito fundamental possui uma condição privilegiada de ser presumivelmente eficaz, ilação que se extrai do art. 5º, § 1º da CF, variando essa carga eficaz de acordo com a densidade normativa do direito.

Dentre os dois grupos de direitos fundamentais, de defesa e prestacionais, sem qualquer dúvida o lazer se insere na segunda modalidade, sendo típico direito social que busca, primordialmente, políticas públicas para incremento do lazer na sociedade.

Ocorre que todo direito fundamental, mesmo os prestacionais, possui certa carga de eficácia negativa, o que revela uma dimensão subjetiva no sentido de ser possível o uso de tutela judicial perante aqueles que pretendem lesionar referido direito, bem como uma irradiação de seus efeitos decorrente de sua dimensão objetiva, influenciando a criação e a interpretação de outras normas jurídicas, o controle de constitucionalidade e, ainda, orientando a conduta dos Poderes Públicos e de todos os cidadãos no sentido de, no mínimo, preservar referido valor fundamental para nossa sociedade. Nesses

aspectos, portanto, há de se reconhecer a eficácia imediata do direito ao lazer, inclusive nas relações privadas e, para o nosso caso, nas relações de trabalho.

Finalmente, no caráter de prestação positiva do direito ao lazer, típico dos direitos sociais, efetivamente nota-se que o constituinte nos momentos em que se manifestou sobre o lazer e, na mesma esteira, o legislador infraconstitucional, determinaram referido valor como meramente programático, donde se conclui que a eficácia desse direito se insere na problemática da reserva do possível, não sendo, em princípio e como um padrão geral, viável exigir nem do Estado nem de particulares a promoção positiva do lazer, salvo em caráter excepcional quando a garantia do gozo desse direito se revelar, pelo método da ponderação de interesses, indispensável ao ser humano de forma casuística, o que no atual estágio de nosso desenvolvimento não se chega a imaginar, pois o lazer – contraditoriamente – ainda não é sentido pela sociedade como um bem fundamental, em que pese o reconhecimento na própria Constituição desse *status*.

Assim, passa-se ao exame pormenorizado das diversas eficácias do lazer nas relações de trabalho, advertindo-se desde logo que os casos abaixo arrolados não pretendem esgotar o tema, mas apenas servir como propulsores a essa nova aplicação do ordenamento jurídico trabalhista.

5.1.1 Dimensão objetiva do direito social ao lazer

5.1.1.1 Interpretação e controle de constitucionalidade

Atuando como fator impulsionante e orientador da interpretação e, como consequência, do controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais, a eficácia irradiante do direito ao lazer produz as seguintes conclusões:

a) horas suplementares e horas extras: prorrogação da jornada

Debate-se ainda a doutrina trabalhista acerca do conceito de horas suplementares e horas extraordinárias, no sentido de serem categorias diversas ou sinônimas.

Independentemente da questão terminológica, é fato que antes da Constituição da República de 1988 existia a possibilidade expressa de se pactuar, por via individual ou coletiva, a simples prorrogação de jornada, limitado esse aumento a duas horas suplementares por dia, por período de tempo indeterminado, com acréscimo mínimo, na época, de 20%. Nesse sentido, o art. 59, *caput* e seu parágrafo primeiro da CLT, afirma:

A duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de 2 (duas), mediante acordo escrito entre

empregador e empregado, ou mediante contrato coletivo de trabalho.

[...]

§ 1º Do acordo ou do contrato coletivo de trabalho deverá constar, obrigatoriamente, a importância da remuneração da hora suplementar, que será, pelo menos, 20% (vinte por cento) superior à da hora normal.

Observe-se, apenas, que a redação desse antigo artigo permanece com a nomenclatura de “contrato coletivo de trabalho” para os instrumentos que resultam da negociação coletiva que, desde o advento do Decreto-lei 229/67 foram objeto de reformulação, passando a “acordos coletivos” e “convenções coletivas de trabalho”.

Ao lado da possibilidade de efetuar simples prorrogação de jornada, permitia a Consolidação, ainda, a realização de compensação de jornadas, por seu art. 59 § 2º e, finalmente, a prática de horas de trabalho além do limite legal por imposição patronal, sempre vinculada a um motivo que determinasse necessidade imperiosa para o serviço, como força maior, recuperação de horas de trabalho após interrupção do funcionamento da empresa e, ainda, para fazer frente a serviços inadiáveis ou cuja inexecução pudesse trazer prejuízo manifesto para o empregador, nos moldes do art. 61 e seus parágrafos:

Art. 59, § 2º: Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou contrato coletivo, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em

outro dia, de maneira que não exceda o horário normal da semana nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias.

[...]

Art. 61: Ocorrendo necessidade imperiosa, poderá a duração do trabalho exceder do limite legal ou convencional, seja para fazer face a motivo de força maior, seja para atender à realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto.

§ 1º O excesso, nos casos deste artigo, poderá ser exigido independentemente de acordo ou contrato coletivo e deverá ser comunicado, dentro de dez dias, à autoridade competente em matéria de trabalho, ou antes desse prazo, justificado no momento da fiscalização sem prejuízo dessa comunicação.

§ 2º Nos casos de excesso de horário por motivo de força maior, a remuneração da hora excedente não será inferior à da hora normal. Nos demais casos de excesso previsto neste artigo, a remuneração será, pelo menos, 25% (vinte e cinco por cento) superior à da hora normal, e o trabalho não poderá exceder de doze horas, desde que a lei não fixe expressamente outro limite.

§ 3º Sempre que ocorrer interrupção do trabalho, resultante de causas acidentais, ou de força maior, que determinem a impossibilidade de sua realização, a duração do trabalho poderá ser prorrogada pelo tempo necessário até o máximo de duas horas, durante o número de dias indispensáveis

à recuperação do tempo perdido, desde que não exceda de dez horas diárias, em período não superior a quarenta e cinco dias por ano, sujeita essa recuperação à prévia autorização da autoridade competente.

Assim, observa-se que antes da Constituição de 1988 havia três hipóteses diferentes para prática de horas de trabalho além da duração normal: a simples prorrogação, que deveria ser pactuada; a compensação de jornadas, também objeto de pacto bilateral; e, finalmente, as horas determinadas pelo empregador por necessidade imperiosa.

A Carta Magna de 1988 mudou consideravelmente referida disposição, pois em seu art. 7º, XIII dispôs: “duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho”.

Assim, nota-se que a Constituição restringiu a apenas uma única hipótese a faculdade de, por negociação, produzir-se aumento de jornada: a compensação, em que a prática do labor além do limite normal é posteriormente compensada por gozo de folgas. Ademais, até o fato do legislador constituinte dispor, ao lado da compensação, a possibilidade de redução da jornada demonstra, sem qualquer dúvida, a intenção de não permitir mais simples prorrogações eternas da jornada.

Dessa forma, por essa interpretação da Constituição, à qual nos filiamos, chega-se à conclusão de que o art. 59, *caput* da CLT não foi

recepcionado, donde se extrai que não mais é possível a prática de simples acordo para prorrogação de jornada sem a posterior compensação.

Seria de se pensar, entretanto, por que motivo o Texto Fundamental menciona que as horas extraordinárias prestadas pelos trabalhadores devem ser remuneradas com acréscimo mínimo de 50%, se linhas acima defendeu não estar mais em vigor a possibilidade de prorrogar a jornada sem a devida compensação.

Referida contradição é apenas aparente, pois além das horas de prorrogação no sistema da compensação de jornadas serem também conceituadas como horas extras - já que prestadas além da jornada ordinária e, caso não compensadas, serão objeto de remuneração - ainda permanecem em vigor, por não contrariarem o texto constitucional, as horas de excesso previstas no mencionado art. 61 da CLT, que constituem as verdadeiras horas extraordinárias ante sua previsão completamente excepcional, ou seja, apenas em caso de necessidade imperiosa e com as cautelas e requisitos ali mencionados.

Com isso, quer-se dizer que a Constituição de 1988 apenas viabiliza prorrogação de jornada em duas hipóteses: dentro de sistema de compensação e quando a prática do labor além da duração normal seja algo esporádico.

Ocorre que de uma forma geral permanecem a doutrina e a jurisprudência trabalhistas não dando aplicação ao texto constitucional, pois ainda se aceita, sem maiores dificuldades, a prática do labor extraordinário de forma habitual, ocasião em que o empregado simplesmente pretende perceber o pagamento das horas

extras e seu empregador se vê compelido apenas a tal prestação econômica, sendo raro que se efetue qualquer discussão acerca do caráter humano do instituto da duração do trabalho na praxe forense.

Nesse ponto, a dimensão objetiva do direito social ao lazer afeta substancialmente a interpretação das normas infraconstitucionais e até da própria Constituição no que diz respeito à possibilidade ou não da prática habitual de horas extras, em reforço à tese já acima esposada.

Ora, se o lazer constitui direito fundamental, a melhor interpretação a ser dada aos institutos que podem afetar o gozo desse direito deve sempre levar em conta sua preservação. No caso, não há dúvida de que a plenitude do lazer, do ponto de vista tradicional, depende da proteção do tempo livre de que goza o empregado após o cumprimento de suas atividades profissionais, donde se conclui que nada justifica uma interpretação que permita a prática excessiva de trabalho sob pena de se suprimir o gozo do lazer.

Não há de se esquecer que um empregado, após o cumprimento de sua jornada, normal e extraordinária, ainda necessita se deslocar do trabalho para casa, o que em muitos centros urbanos e em atividades rurais pode demandar o dispêndio de algumas horas, de sorte a restar para efetivo gozo do lazer diminuta parcela de tempo, pois não se pode olvidar que o empregado ainda terá que repousar para, no dia seguinte, voltar a trabalhar com sobrecarga.

Assim, a eficácia irradiante do lazer nas relações de trabalho demonstra que não é lícito ao empregador determinar a realização de

labor extraordinário de forma constante, estando não recepcionado, portanto, o art. 59, *caput* da CLT.

Logo, verificado o trabalho extraordinário de forma habitual, além do direito pecuniário ao recebimento das horas extraordinárias com o acréscimo de 50%, caberia ao empregado, se ainda em vigor seu contrato, o direito de exigir do empregador uma obrigação de não fazer, no sentido de não exigir, regime de trabalho extraordinário, bem como uma indenização pela lesão ao direito social do lazer, aspectos estes que serão enfrentados quando do exame da dimensão subjetiva desse direito fundamental.

b) flexibilização de descansos

Na mesma esteira de raciocínio sobre a visão tradicional do lazer como gozo do tempo livre, que configura apenas um dos aspectos desse multifacetado direito fundamental, sua eficácia irradiante determina a interpretação de que os períodos de descanso do empregado sejam tidos por indisponíveis, já que além de garantirem sua saúde, aspecto este já largamente reconhecido em nossa cultura jurídica, promovem o direito ao lazer.

Ademais, referida conclusão não deixa de ser mero reflexo da proibição da prática de horas extras habituais, pois é o excesso de jornada que afeta o tempo de descanso e, portanto, de lazer, donde se conclui ser inviável a prática de atos lesivos a esses institutos.

Cabe lembrar, nesse ponto, que a inviabilidade de flexibilização dos períodos de repouso do empregado, como aliás

qualquer direito, não se afigura absoluta, mas deve ser vista nesse patamar de uma forma geral, apenas cedendo quando o caso concreto exigir por suas circunstâncias algum tipo de aplicação diferenciada para o empregado, o que deverá ser apurado pelo método da ponderação de interesses.

c) substituição do repouso semanal remunerado por pagamento dobrado ou concessão em dia diverso do domingo

O repouso semanal remunerado encontra, hoje, respaldo na própria Constituição em seu art. 7º, XV, devendo recair “preferencialmente” aos domingos, entendendo a doutrina pátria que sua regulamentação continua sendo efetuada pela Lei 605/49 e pelos arts. 67 a 69 da CLT, havendo controvérsia apenas acerca da derrogação ou não dos artigos consolidados pelo advento da lei posterior que trata do mesmo assunto, discussão esta que não abordaremos, já que nosso enfoque não é afetado por essa problemática.

Duas questões principais surgem para se efetuar uma nova interpretação do direito ao repouso semanal sob a ótica da eficácia irradiante do direito ao lazer. A primeira delas diz respeito à prática patronal de supressão dos repouso com o devido pagamento dobrado previsto no art. 9º da Lei 605/49. A segunda, pela concessão da folga em outro dia que não o domingo fora dos casos permitidos pela própria legislação.

Interpretando-se tais questões sob a ótica do lazer, há de se concluir que ambas as condutas afiguram-se-iam ilícitas, haja vista a possibilidade de lesão a esse direito fundamental do trabalhador.

A finalidade do instituto do repouso semanal não é aumentar a remuneração do empregado, aparecendo tal efeito apenas como reflexo; mas garantir o gozo de um tempo livre após a prática do labor durante a semana integral, sendo paradigmática nesse sentido a própria legislação que impede a remuneração no caso de inexistir frequência e assiduidade na semana em questão, tudo deixando claro que o objeto desse direito sobrepassa a questão econômica, adentrando no aspecto humanístico de viabilizar a prática do lazer em todas as suas vertentes humanas.

Assim, mais uma vez pode-se concluir que ao empregado cabe o direito de exigir do empregador o gozo do repouso e, mais, aos domingos como regra geral, podendo inclusive resistir a uma ordem ilegal neste sentido ou, ainda, postular tutela judicial caso seu emprego ainda esteja em andamento.

Indaga-se, obviamente, qual seria a conseqüência do desrespeito a tal direito após o término do contrato de trabalho, situação mais comumente enfrentada na realidade, tratando-se até hoje o problema apenas do ponto de vista econômico, não sendo raras as decisões judiciais que apenas reconhecem já ter ocorrido o pagamento dobrado do repouso ou a concessão de folga compensatória, não conferindo nenhum direito ao trabalhador, mesmo porque é raríssimo que se postule algo além da simples reparação pecuniária concernente

ao pagamento do dia de repouso trabalhado e não compensado no valor fixo da dobra prevista em lei.

Sob a ótica do lazer, pode-se observar que a não concessão habitual do repouso e, até, a concessão ordinariamente fora dos domingos sem qualquer justificativa, ensejariam não apenas a reparação já prevista em lei pelo desgaste dessa energia de trabalho no caso da supressão, mas também uma outra reparação, já que é lesionado um direito fundamental: o direito ao lazer, como adiante é abordado.

Não é à toa que o repouso foi concebido para ser gozado aos domingos, existindo razões de ordem histórica, cultural e até religiosa para fazer coincidir o dia de descanso com referido dia da semana, donde se conclui que o desrespeito a tal regra afeta, do ponto de vista humano, o direito ao lazer.

d) limitação de trabalho aos empregados excluídos do art. 62 da CLT

Apresenta a CLT duas exceções à regra geral do instituto da duração do trabalho, quais sejam: a ausência dessa proteção ao empregado exercente de cargo de confiança com encargo de gestão que perceba padrão salarial 40% superior ao de seus pares e ao que labora em função incompatível com a fixação de horário de trabalho, conforme seu art. 62, I e II e parágrafo único.

Em ambos os casos, a jurisprudência do TST vem reconhecendo a recepção da norma infraconstitucional pela

Constituição de 1988, contrariando uma interpretação literal e teleológica que, caso adotada, reconheceria que a Carta Magna não teria permitido a exclusão de nenhum empregado (salvo o doméstico como abaixo será abordado) da proteção da duração do trabalho genericamente concedida pelo art. 7º, XIII. A reforma dos Enunciados da Súmula do TST, inclusive, demonstra a constatação supra, pois chegou aquela Corte a fixar uma presunção de exercício de cargo de gestão por gerente geral de agência bancária, nos termos do Enunciado 264, tudo levando a crer pelo posicionamento da aplicabilidade do art. 62 da CLT.

Muito embora se possa argumentar que as exceções em análise se justifiquem por questões de ordem prática, face à impossibilidade ou dificuldade de controle da jornada de referidos empregados, é necessário frisar que as opções para a questão em análise não precisam ficar entre a proteção total ou a exclusão desses trabalhadores.

É fato que os empregados exercentes de cargo de gestão, normalmente reconhecidos como “altos empregados”, não devem ter o mesmo tipo de proteção rígida dos empregados comuns, haja vista a própria especificidade do maior grau de liberdade, seja para os que trabalham dentro do setor produtivo junto a seus subordinados, seja para os que laboram a maior parte do tempo fora da empresa. Mas isso não quer dizer, automaticamente, que possam eles permanecer à disposição da empresa vinte e quatro horas por dia, mediante a presença física ou por meios eletrônicos que na prática estendem o conceito de local de trabalho para dentro da vida íntima, com o uso de celulares, computadores em rede, *notebooks* etc., e muito menos que

tenham tais trabalhadores que permanecer psicologicamente conectados aos problemas empresariais mesmo enquanto no gozo do seu tempo livre.

Assim, a dimensão objetiva do lazer atuando na reinterpretação dessa norma infraconstitucional revela que também os altos empregados devem dispor desse direito social, que no mais das vezes é exercitado nos períodos de tempo livre, donde se conclui ser inconstitucional a simples exclusão da duração do trabalho para tais empregados. Deve-se, portanto, afastar o uso do art. 62, II da CLT pela interpretação ora proposta e, mais, pela incidência imediata do princípio da dignidade de pessoa humana e do reconhecimento ao direito fundamental à intimidade e à vida privada, mas sempre ponderados pelo reconhecimento da livre iniciativa e da função social da empresa, donde se torna possível adequar, em cada caso concreto, a medida de proteção que o empregado em questão deva perceber, como por exemplo o direito à limitação da jornada e, em caso de abuso desse direito, uma indenização pela perda do lazer, aqui novamente se adentrando na dimensão subjetiva no aspecto negativo, que será objeto de análise em separado.

Da mesma forma pode-se fundamentar a questão para os empregados externos do art. 62, I da CLT, com as mesmas conseqüências jurídicas.

e) limitação de trabalho aos empregados domésticos

Os empregados domésticos encontram um complicador para a questão da percepção do direito ao lazer na concepção de gozo de tempo livre, haja vista que o art. 7º, parágrafo único da Constituição da República não estendeu a essa categoria o direito à duração do trabalho previsto no inciso XIII do mesmo artigo.

Entretanto, e como já explanado alhures, até mesmo aos trabalhadores não subordinados deve se reconhecer o direito a uma limitação de jornada, como direito mínimo existencial, o que serve de norte para a problemática ora enfrentada.

O empregado doméstico reconhecidamente possui carga menor de direitos por sua condição histórica, como uma classe que teve origem basicamente no trabalho de filhos de escravos que prestavam serviços na Casa Grande para os senhores até o final do século XIX e, ainda, pela condição especialíssima do exercício de suas atividades, em que atualmente misturam-se trabalho e convivência privada, havendo diversos empregados domésticos que passam a ocupar verdadeiro *status* de integrantes da própria família para a qual prestam serviços, numa simbiose entre labor e afeição, muito embora geralmente ao término de tais relações prevaleça a conotação apenas econômica da vinculação dessas pessoas.

De qualquer sorte, o trabalho na residência não pode ser completamente equiparado ao labor no seio das empresas, o que justifica algum grau de diferenciação de tratamento entre as categorias respectivas.

Entretanto, na questão específica da duração do trabalho mais uma vez foge a qualquer razoabilidade imaginar a possibilidade de exigência de labor a qualquer hora do dia e por períodos infundáveis pelo simples fato da Constituição não haver enquadrado o doméstico na proteção geral da duração do trabalho e pela omissão do legislador infraconstitucional, eis que a interpretação a ser efetuada na ótica da dimensão objetiva do direito ao lazer, mais uma vez, justifica, ao lado da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, que também o empregado doméstico goze de uma limitação razoável na sua carga de trabalho, gerando o desrespeito a tal direito lesão ao direito fundamental do lazer, passível de reparação como abaixo se fundamentará.

Observe-se que os domésticos que costumam residir na própria casa da família para a qual trabalham necessitam ainda mais desse limitador, pois estão propensos a ser convocados para trabalhar a qualquer momento do dia ou da noite, de modo que se vislumbra lesão até do ponto de vista do repouso biológico para recuperação das energias gastas no labor.

Ressalte-se, por fim, que o fato de se pretender o reconhecimento de limitação do trabalho para os domésticos não corresponde, automaticamente, à implantação de controle de jornada no âmbito residencial, ou mesmo apuração de horas extras minuto a minuto e nem marcação de tempo mínimo para intervalo intrajornada, mas apenas que se efetive um critério de razoabilidade para que detenha esse empregado o mesmo direito ao lazer reconhecido genericamente para todos os cidadãos no art. 6º da CF, o que

novamente remete à aplicação do método da ponderação dos interesses para verificação, em cada caso concreto, desse limite de duração do trabalho que, se ultrapassado, gerará o direito subjetivo à reparação pela perda do lazer.

f) férias anuais remuneradas

O direito a gozo de férias anuais remuneradas encontra-se previsto, em nosso ordenamento jurídico, no art. 7º, XVII da Constituição Federal, nos arts. 129 a 153 da CLT e, ainda, na Convenção 132 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Brasil e com vigência determinada pelo Decreto 3.197 de 05/10/1999.

Referido instituto é reconhecido pela doutrina como de ordem pública, sendo irrenunciável pelo empregado, já que as férias “atendem, inquestionavelmente, a todos os objetivos justificadores dos demais intervalos e descansos trabalhistas, quais sejam, metas de saúde e segurança laborativas e de reinserção familiar, comunitária e política do trabalhador”¹²⁶, bem como apresentando importância econômica pois “têm se mostrado eficaz mecanismo de política de desenvolvimento econômico e social, uma vez que induzem à realização de intenso fluxo de pessoas e riquezas nas distintas regiões do país e do próprio globo terrestre”¹²⁷.

¹²⁶ DELGADO, op. cit, p. 949.

¹²⁷ Ibidem, p. 949.

Acrescentamos, ao lado das finalidades acima verificadas, que as férias propiciam, ainda, o direito social ao lazer, na medida em que o trabalhador pode se entregar aos afazeres de sua vida fora do labor, fomentando essa perspectiva desse direito como já comentado nesse estudo.

O direito às férias anuais remuneradas encontra uma primeira problemática a ser enfrentada, a respeito da forma de aplicação da Convenção de nº 132 da OIT, que foi ratificada pelo Brasil com vigência iniciada no ano de 1999, cronologicamente posterior à Consolidação das Leis do Trabalho, cujo capítulo de férias foi reformulado em 1977 por meio do Decreto-lei 1535.

Muito embora a doutrina se incline em reconhecer às Convenções Internacionais *status* superior ao das leis infraconstitucionais quando ratificadas, mormente nos países que adotam o monismo como o Brasil, pacificou-se a questão no âmbito do Supremo Tribunal Federal no sentido de deterem referidos diplomas o mesmo nível hierárquico da legislação federal, donde se poderia concluir que a Convenção 132 da OIT, por ser posterior à CLT, teria o efeito de derogá-la no que diz respeito ao instituto das férias por ela regulamentado.

Registre-se que a Emenda Constitucional 45/04 acrescentou o § 3º ao art. 5º da Constituição, reconhecendo a hierarquia de emenda constitucional aos tratados relativos a direitos humanos ratificados em dois turnos por cada casa do Congresso com maioria de três quintos dos seus membros, sendo certo que referida disposição somente pode

ser aplicada ao tratados e convenções que forem objeto de ratificação após a modificação ora comentada.

Entretanto, em Direito do Trabalho, e o próprio Estatuto da OIT faz essa ressalva em seu art. 19, item 8, a ratificação de um tratado internacional nunca pode piorar o estado de desenvolvimento do país-membro quanto ao instituto em questão, donde se conclui que o exame da eficácia de uma Convenção ratificada pelo Brasil deve levar em consideração o cotejo entre a norma nacional em vigor e a ora inserida no ordenamento jurídico, dando-se preferência à mais favorável para os trabalhadores.

No caso das férias, pode-se observar que boa parte da doutrina nacional inclinou-se no sentido de que a CLT, em seu bojo e pela teoria do conglobamento¹²⁸, já garantiria aos empregados um padrão superior de proteção no que concerne ao instituto em relação à Convenção 132, mesmo porque a reforma desse capítulo da Consolidação teria sido efetuada sob a influência dessa Convenção que, desde 1970, encontra-se em vigor no plano internacional. Em tal posicionamento observa-se expressamente Maurício Godinho Delgado¹²⁹. Há, ainda, os que em edições atualizadas após a ratificação da Convenção 132 de obras sobre o tema não enfrentaram especificamente a questão, deixando antever a manutenção do posicionamento acerca da aplicação integral das normas consolidadas,

¹²⁸ A teoria do conglobamento determina, no cotejo entre duas normas, que a mais favorável deve ser apurada pela integralidade do diploma, dando-se preferência àquela que, assim examinada, seja reconhecida por garantir melhores condições aos trabalhadores, não se aceitando, por tal teoria, que se busque topicamente em cada um dos diplomas as regras que mais favoreçam aos empregados.

¹²⁹ DELGADO, op. cit., p. 951.

como Sérgio Pinto Martins¹³⁰, José Augusto Rodrigues Pinto¹³¹ e Mozart Victor Russomano¹³².

De outro lado, observa-se o posicionamento daqueles que, capitaneados por Arnaldo Süssekind, efetuam a aplicação da Convenção 132 da OIT sob a ótica da teoria atomista, ou seja, aplicando-se tópico por tópico os direitos mais favoráveis previstos no diploma internacional ratificado, posicionamento este explicitamente adotado pelo autor ao comentar o período de gozo das férias:

As disposições da precitada Convenção n° 132 não podem alterar as condições mais favoráveis ao trabalhador decorrentes de lei, sentença, costume ou acordo (art. 19, § 8, da Constituição da OIT). Ela fixa a duração mínima de férias em três semanas, enquanto pela nossa CLT a duração é de trinta dias; mas ele determina a exclusão dos feriados no período de gozo das férias (art. 6), razão por que derogou nesse ponto o art. 130 da Consolidação, que refere sempre “dias corridos”.¹³³

O Tribunal Superior do Trabalho, no particular, embora não tenha fixado expressamente seu posicionamento em verbete sumulado, demonstrou inclinação à teoria esposada por Süssekind, pois em seu

¹³⁰ Cf. MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 15.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

¹³¹ Cf. PINTO, op. cit.

¹³² Cf. RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Direito do Trabalho*. 8.ed. Curitiba: Juruá, 2000.

¹³³ SÜSSEKINK, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 475-476.

Enunciado de nº 261 adotou entendimento de que mesmo o empregado demissionário com menos de um ano de serviço na empresa goza do direito a férias proporcionais, conclusão essa inviável pelo texto dos arts. 146 e 147 da CLT, mas possível pela aplicação da Convenção 132 da OIT em seu artigo 4, item 1, *verbis*:

Toda pessoa que tenha completado, no curso de 1 (um) ano determinado, um período de serviço de duração inferior ao período necessário à obtenção de direito à totalidade das férias prescritas no Artigo terceiro acima terá direito, nesse ano, a férias de duração proporcionalmente reduzidas.

Nesse sentido, o Ministro Vantuil Abdala, na época vice-presidente do TST, assim se manifestou:

Uma convenção recente baixada pela Organização Internacional do Trabalho sobre as prerrogativas relativas às férias levou à alteração do Enunciado 261. “Entendíamos que o empregado que se demitia com menos de um ano de trabalho não fazia jus a férias proporcionais aos meses trabalhados. Diante da Convenção 132 da OIT, deixou-se expresso que o empregado que se demite com menos de um ano de serviço, tem direito às férias proporcionais”.¹³⁴

¹³⁴ NOTÍCIAS DO TST de 28/10/2003. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br/noticias>>. Acesso em: 30 out. 2003.

Dessa forma, pode-se chegar à conclusão de que a Convenção 132 (bem como as demais normas internacionais ratificadas pelo Brasil) tem aplicação imediata naquilo em que, topicamente, trazem direitos superiores aos trabalhadores brasileiros, sendo que tal interpretação é completamente condizente com o sistema de direitos humanos e de direitos fundamentais, pois assegura um maior grau de eficácia a essa gama de valores tida por núcleo de nosso ordenamento jurídico, mormente adotando-se uma interpretação influenciada pela dimensão objetiva do lazer, que proporciona uma revalorização desse instituto como um dos principais para efetivação desse direito social.

Assim, efetuada essa introdução acerca da eficácia da Convenção 132 da OIT na ótica do direito ao lazer, torna-se possível abordar a questão ora proposta a respeito da ilicitude de alteração ou cancelamento do período de gozo de férias após sua fixação.

O texto consolidado é bastante conservador no que concerne à fixação do gozo das férias, pois defere ao empregador uma espécie de poder potestativo no particular, pensando apenas no clássico viés do poder diretivo patronal, como sendo o empregador a pessoa a executar os interesses da empresa na sua condução econômica, sem participação ou ingerência dos trabalhadores, até mesmo em questões que lhe afetam individualmente, como o gozo do direito às férias. Referida disposição encontra-se nos arts. 132 e 136 da CLT, com apenas duas exceções, uma de caráter absoluto quanto ao gozo das férias do empregado estudante menor de 18 anos de forma a coincidir com as férias escolares e, outra, quanto a empregados da mesma família para que gozem simultaneamente o período anual de descanso,

mas de forma relativa pois assegura-se tal direito apenas quando não houver prejuízo ao empregador, conforme art. 136, §§ 1º e 2º da CLT.

Ocorre que a Convenção 132 da OIT possui dispositivo mais favorável no particular, determinando a fixação do gozo das férias apenas após a consulta ao empregado interessado e, mais, expressamente consagra que referido direito, para ser usufruído plenamente, deve observar para época de fixação não apenas as necessidades do trabalho, mas também as possibilidades de repouso e diversão do emprego, positivando um caso típico de uso do método da ponderação de interesses em cada caso concreto, como se vê de seu art. 10, *verbis*:

1. - A ocasião em que as férias serão gozadas será determinada pelo empregador, após consulta à pessoa empregada interessada em questão ou seus representantes, a menos que seja fixada por regulamento, acordo coletivo, sentença arbitral ou qualquer outra maneira conforme à prática nacional.

2. - Para fixar a ocasião do período de gozo das férias serão levadas em conta as necessidades do trabalho e as possibilidades de repouso e diversão ao alcance da pessoa empregada.

Ora, não bastasse o texto da Convenção e a possibilidade de sua aplicação imediata, como inclusive já faz o Colendo TST como antes fundamentado, a dimensão objetiva do lazer determina o reconhecimento da eficácia do mencionado artigo 10 acima transcrito como forma de se propiciar a plena concretização desse instituto, pois

é óbvio que a circunstância do empregado ser impedido de opinar acerca da época do gozo de suas férias dificulta, bastante, que realize sua vida privada em plenitude, pois muitas vezes não consegue dispor desse tempo livre em companhia da família por estarem os outros componentes vinculados a labores diversos, ou ainda pelo fato dos filhos encontrarem-se em período de atividade escolar ou, até, pela concessão em época do ano incompatível com práticas esportivas ou recreativas atinentes ao lazer, como por exemplo a fixação do período de férias no inverno para um empregado que costuma usufruir de seu descanso em casa situada em regiões praianas.

Assim, pode-se chegar à primeira conclusão no tópico das férias sob a ótica do lazer: a fixação do período de férias deixa de ser ato de vontade única e exclusiva do empregador, reconhecendo-se ao empregado o direito de opinar acerca do melhor período para gozo de seu direito; no caso de divergência, a fixação deve ser resolvida em cada caso concreto pelo método da ponderação de interesses, cujos parâmetros encontram-se fixados na própria Convenção 132 da OIT: a necessidade do trabalho e as possibilidades de repouso e diversão ao alcance da pessoa empregada.

Em segundo lugar, e como mera consequência do raciocínio acima desenvolvido, uma vez fixada a época do gozo das férias não cabe ao empregador, regra geral, o direito de modificar tal período sem a anuência do empregado, sob pena de lesão ao direito fundamental do lazer.

Não se pense, adverte-se novamente, que pelo fato de inexistir sanção específica para o descumprimento dessas normas tais

comandos não se revestem de maior eficácia, haja visto o direito subjetivo reconhecido aos trabalhadores no sentido de não sofrerem lesões a seus direitos fundamentais (inclusive os sociais), na esfera da dimensão subjetiva em seu aspecto negativo, como a seguir será estudado.

g) vedação à remoção e alteração de horário de trabalho unilateral prejudicial ao lazer

Finalizando-se o exame da reinterpretação do ordenamento jurídico sob a ótica do direito social ao lazer, apresenta-se interessante questão relativa às alterações no contrato de trabalho que, ordinariamente, reconhecem-se como lícitas.

O contrato de trabalho rege-se pelo princípio da inalterabilidade contratual, admitindo-se modificações no pacto original pela vontade das partes apenas com mútuo consentimento e desde que não haja prejuízo para o empregado, direto ou indireto, como se percebe do art. 468 da CLT.

A evolução interpretativa que ora se propõe concerne à verificação de se uma alteração contratual que afete o direito ao lazer pode ser tida por prejudicial ao obreiro e, em conseqüência, ser inadmissível a teor do artigo consolidado mencionado.

Nessa ótica, torna-se importante avaliar que a criação ou manutenção de uma relação de emprego leva em consideração, muitas vezes, aspectos outros que não apenas o fato da retribuição econômica. A qualidade de vida do empregado, dentro e fora da

relação de emprego, constitui fator a ser considerado quando se pretende efetuar alguma alteração contratual que afete, reflexamente, a vida pessoal do trabalhador, pois é neste espaço que, geralmente, as pessoas usufruem mais intensamente do direito ao lazer.

Assim, remoções – no conceito de alteração do local de trabalho sem mudança de residência do empregado – e modificações de horário de trabalho que, classicamente, a doutrina permite dentro do *jus variandi* patronal, passam a sofrer restrições pela eficácia irradiante do lazer, pois dependendo da situação em concreto, modificar o local de trabalho pode significar a interrupção de alguma prática lúdica desenvolvida pelo empregado em seu tempo livre, ou impor a cessação de atividades esportivas, por exemplo, em razão do maior gasto de tempo com o deslocamento casa-trabalho e vice-versa. No que concerne ao horário de trabalho, resta ainda mais palpável a circunstância ora em foco, pois a rotina criada pelo ser humano, em que se viabilizam espaços para convivência familiar etc., inclusive determinando a opção de outras pessoas da família por adoção de horários de atividades compatíveis com a do trabalho de um de seus entes, pode sofrer forte ataque pela modificação unilateral imposta no horário de trabalho dessa pessoa.

Logo, vislumbra-se que qualquer modificação no contrato de trabalho capaz de afetar esferas externas ao pacto laboral, alcançando a vida privada e, principalmente, o tempo livre do empregado, afigura-se inviável ante o comando do art. 468 da CLT interpretado sob a ótica do direito fundamental ao lazer.

Não se quer, com isso, inviabilizar toda e qualquer possibilidade do empregador, responsável pela organização empresarial, efetuar modificações na execução do labor, mas tão-somente que seja referida alteração sopesada, em cada caso concreto, pelo método da ponderação de interesses, ante o evidente conflito entre os princípios que incidem sobre a questão, ou seja, simples uso razoável do poder diretivo patronal.

Logo, eventual uso abusivo dessas alterações pelo empregador, sem a concordância do empregado e de forma injustificada, traduz uma lesão ao direito fundamental do lazer, passível de reparação como já mencionado neste capítulo.

5.1.1.2 Orientação à conduta do empregador

Ainda na temática da dimensão objetiva do direito social ao lazer, a conduta dos envolvidos nas relações trabalhistas deve ser orientada no sentido de não se lesionar e, no máximo possível, propiciar a efetivação desse direito tanto nos espaços fora da atividade produtiva, quanto na execução da própria relação de emprego. Dentro dessa visão, podem-se distinguir ao menos duas conseqüências imediatas para as relações de trabalho: a amenização das relações inter-subjetivas entre empregado e empregador e o incentivo do empregador a práticas que desenvolvem o lazer dos trabalhadores.

a) amenização do meio-ambiente de trabalho pela expressão pessoal do empregado e pela proibição de tratamento rigoroso pelo empregador

Muito embora possa soar utópica e distanciada da realidade a defesa que ora será efetuada, no sentido do lazer afetar a prática do dia-a-dia da relação de emprego, pode-se citar que alguns empresários, cientes da necessidade da amenização dos rigores do trabalho, começam a introduzir na vida do trabalhador um exercício de lazer, muitas vezes impulsionados pela questão econômica da elevação da produtividade. Mesmo com o objetivo final de lucro, cabe incentivar a prática desses modelos que preservam o lazer para fins de viabilizar o desenvolvimento do próprio ser humano e, se com isso a empresa obtiver lucratividade maior, tanto melhor para os trabalhadores que tenderão a não sofrer um retrocesso dessas práticas pelo seu empregador, bem como pelo fomento da saúde empresarial, necessária ao desenvolvimento de qualquer sociedade.

Como caso norteador dessas práticas, pode-se citar o modelo empresarial adotado pelo executivo Ricardo Semler como noticiado pela Revista *Época* em 5 de abril de 2004:

No início da década de 80 especialistas em administração previam um futuro pouco promissor para o jovem Ricardo Semler. Aos 21 anos, ele assumira a empresa de compressores do pai e implantara um modelo de gestão baseado na democracia total. Os funcionários passaram a fazer

os próprios horários, discutir com os chefes a estratégia do negócio e tirar sonecas nas redes instaladas na sede da empresa, em São Paulo. Mas a Semco não virou uma bagunça, nem foi à falência, como alguns temiam. Hoje fatura US\$ 160 milhões, tem 3 mil empregados e vem registrando taxas de crescimento médias de 30% ao ano, inclusive em 2003, quando a economia parou. Só neste mês, será assunto de documentários de TV na inglesa BBC, na americana CNN e na francesa TF1. O desempenho da empresa transformou Semler em um guru empresarial e autor de best-sellers. Seu último sucesso, *The Seven-Day Weekend*, foi lançado em 2003 na Europa e deverá chegar no segundo semestre ao Brasil. Vendeu perto das 100 mil cópias só na Inglaterra.¹³⁵

Em referida notícia, Semler, ao responder à indagação de se o mundo está trabalhando demais, com exatidão afirma que:

(...) mais que a quantidade, é a qualidade de vida e de trabalho que está piorando. Nenhuma organização ou indivíduo sabe ainda lidar com o fato de que estamos todos ao alcance do clique de um mouse. Todos aprendemos a mandar e-mail de nossas casas no domingo à noite, mas ninguém ainda aprendeu a ir ao cinema na segunda-feira à tarde. O resultado é um desequilíbrio insustentável e uma

¹³⁵ Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Epoca/0,6993,EPT699954-1666>>. Acesso em 1º fev. 2005.

receita para empresas frágeis e funcionários insatisfeitos.

Isto demonstra o aspecto positivo da revolução tecnológica no sentido de liberação do ser humano do trabalho, ou ao menos uma reformulação de conceitos estabelecidos pela prática do mundo trabalhista desenvolvido na ótica da industrialização.

Continua o empresário, na referida entrevista, após a indagação de por qual motivo seria bom o ócio:

Porque é dos poucos veículos do repensar. É do ócio que vem a força de parar de fazer algo imbecil, mas enraizado. Também estamos no auto-engano ao achar que o fim de semana é ócio. Nossos fins de semana repetem a semana: temos hora para tudo. Isso não recarrega as baterias e reforça o “bode” de segunda-feira. Por isso, uma das perguntas que fazemos na Semco é: por que as pessoas ficam animadas em ir trabalhar na segunda-feira? É uma pergunta vital de RH, mas nenhuma empresa tem coragem de fazê-la.¹³⁶

Essa breve amostra de uma mentalidade empresarial moderna, que há vinte e cinco anos pratica um modelo diferente de gestão e que vem dando resultados concretos, nos incentiva a vislumbrar, do ponto de vista jurídico, um verdadeiro direito dos empregados de usufruir do lazer mesmo dentro da prática diária da relação de emprego.

¹³⁶ Ibidem.

A resposta à “pergunta vital de RH” acima proposta por Semler a nosso ver passa pelo sentimento do empregado de que retornar ao trabalho na segunda-feira após o gozo do descanso semanal de forma animada somente é possível se o próprio trabalho se encontra inserido num contexto de lazer, mormente na sua perspectiva de desenvolvimento da criatividade e das aptidões humanas.

Ora, não é mais possível manter a mentalidade de que o trabalho corresponde a tarefas penosas, que o trabalho constitui uma expiação a ser suportada para se atingir uma recompensa em outra vida que não a terrena e, ainda, que o trabalho é um mal necessário para viabilizar a sobrevivência, ficando totalmente inserido no conceito de labor explicitado por Arendt¹³⁷.

A dimensão objetiva do lazer aponta para uma conduta geral no sentido de se instituírem no seio das relações trabalhistas práticas que busquem a elevação do ser humano, que viabilizem o despertar da criatividade e o exercício do pensamento, respeitando-se a liberdade de cada indivíduo trabalhador e garantindo-se uma patamar mínimo de qualidade de vida.

Importante observar, inclusive, que em nosso ordenamento jurídico há norma expressa em vigor reconhecendo o direito do trabalhador de buscar sua verdadeira vocação e de dedicar-se à atividade que melhor atenda as suas expectativas (art. 7, letra b do Protocolo de San Salvador), não sendo apenas retórica a concepção humana que ora se quer dar à relação de trabalho com a inserção de aspectos externos (relativos à vida privada) como condicionantes

¹³⁷ Cf. HARENDT, op. cit.

fundamentais da prática das atividades produtivas, mas dever a ser observado pelos particulares.

Assim, pode-se concluir que além de obter uma amenização no meio ambiente de trabalho, proibindo-se (ou evitando-se como regra geral) práticas que produzam uma massificação dos trabalhadores, como a vedação patronal de personalização do local onde o empregado presta seus serviços, a impossibilidade de uso de telefones ou computadores pelo empregado para temas da sua vida privada e tantos outros exemplos que chegam até a contabilização pelo empregador da quantidade de vezes em que o empregado se dirige ao banheiro; a eficácia irradiante do lazer propugna uma democratização na relação de emprego, que vai de encontro a outro direito fundamental previsto no art. 7º, XI da CF que ainda carece de efetivação no mundo real, qual seja, a co-gestão dos empregados, tema que não abordaremos por fugir ao presente estudo.

Mais uma vez, é bom frisar, as mudanças acima aventadas devem ocorrer sempre com observância de limites e sem fundamentalismo, observando-se em cada caso o método da ponderação dos interesses para concretização desses valores fundamentais para os trabalhadores, sendo certo que já é tempo de se colocar na pauta de discussão a questão humana da relação de trabalho e não, apenas, o seu viés econômico sob o rótulo simplista da necessidade de manutenção das empresas por via da flexibilização de direitos fundamentais.

b) fomento e não obstaculização à criação de práticas afetas ao lazer pelos próprios empregados

Num segundo aspecto, a dimensão objetiva do lazer pauta a conduta do empregador no sentido de fomentar, ou pelo menos de não impedir, que os empregados, de forma espontânea que seja, criem ambientes de desenvolvimento do lazer em quaisquer de suas perspectivas humanas, obviamente ponderando-se com o interesse patronal a fim de se evitarem abusos por parte dos trabalhadores.

Nesse tema, pode-se imaginar, à guisa de exemplos, a criação de associações recreativas, torneios esportivos, clubes de leitura, enfim, toda e qualquer prática que, sem afetar substancialmente a atividade produtiva, de alguma forma atenda o desenvolvimento do lazer dos trabalhadores.

Num eventual conflito em que o empregador tente impedir a realização dessas atividades, o intérprete deve utilizar dessa dimensão objetiva do lazer a fim de solver o caso concreto que lhe é posto sob a luz da ponderação dos interesses.

5.1.2 Dimensão subjetiva do direito social ao lazer

A dimensão subjetiva de qualquer direito fundamental preocupa-se, em primeiro lugar, com a verificação da possibilidade do recurso à tutela judicial para efetivação de tais direitos, desdobrando-se a questão em seu aspecto negativo, no sentido de garantir o cidadão contra investidas a esses direitos por parte do Poder Público ou de

particulares, seara em que pacificamente defere-se ao titular do direito uma posição jurídica de postular sua defesa em juízo, e, em segundo lugar, no seu aspecto positivo, de reconhecimento da posição jurídica do titular do direito de exigir do Estado ou de particulares providências materiais para consecução dos direitos fundamentais, questão onde prepondera – mormente acerca dos direitos a prestações – a incidência da chamada “reserva do possível”, como explanado no Capítulo II, item 2.4 desse estudo.

No tópico ora em desenvolvimento ocorre a proposição da medida de eficácia do direito ao lazer em ambos os aspectos nas relações de emprego.

5.1.2.1. Eficácia Positiva

O direito ao lazer insere-se na categoria dos direitos sociais prestacionais, seja por sua baixa densidade normativa na Constituição Federal, seja porque até nas normas infraconstitucionais e tratados internacionais sua enunciação afigura-se em estilo aberto, não havendo maior concretização pelo legislador do seu conteúdo, mas apenas o reconhecimento da preocupação da sociedade com a efetivação de referido direito.

Assim, como regra geral pode-se fixar que ao direito ao lazer deve ser reconhecida a possibilidade de tutela judicial positiva, como exigência de concessão de condições materiais para sua efetivação, dentro dos limites da “reserva do possível”, face ao Estado,

aparecendo a questão da disponibilidade de recursos como verdadeiro limitador para consecução desse direito.

Logo, apenas quando topicamente, em um caso concreto, fosse iminente a necessidade da concessão de uma providência material para realização desse direito prestacional, sem ocorrência de grave dano aos recursos do Poder Público, verificando-se essa situação pelo método da ponderação de interesses, é que se poderia imaginar a exigência por meio judicial de alguma providência material pelo Estado para realização do lazer.

Entretanto, a cultura social hoje dominante acerca do lazer dificilmente faria com que o cidadão obtivesse êxito nessa eventual demanda, pois numa sociedade em que não se consegue prover a subsistência material de seus integrantes, deixando-se à míngua boa parte da população, soa ilusório que o Estado se preocupe com o gasto de recursos para promoção do lazer. Assim, embora possível juridicamente a concessão de prestação material pelo Estado para se assegurar o lazer (nos limites acima mencionados), e neste sentido nos posicionamos, reconhecemos que falta essa cultura a nossa sociedade.

No que concerne à exigência dessas prestações positivas voltadas ao empregador, ente privado, a eficácia horizontal imediata dos direitos sociais revela ser possível, em alguma medida, reconhecer ao empregado uma posição jurídica subjetiva no sentido de exigir do empregador algum tipo de prestação material para efetivação de seu direito ao lazer, obviamente examinada a questão, sem fundamentalismos, sob a ótica da reserva do possível e pelo método da ponderação dos interesses.

Muito embora possa parecer estranho o reconhecimento dessa possibilidade perante um ator privado, não é demais lembrar que a própria concepção do lazer foi completamente afetada pelo mundo do trabalho, pela imposição de um modelo de vida condicionado ao labor que restou estabelecido por atores privados, donde se conclui que a efetivação material do lazer nada mais seria do que o resgate histórico de todo um modelo de vida que se deixou para trás.

Assim, pode-se imaginar, como exemplo de caso concreto passível dessa postura, a obrigação de um empregador, cuja sede encontra-se em local de difícil acesso de forma a determinar que os empregados residam na fábrica em vilas operárias, a manutenção de um centro recreativo (condizente com a capacidade econômica da empresa) capaz de suprir o impedimento de acesso a tais benesses na esfera pública, propiciando o restabelecimento das condições mínimas existenciais que, como constatado nesse estudo, envolvem o lazer na sua perspectiva humana.

5.1.2.2 Eficácia negativa

Ponto pacífico na doutrina dos direitos fundamentais, também os direitos sociais prestacionais possuem a chamada eficácia negativa, que corresponde a uma posição jurídica subjetiva na qual ao particular reconhece-se o direito de buscar a tutela judicial no sentido de evitar ou obter reparação contra lesões a seus direitos fundamentais perpetradas pelo Poder Público ou por particulares.

Nessa esfera, portanto, cremos poder o presente estudo contribuir de forma significativa para o desenvolvimento das relações trabalhistas, pois ainda existe forte noção nesse ramo de que vários direitos previstos na legislação não repercutem de forma efetiva pelo fato de não terem sido fixados com previsão de sanção em caso de descumprimento.

Tal posicionamento pode ser observado, inclusive, na obra de José Augusto Rodrigues Pinto, que ao comentar o art. 136 da CLT registra crítica no sentido de que a “falta de sanção específica para o descumprimento desses dispositivos (...) lhes esvazia consideravelmente a eficácia”¹³⁸.

Utilizando-se a eficácia negativa dos direitos sociais perante privados, há de se viabilizar que o titular do direito, no caso o empregado, postule judicialmente não apenas a reparação sempre que o exercício do poder diretivo verifique-se abusivo, mas também no sentido de usar de tutelas inibitórias a fim de evitar essas lesões, essa sim a ideal missão do Poder Judiciário. Tal eficácia, é bom registrar, acompanha todos os direitos fundamentais, de qualquer dimensão, donde se constata que no campo da relação de emprego o impacto dessa noção afigura-se monumental, já que a Constituição consagra longo rol de direitos fundamentais dos trabalhadores em seus arts. 7º a 11.

No caso específico do lazer, sempre que uma atitude patronal injustificada produzir prejuízo ao gozo desse direito viabiliza-se, pela eficácia negativa, o uso de tutela judicial pelo reconhecimento dessa

¹³⁸ PINTO, op. cit., p. 423.

posição jurídica subjetiva ao empregado, podendo-se mencionar como exemplos as lesões decorrentes de atos abusivos mormente em institutos que gravitam ao lado do lazer, como a duração do trabalho, neste incluindo-se os descansos reconhecidos ao trabalhador.

Assim, num primeiro exemplo, sempre que o empregador impuser a prática constante de horas extras, fora dos casos excepcionais previstos no art. 61 da CLT e do sistema de compensação de jornadas, há flagrante lesão ao direito social ao lazer, pois o labor excessivo por longos períodos de tempo impede que o empregado se desenvolva como ser humano, atrofiando suas aptidões naturais e passando ele a viver exclusivamente condicionado ao trabalho produtivo, usufruindo do pouco tempo livre que resta apenas para repor suas energias físicas e mentais para que possa estar apto ao labor no dia seguinte, literalmente perdendo tempo de vida e restando impossibilitado de aproveitar as oportunidades que essa lhe traz.

Pode-se imaginar, inclusive, que um empregado sujeito a constante labor excessivo não consegue freqüentar cursos, escolas ou faculdades, nem mesmo ter disposição física para no recesso do lar promover a leitura ou outra atividade fomentadora do desenvolvimento intelectual, pois o cansaço físico e/ou mental determina geralmente que se faça uma rápida alimentação para, após, prostrar-se o trabalhador diante de um aparelho de televisão até entregar-se ao sono.

E mais, tal pessoa sequer consegue manter um bom nível de relacionamento familiar, seja porque ao chegar na sua residência sua prole já se encontra dormindo, lembrando-se que na saída para o

trabalho no dia que se segue as crianças ainda não estão acordadas; seja porque até o relacionamento conjugal está afetado pelo estado físico e mental determinado pelo ritmo do trabalho, em que às vezes se consegue prover a subsistência material da família, mas quase sempre deixa-se de lado seu aspecto emocional, surgindo na sociedade um novo tipo de ser humano: o criado na ausência afetiva que apresenta sérias deturpações comportamentais.

Assim, a prática constante de horas extras sem motivo justificador demonstra ser um exemplo de grave lesão ao direito social do lazer em sua perspectiva humana, demandando uma reparação pelo agente agressor.

Nesse tema três questões devem ser objeto de análise mais detida, que geralmente pode ser objeto de argumentação contra essa posição jurídica: se o pagamento das horas extras com adicional de 50% já constitui tal reparação; se o fato do empregado desejar o labor extraordinário como forma de aumentar sua remuneração impede essa reparação; e qual seria a natureza dessa reparação e como seria a mesma fixada.

A primeira das indagações, acerca do pagamento do labor extraordinário no valor previsto pela Constituição (com adicional mínimo de 50%), a nosso ver não pode se confundir com a questão da lesão ao direito ao lazer.

Duas situações diferentes se aventam no problema em análise. A primeira decorre do fato do labor acima do limite máximo previsto no ordenamento jurídico, no qual o empregado gasta mais energia de trabalho do que era previsto ordinariamente; a segunda decorre do

efeito reflexo de perda do lazer que, geralmente, é usufruído no tempo livre de que detém o empregado.

Ora, o pagamento de horas extras com adicional de 50% tem o escopo, apenas, de viabilizar a contraprestação dessa energia a mais que restou despendida pelo trabalhador, sendo remunerada em valor superior justamente pela condição mais gravosa de se estar em sobrejornada, donde se conclui que em momento algum referida contraprestação serve para reparação dessa outra ordem de valores concernente ao lazer.

Logo, pode-se concluir que o fato do empregador remunerar as horas extras não impede a reparação específica do direito ao lazer, sendo tal constatação fundamental para uma mudança de mentalidade no mundo trabalhista, já que nas lides da praxe forense postula-se apenas e tão somente o pagamento do labor extraordinário quando há excesso de horas praticadas pelo empregado, restringindo-se a questão a uma visão meramente econômica da relação de emprego, como se fosse possível trocar o limite imposto por normas de ordem pública ao labor pelo simples pagamento de horas extraordinárias. Se se analisar a questão sob esse ponto de vista, há de se perceber que simplesmente permitir ao empregador a imposição de horas extras habituais mediante a contraprestação com o adicional respectivo é, na verdade, viabilizar uma disponibilização de um direito mínimo fundamental do trabalhador.

A segunda importante indagação diz respeito ao fato do próprio empregado ter desejado a realização das horas extras como forma de majorar sua retribuição salarial. Nesta seara, há que se adentrar na

problemática da renúncia a direitos fundamentais, se possível, e, em caso positivo, em que medida.

Muito embora nenhum direito seja absoluto, a carga humana reconhecida aos direitos fundamentais, que lhe revestem de verdadeiros valores nucleares de todo o ordenamento jurídico, leva à conclusão de que, em regra geral, são eles irrenunciáveis, como aliás pacificamente entende a doutrina trabalhista para todos os direitos previstos em normas cogentes, enunciando esse ramo do direito o princípio da irrenunciabilidade como um dos pilares de sua construção.

Assim, pode-se constatar que o fato do empregado haver pretendido a realização das horas extras não impede a mesma conclusão supra acerca da lesão ao direito fundamental do lazer, pois cabia ao empregador não se aproveitar da necessidade alheia, gerada inclusive pelo próprio baixo patamar salarial que normalmente se impõe ao trabalhador, sendo possível também aqui a reparação específica pela perda do lazer como regra geral, frise-se. Entretanto, é óbvio que a análise dessa lesão deve sempre ser efetuada com razoabilidade e, em cada caso concreto, pelo método da ponderação de interesses, sendo fator importante a intenção do próprio empregado na prática desse labor extraordinário, o que deverá ser sopesado tanto para a mensuração do valor indenizatório quanto para, eventualmente, até afastar a responsabilidade do empregador no evento, não sendo possível, como se pretende já ter fixado nesse estudo, qualquer formulação pronta e acabada para o problema em análise, tudo dependendo das circunstâncias reais em que ocorreu o evento.

Finalmente, o terceiro aspecto, concernente à natureza e valor dessa reparação, deve ser analisado sob a ótica da própria natureza do direito ao lazer. Como se viu em sua conceituação, o lazer possui várias perspectivas, sendo antes de mais nada um estado da existência humana, podendo-se concluir nesse aspecto que sua esfera de atuação gravita em torno de direitos extrapatrimoniais do ser humano, como um bem imaterial que a ordem constitucional reconhece como valor intrínseco ao próprio ser humano a fim de realizar sua dignidade.

Nessa esteira de raciocínio, eventual lesão ao direito ao lazer finca-se na esfera dos já reconhecidos danos morais, atualmente até mesmo na ordem trabalhista como se vê no art. 114, VI da Constituição Federal com a redação da Emenda Constitucional 45, de 31 de dezembro de 2004, tendo, portanto, natureza indenizatória.

Quanto ao valor da reparação, repete-se aqui toda a problemática que ainda existe sobre a matéria de fixação dos danos morais, não se adentrando especificamente sobre o problema por fugir ao objeto desta dissertação, mas apenas tecendo algumas considerações para dar contorno aos elementos que afetam a mensuração do valor reparatório.

Como bem analisado por Rodolfo Pamplona Filho, em nosso ordenamento jurídico vigora o sistema aberto de reparação pecuniária para danos morais, atribuindo-se “ao juiz a competência para fixar o *quantum* subjetivamente correspondente à reparação/compensação da lesão”¹³⁹, sendo adotado o critério da quantificação por arbitramento

¹³⁹ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O Dano Moral na Relação de Emprego*. 3.ed. São Paulo: LTr, 2002, p. 176.

como deixa ver o art. 953, parágrafo único do Código Civil, servindo como balizadores para apuração do valor devido o caráter compensatório à vítima, a condição econômica do agressor para se viabilizar o caráter pedagógico da penalização e, finalmente, a cautela para evitar o enriquecimento sem causa do lesionado, a fim de que a indenização por danos morais não perca sua finalidade original transformando-se em oportunidade de ganho de verdadeiro “prêmio”.

Dessa forma, pode-se concluir que no exemplo da prática de horas extras habituais, torna-se viável – além do óbvio pagamento da energia de trabalho pela remuneração das horas de trabalho com o adicional mínimo de 50% – a reparação pela lesão correlata sofrida quanto ao direito ao lazer, mensurando-se o valor dessa indenização, de cunho moral, pelas circunstâncias que envolverem cada caso concreto.

No mesmo raciocínio, e com as necessárias adaptações a cada caso real, pode-se concluir que outras lesões ao direito ao lazer igualmente poderão ser reparadas por indenização de cunho moral, em casos como os abaixo mencionados:

a) supressão habitual dos repousos ou concessão injustificada do repouso fora dos domingos – novamente não se deve resolver a questão apenas do ponto de vista econômico, sendo patente que a ausência de gozo do repouso semanal e/ou o reiterado gozo fora dos domingos, obviamente em hipóteses não admitidas legalmente, provocam uma interferência na fruição do lazer, demandando essa eventual lesão a reparação por via indenizatória;

b) cancelamento de férias já fixadas, fixação de férias sem observância do aviso de 30 dias, concessão das férias sem o devido pagamento no prazo legal, fixação da época do gozo das férias sem a consulta ao empregado e ausência de gozo das férias – em todas essas hipóteses há, em alguma medida, afetação no integral gozo do direito ao lazer, seja pela sua supressão, seja pela sua perturbação, demandando em cada caso, e observada a medida de cada lesão, a reparação ora defendida;

c) prática indiscriminada de sobreaviso – mesmo que o empregado em tais condições encontre-se em sua residência e não seja acionado pelo empregador, é fato que o regime de sobreaviso excessivo, sem justificativa, provoca perda do lazer já que, psicologicamente, o trabalhador não consegue de desligar dos problemas afetos ao labor, deixando de adotar atividades em seu tempo livre em função de, a qualquer momento, poder ser convocado para o trabalho. Assim, a manutenção indiscriminada de um trabalhador em regime de sobreaviso provoca, sem qualquer dúvida, séria lesão ao direito social ao lazer, reparável pela via da indenização por danos morais;

d) remoção e/ou alteração de horários injustificados e prejudiciais ao lazer – como já explanado anteriormente, referidas atitudes patronais abusivas afetam substancialmente a qualidade de vida do empregado e, assim, o gozo do direito ao lazer, cabendo novamente a possibilidade de se aventar uma reparação pela lesão sofrida.

Dessa forma, não se pretende esgotar as hipóteses de incidência da eficácia negativa do direito ao lazer, mas apenas exemplificando-se com situações mais comuns do dia-a-dia, resta apenas registrar que não se pretende transformar mais um direito fundamental em indústria de indenizações trabalhistas, com impacto negativo para empresários e para a comunidade em geral, o que determina tenha o Poder Judiciário, quando chamado a atuar neste sentido, a necessária cautela para, em cada caso concreto, averiguar sob a perspectiva humana a suposta lesão ao lazer, evitando qualquer espécie de pré-quantificação tarifada do valor reparatório e, mais, preocupando-se com a adoção de medidas para preservar esse direito para futuros trabalhadores e, não apenas, novamente cair no aspecto meramente econômico da questão.

5.2 Eficácia do direito ao lazer nas demais relações de trabalho

Conforme já restou demonstrado no Capítulo IV, a limitação da quantidade de trabalho e o direito ao lazer são categorias aplicáveis a todos os tipos de trabalhadores e não apenas aos empregados. Assim, tudo quanto foi estudado acerca da eficácia do lazer nas relações de emprego pode ser, *mutati mutantis*, objeto de aplicação para outras relações de trabalho nas quais se afigurem características básicas semelhantes à da relação de emprego.

Tais características, como já se viu, repousam na constatação de que na modernidade formas atípicas de trabalho surgem em grande velocidade, mormente pelo uso de novas tecnologias que afetam

sensivelmente os paradigmas clássicos do mundo industrializado, gerando uma série de trabalhadores que ficam à margem da proteção específica do empregado, muito embora estejam vinculados a relações privadas em esfera de desigualdade para com aquele que adquire sua energia de trabalho, o tomador dos serviços, em verdadeira situação de dependência econômica.

Assim, a eficácia horizontal imediata do direito ao lazer também encontra campo fértil para aplicação em todas as relações de trabalho, devendo o intérprete adotar cautela apenas na medida dessa eficácia que, a nosso ver, variará conforme o estado de hipossuficiência do trabalhador, bem como pela essencialidade do objeto do contrato em análise que no caso, via de regra, constituirá a obtenção de remuneração para sustento do próprio trabalhador e de sua família, o que denota a necessidade de uma tutela adequada para todos os trabalhadores.

Logo, em relações de trabalho não subordinados em que o estado de dependência seja elevado, com sensível diferença de poder entre os contratantes, há de se aplicar com maior força a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nessas relações privadas, seja no aspecto negativo (como defesa desses direitos), seja no aspecto positivo (pela promoção), bem como observando-se a eficácia irradiante decorrente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais a determinar uma interpretação humanística de todo o ordenamento jurídico-trabalhista e, finalmente, que as condutas dos atores privados seja pautada pela centralidade dos valores contidos nesse núcleo de direitos, neles inserido o direito ao lazer.

Considerações finais

Embora saibamos que o objeto da presente dissertação possa despertar críticas de toda ordem, mormente aos que ainda pregam um retorno das relações trabalhistas à época do Estado Liberal, ainda mais no momento de crise em que o mundo do trabalho se vê debruçado com a total escassez de ocupações remuneradas, pretendeu-se efetuar nesse estudo uma contribuição para que as relações de trabalho sejam analisadas sob a correta perspectiva em que se originou essa ciência, qual seja, a dos direitos humanos.

Ainda que pareça utópica a defesa de um direito que os próprios trabalhadores apressadamente deixariam de lado para obtenção de qualquer tipo de atividade apta a garantir o sustento próprio e da família, uma vez que o desenvolvimento da sociedade capitalista mundial – nos moldes como atualmente concebida – determina paulatinamente a exclusão de um número cada vez maior de pessoas que ficam relegadas à condição de miserabilidade, não mais se pode admitir que os atores privados obtenham proveito dessa calamitosa situação por deterem maior capacidade econômica e, pior, com a conivência dos Poderes Públicos que, pelo discurso da insuficiência de recursos, agem como elemento retroalimentador da manutenção do *status quo*, sendo raras as hipóteses de indivíduos que conseguem se libertar dessa espiral de exclusão e sofrimento.

Assim, o estudo ora apresentado, que propõe de certa forma uma mudança do eixo de visão do fenômeno do trabalho, resgatando sua origem humanística, afigura-se como imperioso para que se possa

conquistar a real dignidade do trabalhador e a afirmação do valor social do trabalho, propiciando que o ser humano vivencie outras esferas de sua expressão que não apenas a ditada pelo modelo do trabalho produtivo, empregando-se concretamente aos valores já reconhecidos em nossa ordem constitucional como fundamentais.

Cabe ao operador do direito, portanto, transpor essa ponte imaginária que existe entre os enunciados hipotéticos da ordem jurídica para sua efetiva realização, usando o direito como ferramenta para pautar a conduta humana dentro da perspectiva eleita pelo próprio cidadão como fundamental, transformando-se, no mundo dos fatos, a vida daqueles impossibilitados de se autodeterminarem por questões econômicas e que se sujeitam a toda sorte de exploração “voluntariamente”, de forma a poderem ser considerados também como pessoas livres.

Essa, inclusive, é a vontade estampada como objetivo fundamental de nossa República: “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, cabendo a nós a realização dessa meta.

Bibliografia

- ARENDDT, Hannah. *A Condição Humana*. 10.ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Forense Universitária, 2004.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2003a.
- _____. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2003b.
- BRANDÃO, Adelino. *Os Direitos Humanos. Antologia de Textos Históricos*. São Paulo: Landy, 2001.
- BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. Conteúdo Jurídico das Expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- BRUHNS, Heloisa Turini. Lazer e Motricidade: Dialogando com o Conhecimento. In: ____ (Org.). *Temas sobre Lazer*. São Paulo: Autores Associados, 2000.
- CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Formas Atípicas de Trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.
- CHEMIN, Beatriz Francisca. *Constituição & Lazer. Uma Perspectiva do Tempo Livre na Vida do (Trabalhador) Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2002.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5.ed. São Paulo: LTr, 2005.
- DUMAZEDIER, Joffre. *Lazer e Cultura Popular*. 3.ed. São Paulo: Perspectiva, 2004, p. 34.
- GRUPO KRISIS. *Manifesto contra o trabalho*. São Paulo: Conrad, 2003.

- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- LAFARGUE, Paul. *O Direito à Preguiça*. São Paulo: Claridade, 2003.
- LEDUR, Jose Felipe. *A Realização do Direito ao Trabalho*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 15.ed, São Paulo: Atlas, 2002.
- MEIRA ROSA, Elianne M. *Constitucionalismo Social no Mercosul*. São Paulo: Themis, 2002.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- _____. *Direito Constitucional*. 15.ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- MORAIS, José Luis Bolzan de. *A Subjetividade do Tempo. Uma Perspectiva Transdisciplinar do Direito e da Democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul/RS: Edunisc, 1998.
- MOTTA, Moacyr Parra. *Interpretação Constitucional Sob Princípios*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- NOTÍCIAS DO TST de 28/10/2003. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br/noticias>>. Acesso em: 30 out. 2003.
- OLEIAS, Valmir José. *Conceito de Lazer*. Disponível em: <http://www.cds.ufsc.br/~valmir/cl.html>. Acesso em : 1º fev. 2005.
- OLIVEIRA, Rosiska Darcy de. *Reengenharia do Tempo*. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – BRASIL. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/portugue/region/ampro/brasil/infodownload/constituicao_oit.pdf>. Acesso em: 1º fev. 2005.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O Dano Moral na Relação de Emprego*. 3.ed. São Paulo: LTr, 2002, p. 176.
- PEÑA, Guilherme. *Direito Constitucional. Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de Direito Individual do Trabalho*. 5.ed. São Paulo: LTr, 2003.

- RIBEIRO, Pedro. *O dilema entre segurança e liberdade*. Disponível em:
<<http://dossiers.publico.pt/shownews.asp?id=176936&idCanal=981>>.
Acesso em: 27 fev. 2005.
- RUSSEL, Bertrand. *O Elogio ao Ócio*. 4.ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2002.
- RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Direito do Trabalho*. 8.ed. Curitiba: Juruá, 2000.
- SALIS, Viktor D. *Ócio Criador, Trabalho e Saúde. Lições da Antigüidade para a Conquista de uma Vida mais Plena em nossos Dias*. São Paulo: Claridade, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas Considerações em torno da Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais. In: ____ (Org.). *A Constituição Concretizada. Construindo Pontes com o Público e o Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- ____. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- ____. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional. Construindo uma Nova Dogmática Jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- SÜSSEKINK, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.