

O DIREITO AO LAZER COMO PARADIGMA (RE)INTERPRETATIVO EMERGENTE DAS NORMAS TRABALHISTAS



Rodrigo Maia Santos



UESB
Universidade Estadual
do Sudoeste da Bahia



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO SUDOESTE DA BAHIA

Reitor

Prof. Dr. Luiz Otávio de Magalhães

Vice-Reitor

Prof. Dr. Marcos Henrique Fernandes

Pró-Reitora de Extensão e Assuntos Comunitários (PROEX)

Profª Drª Gleide Magali Lemos Pinheiro

Diretor da Edições UESB

Cássio Marcílio Matos Santos

Editor

Yuri Chaves Souza Lima

COMITÊ EDITORIAL

Presidente

Profª Drª Gleide Magali Lemos Pinheiro (PROEX)

Representantes dos Departamentos/Áreas de Conhecimento

Profª Drª Adriana Dias Cardoso (DFZ)

Profª Drª Alba Benemérita Alves Vilela (DS II)

Prof. Dr. Prof. Cezar Augusto Casotti (DS I)

Prof. Me. Érico Rodrigo Mineiro Pereira (DCSA)

Prof. Dr. Flávio Antônio Fernandes Reis (DELL)

Prof. Dr. José Rubens Mascarenhas de Almeida (DH)

Prof. Dr. Luciano Brito Rodrigues (DTRA)

Prof. Dr. Manoel Antonio Oliveira Araújo (DCSA)

Representantes da Edições UESB

Esp. Cássio Marcílio Matos Santos (Diretor)

Esp. Yuri Chaves Souza Lima (Editor)

Adm. Jacinto Braz David Filho (Revisor)

Dr. Natalino Perovano Filho (Portal de Periódicos)

PRODUÇÃO EDITORIAL

Coordenação Editorial

Yuri Chaves Souza Lima

Normalização Técnica

Jacinto Braz David Filho

Editoração Eletrônica

Ana Cristina Novais Menezes (DRT-BA 1613)

Capa

Imagem da capa: "Sisyphus metaphor". Autor: Michal Bednarek. Obtida em: www.canva.com

Arte gráfica: Warley Souza dos Reis

Revisão de linguagem

Ana Kettily Manhães Magalhães

Tipologia: Garamond 11/15/papel Offset 90g.

Publicado em dezembro de 2021.

Rodrigo Maia Santos

**O DIREITO AO LAZER COMO PARADIGMA
(RE)INTERPRETATIVO EMERGENTE DAS
NORMAS TRABALHISTAS**



Vitória da Conquista – BA
2021

Copyright © 2021 by Autor

Todos os direitos desta edição são reservados a Edições UESB.
A reprodução não autorizada desta publicação, no todo ou em parte,
constitui violação de direitos autorais (Lei 9.610/98).

E-book selecionado e custeado conforme e com recursos do
Edital UESB N° 123/2019 – Da Publicação de Livros Técnico-Científicos.

S238d

Santos, Rodrigo Maia.

O direito ao lazer como paradigma (re)interpretativo emergente das
normas trabalhistas./ Rodrigo Maia Santos. - - Vitória da Conquista:
Edições UESB, 2021.

237p.

e-ISBN 978-65-87106-32-8

1. Lazer. 2. Direito ao lazer. 3. Lazer e trabalho – Direitos fundamentais. I.T.

CDD: 306.4812

Catálogo na fonte: Juliana Teixeira de Assunção – CRB 5/1890
Biblioteca Universitária Professor Antonio de Moura Pereira
UESB – Campus de Vitória da Conquista

Editora filiada à:



Campus Universitário – Caixa Postal 95 – Fone: 77 3424-8716
Estrada do Bem-Querer, s/n – Módulo da Biblioteca, 1º andar
45031-900 – Vitória da Conquista – Bahia
www2.uesb.br/editora – E-mail: edicoesuesb@uesb.edu.br

Aos
meus amados pais, Emíldio e Magnólia, e
irmãos, Guilherme e Bruno: presença
constante e amor incondicional.

A
Andressa, meu querido amor.

AGRADECIMENTOS

Mesmo enquanto escrevia, não tive tanto receio quanto nesta etapa: esquecer de agradecer alguém é muito frustrante para mim. Espero que consiga ter o máximo de eficácia. Já antecipo minhas desculpas caso isso aconteça, a memória pode falhar agora.

Não foram poucas as pessoas que contribuíram direta e indiretamente para a produção desta obra, além daquelas que torceram pelo meu sucesso e se preocuparam com os obstáculos que surgiam a todo momento.

Agradeço muito aos meus pais. Tenho muito orgulho de dizer que sou filho de dois professores. Eles nunca hesitaram em fazer qualquer sacrifício para dar a melhor educação possível, além de me ensinarem tudo o que precisava para ser capaz de qualquer coisa. Passarei o resto da minha vida tentando devolver ao mundo tudo aquilo que recebi deles. Meu pai não está mais aqui, fisicamente. E, por mais forte que tenha me tornado para suportar e desafiar qualquer momento ruim e difícil, não aprendi nada para suportar os momentos de vitória e de felicidade sem poder compartilhar com ele e ver seu olhar de orgulho. Minha memória é meu grande consolo e ponto de encontro. Tudo o que faço, faço pensando nele! Minha mãe se mostra uma mulher cada vez mais forte. Tenho orgulho de tê-la ao meu lado. E agradeço-lhe por toda ajuda direta que me deu nesse período. Não sei como conseguiria sem ela.

Agradeço aos meus irmãos por fazerem parte da minha vida. Vocês são prova de que não há sorte: somos frutos de pais que abriram mão de muitas coisas para chegarmos aonde chegamos. Nada veio sem muito esforço. Vê-los honrando também o que receberam me inspira e me deixa muito feliz.

Agradeço à minha amada esposa: nos últimos 15 anos, não há um passo, uma vitória, sem a sua participação ativa. Em relação ao mestrado, lembro quando me perguntou por que eu não o tinha feito ainda. Respondi que o mais próximo era em Salvador (num tom de justificativa de que não era possível). E foi você quem me incentivou a procurar pelo edital (ainda não publicado à época), a procurar por alunos para pedir informações (meus agradecimentos a eles) e a tentar fazer mesmo morando e trabalhando em Vitória da Conquista: “depois que passar, a gente vê como resolve isso”. Quando passei, ela assumiu inúmeras tarefas para possibilitar meus estudos (responsabilizou-se pelo escritório praticamente sozinha).

E haja folga, férias, doação de sangue, etc.! Usei tudo o que tinha e que não tinha para poder estar presente nas aulas. Eram 32 horas de viagem por semana. Agradeço ao meu chefe, colega e amigo Artur: você aplicou o direito ao lazer ao permitir a utilização dos meus direitos para viabilizar ao máximo o uso dos meus direitos de tempo livre (folgas, férias, etc.), conforme meu interesse e sem prejudicar nenhum interesse da empresa — ao contrário, agora tem um empregado mais qualificado e realizado. Só os bons gestores são capazes disso. Agradeço, também, a todos os meus colegas do Banco do Nordeste que me ajudaram, principalmente, no grande desafio de ser aprovado e convocado, além do apoio durante os semestres. Agradeço aos meus colegas do mestrado: não apenas pelas profundas discussões e pelo suporte ao sugerir e conseguir material de estudos, mas também pela amizade (efeito colateral que não estava previsto no edital).

Agradeço ao Prof. Otávio Calvet por me apresentar esse tema revolucionário.

Agradeço a todos os meus professores pelo excelente trabalho e pela compreensão. Sem exceção. Aprendi muito com todos. E, felizmente, todas as disciplinas colaboraram para a concepção deste livro. Agradeço em dobro. Apenas gostaria de nomear dois professores, em especial, por terem participado diretamente na construção deste trabalho: Prof. Luciano Martinez e Prof. Rodolfo Pamplona. Sem suas orientações, eu certamente faria um trabalho medíocre. Aprendi a ser cientista com vocês dois.

Também agradeço aos funcionários do mestrado, em especial a Luíza, pela atenção, presteza e alegria.

E não poderia deixar de mencionar a UESB, onde cursei 7 semestres do curso de Direito, e hoje está me honrando com a publicação do meu trabalho.

Por fim, chegando nessas últimas linhas, percebo que tem muito mais gente para nomear. Apesar da limitação de páginas, não há limites para a gratidão que tenho por todos que me ajudaram ou que torceram por mim.

Aquele que é mestre na arte de viver faz pouca distinção
entre o seu trabalho e o seu tempo livre,
entre a sua mente e o seu corpo,
entre a sua educação e a sua recreação,
entre o seu amor e a sua religião.

Distingue uma coisa da outra com dificuldade.

Almeja, simplesmente, a excelência em qualquer coisa que faça,
deixando aos demais a tarefa de decidir se está trabalhando ou
se divertindo. Ele acredita que está sempre fazendo as duas coisas ao
mesmo tempo (DE MASI, 2000).

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	14
2 O ESTUDO DO LAZER SOB UMA PERSPECTIVA TRANSDISCIPLINAR.....	17
2.1 O LAZER E A CONDIÇÃO HUMANA: DA ANTIGUIDADE À CONTEMPORANEIDADE.....	20
2.1.1 O <i>Homo Ludens</i> e o Conceito Amplo de Jogo.....	24
2.1.2 O Lazer e as Estruturas de Dominação da Antiguidade à Contemporaneidade.....	26
2.1.2.1 <i>O lazer-dever: a dominação estrutural na antiguidade.....</i>	27
2.1.2.2 <i>Da escravidão da antiguidade à glorificação do trabalho alienado.....</i>	31
2.1.2.3 <i>O lazer negativo: a dominação estrutural na Modernidade.....</i>	34
2.1.2.4 <i>O trabalho e o consumo como faces da mesma moeda.....</i>	45
2.2 O PAPEL DO LAZER NO FUTURO DO TRABALHO E DO TEMPO LIVRE.....	48
2.2.1 A Importância das Reduções de Jornadas de Trabalho para o Lazer.....	53
2.2.2 A Educação para o Tempo Livre: o Território do Lazer.....	58
2.2.2.1 <i>A questão do tédio: o tempo livre sem lazer.....</i>	60
2.2.2.2 <i>O papel do animador cultural: o profissional do lazer.....</i>	62

2.2.3 O Teletrabalho e seus Efeitos Sociológicos segundo De Masi.....	64
2.2.4 O Papel do Lazer no Ócio Criativo.....	65
2.3 O ESTUDO DO LAZER: NATUREZA, DEFINIÇÃO E CLASSIFICAÇÃO.....	67
2.3.1 A Definição do Tempo Livre como Espaço. Possível ao Lazer.....	69
2.3.2 A Construção do Conceito Negativo do Lazer.....	72
2.3.3 O Controle Social Através do Lazer e Políticas Públicas.....	74
2.3.4 Concepções sobre o Lazer: a burguesa e a marxista.....	77
2.3.5 O Conceito de Lazer.....	78
2.3.6 O Conceito de Semilazer.....	81
2.3.7 A Classificação do Lazer.....	82
 3 O DIREITO AO LAZER COMO DIREITO FUNDAMENTAL INSERIDO EM UM CONSTITUCIONALISMO DIRIGENTE.....	 85
3.1 O CONSTITUCIONALISMO DIRIGENTE E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	86
3.1.1 Princípios de Interpretação Constitucional.....	88
3.1.2 A Eficácia e a Aplicabilidade das Normas Programáticas.....	91
3.2 TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO PREMISSA DE ANÁLISE E APLICAÇÃO DO DIREITO AO LAZER.....	93
3.2.1 Questões Preliminares: do critério de definição e classificação dos direitos fundamentais.....	93
3.2.1.1 <i>Definição terminológica dos direitos fundamentais</i>	93
3.2.1.2 <i>Crítica à Teoria Dimensional dos Direitos Fundamentais</i>	99
3.2.1.3 <i>Esboço de uma Teoria Emancipatória dos Direitos Fundamentais</i> ...	103
3.2.2 O Lazer como Elemento Essencial ao Sistema Constitucional.....	106

3.2.2.1 <i>A relação do direito ao lazer com a dignidade da pessoa humana</i>	108
3.2.2.2 <i>A perspectiva objetiva e subjetiva do direito fundamental ao lazer</i>	110
3.2.3 A Eficácia dos Direitos Fundamentais	112
3.2.3.1 <i>A problemática da aplicabilidade do direito social ao lazer</i>	112
3.2.3.2 <i>A eficácia imediata do direito ao lazer entre particulares</i>	118
3.2.4 A Colisão do Direito ao Lazer com a Autonomia Privada do Empregador no Contrato de Trabalho	122
3.2.5 Proteção e Restrição do Direito Fundamental ao Lazer	124
3.2.6 O Direito Social Fundamental ao Lazer e a Questão da Delimitação Terminológica Jurídica	129
3.3 A DEFINIÇÃO JURÍDICA E O SISTEMA CONSTITUCIONAL DO DIREITO AO LAZER	131
3.3.1 O Direito à Desconexão e a Concorrência de Direitos Fundamentais no Sistema Constitucional do Lazer	132
3.3.2 Direitos que se Relacionam Reciprocamente com o Direito ao Lazer	141
3.3.3 A Definição do Direito ao Lazer na Forma Constitucional	144
3.3.4 Atributos do Direito ao Lazer com Fundamentação na Teoria Emancipatória	145
 4 O DIREITO AO LAZER COMO PARADIGMA (RE) INTERPRETATIVO EMERGENTE DAS NORMAS TRABALHISTAS	 147
4.1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	148
4.2 REINTERPRETAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS (ANTES DA REFORMA TRABALHISTA).....	152
4.2.1 O Direito à Desconexão e o Conceito Legal de “Serviço Efetivo”.....	152
4.2.2 Do Dever de Manter o Quadro de Horários e o Ônus da Prova.....	155

4.2.3 Limite Geral de Oito Horas Diárias.....	158
4.2.4 Normas de Prorrogação de Jornada.....	162
4.2.5 Empregados Excluídos do Controle de Jornada.....	173
4.2.6 Proibição (Relativa) dos Trabalhos em Dias de Feriados e Domingo.....	176
4.2.7 Da Proteção ao Intervalo Mínimo Obrigatório.....	179
4.2.8 O Lazer na Composição do Salário Mínimo.....	184
4.2.9 Da Proteção do Direito ao Lazer através das Férias.....	185
4.2.10 Análise Qualitativa dos Direitos de Limitação de Jornada sob o Parâmetro do Direito ao Lazer.....	198
 4.3 INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS APÓS A REFORMA TRABALHISTA.....	 199
4.4 AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA OFENSA AO DIREITO AO LAZER.....	 202
4.4.1 Hipóteses de Ofensa ao Direito ao Lazer.....	203
4.4.1.1 <i>Jornada excessiva</i>	203
4.4.1.2 <i>Práticas inibitórias</i>	209
4.4.1.3 <i>Abuso de direito</i>	210
4.5 DO CABIMENTO DE INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA AO DANO EXTRAPATRIMONIAL CAUSADO.....	 212
4.5.1 Direito ao Lazer e o Dano Existencial.....	214
4.5.2 Diferenças entre o Dano Existencial e o Dano Moral Puro.....	 217
4.5.3 Do Dano Extrapatrimonial após a Reforma Trabalhista.....	 218
 5 CONCLUSÕES.....	 220
 REFERÊNCIAS.....	 227

1 INTRODUÇÃO

À medida que o Direito do Trabalho se adequa à ordem constitucional implantada em 05 de outubro de 1988, mais o Direito ao Lazer conquista espaço nas discussões acadêmicas e decisões judiciais. Assim, o objetivo principal desta obra consiste em buscar o reconhecimento do Direito ao Lazer como paradigma emergente capaz de revolucionar o Direito do Trabalho, através da reinterpretação de diversos dispositivos da legislação trabalhista, em especial da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Em relatórios do Tribunal Superior do Trabalho (TST), percebe-se que o tema relacionado à duração do trabalho, especificamente à “hora extra”, encontra-se em primeiro lugar no *ranking* tanto do Tribunal Superior do Trabalho quanto dos Tribunais Regionais, **quando se refere ao direito material a ser usufruído na vigência do contrato**. Do acervo de processos que tramitam no TST, na posição de 31 de dezembro de 2020, 46.113 processos tinham como tema “hora extra”¹. Dos processos distribuídos nos Tribunais Regionais, o tema “hora extra” lidera com 112.504 processos².

¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Tribunais Superior do Trabalho: assuntos no TST*. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/estatistica/trt/assuntos-mais-recorrentes>. Acesso em: 14 mar. 2021.

² BRASIL. Tribunais Regionais do Trabalho: *assuntos nos TRTs*. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/estatistica/trt/assuntos-mais-recorrentes>. Acesso em: 14 mar. 2021.

Para atingir tal objetivo, foi necessário buscar um conceito transdisciplinar do lazer compatível com o sistema constitucional. Foi preciso aprofundar o conhecimento sobre diversas obras de autores filósofos, historiadores, economistas e sociólogos, mas sem perder a natureza jurídica da obra em tela. Ou seja, os recortes trazidos de outras áreas do direito não significam adesão implícita ao que não foi exposto desses autores, pois foram elencados para buscar uma conceituação que o Direito não oferece e para formar em uma combinação coerente, mas que deve necessariamente obedecer e aderir ao ordenamento jurídico. Logo, tais recortes combinados não irão resultar necessariamente em algo compatível ao pensamento de tais autores individualmente, pois o desafio é encontrar algo conciliável à Constituição, diferente de uma análise sistêmica dos recortes de cada autor. Este trabalho é transdisciplinar, mas ainda é um trabalho jurídico.

A partir de premissas como a condição humana atual, a abordagem da dominação estrutural e característica do *homo ludens*, adotou-se uma abordagem histórica do papel do lazer desde a Antiguidade até o seu potencial revolucionário em um futuro próximo.

Também foi preciso diferenciar os conceitos de lazer, tempo livre, descanso, tédio, ócio criativo e desconexão, de maneira a adotar a concepção de lazer mais adequada aos ditames constitucionais e classificá-la de acordo com os interesses.

Após a definição adequada do lazer, devidamente o situamos como direito social fundamental. Enveredou-se, então, por uma abordagem geral dos direitos fundamentais, sem perder o foco no direito ao lazer, encontrando as suas implicações jurídicas, como a eficácia do direito ao lazer nas relações de trabalho e a perspectiva objetiva capaz de influenciar na reinterpretação das normas trabalhistas.

Porém, para avançar nos estudos supracitados, precisou-se romper com a clássica teoria dimensional dos direitos fundamentais, apontando suas limitações e expondo as bases de uma teoria adequada, usando critérios jurídicos: a Teoria Emancipatória dos Direitos Fundamentais.

Verificou-se o tratamento adequado nos casos de colisão de direitos fundamentais, incluindo o direito ao lazer em colisão com a autonomia privada do empregador, assim como a adoção da teoria da proteção do núcleo essencial, utilizando, também, os critérios da proporcionalidade nos casos concretos.

Tais estudos foram suficientes para identificar o Sistema Constitucional do Direito ao Lazer, com a abordagem dos direitos fundamentais concorrentes e de relação recíproca. Tal construção permitiu revelar a definição constitucional do direito ao lazer, com a observância de todos os parâmetros constitucionais e com a demonstração da adequação do conceito do lazer encontrado nos estudos transdisciplinares.

Após a adoção de todas as premissas defendidas na presente dissertação, verificou-se a possibilidade e o sucesso na reinterpretação das normas trabalhistas, o que implica a verificação da constitucionalidade ou da novação legislativa das normas pós e pré-constitucionais, respectivamente. Nessa etapa, foram analisados diversos dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (pré e pós-reforma), assim como mais de trinta diferentes decisões dos Tribunais (Súmulas, Orientações Jurisprudenciais, Acórdãos, etc.) relacionadas ao tema proposto.

Por fim, foram abordadas as consequências jurídicas dos estudos realizados, as quais acarretam acréscimos superiores a 50% em relação às horas extraordinárias, indenizações por dano existencial, etc.

2 O ESTUDO DO LAZER SOB UMA PERSPECTIVA TRANSDISCIPLINAR

Para alcançar o conceito mais adequado de lazer, é preciso contextualizá-lo. Para isso, é necessário entender o lazer nos dias atuais e também confrontá-lo com outros conceitos, tais como tempo livre, desconexão, ócio criativo, trabalho, descanso, tédio, etc. Além disso, é preciso desvelar a sua importância e finalidade para o ser humano e situá-lo na contemporaneidade.

Conforme se analisará a seguir, **a atual primazia do trabalho não atende mais às necessidades do ser humano e, curiosamente, do próprio mercado.** Uma das causas tem sido o avanço da tecnologia, que vem substituindo o trabalho humano em todas as atividades repetitivas (físicas e intelectuais). O Direito deve acompanhar essas transformações, pois deve estar de acordo com a realidade vigente. Especificamente para o Direito do Trabalho, não é mais possível ignorar o direito ao lazer, que vai muito além dos conceitos conservadores: é, por natureza, um direito revolucionário, capaz de produzir mudanças positivas. A forma como o Direito do Trabalho é aplicada já não atende às necessidades do ser humano na contemporaneidade, pois se encontra totalmente desconectada da realidade e defasada. Os problemas sociais do país são notórios para qualquer cidadão, e, como se verá, a aplicação desse Direito

está defasado. Podemos dizer, talvez sem exagero, que há uma crise na ciência jurídica no Brasil.

Um grande pensador sobre a crise das ciências é Thomas Kuhn. Ele acredita que a evolução científica, por si só, não corresponderia às expectativas. Percebe-se um mundo com intensa evolução tecnológica, mas que não atenderia às necessidades humanas, apenas às necessidades do mercado. É preciso que a evolução seja acompanhada da transformação, aquilo que Thomas Kuhn denominou de “revolução científica”, que é quando surge um novo paradigma científico. A essência da revolução seria justamente essa substituição de paradigma, que ocorre quando existem:

[...] aqueles episódios de desenvolvimento não cumulativo, nos quais um paradigma mais antigo é total ou parcialmente substituído por um novo, incompatível com o anterior (KUHN, 2006, p. 25).

Para tal revolução científica, seria preciso uma mudança estrutural que se processasse através da mudança dos conceitos, dos princípios e da visão de mundo (KUHN, 2006). Para isso, cabe salientar o papel do pesquisador: é ele quem deve confrontar o atual paradigma. O pesquisador seria o verdadeiro motor dessa revolução.

Para ser um motor de uma revolução científica, é fundamental a ideia de Domenico De Masi (2000, p. 125), que entende que a “pesquisa científica implica, por sua natureza, uma programação do futuro”. Santos (1988), por seu turno, especula que já existe um paradigma emergente capaz de confrontar o atual e gerar a revolução da ciência, pois estaria embutido na nova concepção das ciências sociais:

A concepção humanística das ciências sociais [...] coloca a pessoa, enquanto autor e sujeito do mundo, no centro do conhecimento, mas, ao contrário das humanidades tradicionais, coloca o que hoje designamos por natureza no centro da pessoa. Não há natureza humana porque toda a natureza é humana (SANTOS, 1988, p. 63).

Uma das formas de superar o desafio da revolução científica é a pesquisa transdisciplinar, como já alerta Santos (1988, p. 64):

É hoje reconhecido que a excessiva parcelização e disciplinarização do saber científico faz do cientista um ignorante especializado e que isso acarreta efeitos negativos. Esses efeitos são sobretudo visíveis no domínio das ciências aplicadas [...]; o direito, que reduziu a complexidade da vida jurídica à secura da dogmática, redescobre o mundo filosófico e sociológico em busca da prudência perdida.

Portanto, diante de um mundo cada vez mais complexo, perde-se a visão do todo, daí a importância de **um estudo transdisciplinar que reformule os conceitos, princípios e visões de mundo**. Para alcançar esse fim, será necessário transitar por disciplinas não jurídicas, como a sociologia, a filosofia e a economia. A transdisciplinaridade é necessária para qualquer pesquisa científica³. Contudo, o curioso é que o estudo do lazer é transdisciplinar por natureza, e não apenas por necessidade geral da ciência, justificando a ênfase que a presente obra dará ao tema.

O Direito ao Lazer é o paradigma emergente capaz de gerar a revolução científica no Direito do Trabalho. É preciso reformular o conceito de lazer e expor os princípios constitucionais que o fundamentam, assim como abordar as visões de mundo conhecidas em relação ao lazer e ao trabalho, durante a História da humanidade. O estudo do Direito ao Lazer deve confrontar fontes de diversas disciplinas, através de uma articulação entre elas, para alcançar uma visão cada vez mais global do objeto de estudo. Para que isso ocorra, é preciso buscar uma unificação semântica das definições, através e além das disciplinas:

O ponto de sustentação da transdisciplinaridade reside na unificação semântica e operativa das acepções através e além das disciplinas. Ela pressupõe uma racionalidade aberta por um novo olhar, sobre a relatividade das noções de *definição* e *objetividade*. O formalismo excessivo, a rigidez das definições e

³ A transdisciplinaridade é um tema de extrema importância para a humanidade. Em 1994, por exemplo, foi realizado o I Congresso Mundial de Transdisciplinaridade em Portugal. É, portanto, o primeiro grande passo para a difusão internacional do tema. Nesse evento, seria elaborada a chamada “Carta da Transdisciplinaridade”, que contém uma série de considerações que justificam a importância do tema (CONGRESSO..., 1994).

o absolutismo da objetividade comportando a exclusão do sujeito levam ao empobrecimento (CONGRESSO..., 1994, p. 2-3, grifo no original).

Como se nota no trecho acima, a rigidez das definições pode levar ao empobrecimento, por isso a importância de uma definição transdisciplinar de um direito como o lazer, objeto principal deste trabalho. O giro copernicano da transdisciplinaridade consiste em introduzir como centro dos estudos a condição humana. É preciso situar o humano no Universo, não mais separá-lo dele. É preciso reconhecer a “animalidade” do humano, sem reduzi-lo apenas a ela. É preciso conceituar o ser humano pela biofísica, mas também pela perspectiva psicossociocultural, de forma a entrelaçá-las mutuamente (MORIN, 2003).

O estudo do lazer, portanto, não pode ser dissociado das questões ligadas às condições humanas, o que obriga o cientista do Direito do Trabalho a ultrapassar as questões puramente jurídicas. Mas também deve-se evitar a inclusão de conteúdo histórico que nada influencia o estudo jurídico, que nada auxilia na compreensão das estruturas sociais capazes de explicar o papel e a importância do lazer para o ser humano na contemporaneidade. A consequência da transdisciplinaridade é perceber que é mais valioso uma mudança de visão sobre o lazer do que o acúmulo cego e ineficaz de mais conhecimentos sobre o tema (MORIN, 2003). Considerando a centralidade da condição humana para o conhecimento transdisciplinar, é imperioso o aprofundamento do assunto no contexto da sociedade atual, sem perder o foco no objeto da obra: o direito ao lazer.

2.1 O LAZER E A CONDIÇÃO HUMANA: DA ANTIGUIDADE À CONTEMPORANEIDADE

Como já mencionado anteriormente, para a perspectiva transdisciplinar, o centro de qualquer estudo deve ser a condição humana. E abordar o pensamento de Hannah Arendt parece fundamental para darmos um passo nessa direção. A sua preocupação reside no fato de que:

Se for comprovado o divórcio entre o conhecimento (no sentido moderno de conhecimento técnico [*know-how*]) e o pensamento,

então passaríamos a ser, sem dúvida, escravos indefesos, não tanto de nossas máquinas quanto de nosso conhecimento técnico, criaturas desprovidas de pensamento à mercê de qualquer engenhoca tecnicamente possível, por mais mortífera que seja (ARENDT, 2014, p. 4).

Em outras palavras, o ser humano pode ser escravo de si quando há a separação entre conhecimento e pensamento. Hoje, o conhecimento é a linguagem da máquina, cada vez mais ininteligível para o ser humano, e “tudo que os homens fazem, sabem ou experimentam só tem sentido na medida em que se possa falar sobre” (ARENDT, 2014, p. 4-5).

Para que a pesquisa científica não separe conhecimento e pensamento, compreender a condição humana é fundamental. Antes de prosseguir, é importante citar a advertência de Hannah Arendt sobre a distinção entre natureza e condição humana:

Para evitar mal-entendidos: a condição humana não é o mesmo que a natureza humana, e a soma total das atividades e capacidades humanas que correspondem à condição humana não constitui algo equivalente à natureza humana (ARENDT, 2014, p. 12).

Ou seja, o ser humano é um ser condicionado, mas as condições impostas não constituem sua natureza. Seria confundir o líquido com o seu recipiente. A autora acrescenta ainda que a “condição humana compreende mais que as condições sob as quais a vida foi dada ao homem” (ARENDT, 2014, p. 11).

A segunda advertência importante de ser ressaltada é que, diante das condições que a vida terrena oferece, o homem cria sua própria condição (produzida por ele mesmo), que tem o mesmo poder condicionante das condições naturais. Duas informações relevantes: a primeira é que o ser humano é condicionado de determinado modo por estar no planeta Terra, logo, em outro planeta, as condições seriam outras; a segunda é a mais curiosa: o homem é autocondicionante. Logo, não importa onde esteja ou o que faça, o homem é sempre um ser condicionado (p. 12). Vale acrescentar que as condições da existência humana não explicam o que somos ou quem

somos, pois jamais nos condicionam de modo absoluto, e a ciência tem demonstrado isso (p. 114).

As condições mais gerais da existência humana são dadas pela natalidade e pela mortalidade. Aquelas que condicionam a chamada *vita activa* são a própria vida, a mundanidade e a pluralidade. *Vita activa* (vida ativa) é uma expressão utilizada por Hannah Arendt (2014) para agrupar as três atividades fundamentais do ser humano na Terra: o trabalho, a obra e a ação. O trabalho corresponde ao processo biológico do corpo humano. A condição humana do trabalho é a própria vida. A obra é uma atividade correspondente à não naturalidade da existência humana, é algo “artificial”, além do ciclo natural. A condição da obra é a mundanidade. Já a ação é a atividade entre os homens, é a condição humana da pluralidade, é a condição necessária de toda a vida política (p. 9). Em outras palavras, não é possível sobreviver sem o trabalho (ainda que o ser humano obrigue outros a trabalhar para si, ele ainda depende que este trabalho seja realizado), o ser humano é autocondicionante, ou seja, cria um mundo “artificial” para si, e, por fim, nenhum ser humano é igual ao outro (ainda que sempre iguais em dignidade), logo, é preciso agir politicamente.

Essas premissas da vida ativa são fundamentais para a conceituação do lazer, pois: a) trabalho: o lazer não nega a importância do trabalho, ao contrário, o trabalho tem dado maior importância ao lazer; b) mundanidade: o lazer está ligado ao “instinto do jogo”, que autocondiciona o ser humano na criação e na manutenção das instituições e até de sistemas econômicos; c) pluralidade: o lazer está relacionado ao desenvolvimento da personalidade, ou seja, ressalta a importância de cada indivíduo pelo que tem de singular.

Para esclarecer ainda, cabe expor, mais uma vez, o pensamento de Hannah Arendt (2014, p. 10):

A ação seria um luxo desnecessário, uma caprichosa interferência nas leis gerais do comportamento, se os homens fossem repetições interminavelmente reproduzíveis do mesmo modelo, sua natureza ou essência fosse a mesma para todos e tão previsível quanto a natureza ou essência de qualquer outra coisa. A pluralidade é

a condição da ação humana porque somos todos iguais, isto é, humanos, de um modo tal que ninguém jamais é igual a qualquer outro que viveu, vive ou viverá.

A pluralidade fundamenta a política. Logo, o lazer tem interferência indireta na política, pois revela tal fundamento ao ressaltar a importância de cada indivíduo pelo que tem de singular. As condições impostas ao ser humano também refletem no futuro da humanidade, além de se relacionarem umas com as outras:

Todas as três atividades e suas condições correspondentes estão intimamente relacionadas com a condição mais geral da existência humana: o nascimento e a morte, a natalidade e a mortalidade. O trabalho assegura não apenas a *sobrevivência* do indivíduo, mas a vida da espécie. A obra e seu produto, o artefato humano, conferem uma *medida de permanência* e durabilidade à futilidade da vida mortal e ao caráter efêmero do tempo humano. A ação, na medida em que se empenha em fundar e preservar corpos políticos, cria a condição para a lembrança [*remembrance*], ou seja, para a *história* (ARENDT, 2014, p. 11, grifos nossos).

Para ilustrar melhor a questão da “condição humana” e “o que a humanidade vem fazendo”, a autora distingue entre o “*animal laborans*” e o “*homo faber*”. O primeiro decorre da condição humana do trabalho, e o segundo, da capacidade de fabricar - criando, portanto, condicionantes não naturais -, logo, violador do ciclo da natureza. Em outras palavras, o *animal laborans* se relaciona com o trabalho, assim como o *homo faber* se relaciona com a obra. Arendt desvela a diferença entre os conceitos da seguinte forma:

Esse elemento de violação e de violência está presente em toda fabricação, e o *homo faber*, criador do artifício humano, sempre foi um destruidor da natureza. O *animal laborans*, que com o próprio corpo e a ajuda dos animais domésticos nutre o processo da vida, pode ser o amo e o senhor de todas as criaturas vivas, mas permanece ainda o servo da natureza e da Terra; só o *homo faber* se porta como amo e senhor de toda a Terra (ARENDT, 2014, p. 173).

Ainda que seja evidente que tal capacidade de fabricação instrumentalizou e livrou o *animal laborans* de vários inconvenientes práticos, há grandes riscos quando essa instrumentalização se torna um fim em si mesmo. A burocratização do conhecimento, ocupando até mesmo o espaço da contemplação, pode interferir na sobrevivência do nosso mundo, inclusive:

Se tivéssemos de confiar somente nos chamados instintos práticos dos homens, jamais teria havido qualquer tecnologia digna de nota; e, embora as invenções técnicas hoje existentes tragam em si certo ímpeto que, provavelmente, gerará melhorias até certo ponto, é pouco provável que o nosso mundo condicionado à técnica pudesse sobreviver, e muito menos continuar a desenvolver-se, se conseguíssemos nos convencer de que o homem é, antes de tudo, um ser prático (ARENDT, 2014, p. 359).

A glorificação quase que exclusiva do trabalho indica o predomínio do *animal laborans* que invade praticamente todas as esferas da vida humana. O trecho a seguir, da obra de Hannah Arendt (2014, p. 158), permite visualizar a influência que esse predomínio terá no lazer:

A emancipação do trabalho não resultou em uma equiparação dessa atividade a outras atividades da *vita activa*, mas em seu predomínio quase incontestável. Do ponto de vista de “prover o próprio sustento”, toda a atividade não relacionada com o trabalho torna-se um “passatempo”.

Destarte, abordar a ascensão do trabalho (uma das condições humanas) é fundamental para compreender a contemporaneidade. Todavia, para entender o papel do lazer, é preciso tratar antes do *homo ludens*.

2.1.1 O *Homo Ludens* e o Conceito Amplo de Jogo

Johan Huizinga (2012) identifica no *homo ludens* uma outra função humana tão importante quanto o raciocínio (do *homo sapiens*) e a fabricação de objeto (do *homo faber*). “Homo ludens” é uma definição do humano

através da identificação de algo inseparável dele: o instinto do jogo. Ele expõe sua convicção de que é no jogo e pelo jogo que a civilização surge e se desenvolve. O jogo está ligado a qualquer tipo de civilização e a qualquer concepção de universo. Ele reinterpreta os elementos fundamentais da cultura humana e descobre que a lei, a ciência, a arte, a guerra, a política, a filosofia, dentre outros, são todas nutridas pelo instinto do jogo. Integrar o conceito de jogo ao de cultura pode trazer uma nova luz para entender porque o ser humano faz o que faz. Para ele, a cultura é um jogo: se faz no jogo e pelo jogo.

O jogo está ligado a algo para além do jogo e possui uma função “significante”, ou seja, encerra um determinado sentido. Também não é possível negá-lo, enquanto todas as outras abstrações são passíveis de negação (justiça, beleza, verdade, etc.). Por detrás de toda expressão abstrata se oculta uma metáfora, que consiste em um jogo de palavras. Para compreender a vida, o ser humano cria um outro mundo, que convive com o mundo da natureza (HUIZINGA, 2012).

Para compreender o *homo ludens*, é preciso aprofundar a noção de jogo utilizado por Johan Huizinga (2012). Este conceito amplo do jogo possui quatro características: é livre (ou busca dentro dele se libertar ou sentir-se livre), é evasivo, possui limites determinados, cria ordem (e é ordem). O jogo se identifica com a liberdade, com a evasividade (que se dá pela criação de outro mundo, mundo este que possui limites, pois é definido), com o cumprimento de certos ordenamentos e é o próprio ordenamento (p. 11-13).

Vale acrescentar que a seriedade pode ser incluída sem descaracterizar o jogo, pois até um jogo no sentido estrito, como o xadrez, é caracterizado como um jogo muito sério. A seriedade exclui o jogo, mas o jogo não exclui a seriedade. Um exemplo de jogo, no sentido amplo, contendo também muita seriedade, é o próprio processo judicial: há uma imersão temporária em um universo artificial, com regras e jogadores. Uma verdadeira competição fundada na liberdade (o processo é, antes de tudo, para proteger liberdades). O processo tem o mesmo DNA do jogo. Um outro exemplo, é a criação do mito, do culto: o jogo sagrado. O mito

é uma transformação do mundo exterior ao ser humano. É nele que o ser humano busca se libertar⁴, se evade psicologicamente do mundo concreto para algo transcendente; para isso, concebe regras, premissas que regem esse mundo e é ele próprio regido por estar dentro dele. O jogo, com esse sentido amplo, baseado nas quatro características, não menospreza o culto: apenas informa a condição humana que é determinada pelo instinto do jogo.

Para exemplificar melhor a questão do *homo ludens* e sua influência no aprofundamento das estruturas de dominação, é importante abordar tanto a influência da religião do “deus doméstico” quanto do protestantismo na concepção de tais estruturas. Será preciso notar que, em todos os casos, inevitavelmente se encontrará as quatro características do jogo. Além disso, a identificação da origem da cultura no jogo⁵ será de extrema importância para entender o lazer, que é “cultura vivenciada”⁶.

2.1.2 O Lazer e as Estruturas de Dominação da Antiguidade à Contemporaneidade

Para compreender como o ser humano se tornou escravo do trabalho, uma mercadoria, é preciso ainda relacionar a condição humana de ser autocondicionante com as estruturas de dominação. A superação dessas estruturas ocorrerá quando novos valores emergirem e novas práticas forem implantadas sob novos fundamentos. Para fundamentar tal afirmação, faz-se necessário expor dois grandes momentos de transformação na história da humanidade, sob a perspectiva do papel do lazer, a fim de verificar se foi exatamente assim que tais transformações ocorreram. Como se verá adiante, o lazer tem o potencial de ser o protagonista da nova revolução.

⁴ “Os místicos encontram primeiramente uma liberdade para se entregar. Abandonando-se aos seus deuses, aceitando suas regras, eles também se tornam secretamente livres. Na escravidão espontaneamente aceita, recuperam uma independência profunda. Mas o que significa essa liberdade? Podemos dizer em suma que eles se *sentem* livres em relação a si mesmos e, sobretudo, mais libertos do que livres” (CAMUS, 2014, p. 63-64, grifo do autor).

⁵ A origem da cultura no jogo, informa Johan Huizinga, não se dá como um recém-nascido que se separa do corpo da mãe. Nasce no jogo e, enquanto jogo, jamais perderá essa qualidade.

⁶ Tema que será abordado mais adiante.

2.1.2.1 O lazer-dever: a dominação estrutural na antiguidade

No período da religião do “deus doméstico”, como se verá a seguir, a vida do ser humano era dedicada completamente às instituições. Hoje nota-se que várias portas foram abertas, pois já há espaço substancial para liberdades individuais. É preciso, aqui, abordar essa fase anterior como forma de expor que, pelo menos, desde tal período, a trajetória humana está em busca da libertação não apenas do corpo, mas de sua mente: na substituição de um jogo por outro jogo.

Foi dito anteriormente que o ser humano é autocondicionante, ou seja, a condição humana, não importa o que aconteça, é por si condicionada. O ser humano cria um mundo “artificial” para si e a ele se condiciona⁷. Adotar esta premissa será de extrema importância para compreender como a sociedade se transforma e poderá se transformar.

Nos tempos da religião doméstica não era diferente. E para entender e explicitar a condição humana e sua relação com o que depois será definido como lazer e o seu papel para a futura mudança estrutural da sociedade, é imperioso tratar da religião primitiva, suas consequências no Direito, nas liberdades individuais e na noção de Estado. Entender como ocorreu a ruptura para a estrutura marcada pela ascensão do cristianismo ajudará a compreender também como surgiu o capitalismo e, igualmente, como superá-lo.

Diferente do que se pode imaginar, a religião primitiva, objeto de estudo de Fustel de Coulanges, não foi criada institucionalmente para controlar a população. Ao contrário, foi a religião que criou todas as instituições: da família ao Direito.

Expor os estudos de Fustel de Coulanges (2003), em sua obra *A Cidade Antiga*, é essencial para compreender o papel do lazer no período das religiões primitivas: o autor aponta as cidades gregas e romanas como fruto de uma religião primitiva que já não mais existia. Ou seja, o tempo havia esvaziado os dogmas, mas os ritos permaneceram e influenciaram a sociedade até hoje. Atualmente, ainda são reproduzidos diversos rituais que já não condizem com os dogmas vigentes (o casamento, por exemplo,

⁷ É importante identificar aqui também as características do jogo para compreender melhor a condição humana.

tinha outra finalidade, como se verá adiante). O esvaziamento dos ritos, em sua finalidade original, segundo Coulanges, ocorre porque o tempo da crença dura menos do que a perpetuação das práticas decorrentes dela.

Havia duas principais premissas da religião doméstica, também chamada de “religião da morte”, sendo o conceito de família, de cidadania, de direito, etc. consequências delas. A primeira premissa era a de que a alma não se separava do corpo após a morte, logo, a sepultura era sua morada e garantia da segunda vida, que era eterna – ainda que fosse ligada a certas condições humanas, como a necessidade de se alimentar. Ofertas eram feitas regularmente, em troca de proteção pedida através das preces. Cada morto era um deus. Não havia deus superior ao outro. Cada deus só poderia ser adorado por uma família, e esse deus era seu ancestral. A religião era, portanto, doméstica, da casa; uma religião, um templo exclusivo para a família. Por conseguinte, para a religião se perpetuar, era preciso perpetuar a própria família, responsável pela alimentação após a morte, sob pena de fome eterna. O vivo não se separava do morto, o morto não se separava do vivo. A propriedade era fundamentada no deus que nela habitava. Tinha natureza sagrada: eterna, inalienável, imprescritível. Era mais fácil escravizar o homem por suas dívidas do que retirar seu direito de propriedade.

A segunda premissa era a de que o homem (o pai) possuía o princípio misterioso, ou seja, era aquele que transmitia a centelha divina. Daí a centralidade na figura masculina. Como a família era um vínculo religioso, e não de sangue, um filho adotivo poderia ter mais direitos do que uma filha consanguínea. Isso porque o casamento era, originalmente, um ritual de mudança de religião da mulher: da religião do pai para a religião do esposo. Por consequência, esse ritual não era realizado em um templo, mas na casa do novo deus. Ninguém poderia adorar dois deuses. O casamento, para a mulher, representava nova cidadania, novo deus, novas crenças⁸.

⁸ Por isso, a mulher não tinha direito à herança, pois, casando, iria violar a sacralidade da propriedade da religião paterna, na medida em que haveria a transferência – logo, a morte dessa religião. A esterilidade da mulher, pelos motivos já expostos, poderia levar à anulação do casamento. Se fosse do homem, isso se resolvia com a participação de outro homem para gerar o descendente e manter a religião viva.

Bastam duas regras, dois valores, para o ser humano ser autocondicionado, ser escravo de uma estrutura (jogo) que ele mesmo criou. A primeira consiste na crença do ascendente morto como deus protetor e eternamente necessitado, e a segunda, na sucessão proveniente da figura masculina.

Assim não era o direito obra de um legislador, mas ao legislador era imposto o direito. O legislador não era o homem, mas a crença dentro de si. A lei era imutável, porque divina. Renunciar ao culto era renunciar ao direito, à cidadania. Deus não estava em toda parte. O ser humano poderia até dominar a natureza, mas era, ou ainda é, escravo do seu pensamento. O ser humano era incapaz de libertar a própria consciência da onipotência da instituição⁹. Os filhos eram propriedade do pai. Havia fortes laços dentro da família, e nenhuma fagulha de caridade aos terceiros, adoradores de outros deuses. A maior associação que existia, nesses tempos, era a família. Não havia cidade ou Estado. O direito era doméstico.

O lazer, no sentido que se revelará mais adiante nesta obra, ainda não era possível. Não havia nenhum resquício de liberdade individual, pois o lazer era um dever: nas festas, de natureza sagrada, era proibido trabalhar e era obrigatório estar alegre, era obrigatório cantar e jogar. O tempo onde hoje poderíamos encaixar o lazer era controlado por fundamentos da religião: não havia tempo livre. O tempo não se baseava pelo curso da Lua ou do Sol, por exemplo. Por isso, um ano poderia durar mais ou menos que outro ano. Cada religião contava o ano de forma diferente, afinal, eram dogmas diferentes¹⁰.

Tudo isso começou a mudar quando, além da crença do deus doméstico, passou-se a acreditar também em deuses superiores. E, quando uma família adotava um deus superior, havia a possibilidade, por conseguinte, de encontrar outra família com deuses em comum. Surgia a cidade: uma confederação entre deuses domésticos pela identificação de um deus superior em comum. A fundação de uma cidade ocorria através de um culto religioso, seu fundador era para a cidade o que o antepassado

⁹ O lazer, como se verá mais adiante, é justamente uma prática desvinculada das obrigações institucionais (do trabalho à família).

¹⁰ A racionalização do tempo e sua libertação do controle religioso são de extrema importância para o nascimento e o avanço do lazer.

era para a família: um deus. Entretanto, ainda não havia amor entre os homens e seus deuses: os primeiros queriam proteção e garantia após a vida, os segundos queriam sacrifícios (alimentos sacramentados pelo culto). Não se buscava, nessas religiões, a evolução espiritual ou moral. Isso só ocorrerá nas religiões posteriores.

O corpo do ser humano era do Estado, e não se permitia a vida de pessoas com corpos defeituosos. A educação não era livre. O indivíduo valia muito pouco. O único cidadão nas cidades era o pai vivo (os dogmas mudariam, mas as práticas seriam fundadas em dogmas anteriores).

A revolução que extinguiu de vez a dominância não só os dogmas primitivos, mas também as práticas fundadas nestes dogmas, teria sido impulsionada por dois motivos: a) a evolução no campo das ideias, que desmorona antigas crenças; b) a existência e o crescimento de uma população alheia aos dogmas (a plebe), afinal, a religião era excludente, restritiva. Logo, as chances de expansão de um grupo alheio à estrutura e com desejo de destruí-la eram extremamente favoráveis, pois sofriam diversas consequências negativas em decorrência dela. Assim acontecerá no capitalismo, como se verá, e o mesmo poderá acontecer na sua superação: novas ideias e o desejo de mudança. Segundo Coulanges (2003), deve ocorrer os dois e de maneira natural e sincronizada.

Com o tempo, de associação em associação, os deuses domésticos foram perdendo força para os deuses superiores, e deuses superiores foram perdendo força para um único Ser Supremo¹¹. Coulanges informa também que filósofos passaram a desprezar deuses domésticos e fundamentaram (e auxiliaram a fundar) a nova sociedade, nascendo o gosto pelo belo, o luxo e o comércio. As virtudes públicas seriam substituídas pelas virtudes individuais¹².

Nos últimos dois séculos, apenas para contextualizar, vários filósofos avançaram para conceber a inexistência de um Ser Supremo (Nietzsche e Sartre são os grandes expoentes dessa linha de pensamento). As consequências foram lentas, mas a família, a propriedade, o Direito

¹¹ O Deus passou a ser concebido como universal, ultrapassando as fronteiras da família, da cidade e do Estado. Daí a importância do Cristianismo nessa mudança de paradigma: Jesus não reconhecia mais que obedecer a César era sinônimo de obedecer a Deus.

¹² O lazer se funda exatamente após essa mudança.

e o Estado perderam o caráter religioso, sagrado, para se fundamentar no próprio ser humano: surgem as liberdades individuais e a democracia (direito fundado na vontade popular, na vontade da maioria). Conforme Coulanges, a propriedade passa a se fundar no trabalho e surge o dinheiro. Vale repetir: tudo isso mudou por conta da mudança de valores, não foi uma mudança estrutural imposta artificialmente¹³.

O atributo intelectual das revoluções sempre ocorre antes da mudança ritualística, porque o “sacerdote oficial da época” sempre acredita que basta a manutenção (ainda que esvaziada do dogma) dos velhos rituais para manter “sua religião”. Na origem do Cristianismo, há justamente uma passagem bíblica em que Jesus é questionado por violar um ritual, mas ele rebate:

Como entrou na casa de Deus, no tempo de Abiatar, sumo sacerdote, e comeu os pães da proposição, dos quais não era lícito comer senão aos sacerdotes, dando também aos que com ele estavam? E disse-lhes: O sábado foi feito por causa do homem, e não o homem por causa do sábado. Assim o Filho do homem até do sábado é Senhor.¹⁴

Por tal motivo, o objetivo do trabalho consiste em avançar nas ideias do lazer, desconstruindo os ritos esvaziados, os valores ultrapassados, buscando a futura mudança estrutural.

2.1.2.2 Da escravidão da antiguidade à glorificação do trabalho alienado

Em escritos antigos, em especial os do povo hebraico, o trabalho era considerado algo contrário à natureza humana. Era uma punição divina por conta do pecado original. Considere a fala atribuída ao deus hebraico:

¹³ Isso, talvez, também explica porque o comunismo não venceu, não ocorreu: não se pode ignorar a natureza humana, “o espírito” do seu tempo. Primeiro é preciso mudar o “espírito” e, um processo ainda mais longo, os rituais fundados no dogma anterior. Atualmente, o lazer surge como novo dogma, mas os rituais são do “deus trabalho”, os sacrifícios oferecidos a este deus continuam: o consumo irracional, fundado em necessidades artificiais. Sobre esta hipótese, ficará mais claro adiante ao abordar o Espírito do Capitalismo de Weber.

¹⁴ Trecho da *Bíblia*, extraída do *Novo Testamento*, em Mateus 2, versículos 26 a 28. Disponível em: <https://www.bibliaonline.com.br/acf/mc/2/27+>. Acesso em: 03 jul. 2016.

E a Adão disse: Porquanto deste ouvidos à voz de tua mulher, e comeste da árvore de que te ordenei, dizendo: Não comerás dela, maldita é a terra por causa de ti; com dor comerás dela todos os dias da tua vida. Espinhos, e cardos também, te produzirá; e comerás a erva do campo. *No suor do teu rosto comerás o teu pão, até que te tornes à terra; porque dela foste tomado*; porquanto és pó e em pó te tornarás¹⁵ (grifos nossos).

Na Antiguidade grega, as atividades baseadas na utilidade e na necessidade eram excluídas do modo de vida realmente livre. Por conta disso, a *vida contemplativa* era o único modo existente (ARENDDT, 2014).

Era “[vida] boa” exatamente porque, tendo dominado as necessidades do mero viver, tendo se libertado do trabalho e da obra e superado o anseio inato de sobrevivência comum a todas as criaturas vivas, deixava de ser limitada ao processo biológico da vida (ARENDDT, 2014, p. 45).

Para os gregos, por exemplo, o trabalho tinha uma conotação estritamente física:

[...] “trabalho” era tudo aquilo que fazia suar, com exceção do esporte. Quem trabalhava, isto é, suava, ou era um escravo ou era um cidadão de segunda classe. As atividades não-físicas (a política, o estudo, a poesia, a filosofia) eram “ociosas”, ou seja, expressões mentais, dignas somente dos cidadãos de primeira classe (DE MASI, 2000, p. 17).

Aristóteles (384-322 a.C.) conceituava “escravo” como aquele que, ainda que humano, pertencesse a outro humano, um instrumento de uso. Segundo esse filósofo, escravos por natureza seriam aqueles que só se aproveitariam de sua força física (ARISTÓTELES, 2007). Também afirmava que o trabalho era necessário, mas que o repouso era preferível, ainda que, nesse caso, fosse preciso procurar o que realmente fazer para aproveitá-lo (p. 151).

¹⁵ Trecho da Bíblia, extraída do Antigo Testamento, em Gêneses 3, versículos 17 a 19. Disponível em: <http://www.bibliaonline.com.br/acf/gn/3?verse=19>. Acesso em: 03 maio 2015.

Para dominar a necessidade, para se libertar, o homem se valia da escravidão. A escravidão era a busca da exclusão do trabalho das condições humanas, diferente de épocas posteriores, nas quais a escravidão buscava mão de obra barata, instrumento de exploração com a finalidade de obter lucro. Na Antiguidade, havia uma grande rejeição à tecnologia, justamente por conta da criação da escravidão, que era suficiente para substituir o resultado do trabalho desejado (DE MASI, 2000).

Adriana Wyzykowski (2012) alerta que a perspectiva religiosa da Antiguidade grega sobre o trabalho como pena não entra em conflito com a teoria da condição humana do *animal laborans*, pois a tentativa de excluir o labor da condição da vida ocorria por meio da inclusão do labor na vida de outrem, através da escravidão. Em outras palavras, a condição humana do trabalho permanece com a escravidão, pois essa última não extinguiu a necessidade do trabalho (apenas a atividade é desenvolvida por terceiros, a necessidade permanece). Bertrand Russell segue o mesmo raciocínio e insere o lazer no contexto:

Por toda a Europa, embora não nos Estados Unidos, existe uma terceira classe de pessoas que é mais respeitada [...]. São pessoas que, por meio da propriedade da terra, têm o poder de fazer com que outras paguem pelo privilégio de poder existir e trabalhar. Esses proprietários de terra são ociosos, donde poderia esperar que eu os elogiasse. Infelizmente, o seu ócio só é possível devido ao trabalho dos outros e, na verdade, a sua aspiração a um ócio confortável é, historicamente, a origem de todo o evangelho do trabalho. A última coisa que essa gente jamais desejou é que outros seguissem o seu exemplo. [...]. *A moral do trabalho é uma moral de escravos, e o mundo moderno não precisa de escravidão. [...] O lazer é essencial à civilização e, em épocas passadas, o lazer de uns poucos só era possível devido ao trabalho da maioria. Este trabalho era valioso, não porque o trabalho é bom, mas porque o lazer é bom* (RUSSEL, 2002, p. 26-28, grifos nossos).

Bertrand Russell deixa claro exatamente aquilo que fundamenta as premissas já levantadas neste trabalho: a moral do trabalho é uma moral de escravos. Ou seja, como diria Coulanges (2003), é um dogma que não

se sustenta mais. Russell ressalta ainda que a valorização do trabalho só ocorria para possibilitar o lazer de poucos.

O desprezo pelo trabalho (na teoria antiga) e sua glorificação (na teoria moderna) demonstram a seguinte mudança: da “desconfiança de seu doloroso esforço” para passar a “louvar sua produtividade” (ARENDT, 2014, p. 114).

É a partir do contexto dessa segunda fase que surgem os ideais marxistas, que, segundo Arendt, não buscavam emancipar a classe operária, mas emancipar o ser humano do trabalho operário. Foi o conceito moderno de trabalho¹⁶ que acabou dividindo a família há mais de cem anos, levando o homem à linha de montagem e deixando a mulher em casa, diferente da época das atividades agrícolas ou artesanais (DE MASI, 2000).

Para entender como isso ocorreu, será preciso entender a relação entre a religião protestante e o nascimento do capitalismo.

2.1.2.3 O lazer negativo: a dominação estrutural na Modernidade

Assim como a religião doméstica foi o fundamento da criação das instituições (da família ao Estado), com base na “segunda vida dos seus antepassados” e na “supremacia patriarcal”, a posterior transformação das instituições se deu, mais uma vez, conforme Weber, pela religião. Segundo ele, os novos valores trazidos pelo protestantismo foram fundamentais para o surgimento do sistema capitalista e, portanto, de tudo aquilo que seria dele derivado.

Max Weber (2004) buscou entender o capitalismo através de seu “espírito”, assim como Fustel de Coulanges procurou compreender as instituições romanas: através da peculiaridade cultural que movia internamente o ser humano da época. Ele buscou, portanto, entender o capitalismo como cultura moderna¹⁷, como conduta de vida. E, como o catolicismo não permitia o aprofundamento das relações econômicas para formar o capitalismo, o advento do fenômeno do protestantismo

¹⁶ Esse conceito moderno, que será abordado posteriormente, é essencial para entender o capitalismo e vislumbrar sua superação, além de encontrar no lazer um novo mediador social.

¹⁷ O conceito amplo de jogo, vale repetir, se encaixa perfeitamente.

calvinista viria a ser a causa fundamental para a mudança de valores que veio a justificar os “novos ritos”. Percebe-se que esses dois grandes estudiosos procuraram aprofundar os conhecimentos sobre épocas diferentes, porém sobre uma mesma matéria-prima: o próprio ser humano, pois, sendo um ser autocondicionante, vive em um mundo autocriado. Tudo isso só reforça a característica de *homo ludens*. Weber, no entanto, afirma que, a despeito da relação entre a ética do antigo protestantismo e o desenvolvimento do espírito capitalista, tal relação não teria ocorrido de forma proposital. Não há como concluir que as premissas religiosas protestantes objetivavam a ambição por bens terrenos como um fim em si, como valor ético. Todavia, a energia vital dessa ambição irracional, segundo Weber (2004), nasceria desses valores. Para entender melhor como isso ocorreu, é preciso buscar os valores fundadores dessa nova postura¹⁸. Ela foi gerada da “ascese protestante intramundana”. Antônio Flavio Pierucci, em seu glossário anexo à obra de Max Weber, explica:

[...] Ascese, ascetismo ou ascética é o controle austero e disciplinado do próprio corpo através da evitação metódica do sono, da comida, da bebida, da fala, da gratificação sexual e de outros tantos prazeres deste mundo. Weber distingue dois tipos principais de ascese: a ascese do monge, que se pratica “fora do mundo”, chamada “extramundana”, e a ascese do protestante puritano, que é “intramundana” e faz do trabalho diário e metódico um dever religioso, a melhor forma de cumprir, “no meio do mundo”, a vontade de Deus. É por isso que na sociologia de Weber as formas puritanas de protestantismo recebem o rótulo de “protestantismo ascético” (PIERUCCI, 2004, p. 280).

Segundo Weber, a vitória do Cristianismo, o nascimento das liberdades individuais, não mudariam o ser humano completamente: a sua intenção não havia mudado, ainda visava o “outro mundo”¹⁹, não mais com as características da religião antiga²⁰ nem regido por deuses domésticos. Contudo, havia o “estranhamento deste mundo”. Toda a

¹⁸ As novas regras, fundadoras do novo jogo que o homem criará e que o dominará.

¹⁹ Uma característica do jogo é ser evasivo.

²⁰ Novo jogo, novas regras.

vida ainda era uma preparação²¹ para a outra. Daí a postura dos monges em buscar as experiências “extramundanas”, através da negação do mundo presente, do rigor e da disciplina corporal na evitação do sono, da comida, da bebida, da fala, do sexo e dos demais prazeres mundanos.

O protestantismo ascético, que se caracteriza por ser intramundano, também não altera a preparação para o “outro mundo”, ao contrário, houve um aprofundamento ainda maior: coloca esse mundo como um “meio” para o “outro”. Do “estranhamento do mundo” para a “alegria com o mundo” (de cunho materialista). Daí a irradiação da postura ascética para todos, não apenas para os monges, e inclusive para todas as atividades. O trabalho passa a ser um meio, neste mundo, para cumprir com a vontade divina, o trabalho como vocação. O trabalho passa a ser o novo sacrifício oferecido para o novo deus, assim como era com os alimentos sacramentados pelo culto oferecidos aos ascendentes mortos na Antiguidade.

Weber (2004, p. 139) explicita essa mudança em direção à “religiosidade para fora dos templos” e sua penetração em toda a atividade mundana:

[Essa singular vida dos santos, cobrada pela religião e distinta da vida “natural”, passava-se – o decisivo é isto – não mais fora do mundo em comunidades monásticas, senão *dentro* do mundo e suas ordens]. Essa *racionalização* da conduta de vida no mundo, mas de olho no Outro Mundo, é [o efeito d]a *concepção de profissão* do protestantismo ascético (grifos do autor).

Segundo Weber, tal vocação configura o elemento irracional, cujo conteúdo é a autorrealização moral, tida como a vontade de Deus:

[...] cedendo o passo à referência cada vez mais enfática ao cumprimento dos deveres intramundanos como a única via de agradar a Deus em todas as situações, que esta e somente esta é a vontade de Deus, e por isso toda profissão lícita simplesmente vale muito e vale igual perante Deus (WEBER, 2004, p. 73).

²¹ Quase que uma espera, em vez da expressão “preparação”.

O trabalho, portanto, passou a ter o caráter de um dever religioso. É este dever que irá justificar sua glorificação. O ser humano passa a existir para seu “negócio” e não o contrário; sua riqueza é um fim em si mesmo, “nada tem” para si; sua finalidade é o cumprimento do dever profissional (WEBER, 2004).

O “trabalho profissional sem descanso” seria o meio mais seguro e eficaz para alcançar a certeza do estado de graça. O calvinismo passaria a acrescentar esse aporte positivo: a necessidade de comprovação da fé através da vida profissional mundana. A alegria do mundo concreto, ainda que pelo aspecto materialista, ocorre por conta da nova convicção: o mundo como instrumento positivo da graça divina (p. 102-110).

Aqui encontramos a origem da condenação moral do ócio, do descanso, do gozo, uma vez que significariam o abandono da aspiração da vida “santa”. O “descanso eterno dos santos” está previsto para o outro mundo. Neste mundo, o ser humano deve buscar a certeza do seu estado de graça. A “perda de tempo”, para Weber (2004), é o mais grave de todos os pecados.

A parábola bíblica do servo que foi punido por não ter feito frutificar a moeda que lhe fora confiada, conhecida como “parábola das dez moedas”, exerce grande influência, pois ampara tal postura²². Ela fundamenta e santifica o lucro, a multiplicação das riquezas, enfim, é

²² A parábola das dez moedas pode ser encontrada em Lucas 19, versículos 11-27: “Estando eles a ouvi-lo, Jesus passou a contar-lhes uma parábola, porque estava perto de Jerusalém e o povo pensava que o Reino de Deus ia se manifestar de imediato. Ele disse: ‘Um homem de nobre nascimento foi para uma terra distante para ser coroado rei e depois voltar. Então, chamou dez dos seus servos e lhes deu dez minas. Disse ele: “Façam esse dinheiro render até a minha volta”. Mas os seus súditos o odiavam e por isso enviaram uma delegação para lhe dizer: ‘Não queremos que este homem seja nosso rei’. Contudo, ele foi feito rei e voltou. Então mandou chamar os servos a quem dera o dinheiro, a fim de saber quanto tinham lucrado. O primeiro veio e disse: ‘Senhor, a tua mina rendeu outras dez’. ‘Muito bem, meu bom servo!’, respondeu o seu senhor. ‘Por ter sido confiável no pouco, governe sobre dez cidades’. O segundo veio e disse: ‘Senhor, a tua mina rendeu cinco vezes mais’. O seu senhor respondeu: ‘Também você, encarregue-se de cinco cidades’. Então veio outro servo e disse: ‘Senhor, aqui está a tua mina; eu a conservei guardada num pedaço de pano. Tive medo, porque és um homem severo. Tiras o que não puseste e colhes o que não semeaste’. O seu senhor respondeu: ‘Eu o julgarei pelas suas próprias palavras, servo mau! Você sabia que sou homem severo, que tiro o que não pus e colho o que não semei. Então, por que não confiou o meu dinheiro ao banco? Assim, quando eu voltasse o receberia com os juros’. E disse aos que estavam ali: ‘Tomem dele a sua mina e deem-na ao que tem dez’. ‘Senhor’, disseram, ‘ele já tem dez!’ Ele respondeu: ‘Eu digo a vocês que a quem tem, mais será dado, mas a quem não tem, até o que tiver lhe será tirado. E aqueles inimigos meus, que não queriam que eu reinasse sobre eles, tragam-nos aqui e matem-nos na minha frente!’” (BÍBLIA, *Antigo Testamento*, on-line).

exatamente esse o espírito do capitalismo que identificamos nos estudos de Karl Marx, apesar de abordar por uma perspectiva diferente. Como já foi dito, não foi a intenção do protestantismo ascético a adoração dos bens materiais em si, mas da devoção ao trabalho e à multiplicação.

A ascese protestante era, vale repetir, contra o gozo descontraído das posses, contra o consumo, especialmente o de luxo. Porém, teve um efeito psicológico libertador para o enriquecimento em relação à ética tradicional, libertando a ambição pelo lucro. Não só isso: o mais importante é que não apenas o liberou, mas foi além, tornando-o um dever (algo desejado por Deus) (WEBER, 2004).

A origem do capitalismo se funda, principalmente, pelo acúmulo de riquezas²³. Ele se deu, ainda que indiretamente, porque alguns puderam/deveram buscar incessantemente o lucro, sem poder gozá-lo, bem como os trabalhadores encontraram, no próprio trabalho, seu caminho mais eficaz para encontrar seu estado de graça. Apesar do fato de que Weber (2004) identificava nos EUA um capitalismo já afastado de seu sentido metafísico anteriormente exposto, ele percebia seu “caráter esportivo” (fato que sustenta, mais uma vez, a tese do instinto do jogo defendida por Huizinga mencionada anteriormente).

Uma vez explicado como funciona “o motor humano” para o trabalho, seja pela abordagem de Arendt, Weber ou Huizinga, cabe encaixá-lo na máquina do sistema capitalista. Karl Marx (2014) identifica o valor das mercadorias com o trabalho humano nelas contido. Produzir mercadorias, no contexto capitalista, é produzir valor de uso social²⁴. O valor de troca não se baseia mais pelo valor de uso de um bem pelo valor de uso de outro: valor de uso social consiste em produzir um valor de uso para outrem (MARX, 2014).

Nesse tópico, tratou-se muito da repressão moral ao descanso e ao gozo pela disseminação do protestantismo ascético. Outro ponto ligado diretamente ao objeto da obra reside na questão da limitação do tempo de trabalho. E a tendência natural do capitalismo totalmente desregulado

²³ Marx (2014) chega, inclusive, a comparar o papel da acumulação primitiva, na Economia Política, com o papel do pecado original na Teologia.

²⁴ O qualitativo “social” não é gratuito e é capaz de revelar como o capitalismo pode ser compreendido e superado, como se verá mais adiante.

foi o aumento da jornada de trabalho, que, em um certo momento, gerou resistências operárias que resultou em limitação na jornada de trabalho²⁵.

O capitalista encontrou diversos modos para o aumento da mais-valia, para superar a limitação da jornada de trabalho²⁶, como: a) o emprego de maior intensidade na força de trabalho (maior produção em menos tempo); b) a redução do salário abaixo da força de trabalho; c) o emprego de máquinas para reduzir o tempo necessário para cobrir o valor da força de trabalho humano (redução do custo da força de trabalho, além da quantidade de funcionários necessários); d) o aumento da intensidade através do aumento da velocidade das máquinas, alocando o operário para ficar encarregado por um maior número de máquinas; e) a implementação da força coletiva (ou força produtiva social do trabalho) (p. 55-108). Essa última possui consequências menos óbvias. A força coletiva gera mais-valia pelos seguintes motivos: a) o simples contato social já provoca estímulo às forças vitais, produzindo mais em cooperação do que isolado, pois se o homem não é um animal político, como disse Aristóteles, ao menos é um animal social; b) a manutenção desse estímulo ocorre com a implementação das funções de direção e de supervisão; c) a força produtiva social nada custa ao capital; d) a especialização de tarefas parceladas torna o operário incompleto e imperfeito quanto ao todo, mas perfeito como parte do operário coletivo (o operário individual não produz mais a mercadoria); e) o hábito de uma única função amplia a eficiência do operário diante do trabalho cada vez mais repetitivo, com a mesma regularidade de uma peça de máquina (evitam a reflexão e a imaginação, pois levam ao erro) (p. 56-77). As consequências para a saúde do operário diante da intensificação do trabalho seriam inevitáveis, afetando a força de trabalho. Além disso, já prejudicada pela saúde, essa força de trabalho começaria a perder espaço para as máquinas, diminuindo seu valor de troca e de uso (p. 111-117). Tal processo condenaria parte da classe operária à ociosidade forçada²⁷ por conta do trabalho excessivo da outra parte, reduzindo ainda mais o valor da sua força de trabalho em virtude da lei

²⁵ Porém, como se verá adiante, se o aumento da jornada impede o tempo livre, a limitação de jornada por si só também não libertou a mente humana: a mente que não sabe o que fazer com o tempo livre para si.

²⁶ A mais-valia gerada sem aumento da jornada é chamada de “mais-valia relativa”.

²⁷ Tempo desocupado ou tempo morto, não tempo livre, como se verá a seguir.

da oferta e da procura de mão de obra (p. 163-166). Toda essa conjuntura implica um lazer moribundo, pois seu tempo livre é exclusivamente dedicado a restabelecer a força de trabalho, ou seja, o tempo livre, nesse sentido, faz parte do processo de produção de capital. O tempo livre, assim, tem o mesmo papel do carvão e da água na máquina a vapor. Isto é, consiste em tornar a força de trabalho novamente explorável (p. 141).

Conforme as premissas adotadas nesta obra, o ser humano muda as crenças e os ritos, mas continua prisioneiro de sua criação²⁸.

Por uma questão de coerência, a interpretação do sistema capitalista realizada por este trabalho não segue o marxismo tradicional, mas a perspectiva elaborada por Moishe Postone. O autor distingue dois modos fundamentalmente diferentes de análise crítica: de um lado, uma crítica do capitalismo sob o ponto de vista do trabalho e, de outro, uma crítica do trabalho no capitalismo. O primeiro se coaduna com o denominado “marxismo tradicional”, ao passo que o segundo é revelado por Postone (2014) e adotado por esta obra. A teoria crítica de Postone, baseada nas ideias marxianas, rejeita todas as outras interpretações marxistas baseadas na ausência de liberdade e na alienação da sociedade. O autor expõe uma teoria autorreflexiva com intenção emancipadora (p. 29-31).

Assim como a adoração aos ascendentes falecidos estruturaram e dominaram a antiga sociedade da religião doméstica, será a adoração ao trabalho o estruturador e o dominador da sociedade capitalista. Diferente de outras sociedades, é o trabalho que constitui as relações sociais na sociedade capitalista: o trabalho constitui o mundo social e é a fonte da riqueza social (POSTONE, 2014).

O marxismo tradicional enxerga a sociedade capitalista com base nas relações de classe estruturadas pela propriedade privada e na economia regulada pelo mercado: a relação é vista primariamente em termos de dominação e exploração de classe. Logo, o socialismo, sob tal perspectiva, trata a extinção da propriedade privada passando-a para a estatal, buscando superar a dominação e exploração de uma classe por outra, mas mantendo os meios de produção e de planejamento econômico (p. 21).

²⁸ O jogo é inexorável, como já exposto.

Para Marx, no entanto, na visão de Postone (2014), a superação do capitalismo não envolve a noção de que o proletariado seja o sujeito revolucionário, pois a superação do capitalismo envolverá também a superação do trabalho concreto executado pelo proletariado. A propriedade privada não seria a causa social, mas a consequência do trabalho alienado – o que, pela abordagem tradicional, seria realizado na superação do capitalismo e é precisamente o que deveria ser abolido (p. 54-67).

Postone não identifica um conflito entre a “luta de classes” e um “sistema estruturado pela troca de mercadorias”, ou seja, a primeira não geraria uma perturbação no sistema, ao contrário, a luta de classes seria inerente a esse tipo de sociedade²⁹. Pela perspectiva do trabalhador, a luta significaria constituir, manter e melhorar a sua posição e situação como membro de uma classe trabalhadora. Tais lutas foram fundamentais para a democratização e a humanização do capitalismo, porém a projeção marxiana sobre o processo de produção capitalista não aponta para uma futura afirmação do proletariado e seu trabalho, ao contrário, aponta para a abolição desse tipo de trabalho (p. 367-376). Em outras palavras, a luta de classes é o próprio capitalismo: o resultado dela jamais irá superá-lo, pois trata-se da sua própria natureza. Essa concepção de trabalho no sistema capitalista é que deve ser abolida, uma vez que nela reside a fonte da dominação. No capitalismo, o trabalho social não é somente o objeto de dominação e de exploração, mas é, ele próprio, o terreno de dominação. Apesar do capitalismo ser uma sociedade de dominação de classe, isso ocorre em função de uma forma superior estrutural de dominação (p. 126-150).

Postone (2014, p. 176) trata exatamente da substituição do trabalho em face das relações abertas:

O trabalho em si constitui uma mediação social em lugar de relações sociais abertas. Ou seja, uma nova forma de interdependência passa a existir. Ninguém consome o que produz, mas o próprio trabalho,

²⁹ Tal conclusão fez os tradicionalistas acusarem-no de “conformista”. Mas, como se verá, Postone considera isso como “a verdadeira superação”, enquanto os tradicionalistas apontam aquilo que, de fato, só conservaria o capitalismo.

ou os produtos do trabalho, funciona como o meio necessário de obtenção de produtos de outros (grifos do autor).

As relações sociais específicas e características do capitalismo só existem no meio do trabalho. Postone, visando esclarecer ainda mais a noção do trabalho no sistema em questão, aborda a dupla função do trabalho capitalista como gerador de riqueza material e de valor:

O que, para Marx, torna tão peculiar o tecido dessa estrutura social subjacente é ele ser constituído pelo trabalho, pela qualidade historicamente específica do trabalho no capitalismo. Portanto, as relações sociais específicas e características do capitalismo só existem no meio do trabalho. [...]. Correspondentes às duas formas de trabalho objetivadas na mercadoria, existem duas formas de riqueza social: valor e riqueza material. Riqueza material é uma função dos produtos produzidos, da sua qualidade e quantidade. Como forma de riqueza, exprime a objetivação de vários tipos de trabalho, a relação ativa entre a humanidade e a natureza. Mas, tomada por si só, não constitui relações entre pessoas nem determina a sua própria distribuição. A existência da riqueza material como a forma dominante de riqueza social implica, portanto, a existência de formas abertas de relações sociais que a medeiam. Valor, por outro lado, é a objetivação do trabalho abstrato. Na análise de Marx, ele é uma forma autodistribuidora de riqueza: a distribuição de mercadorias é feita pelo que parece inerente a elas – valor. Valor é então uma categoria de mediação: é ao mesmo tempo uma forma de riqueza historicamente determinada, autodistribuidora e uma forma de relação social objetivada automediadora. [...]. Assim, a mercadoria, que Marx analisou como valor de uso e valor, é a objetivação material do duplo caráter do trabalho no capitalismo – como trabalho concreto e atividade socialmente mediadora. Ela é o princípio estruturante fundamental do capitalismo, a forma objetivada das relações das pessoas com a natureza, bem como delas entre si. A mercadoria é ao mesmo tempo um produto e uma mediação social (POSTONE, 2014, p. 180-181).

Somente no sistema capitalista a mercadoria é, além de produto, um mediador social. Valor, portanto, é o que torna o trabalho, no sistema

capitalista, um mediador e fundador das relações sociais. O valor é a determinação inicial das estruturas sociais alienadas. É o próprio trabalho no capitalismo que gera a estrutura que domina. Essa dominação reflexiva autogerada é alienação (p. 186-187). Nas palavras de Postone (2014, p. 189):

Na interpretação apresentada aqui, alienação é o processo de objetivação do trabalho abstrato. Ela não leva à exteriorização de uma essência humana preexistente, pelo contrário, leva ao surgimento dos poderes humanos na forma alienada. Em outras palavras, alienação se refere ao processo de constituição dos poderes humanos que se realiza pelo trabalho que se objetiva como atividade de mediação social. Por meio desse processo, emerge uma esfera social objetiva que adquire vida própria e existe como estrutura de dominação abstrata sobre os indivíduos e contra eles.

Diferente da riqueza material, o valor só pode ser produzido pelo trabalho humano direto, pelos motivos expostos abaixo por Postone (2014, p. 226-227):

Consequentemente, a criação de riqueza material não está necessariamente vinculada ao dispêndio de tempo de trabalho. O aumento da produtividade resulta em maior riqueza material, quer aumente ou não a quantidade de tempo de trabalho despendido. [...]. Se o valor é constituído unicamente pelo trabalho e a única medida de valor é o tempo de trabalho direto, então a *produção de valor, diferentemente da produção de riqueza material, está necessariamente vinculada ao dispêndio de trabalho humano direto* (grifo do autor).

Paradoxalmente, o capital depende cada vez menos do trabalho direto dos trabalhadores, porém necessita deles para a constituição do valor. Podemos, portanto, resumir com a seguinte conclusão do autor:

Na análise de Marx, a dominação social no capitalismo, no seu nível mais fundamental, não consiste na dominação das pessoas por outras pessoas, mas na dominação das pessoas por estruturas sociais abstratas constituídas pelas próprias pessoas (POSTONE, 2014, p. 46).

Essa conclusão permite perceber a semelhança entre o “fundador da família primitiva” e o “fundador do capitalismo”: ambos escravos da própria criação.

A superação da atual estrutura será alcançada, segundo Marx, ao tornar o trabalho completo e autoconstituente. O trabalho individual não seria mais a base fragmentada da riqueza social, ou seja, haveria a abolição material do trabalho proletário (alienado por natureza). O marxismo tradicional³⁰ atribui dignidade ao trabalho alienado, logo, fragmentado: seria preciso superar tal visão, superar o “mero operário” – o ser humano completo não se realiza nessa concepção de trabalhador (POSTONE, 2014). O trabalho precisa ganhar novo significado, reconhecendo sua importância social, mas sem abrir mão da satisfação substancial e do significado que poderia oferecer aos indivíduos (p. 202). É exatamente este o papel deste livro: dar novo significado ao trabalho, usando o lazer como parâmetro.

Enquanto a riqueza social for formada pela riqueza material e pelo valor (trabalho como mediador social), a riqueza material jamais irá resultar em um aumento correspondente de riqueza social. Superar o capitalismo é abolir o valor, não a propriedade privada — esse seria o efeito colateral (p. 363).

A análise de Marx aponta na direção da possível criação de modos de trabalho individuais, livres das amarras da divisão parcelar do trabalho, podendo ser mais completos e ricos para os indivíduos³¹. Seria preciso, portanto, superar a oposição antagônica entre indivíduos e sociedade: atualmente a “pobreza” do trabalho individual é o pressuposto da riqueza social. Por consequência, as pessoas passariam a controlar o que criam e não a serem controladas por ele. Tal análise nega a importância central do trabalho, nega ao trabalho seu papel socialmente constituidor daquilo que existe no capitalismo. Marx coloca, inclusive, a estruturação do lazer como um dos fatores para a atribuição de um novo significado à vida social em geral (POSTONE, 2014).

³⁰ Considerando que sua obra reinterpreta a obra de Karl Marx, o marxismo tradicional é aquela interpretação vigente até hoje.

³¹ Sua previsão é exatamente o objeto do item 2.2, que aponta o lazer como protagonista.

Para Marx, portanto, é preciso dar um caráter positivo ao tempo libertado das forças produtivas, o que, no capitalismo, possui um caráter negativo, como tempo supérfluo. Esse caráter positivo se dá através do lazer (na forma que será conceituado neste trabalho), pressupondo a abolição do valor como mediação social: daí a concepção do indivíduo social, protagonista direto das relações sociais, não mais o trabalho exercendo dominação (p. 436). Dessa forma, o lazer poderá ser o responsável pela (re)construção das mediações sociais, não mais o trabalho.

Por fim, ficou esclarecido como a condição humana autocondicionante molda o seu mundo. A questão, destarte, que deve ser agora perseguida, é a maneira como molda e, conseqüentemente, a natureza desse mundo e sua trajetória (p. 446).

O estudo da glorificação do trabalho desvela, nos tempos atuais, o consumo como a outra face do *animal laborans*. Esse tema também merece uma atenção especial.

2.1.2.4 O trabalho e o consumo como faces da mesma moeda

De acordo com Arendt (2014, p. 155), os “ideais do *homo faber*, fabricante do mundo, que são a permanência, a estabilidade e a durabilidade, foram sacrificados à abundância, o ideal do *animal laborans*”. Ou seja, a obra, transformadora da natureza, cedeu à necessidade, integrando-se ao ciclo metabólico do ser humano. A obra agora se encontra centrada no consumo, não na sua permanência: em termos radicais, não há espaço para produtos duráveis.

Joffre Dumazedier (1973, p. 87) indica que o consumo está atrelado às necessidades criadas artificialmente:

Um certo sistema de produção capitalista, em lugar de procurar satisfazer as mais nobres necessidades, utiliza-se, ao contrário, de objetos mais fáceis de serem fabricados ou mais lucrativos e esforça-se, recorrendo principalmente à publicidade, para criar sua necessidade.

Segundo De Masi (2000, p. 129), “as empresas hoje não são mais como na sociedade industrial, orientadas para o produto, mas sim orientadas para o mercado”. Ao aprofundar-se nas ideias de Karl Marx, Hannah Arendt (2014, p. 121) chega à conclusão de que o trabalho se vincula ao consumo:

Ao definir o trabalho como “metabolismo do homem com a natureza”, em cujo processo “o material da natureza [é] adaptado, por uma mudança de forma, às necessidades do homem”, de sorte que “o trabalho se incorpora a seu sujeito”, Marx deixou claro que estava “falando fisiologicamente”, e que o trabalho e o consumo são apenas dois estágios do ciclo sempre-recorrente da vida biológica.

Ora, pela definição já exposta, fica claro que trabalho e consumo são, portanto, as duas faces do *animal laborans*. A glorificação do trabalho é a vitória da necessidade, é o estilo de vida do *animal laborans*, que possui a vida centrada no trabalho, no ciclo infinito do metabolismo com a natureza. Domenico de Masi compara a situação dos antigos escravos e dos trabalhadores atuais:

Quanto ao passado, antes que chegasse a indústria, os aristocratas não trabalhavam de jeito algum e todos os demais, inclusive os escravos, trabalhavam muito menos que os trabalhadores de hoje (DE MASI, 2000, p. 315).

Hannah Arendt (2014, p. 156), inclusive, afirma que falar em “uma sociedade de trabalhadores” significa um outro modo de dizer “uma sociedade de consumidores”, que surgiu com a emancipação da própria atividade do trabalho (não da classe trabalhadora).

Do exposto até aqui, já pode-se concluir que a emancipação do trabalho não ocorre sem a emancipação do consumo. Com tal premissa, Hannah Arendt tece uma crítica ao pensamento de Karl Marx:

A esperança que inspirava Marx [...] baseia-se na ilusão de uma filosofia mecanicista que supõe que a força de trabalho, como

qualquer outra *energia, não pode ser perdida, de modo que, se não for gasta e exaurida na labuta da vida, nutrirá automaticamente outras atividades “superiores”*. [...] Cem anos depois de Marx conhecemos a falácia desse raciocínio: *o tempo excedente do animal laborans jamais é empregado em algo que não seja o consumo, e quanto maior é o tempo de que ele dispõe, mais ávidos e ardentes são seus apetites*. O fato de que esses apetites se tornam mais sofisticados, de modo que o consumo já não se restringe às necessidades da vida, mas, ao contrário, concentra-se principalmente nas superfluidades da vida, *não altera o caráter dessa sociedade, mas comporta o grave perigo de que afinal nenhum objeto do mundo esteja a salvo do consumo e aniquilação por meio do consumo* (ARENDT, 2014, p. 164-165, grifos nossos).

A análise de Hannah Arendt mostra o grande desafio desta obra: o “tempo livre” tem se transformado em “tempo do consumo”, não em “tempo do lazer”. Vale ressaltar, todavia, que a crítica dela se baseia na análise do “marxismo tradicional”. Mas, conforme a reinterpretção feita por Moishe Postone, Marx tinha plena consciência de que o tempo livre era parte do processo de produção do capital, que o tempo de lazer ainda poderá prevalecer no espaço do tempo livre em vez do seu uso para consumo, porém será consequência do próprio sistema capitalista, como se verá no próximo tópico.

Alain Corbin resume tal questão, diferenciando as funções do lazer e a sociedade de consumo:

Mais ou menos todos os militantes do turismo social propagavam os três D, funções importantes do lazer, segundo Joffre Dumazedier: *descanso* que liberta da fadiga, *divertimento* que liberta do tédio e *desenvolvimento* da personalidade que liberta dos automatismos do pensamento e da acção quotidiana. A sociedade de consumo substitui-os pelos três S, *Sea, Sex and Sun*. A revolução estival levou à dissolução do sonho militante de um tempo de férias para a regeneração do trabalhador infatigável e à abolição do acesso gratuito às práticas tradicionais em proveito da despesa comercializada (CORBIN, 2001, p. 497, grifos do original e do autor).

Outra preocupação decorrente das informações acima reside no advento da automação: a tecnologia tem esvaziado as fábricas e libertado

o ser humano do fardo do trabalho. Se antes era um desejo dos tempos antigos, atualmente, o ser humano oscila entre a escravidão produtiva e a liberdade improdutiva (ARENDT, 2014).

A tecnologia, portanto, tem revelado que a maioria das pessoas ainda não sabem o que fazer com o tempo livre, pois não conhece outras atividades superiores e mais significativas. O presente trabalho tem por motivação justamente a necessidade de superar o cenário cada vez mais alarmante: uma sociedade de trabalhadores sem trabalho (única atividade superior que a maioria conhece) (p. 5-6).

2.2 O PAPEL DO LAZER NO FUTURO DO TRABALHO E DO TEMPO LIVRE

A sociedade industrial reduziu o trabalho do homem operário aos movimentos corporais. A sociedade se habituou a fazer trabalhos repetitivos e, atualmente, até intelectualmente repetitivos (também melhor executados pelas máquinas). Santana e Ramalho (2010, sem paginação) descrevem o período marcado pelo fordismo:

Dessa forma, articulam-se como ideias formadoras da singularidade do fordismo: a separação entre concepção/execução; a fragmentação/rotinização/esvaziamento das tarefas; a noção de um homem/uma tarefa com especialização desqualificante; o controle do tempo de execução das tarefas estritamente orientadas por normas operacionais.

Nesse contexto, fica evidente que será “necessário um grande esforço para aprender uma atividade criativa, digna de um ser humano” (DE MASI, 2000, p. 18-21). Desde a Antiguidade, onde não existe a penetração da tecnologia, há a utilização de seres humanos: operários, servos ou escravos. Segundo De Masi, isso não seria civilizado. A diferença dos tempos atuais é que, por falta de escravos (graças à sua proibição), a sociedade tem recorrido à tecnologia cada vez mais, ao ponto de provocar uma ruptura da sociedade industrial, deslocando o poder dominante:

Na sociedade industrial, o poder dependia da posse dos meios de produção (fábricas). Na sociedade pós-industrial, o poder depende da posse dos meios de ideação (laboratórios) e de informação (comunicação de massa) (DE MASI, 2000, p. 129).

De Masi (2000) acrescenta, também, a mudança que há em relação ao valor dado à estética. A sociedade industrial priorizava a quantidade. Atualmente, recuperou-se o gosto pela estética, “uma cultura na qual o ‘sentido’ é mais importante do que a quantidade” (p. 37).

O autor sintetiza os cinco fatores essenciais que justificam a mudança do período industrial para o que ele chama de “pós-industrial”³²: a) a passagem da produção de bens à produção de serviços; b) a valorização crescente dos profissionais liberais e técnicos em detrimento da classe operária; c) a centralidade do saber teórico; d) a gestão do conhecimento técnico; e) a criação de uma tecnologia intelectual, substituindo o ser humano pela máquina, de modo crescente, no trabalho intelectual repetitivo (p. 111). Independentemente da qualificação dada por De Masi, são inegáveis as transformações acima citadas.

Como afirmava De Masi (2000, p. 314), “há cem anos a idolatria do cansaço ainda era indispensável para que nos liberássemos da miséria”, atualmente, na maioria dos casos, tal idolatria decorre apenas de uma escravidão psicológica.

Russell (2002, p. 112) aborda essa idolatria ao trabalho, indo mais fundo na questão da condição humana:

A aspiração à riqueza extraordinária não é de forma alguma um estímulo necessário ao trabalho. Atualmente, a maioria dos homens não trabalha para enriquecer, mas para não empobrecer. [...] o que todos eles querem é fundamentalmente o sucesso, cujo símbolo é o dinheiro. Se o sucesso fosse alcançável exclusivamente por outros meios, como honrarias e postos administrativos importantes, essas pessoas teriam ainda um incentivo adequado, e talvez viessem a achar necessário - mais do que acham hoje - trabalhar em benefício da coletividade.

³²A qualificação dos tempos atuais em “pós-industrial” ou “pós-moderno” não será objeto de aprofundamento, por tratar de assuntos que fogem do objeto deste trabalho.

Há algo na condição humana que levou o ser humano a virar mercadoria, que vai além da opressão do capitalista. Uma forma de canalizar os impulsos meramente materialistas (como o consumismo), para algo que o liberte da condição vigente, pode ser identificada no lazer. Joffre Dumazedier, de forma sensata, aponta que o futuro libertador acima descrito não virá para todos por uma série de motivos:

Diante do conjunto de todos estes fatos, o que podemos sustentar? De um lado, a sociedade pós-industrial ou científico-técnica, apesar do aumento de possibilidades de tempo livre, não será para todos uma sociedade marcada pelo tempo livre. Uma parte dos trabalhadores, seja porque o trabalho é para eles fonte de criação cultural ou de responsabilidade social, seja porque as necessidades de consumo são as mais fortes, seja por desinteresse para com as atividades do tempo livre, assumirão jornadas, semanas, longos anos de trabalho como na sociedade anterior. Esquecer de evocar estes fatos, quando se fala da evolução atual e provável para o futuro, é truncar a realidade, é produzir uma representação ideológica do tempo livre ou do lazer; mas tais observações não concernem senão a minorias (DUMAZEDIER, 2008, p. 35).

Bauman (2001) é perspicaz quando diz que o capital rompeu sua dependência do trabalho, pois tornou-se independente da duração de qualquer comprometimento local com o trabalho. A fonte de lucro tende a ser, cada vez mais, ideias (não objetos materiais). Ou seja, a riqueza depende mais do número de pessoas atraídas pela ideia do que do número de pessoas envolvidas na replicação do protótipo – o que remete ao tópico anterior: a riqueza está atrelada ao consumidor, não ao número de trabalhadores (p. 190). E esse consumidor, segundo Bauman, está diante de vários caminhos, várias escolhas e um futuro incerto, tornando o consumo mais imediatista e frustrante:

A infelicidade dos consumidores deriva do excesso e não da falta de escolha. [...]. Mas se não se pode errar, também não se pode saber se se está certo. [...]. O adiamento da satisfação perdeu seu fascínio. É, afinal, altamente incerto que o trabalho e o esforço investidos hoje venham a contar como recursos quando chegar a hora da recompensa (BAUMAN, 2001, p. 82-203).

Michel Maffesoli (2003), complementando a ideia acima, indica que não se trata de simples consumo mas, sim, de uma desconfiança de uma satisfação futura:

A vida é vivida sob forma de avidez. Não é mais que simples consumo, mas uma intensa consumação. Sociedade de consumação perceptível, em particular, nessas práticas juvenis que já não se reconhecem nesses “adiamentos de gozo” que são a ação política ou o projeto profissional, mas que quer tudo e de imediato (MAFFESOLI, 2003, p. 23).

Se, por um lado, há uma desconfiança de uma satisfação futura, a satisfação imediatista é questionável. Este questionamento é feito por Bauman (2001, p. 73) quando alerta para um pensamento marxista em que “as ideias das classes dominantes tendem a ser as ideias dominantes”. Diante da hipótese da submissão ao imediatismo, é importante atentar para a distinção entre liberdade “subjettiva” e “objetiva”: a questão filosófica entre “fenômeno” e “essência”. Para maior esclarecimento, mais uma vez, recorreremos às observações perspicazes de Bauman, pois a problematização criada demonstrará ser um dos desafios do Direito ao Lazer:

Uma dessas questões é a possibilidade de que *o que se sente como liberdade não seja de fato liberdade*; que as pessoas podem estar satisfeitas com o que lhes cabe mesmo que o que lhes cabe esteja longe de ser “objetivamente” satisfatório; que, *vivendo na escravidão, se sintam livres e, portanto, não experimentem a necessidade de se libertar*, e assim percam a chance de se tornar genuinamente livres. O corolário dessa possibilidade é a suposição de que *as pessoas podem ser juizes incompetentes de sua própria situação*, e devem ser forçadas ou seduzidas, mas em todo caso guiadas, *para experimentar a necessidade de ser “objetivamente” livres e para reunir a coragem e a determinação para lutar por isso*. Ameaça mais sombria atormentava o coração dos filósofos: que as pessoas pudessem simplesmente não querer ser livres e rejeitassem a perspectiva da libertação pelas dificuldades que o exercício da liberdade pode acarretar (BAUMAN, 2002, p. 27, grifos nossos).

O trecho acima é de extrema importância, pois suscita questionamentos que vão ao cerne do grande desafio, a essência do presente trabalho: a busca pela emancipação humana. A emancipação humana significa a superação da condição de indivíduos *de jure* para indivíduos *de facto*, através da superação da condição da liberdade de direito para a liberdade de fato. A importância deste trabalho científico e jurídico reside no papel do Estado Democrático de Direito, conforme Bauman (2001, p. 53) deixa transparecer no trecho seguinte:

[...] há um grande e crescente abismo entre a condição de indivíduos *de jure* e suas chances de se tornar indivíduos *de facto* – isto é, de ganhar controle sobre seus destinos e tomar as decisões que em verdade desejam. [...]. *Esse abismo não pode ser transposto apenas por esforços individuais*: não pelos meios e recursos disponíveis dentro da política-vida autoadministrada. *Transpor o abismo é a tarefa da Política com P maiúsculo* (grifos nossos).

Ocorre que a política está dominada por interesses privados. Segundo Bauman (2001, p. 54), “não é mais verdade que o ‘público’ tente colonizar o ‘privado’. O que se dá é o contrário: é o privado que coloniza o espaço público”. Com o espaço público cada vez mais esvaziado das questões públicas, ele deixa de desempenhar sua principal função: lugar de encontro e de diálogo sobre problemas privados e questões públicas. E o indivíduo, progressivamente, perde sua capacidade e interesse de cidadão, tornando sua autodeterminação mais remota. O indivíduo *de jure* não pode se tornar indivíduo *de facto* sem antes tornar-se *cidadão*. Não há indivíduos autônomos sem uma sociedade autônoma (p. 55). Isso significa que o Estado não deve apenas preservar a liberdade sob sua face negativa, é preciso criar condições para o exercício da liberdade (face positiva)³³.

Bauman chama atenção para os lugares “públicos mas não civis”, tendo como exemplo os *shopping centers*. O autor diz que a principal característica da civilidade é a capacidade de se relacionar com estranhos “sem utilizar essa estranheza contra eles e sem pressioná-los a abandoná-la ou a renunciar a alguns traços que os fazem estranhos” (BAUMAN,

³³ O capítulo 3 irá aprofundar mais essa questão.

2001, p. 133). Nesses lugares, é dispensável essa interação, essa prática de civilidade.

Mais adiante, ficará clara a relação entre o que já foi abordado até aqui e o lazer. Mas antes, é necessário tratar das novas tendências do mundo do trabalho e do tempo livre e seus efeitos para o tema.

2.2.1 A Importância das Reduções de Jornadas de Trabalho para o Lazer

A redução das jornadas é uma questão ligada à liberdade. A liberdade é plena apenas quando é possível desenvolver a atividade “superior”, individual. Nietzsche trata da irracionalidade e da escravidão que atingem o banqueiro, o político e até os eruditos:

Aos homens de ação falta geralmente a atividade superior: refiro-me à individual. Eles agem como funcionários, comerciantes, eruditos, dito de outro modo, como representantes de uma espécie, mas não como homens determinados, individualizados e únicos; nesse aspecto, são preguiçosos. A infelicidade dos homens de ação é que sua atividade é quase sempre um pouco irracional. Não se pode, por exemplo, perguntar ao banqueiro que acumula dinheiro qual o objetivo de sua incansável atividade: ela é irracional. Os homens de ação rolam como rola a pedra, seguindo a lei bruta da mecânica. Todos os homens se dividem, como em todos os tempos até nossos dias, em escravos e livres; pois quem não tiver para si dois terços de seu dia é um escravo, seja ele, de resto, o que quiser: político, comerciante, funcionário, erudito (NIETZSCHE, 2013, p. 199).

Dessa forma, Nietzsche revela a escravidão para além do conceito comum, do trabalho forçado em condições indignas, como ocorreu na história do Brasil colonizado: ele fala da escravidão gerada da irracionalidade da atividade humana, que ignora a individualidade do ser humano. O filósofo fala da irracionalidade do uso do tempo, da ausência da prática de uma “atividade superior”, ou seja, da atividade como seres individuais e únicos. E finaliza dizendo, cabe repetir, que não importa quem seja, quem não tiver dois terços de seu dia para si é

um escravo. Causa espanto a conclusão de que são necessárias, em outras palavras, dezesseis horas dedicadas a si para ser considerado livre, pois é impraticável, principalmente considerando que as outras oito horas são dedicadas ao sono, em geral. O radicalismo de suas palavras só se apresenta assim, entretanto, quando há uma separação rígida do atributo humano em atividades vinculadas, direta ou indiretamente, à produção de capital. Ou seja, Nietzsche não exclui, necessariamente, o trabalho do tempo que o ser humano tem dedicado a si mesmo, até porque a liberdade não se traduz apenas no lazer.

Karl Marx (2014) relaciona a redução de jornada com o objetivo do pleno emprego e do valor dos salários:

Dadas a intensidade e a força produtiva do trabalho, a parte da jornada social do trabalho necessário à produção material será tanto mais curta, e tanto maior a parte disponível para a livre atividade social e intelectual, quanto mais uniformemente seja distribuído o trabalho entre todos os membros da sociedade capazes de trabalhar, e quanto mais se reduza a possibilidade de uma classe descarregar nas costas de outra a necessidade natural do trabalho. *Nesta ordem de raciocínio, o limite absoluto do encurtamento da jornada de trabalho será constituído pela generalização do trabalho.* Na sociedade capitalista, uma classe goza do ócio à custa de converter a vida toda das massas em tempo de trabalho [...]. É público e notório que, em todas as indústrias, os salários são tanto mais baixos quanto maior a jornada de trabalho (MARX, 2014, p. 206-210, grifos nossos).

Para Dumazedier (2008, p. 21), complementando a ideia acima, “a necessidade de uma organização dos lazes é colocada como corolário da diminuição do tempo de trabalho”. Um dos problemas que evidencia essa necessidade é abordado por Bertrand Russell (2002) quando externa sua preocupação em relação à crença exagerada na virtude do trabalho, com o consequente aumento de horas trabalhadas:

Eu acho que se trabalha demais no mundo de hoje, que a crença nas virtudes do trabalho produz males sem conta e que nos modernos países industriais é preciso lutar por algo totalmente

diferente do que sempre se apregoou [...]. Quero dizer, com toda a seriedade, que muitos malefícios estão sendo causados no mundo moderno pela crença na virtude do trabalho, e pela convicção de que o caminho da felicidade e da prosperidade está na redução organizada do trabalho (RUSSEL, 2002, p. 23-25).

Como consequência, De Masi (2000, p. 96) expõe a relação entre o aumento das horas trabalhadas e o aumento da pobreza: “A riqueza aumenta e a oferta de empregos diminui. Os ricos se tornam cada vez mais ricos e menos numerosos, enquanto os pobres aumentam em número e pobreza”.

Unindo as premissas citadas, pode-se notar a relação entre elas: da atividade irracional citada por Nietzsche, o consequente aumento de horas trabalhadas que diminui a oferta de emprego e aumenta a pobreza.

Dumazedier (2008, p. 27), em relação ao tempo dos desempregados, não o qualifica como tempo livre, muito menos lazer, mas como tempo desocupado:

Nas sociedades pré-industriais da época atual encontramos numerosos trabalhadores que o subdesenvolvimento tecnológico priva de empregos ou os condena a empregos esporádicos de curta duração. Não falaremos então de tempo liberado, muito menos de lazer, mas de tempo desocupado.

Em outro momento, o autor qualifica o tempo desocupado como tempo morto:

Não é o trabalho industrial que produz este tempo desocupado, é o emprego deste tempo que é necessário à própria produção do trabalho industrial. Este tempo desocupado não é o tempo livre, é um tempo de desemprego, de subemprego, de desocupação, o que se poderia chamar de um *tempo morto* na escala da sociedade, por analogia com aquele que a organização científica do trabalho assume o dever de eliminar para aumentar a produtividade da empresa moderna (DUMAZEDIER, 2008, p. 151, grifo do autor).

Contra este tempo desocupado ou tempo morto, é fundamental citar Monica Klein que relaciona política econômica, sociedade de consumo e tempo livre:

A partir da alegação de que os seres humanos são felizes se e quando consomem e de que essas necessidades de consumo seriam insaciáveis, as políticas econômicas buscam assegurar que esse nível de insatisfação se mantenha presente entre as pessoas, fazendo-as desejar um determinado padrão de vida inatingível senão por meio de consumo material. Assim, a sociedade de consumo mantém o “motor do progresso” funcionando. O termo “fetichismo da mercadoria”, cunhado por Marx, ajuda a compreender a base que deu origem à sociedade de consumo observada hoje em dia [...]. A jornada de trabalho é um fator particularmente importante de ser observado dentro desse contexto, pois reflete os valores embutidos no ciclo vida-trabalho-ganho-consumo e influencia sobremaneira a forma com que o trabalhador gerencia o tempo livre e se comporta dentro do seu papel de consumidor. O consumismo pressiona o trabalhador a ter uma jornada de trabalho que seja compatível com seus gastos. Quando se considera uma realidade brasileira, isso significa dizer que o trabalhador é praticamente obrigado a dedicar maior parte do seu tempo a outras atividades remuneradas em detrimento de atividades de lazer ou de outras atividades de não trabalho (KLEIN, 2014, p. 93-99).

A redução de jornada, portanto, irá exigir uma mudança de valores. De Masi (2000) alerta que, no futuro, apenas o trabalho intelectual criativo estará disponível e é preciso estar preparado. Ele verifica exatamente aquilo que Marx já havia alertado: a degradação do operário no trabalho faria da máquina seu grande concorrente. Por isso, tem havido uma transição de mão de obra para mente de obra. Países, como Holanda, têm adotado gradativamente um novo modelo, baseado em trabalho de meio expediente (p. 101-105). De Masi, portanto, é um grande defensor da redução da jornada. Uma das justificativas pode ser encontrada no fato de que as jornadas extensas contribuem significativamente para o desemprego. Diante do que já foi exposto nesta obra, conclui-se que a glorificação do trabalho é a causa principal, deixando aos pobres o pouco trabalho que resta: “Em outros tempos os ricos repousavam e os pobres se esfalfavam. Hoje isso se inverteu: os ricos correm como doidos para cuidar dos seus negócios e os pobres são condenados à inércia do desemprego” (DE MASI, 2000, p. 288).

O autor ainda defende uma redução drástica da jornada para alguns tipos de emprego e gradativa para outros. Para esses últimos, deveria haver uma redução proporcional ao aumento da produção (p. 278).

Quando ele defende uma redução drástica, parte da premissa de que, em alguns casos, mesmo reduzindo à metade, não seriam criadas exigências de novos empregos. Nesses casos, De Masi (2000) advoga a redução para três horas diárias. Não apenas isso: deveria haver uma semana com apenas três dias úteis e três semanas úteis por mês. Comprimir a jornada semanal em três e não em cinco ou seis horas serviria para evitar as horas extraordinárias que geralmente ocorrem nos dias trabalhados (p. 175-176). De Masi observa que seria também benéfico para as empresas, pois, além de gerar mais empregos, geraria maior criatividade nos já empregados, tornando a empresa mais eficiente criativa, produtiva e com menos despesas (p. 176-177). A redução de jornada daria duas opções ao trabalhador, o uso do lazer ou a possibilidade de obter um segundo emprego (p. 177). O que tem ocorrido, no entanto, é que a sociedade ainda sustenta o paradigma da era industrial (trabalho de fábrica), mesmo em trabalhos criativos, conforme De Masi (2000, p. 174):

Uma ideia que remonta à oficina, à linha de montagem: ali sim, dobrando o tempo, fabricava-se o dobro de parafusos. Hoje é muito diferente, pois o que se solicita aos empregados – sobretudo se são trabalhadores intelectuais – são ideias e não parafusos. *E a quantidade total de ideias produzidas não é diretamente proporcional à quantidade de horas de permanência no interior de uma empresa.* Na minha opinião é exatamente o contrário: *quanto menos se sai da empresa, quanto mais se permanece trancafiado lá dentro, como num aquário, de manhã à noite, menos se recebe estímulos criativos* (grifos nossos).

Porém é preciso preparar a sociedade para a distribuição do trabalho, com o consequente aumento do tempo livre, pois há “uma dupla resistência: tanto da empresa paquidérmica como do empregado que se habitua” (DE MASI, 2000, p. 180).

Russell (2002, p. 32) rebate argumentos das pessoas que são contra a redução de jornada:

Há quem diga que o lazer só é prazeroso até certo ponto e que as pessoas não saberiam como preencher o seu dia se tivessem uma jornada de quatro horas. Considerar isto uma verdade no mundo moderno constitui uma condenação da nossa civilização. As coisas jamais foram assim.

Por esses motivos, é fundamental abordar a educação para o tempo livre, objeto do próximo item.

2.2.2 A Educação para o Tempo Livre: o Território do Lazer

Vale citar Alain Corbin para problematizar a questão da educação para o tempo livre, uma vez que trata do medo do vazio do tempo livre:

O aumento do tempo disponível, a desqualificação dos saberes artesanais, o recuo das práticas rituais e, em maior medida, as transformações da estrutura temporal das sociedades ocidentais acentuaram na verdade o medo do vazio dos tempos livres e agravaram a incapacidade do indivíduo de produzir tempo para si próprio (CORBIN, 2001, p. 12-13).

O lazer irradia em diversos pontos, como políticas públicas e arquitetura urbana. Na educação não seria diferente: talvez seja o principal caminho para a concretização do lazer. Segundo Russell (2002, p. 30):

O uso judicioso do lazer, devo admitir, é produto da civilização e da educação. Um homem que toda a sua vida trabalhou horas irá se sentir entediado se ficar ocioso de repente. Mas, sem uma quantidade adequada de lazer, a pessoa fica privada de muitas coisas boas.

De Masi (2000) utiliza o termo *overtime* para descrever o hábito nocivo das jornadas excessivas, em uma analogia à palavra *overdose*, inclusive para abordar a síndrome de abstinência ligada ao uso de drogas.

Apenas uma reeducação para o tempo livre poderia evitar tal vício. O autor defende que, da mesma forma que a sociedade é educada para o trabalho, o mesmo grau de importância deveria ser dado à educação para o tempo livre. É preciso que o tempo livre possibilite o cuidado do próprio indivíduo, mas também a dedicação à família, aos amigos e à coletividade (p. 187).

Para Corbin (2001, p. 203), “o lazer, que permite romper com os papéis quotidianos, implica a aprendizagem das horas vagas”, em conexão com De Masi (2000, p. 325-327), “educar para o tempo livre é ensinar a escolher um filme, um livro; ensinar como estar bem consigo mesmo; ensinar o gosto pelas coisas belas; por fim, saber enriquecer as coisas de significado”. Ocorre que a maioria das pessoas não sabe usar seu tempo livre, não sabe como se distrair ou descansar, encontrando o tédio. É necessário, portanto, um uso inteligente do lazer, conforme Russell (2002, p. 33):

Uma condição fundamental de um tal sistema social é que a educação ultrapasse as suas atuais fronteiras e adote como parte de seus objetivos o cultivo de aptidões que capacitem as pessoas a usar seu lazer de maneira inteligente.

Nelson Marcellino também contribui apontando para a finalidade da educação para o lazer:

A educação para o lazer pode ser entendida também como um instrumento de defesa contra a homogeneização e internacionalização dos conteúdos veiculados pelos meios de comunicação de massa, atenuando seus efeitos, com o desenvolvimento do espírito crítico (MARCELLINO, 2008, p. 26).

O lazer deve conscientizar o indivíduo daquilo que ele faz irracionalmente, conforme o seguinte cenário desconstruído desenhado por Albert Camus (2014, p. 27):

Cenários desabarem é coisa que acontece. Acordar, bonde, quatro horas no escritório ou na fábrica, almoço, bonde, quatro horas de trabalho, jantar, sono e segunda terça quarta quinta sexta e sábado

no mesmo ritmo, um percurso que transcorre sem problemas a maior parte do tempo. Um belo dia, surge o “por quê” e tudo começa a entrar numa lassidão tingida de assombro. “Começa”, isto é o importante. A lassidão está ao final dos atos de uma vida maquinal, mas inaugura ao mesmo tempo um movimento da consciência.

O lazer, inicialmente, produz a consciência da servidão humana. O homem mercadoria, irracional, é o Sísifo moderno. Segundo a mitologia grega, os deuses condenaram Sísifo a empurrar eternamente uma rocha até o alto de uma montanha, e, quando chegava ao topo, ela tornava a rolar novamente e voltava para a base. Os deuses pensaram que não havia castigo mais terrível do que o trabalho inútil e sem esperança. Esse mito só é trágico porque Sísifo é consciente: o que seria de sua pena se a esperança de sair de tal destino o sustentasse a cada passo? O operário atual trabalha todos os dias de sua vida nas mesmas tarefas, e esse destino não é menos absurdo, mas só se torna trágico nos raros momentos em que se torna consciente (CAMUS, 2014).

2.2.2.1 A questão do tédio: o tempo livre sem lazer

Definitivamente, De Masi é perspicaz quando diz que o tédio é o “analfabetismo dos novos tempos”. Ele alerta para o fato das pessoas estarem, mais e mais, desadaptados da vida privada e familiar:

Assim, enquanto aumenta a vida média, um número crescente de pessoas, completamente não preparadas para ter tempo livre, são condenadas a viver trinta ou quarenta anos na mais idiota inatividade. Simplesmente esperando a hora de morrer (DE MASI, 2000, p. 245-246).

Para Michel Maffesoli, a humanidade teria sido “domesticada”, perdendo a sede pela vida e a sua vivacidade, sem defesa contra o tédio:

A característica essencial da modernidade foi, sem dúvida, ter “domesticado” o homem, ter racionalizado a vida em sociedade. Inútil voltar às análises feitas nesse sentido. No entanto, não

ressaltamos o suficiente que essa “curialização” conduziu a uma assepsia da vida social. Isto mesmo é o que chamei de “violência totalitária”: um corpo social totalmente desresponsabilizado, que perdeu seus modelos, seus mecanismos de defesa, e que se tornou incapaz de resistir às agressões internas ou externas. Essa é uma sociedade sem riscos, que perde a sede de viver, e que perde também a capacidade de lutar contra esse risco maior que é o tédio (MAFFESOLI, 2003, p. 140).

O tédio é, sobretudo, uma falta de sentido³⁴. E tende a ser mais frequente em uma sociedade que baseia o sentido da existência apenas no trabalho (DE MASI, 2000). O tédio se torna o preço que as pessoas pagam pela liberdade se não estiverem preparadas para ela. Segundo De Masi (2000, p. 257), “a liberdade inesperada pode nos encher de alegria ou nos atirar num buraco feito de pânico ou de tédio”. Joffre Dumazedier (1994, p. 64) aponta o tédio como uma necessidade de fuga diante da rotina alienante:

O tédio chega mais depressa no exercício das tarefas parceladas e repetitivas necessárias no dia-a-dia profissional, familiar ou escolar. A rotina das relações institucionais é menos tolerada. A necessidade de fuga é mais forte.

Oposto da criatividade, o tédio tem como efeito a paralisação. Alan Corbin levanta as seguintes questões:

[...] produzir tempo não equivale a libertar o seu uso. O essencial, nesta perspectiva, seria não que o trabalho ocupasse menos tempo, mas que ocupasse menos os espíritos. Será isso possível? Ou deveremos pensar que, a despeito do declínio histórico do trabalho, as limitações que são as dos tempos laborais não param de se transpor para o tempo disponível e de determinar os seus conteúdos? (CORBIN, 2001, p. 13).

Russell relaciona o tédio com a falta de interesses e de atividades inteligentes, que seria fruto de uma educação para o deleite mental que pudesse se equiparar à utilidade imediatista do conhecimento técnico:

³⁴ Já o jogo, instinto do homem, é o oposto: é significante.

Uma organização econômica mais adequada, que permitisse à humanidade beneficiar-se da produtividade das máquinas, levaria com certeza a um grande aumento do lazer; e lazer de sobra só é tedioso para quem não dispõe de uma boa quantidade de interesses e atividades inteligentes. Para que uma população ociosa seja feliz, ela deve ser uma população educada, e educada com uma visão de um deleite mental equivalente à da utilidade imediata do conhecimento técnico (RUSSEL, 2002, p. 42).

A falta de interesses e de atividades inteligentes é fruto de uma educação que não incluiu o lazer. Por isso, o animador cultural merece um pequeno destaque nosso, para fundamentar futuras pesquisas jurídicas, incluindo de políticas públicas, especialmente para categorias como as de magistrados e pesquisadores, pois, sem a vivência do lazer, dificilmente entenderão sua importância.

2.2.2.2 O papel do animador cultural: o profissional do lazer

Tratar do lazer sem abordar o papel do animador cultural seria como tratar do ensino sem abordar o papel do professor. Principalmente pelo fato da educação ser objeto de políticas públicas, assim como o lazer, como se mostrará adiante, quando forem delineadas as questões jurídicas.

A denominação “animador cultural”, conforme Alves Junior e Melo (2012), define com maior rigor epistemológico a natureza do conhecimento e da intervenção do profissional do lazer.

Os autores se referem à cultura como “algo amplo e complexo, que abarca valores, linguagens, manifestações, ritos, símbolos, relações sociais, disputas de poder e manipulações”. Vale enfatizar que tais disputas de poder e manipulações realmente ocorrem: a começar pelo tempo livre, que não surge como simples concessão da classe patronal, mas, sim, como conquista dos trabalhadores. A concepção da atuação do animador cultural passa pelo duplo aspecto educativo que Alves Junior e Melo (2012, sem paginação) denominam de “educação pelo lazer” e de “educação para o lazer”: “Educar pelo lazer significa aproveitar o potencial das atividades para trabalhar valores, condutas e comportamentos. [...]”

Educar para o lazer é a outra dimensão do processo de intervenção pedagógica no âmbito do lazer.

Em outras palavras, por exemplo, em vez de apenas apreciar uma música, pode-se ensinar a tocar um instrumento musical. Pode-se também, em outro exemplo, através da arte, transformar um indivíduo em um cidadão consciente. Neste último sentido, o animador cultural participa, por conseguinte, da construção de uma cidade mais justa. Na cultura, “encontramos os parâmetros que propagam e mantêm a ordem, também identificamos potenciais para o seu questionamento e sua superação” (ALVES JR.; MELO, 2012, sem paginação). Por essa razão, o animador cultural não deve educar visando adaptar os indivíduos à sociedade em vigor, ao contrário, deve educar visando o questionamento da ordem vigente. Segundo Alves Junior e Melo (2012, sem paginação), o animador cultural deve buscar:

[...] a percepção da necessidade de equilíbrio entre consumo e participação direta nos momentos de lazer; a recuperação de bens culturais destruídos ou em processo de degradação como resultado da ação da indústria do entretenimento; a problematização dos prazeres; e a própria humanização dos indivíduos, estimulados a se entenderem como agentes do processo social.

A “animação” deve ser entendida como a construção de uma democracia cultural. Ou seja, “não se trata de impor uma programação de forma vertical, tampouco de apenas oferecer opções, de forma horizontal” (ALVES JR.; MELO, 2012, sem paginação). Deve-se educar os indivíduos para que compreendam que a construção de uma coletividade significa negociações e concessões. Busca-se, através do lazer, uma ação transformadora e emancipadora. Para tanto, é preciso construir condições para a autodescoberta individual, possibilitada pelo questionamento dos excessos de disciplina e de controle. É necessário “despertar e ampliar em cada indivíduo a descoberta subjetiva do prazer como princípio transformador de vida” (2012, sem paginação). Em última instância, o animador cultural tem o papel de construir um novo coletivo que seja verdadeiramente a expressão de uma ampla participação dos indivíduos.

2.2.3 O Teletrabalho e seus Efeitos Sociológicos segundo De Masi

O teletrabalho, apesar de não ser o objeto principal desta obra, mantém com ela uma estreita ligação, na medida em que uma grande preocupação recai sobre o controle da jornada de seus trabalhadores, para além de outras questões pertinentes ao Direito do Trabalho. Sobre o teletrabalho, cabe apenas relatar os efeitos sociológicos de sua expansão. Segundo De Masi (2000, p. 14):

Teletrabalho é um trabalho realizado longe dos escritórios empresariais e dos colegas de trabalho, com comunicação independente com a sede central do trabalho e com outras sedes, através de um uso intensivo das tecnologias da comunicação e da informação, mas que não são, necessariamente, sempre de natureza informática.

De Masi elenca diversos efeitos decorrentes do teletrabalho, tanto positivos quanto desafiadores. O teletrabalho pode diminuir o caos urbano e a poluição diante da desnecessidade de deslocamentos. Empregados são remunerados pelos seus resultados, não segundo o tempo. Aumenta-se a eficiência, pois pesquisas indicam que tarefas desempenhadas na própria residência tendem a ser realizadas na metade do tempo daquelas realizadas nas empresas.

Merece ser feita a citação completa do trecho em que De Masi aborda as vantagens e desvantagens para o trabalhador:

Para os trabalhadores, me parece que as vantagens sejam sobretudo as seguintes: autonomia dos tempos e dos métodos, coincidência entre o lar e o local de trabalho, redução dos custos e do cansaço provocado pelos deslocamentos, melhoria da gestão da vida social e familiar, relações de trabalho mais personalizadas, além da possibilidade de redução das horas de trabalho propriamente dito. As desvantagens podem ser: isolamento, marginalização do contexto e da dinâmica da empresa [...] o problema da reestruturação dos espaços dentro de casa, dos hábitos pessoais e das relações familiares [...]. Mas também sobre

este ponto goza-se da vantagem oferecida pela flexibilidade dos horários e do fato de se passar mais tempo em casa (DE MASI, 2000, p. 216-217).

Por fim, o autor alerta que a organização sindical deve ser reestruturada, aprendendo a usar a tecnologia, para se transformar em telessindicato.

O teletrabalho tem se tornado uma tendência, e o ócio criativo terá progressivamente mais importância nessa transformação.

2.2.4 O Papel do Lazer no Ócio Criativo

Para De Masi, a criatividade “não é só ter ideias, mas saber realizá-las: é unir fantasia e concretude. O burocrata é só concreto, quem se alimenta de veleidades é um sonhador” (2000, p. 301). A criatividade, segundo ele, é um processo mental e prático, através da síntese entre os níveis consciente e inconsciente e também entre a síntese da esfera racional e a esfera emotiva. Não se trata de simples fantasia ou simples concretude, mas, sim, da síntese entre as duas habilidades (p. 300-301). A síntese entre o consciente e o inconsciente corresponde às “técnicas introjetadas”, quando algo que se aprende conscientemente passa a ser executado quase que inconscientemente. Um exemplo pode ser encontrado quando se aprende a andar de bicicleta: com o tempo, não se pensa mais no equilíbrio ou nos pedais. A bicicleta se transforma quase que em uma extensão do corpo humano. Já a síntese entre o racional e o emocional corresponde às “emoções dominadas”, quando o indivíduo é capaz de ser senhor de si mesmo, não apenas um ser reativo (p. 310). Outra característica da criatividade advém da condição de pluralidade do ser humano:

A criatividade é, ao mesmo tempo, *heteropoiese* e *autopoiese*: isto significa que *adquiro materiais dos outros* (heteropoiese), mas os *reelaboro dentro da minha mente* até chegar a uma visão nova (autopoiese) (DE MASI, 2000, p. 302, grifos nossos).

Educar para a criatividade significa ajudar a identificar a autêntica vocação, a escolher parceiros adequados, buscar e construir um ambiente

propício à criatividade, saber explorar os vários aspectos que envolvem o desafio à sua frente, enfim, deixar sua mente relaxada e estimulada para dar à luz uma ideia justa (p. 304). E o ambiente pode ser criado em qualquer lugar, pois a tecnologia permite, progressivamente, como já citado, o aumento do teletrabalho.

O conceito de “ócio criativo” é importante, pois demonstra uma tendência do mercado de trabalho na qual o lazer ganha mais importância na relação do trabalho com o tempo livre. Ócio criativo, conceito criado por Domenico De Masi, é a plenitude da atividade humana, gerada a partir da síntese entre o trabalho, o estudo e o lazer. É a única atividade que estará disponível no futuro:

[...] entre as atividades que realizamos com o cérebro, as mais apreciadas e mais valorizadas no mercado de trabalho são as atividades criativas. Porque mesmo as atividades intelectuais, como as manuais, quando são repetitivas, podem ser delegadas às máquinas (DE MASI, 2000, p. 16).

O que se pode concluir das ideias de De Masi é que o ócio criativo é a atividade da emergente sociedade do tempo livre. Depois do corpo, cabe agora à sociedade atual libertar a mente. O grande desafio do século é aumentar a produção reduzindo as horas de trabalho, tendência a ser seguida para criar um ambiente criativo. A sociedade do tempo livre estará mais empenhada em produzir solidariedade do que riqueza (p. 18-84).

Dos três elementos do ócio criativo, apenas o lazer precisaria sair de sua conotação negativa. O lazer, como bem disse De Masi (2000), é a matéria-prima da mente criativa, assim como o aço e o carvão são para a indústria.

O ócio criativo necessita de um lazer positivo, enriquecedor, não daquele “alienante, que faz com que nos sintamos vazios, inúteis, nos faz afundar no tédio e nos subestimar”, mas daquele que “é alimentado por estímulos ideativos e pela interdisciplinaridade”. Para o trabalhador que executa trabalho intelectual não repetitivo, “ir ao cinema, ao teatro ou sair de férias não são perdas de tempo, mas um estímulo para intuir coisas e compreender outras” (DE MASI, 2000, p. 235).

A partir do que foi argumentado, está mais do que demonstrado que a ciência jurídica não pode negligenciar o elemento que talvez mais irá influenciar o futuro do trabalho e, conseqüentemente, o Direito do Trabalho: o lazer.

2.3 O ESTUDO DO LAZER: NATUREZA, DEFINIÇÃO E CLASSIFICAÇÃO

De todo o exposto acima, é possível identificar duas condições prévias que se realizaram na vida social para que o lazer fosse permitido à maioria dos trabalhadores, conforme aponta Dumazedier (2008, p. 28):

a) *As atividades da sociedade não mais são regradas em sua totalidade por obrigações rituais impostas pela comunidade.* Pelo menos uma parte destas atividades escapa aos ritos coletivos, especialmente o trabalho e o lazer. Este último depende da livre escolha dos indivíduos, ainda que os determinismos sociais se exerçam evidentemente sobre esta livre escolha. b) *O trabalho profissional destacou-se das outras atividades. Possui um limite arbitrário, não regulado pela natureza.* Sua organização é específica, de modo que *o tempo livre é bem nitidamente separado ou separável dele* (grifos nossos).

Na Grécia Antiga, “valorizava-se, acima de tudo, a contemplação e o cultivo de valores elevados, como a verdade, a bondade, a beleza” (ALVES JR.; MELO, 2012, sem paginação): assim era utilizado o tempo livre. Alves Junior e Melo (2012, sem paginação) delimitam o caso da Grécia Antiga nos seguintes termos:

Esse princípio de vida, em que o tempo livre ganhava importância, não como momento de pura desocupação, mas como ocasião de crescimento espiritual [...]. Enquanto a elite podia se dedicar a seu desenvolvimento espiritual, uma grande massa de escravos fazia o “trabalho sujo”. [...]. Assim, somente o tempo livre enquanto princípio de vida, contrário à sujeição ao trabalho, poderia permitir o completo alcance do desenvolvimento individual e social.

Em outras palavras, o tempo livre não era um tempo vazio: era um momento para o desenvolvimento individual e social. Contudo, para isso se tornar possível, os escravos (maioria da população) precisavam se ocupar com o trabalho.

Com a glorificação do trabalho, o tempo livre tem se convertido em tempo de recuperação das energias laborais, em anestesia social e em alienação. O trabalho e o lazer não podem mais ser concebidos diferentemente dos estudos aqui trazidos, e profissionais de todas as áreas precisam perceber a irradiação do “novo lazer”, nos termos de Dumazedier (1973, p. 269-271):

O lazer não é um produto secundário, mas prioritário da civilização contemporânea. Com a elevação da renda individual talvez o tempo livre venha a ser a perspectiva essencial para a maior parte da humanidade. O trabalho não mais será vivido como um fim, mas como um meio. [...] A maioria dos sistemas de pensamento, surgidos no século passado, que pretendem explicar nosso tempo, desarticula-se diante do conjunto de fenômenos em expansão compreendidos na área do lazer. Inúmeros filósofos do trabalho ainda estudam o lazer como se ele fosse um apêndice complementar ou compensatório do trabalho. A maioria dos especialistas em questões de consumo consideram-no como um elemento do item “diversos”, complementar dos itens “alimentação”, “vestuário”, “moradia” e “saúde”. Entre os especialistas de estudos sobre a família, dificilmente encontramos quem ao menos recorra à palavra “lazer”; a organização dos lazeres não figura em nenhuma das atuais análises das funções da família.

No Brasil, “as primeiras praças de esporte e centros de recreio surgiram na transição das décadas de 1920 e 1930” (ALVES JR.; MELO, 2012, sem paginação). Nesta época, a principal intenção era tão somente a manutenção da saúde e a recuperação das forças laborais. Por essa razão, houve uma vinculação exclusiva e equivocada desses tipos de atividade com o profissional de educação física. O estudo do lazer pode mudar esse cenário.

2.3.1 A Definição do Tempo Livre como Espaço Possível ao Lazer

Alexandre Lunardi classifica o tempo de acordo com sua vinculação (direta ou indireta) à produção de capital:

a) *o tempo vinculado à produção de capital*, no qual se encontra a jornada de trabalho, ou mesmo o tempo destinado à procura de emprego; b) *o tempo vinculado a uma atividade obrigatória*, que corresponde a atividades legais, sociais, ou mesmo fisiológicas, como o tempo da consulta médica, da internação; c) *e o tempo livre*, isto é, aquele que está totalmente desvinculado das atividades obrigatórias e da produção de capital, determinados pela escolha do próprio indivíduo, como conversa com amigos, o tempo dedicado à família, os esportes, as atividades artísticas, entre outros (LUNARDI, 2010, p. 29, grifos nossos).

O tempo vinculado a uma atividade obrigatória é, na verdade, relacionada com a “produção indireta do capital”, devendo incluir, também, o tempo em busca de emprego.

Dumazedier também aborda essa delimitação e identifica explicitamente o lazer como uma das manifestações do tempo livre:

Limite do tempo livre: de acordo com os pesquisadores soviéticos, o tempo livre é evidentemente limitado pela duração do tempo de trabalho profissional, mas também pela duração do tempo consagrado a outras atividades improdutivas, ainda que ligadas à produção (higiene após o trabalho profissional, recolhimento ou devolução das ferramentas etc.), do tempo utilizado para os deslocamentos entre o local de trabalho e o local de moradia e do tempo destinado às obrigações domésticas ou familiares: tarefas ligadas à casa, educação das crianças (afora a participação dos jogos) e arranjo das atividades de manutenção vital: sono, refeições, higiene pessoal. [...]. *Tempo livre*: ele inclui, por um lado, atividades espirituais, atividades sócio-políticas e, por outro, lazes (DUMAZEDIER, 2008, p. 66-67).

Adriana Wyzykowski (2012) é enfática na diferenciação entre tempo livre, descanso e lazer. O tempo livre é o tempo disponível

tanto para o descanso quanto para o lazer. Um tempo sem obrigações relacionadas ao labor. Ou seja, o descanso e o lazer estão incluídos no tempo livre. O descanso está relacionado à recuperação do corpo e da mente, isto é, a uma necessidade que o trabalho não pode negligenciar. O lazer, por sua vez, está relacionado a algo mais afirmativo, para além de uma necessidade biológica, e, ainda que interfira no trabalho, está mais relacionado ao ser humano voltado para si mesmo. Ademais, há diversas atividades de lazer que são muito distintas do repouso, como a prática de esportes, alguns passeios turísticos, etc.

Heloisa Bruhns (2002, p. 18), baseando-se em ideias de De Grazia, afirma que:

[...] lazer e o tempo situam-se em dois mundos diferentes, uma vez que todos podem ter tempo livre e nem todos podem ter lazer. O tempo livre é uma ideia de democracia realizável; o lazer não é totalmente realizável, sendo, portanto, um ideal e não somente uma ideia. O tempo livre refere-se a uma forma determinada de calcular uma determinada classe de tempo; o lazer é uma forma de ser, uma condição do homem, que poucos desejam e dentre estes menos alcançam.

Porém, é possível perceber o quanto o pouco tempo livre influencia significativamente na qualidade do lazer, conforme elucida Russell (2002, p. 33):

Os prazeres das populações urbanas se tornaram fundamentalmente passivos: ver filmes, assistir a partidas de futebol, ouvir rádio e assim por diante. Isto ocorre porque as energias ativas da população estão totalmente absorvidas pelo trabalho. Se as pessoas tivessem mais lazer, voltariam a desfrutar prazeres em que participassem ativamente.

A diferença entre tempo livre e lazer leva Heloisa Bruhns (2002, p. 29) aos seguintes questionamentos:

[...] Como se pode estar livre para optar se precisamos trabalhar todo dia? Como pode ser livre o tempo se precisamos estar

preparados para voltar ao trabalho à hora em ponto, e se também o tempo livre está marcado pelo relógio? O tempo livre é: o permitido pelo trabalho e o que a reação ao trabalho permite. Para o primeiro tem uma licença; o segundo pode ser licencioso; o terceiro é o lazer: brilha pela ausência.

O que não pode ser negligenciado é a noção de que o tempo livre, ainda que independente do trabalho, exerce influência sobre ele e vice-versa. É através do tempo livre que o empregado renova suas forças físicas e mentais, por meio do repouso, e adquire mais matéria-prima criativa através do lazer. É por meio do trabalho que se adquire condições para usufruir certas atividades de lazer, como viagens turísticas e a compra de ingressos para espetáculos, por exemplo.

Alain Corbin ilustra muito bem a relação entre férias e lazer:

Este tempo inventado que sanciona o desejo de disponibilidade, permite a atenção ao eu, a experiência do eu, até a revelação do eu. É o tempo em que o corpo regressa a uma existência esquecida. O tempo das férias foi-se tornando a pouco e pouco um elemento determinante da construção das identidades. E por isso situa-se no centro da história social (CORBIN, 2001, p. 92).

De todas as possibilidades de tempo livre, as férias são o direito que mais gera possibilidade de uma consciência da importância do lazer.

Corbin (2001, p. 468) acrescenta que “foi pelas férias que a classe operária teve a possibilidade de entrar na era do lazer”. Entretanto, esse direito se limita, geralmente, a 30 dias por ano, não podendo ser considerado a única possibilidade de lazer dos trabalhadores. O autor ainda argumenta que, em relação à civilização rural tradicional, não se percebe nitidamente uma separação entre trabalho e tempo livre. Joffre Dumazedier (1973), por seu turno, também identifica uma dificuldade em separar tempo livre e lazer, mesmo na população urbana atual:

Sem a possibilidade de delinear com clareza o quadro de referências das obrigações familiares, torna-se difícil saber como o lazer se insere realmente na trama das atividades domésticas e

familiares. Há diferenças incomparáveis entre o tempo de trabalho profissional e o tempo de trabalho doméstico profissional e de forma alguma um não poderia ser comparado ao outro [...]. Caso se pretenda oferecer bases psicossociais a esses novos modelos culturais, será essencial considerar o conjunto das atividades familiares como *um sistema dinâmico de obrigações e lazeres, de semi-obrigações e de semilazer, em situação de equilíbrio e desequilíbrio, no qual seja levado em consideração tanto o ponto de vista individual quanto o institucional* (DUMAZEDIER, 1973, p. 119-132, grifos nossos).

O aprofundamento de tais questões, envolvendo a separação entre “trabalho e tempo livre”, entre “tempo livre e lazer”, será realizado nos tópicos seguintes. Antes, contudo, é preciso delinear bem todos os conceitos.

2.3.2 A Construção do Conceito Negativo do Lazer

O protestantismo foi fundamental na construção negativa em torno do lazer ao considerar o trabalho a única atividade que enobrece o indivíduo e, logo, todas as outras atividades como contrárias ao trabalho (ALVES JR.; MELO, 2012). Já o catolicismo entendia que a vida se destinava à dura labuta, como forma de expiação do pecado original, considerando o ócio como fonte de todos os vícios (DE MASI, 2000).

Nietzsche rebate o conceito negativo do protestantismo e do catolicismo, afirmando que o ócio não se concretiza pela preguiça e que, ao contrário, seria o caminho para todas as virtudes³⁵:

Como sinal de que o prestígio da vida contemplativa baixou, os eruditos competem hoje com os homens de ação numa espécie de prazer apressado, de modo que parecem também eles apreciar mais essa maneira de prazer do que aquela que lhes convém verdadeiramente e que, de fato, dá muito mais gosto. Os eruditos se envergonham do *otium* (ócio). Entretanto, é uma nobre coisa o lazer e a ociosidade. Se a ociosidade é realmente o *começo* de todos os vícios, então se encontra também pelo menos na vizinhança imediata de todas as virtudes; o homem ocioso é sempre um

³⁵ O poeta Hölderlin (2000 *apud* MAFFESOLI, 2003. p. 94) disse: “Aí onde nasce o perigo, cresce o que salva”.

homem melhor que o de ação. Mas não imaginam, contudo, que ao falar em ócio e ociosidade me refiro a vocês, ó preguiçosos? (NIETZSCHE, 2006, p. 199-200).

Vale ressaltar que “homens de ação”, para Nietzsche, seriam aquelas pessoas escravizadas pela atividade irracional.

De Masi (2000), analisando a palavra “ócio”, percebe a existência de quinze sinônimos, dos quais apenas três recebem um significado positivo: “lazer”, “trabalho mental suave” e “repouso”. O restante teria ligação com omissões ou com ações reprováveis, tais como “apatia”, “indolência”, “vagabundagem”, “preguiça”, etc.

Alves Junior e Melo (2012, sem paginação) sistematizaram os equívocos que têm se perpetuado historicamente, até os dias atuais, em torno do lazer:

[...] O lazer seria menos importante que o trabalho [...] menos importante que a educação, a saúde e outras urgências sociais [...] é um momento de não fazer nada, de ficar parado, um momento de fuga da realidade [...] exclusivamente relacionado com o tempo que sobra do trabalho?

Tanto o trabalho quanto o lazer deveriam ser considerados importantes e na mesma medida. Assim como deveria acontecer com a educação e com a saúde; inclusive, o lazer se relaciona com ambas de modo íntimo: o lazer defendido neste trabalho exige educação e são conhecidos seus efeitos benéficos para a saúde.

Atualmente, para a maioria das pessoas, o lazer é um tempo de descanso e de festa, encarados negativamente por uma parcela substancial da sociedade. Para os ricos, “o ócio passa a ser um tempo de exibição social e de exposição de gostos (e gastos) luxuosos” (ALVES JR.; MELO, 2012, sem paginação). Há uma grande difusão, através da grande mídia, por exemplo, de um sentido de lazer associado à fuga: não pensar em nada, desligar a mente, algo do qual a presente obra irá se afastar consideravelmente.

2.3.3 O Controle Social Através do Lazer e Políticas Públicas

O lazer não pode ser tido apenas como momento de desenvolvimento do indivíduo de forma ingênua. O indivíduo *de jure* também se aprisiona no lazer, mas o lazer é o caminho para torná-lo indivíduo *de facto*. A famosa política do “pão e circo”, ao contrário do lazer libertador, tem por intuito controlar as massas: do Coliseu aos estádios de futebol e à televisão. Alves Junior e Melo (2012, sem paginação) alertam para algo muito importante:

Atenção, não sejamos lineares: esse processo de controle, embora muito forte, não é perfeito, ele deixa possibilidades de resistência e reelaboração. Da mesma forma, devemos tomar cuidado com prejuízos que estabelecem equivocadas hierarquias entre as atividades mais “intelectuais” (supostamente superiores) e as mais “físicas” (supostamente inferiores).

Angela Brêtas, por exemplo, pesquisou com profundidade o Serviço de Recreação Operária na época de sua maior atuação (1943-1945), quando presidido por Arnaldo Süsskind (um dos integrantes da comissão responsável pela elaboração da CLT). Além dos objetivos explicitados pelo Ministério do Trabalho, a autora identificou mais cinco objetivos:

[...] a) estimular a sindicalização; b) integrar o conjunto de realizações que possibilitam a concretização do discurso político da época acerca da preocupação do Estado com aspectos da vida do trabalhador, situados para além da proteção das leis trabalhistas e do amparo da previdência social; c) controlar e disciplinar o tempo livre do operário de modo a promover uma mudança em seus costumes lúdicos; d) recuperar a energia física e mental do operário de modo a prevenir os efeitos da fadiga; e) sistematizar uma experiência de educação não formal do trabalhador e elevar seu nível cultural (BRÊTAS, 2010, p. 31-32).

Tal empreendimento estatal tinha o nítido objetivo de controle, sem qualquer motivação emancipadora. Nesse sentido, Dumazedier (1973) aponta hipóteses sobre o condicionamento social do lazer, indicando como a mais grave a seguinte:

A função de desenvolvimento do lazer é frequentemente entravada em proveito da função de divertimento, recreação e entretenimento. [...]. Nesse sistema tudo acontece como se as atividades de lazer fossem tão só um meio de fazer com que o homem voltasse à idade infantil [...]. Talvez o mal seja ainda mais grave: a fim de que a mercadoria se venda com certeza, o conteúdo dos “*mass-media*” deve não só convencer como impressionar, não só informar como subjugar. Tudo acontece como se a maioria pensasse que o homem deveria ser reduzido a seus instintos e ao dinheiro que possui no bolso. Resulta um sistema verdadeiramente simples: basta estimular os primeiros para esvaziar o segundo. Daí muitos programas comerciais de rádio e televisão serem dirigidos preferencialmente para estimular o desejo de dinheiro, o desejo de agressão e o desejo erótico (DUMAZEDIER, 1973, p. 87-89).

Apesar de ser um processo de controle, determinado, mesmo que não exclusivamente, pelas condições econômicas, há possibilidade de resistência e de reelaboração. O Estado tem ampla responsabilidade na concretização do lazer ou na geração de tempo livre. Alan Corbin trata, por exemplo, da influência da iluminação pública:

A iluminação pública desempenha aqui um papel determinante: ilumina a vida social do Império e permite prolongamento do tempo de consumo, fornecendo o ambiente de segurança indispensável ao aparecimento de uma iluminação comercial que se reveste, na vivacidade do néon, e a acreditar nos relatos de viagens que referem, todos eles, às noites parisienses, o tom festivo de um fogo de artifício permanente (CORBIN, 2001, p. 163).

O lazer norteia a arquitetura urbana, expande-se através daquilo que parece não estar relacionado. Na verdade, constitui uma variável de extrema importância que se irradia por diversos setores da sociedade. Há diversas evidências sobre o papel do lazer na valorização do espaço, conforme argumenta Gilmar Mascarenhas (2002, p. 148-149):

1) a urbanização turística, que promove, nas cidades, extrema segregação socioespacial, em favor da valorização e elitização dos

espaços de consumo turístico. 2) a refuncionalização do espaço rural, convertendo zonas agropastoris em espaços destinados ao uso recreativo, que propiciam maior lucro: hotéis-fazenda, *campings*, “pesque-e-pague” etc. 3) projetos de revitalização de áreas centrais urbanas e portos, que geralmente incluem espaços de lazer (centros culturais, museus, espaços musicais, bares etc.) como forma de atrair visitantes e compradores. 4) a proliferação de condomínios fechados que sugerem a prática do lazer “seguro” em seu interior, utilizando o lema “venha morar onde você gostaria de passar as férias” como mote propagandístico. 5) a retomada do povoamento do litoral brasileiro (após décadas de interiorização), pela valorização das “praias selvagens” como paraísos tropicais. Frequentemente, nota-se a construção de *resorts* e apropriação privada e ilícita de espaços costeiros, não raro expulsando populações nativas, notadamente de pescadores. 6) a constante multiplicação de lugares para a prática dos esportes de aventura, que tecem uma territorialidade instável, de difícil monitoramento para fins de controle ambiental (Mascarenhas, 2002). 7) o uso do lazer no *citymarketing*, que difunde imagens da cidade como saudável, alegre e jovial, pela ampla disponibilidade de espaços para recreação, e toda uma atmosfera correlata.

As férias, que já foram abordadas, também influenciam setores importantes para a economia ligada ao lazer, como o turismo. E, nesta linha, Joffre Dumazedier (1973) aponta que a falta de organização na distribuição das saídas de férias gera diversos problemas:

Uma outra série de problemas especiais exerce grande influência sobre o futuro do turismo: os problemas ligados à distribuição das saídas das férias, durante o ano. Sabe-se da atração exercida pelo início das grandes férias escolares e preferem essa época mais da metade dos franceses que gozam férias. São inúmeros os inconvenientes dessa preferência: não aproveitamento do equipamento turístico durante o ano de trabalho que se torna insuficiente no decorrer do período de férias; elevação anormal de preços, especulações que proporcionam lucro aos ricos e aumentam a desigualdade dos que gozam férias favorecendo novos fenômenos de segregação nos locais onde as pessoas passam férias, comparáveis ao que acontece nas zonas periféricas operárias das aglomerações. Os chamados “férias pagas” são

colocados à parte e considerados turistas menores. O trânsito torna-se difícil e quase impossível, multiplicam-se os acidentes (DUMAZEDIER, 1973, p. 155).

Nelson Marcellino (2008, p. 15-16), diante do acima exposto, trata da democratização do lazer:

Democratizar o lazer implica democratizar o espaço. [...]. Se o lazer é colocado pela sociedade capitalista enquanto um momento de consumo, o espaço para o lazer também é visto como um espaço para o consumo.

Como será posteriormente abordado, o papel do Estado é desvincular o lazer do consumo, a fim de democratizá-lo, e isso se dá também por meio dos espaços públicos.

2.3.4 Concepções sobre o Lazer: a burguesa e a marxista

É importante refletir sobre a dicotômica compreensão sobre o lazer para o aprofundamento adequado do tema. A adesão a uma ou a outra compreensão terá efeitos substanciais, na medida em que cada qual enfatiza uma função do lazer.

Alves Junior e Melo (2012) compreendem a concepção burguesa através de uma ambivalência histórica, pois a mesma burguesia que lutava contra as reivindicações operárias referentes ao aumento do tempo livre e à diversão popular, atualmente, ao ceder às reivindicações, passa a controlar o lazer mediante o estímulo ao consumo e a propagação de valores para a manutenção da ordem. Assim, é construída uma concepção funcionalista do lazer: a conservação do *status quo*.

Já a concepção marxista, fortemente crítica à anterior, denuncia o caráter alienado do tempo livre/lazer, destinado exclusivamente ao encobrimento das contradições e à perpetuação do sistema. A concepção marxista, à qual este trabalho se filia neste aspecto, entende que o lazer deve ser um fenômeno transformador do indivíduo e da sociedade como um todo (ALVES JR.; MELO, 2012). Mais uma vez, vale lembrar que o

indivíduo *de jure* não pode se tornar indivíduo *de facto* sem antes tornar-se *cidadão*. Nesse mesmo sentido, Joffre Dumazedier defende um lazer capaz de humanizar o trabalho:

O lazer constitui um fato social de alta importância, condicionado evidentemente pelo tipo de trabalho que por sua vez exerce sua influência sobre ele. Ambos formam um todo. O trabalho só será humano se permitir ou suscitar um lazer humano. Porém o lazer que não passar de uma simples evasão do trabalho, de uma fundamental falta de interesse pelos problemas técnicos e sociais do trabalho só será uma falsa solução dos problemas da Civilização Industrial. Não é possível também tratar separadamente e, cada um de seu lado, os problemas próprios do lazer e os que pertencem ao trabalho. Na verdade, a humanização do trabalho pelos valores do lazer é inseparável da humanização do lazer determinada pelos valores do trabalho (DUMAZEDIER, 1973, p. 110).

Pode-se concluir, diante das ideias expostas que, enquanto o trabalho é capaz de enobrecer o indivíduo, apenas o lazer pode aperfeiçoá-lo (BRUHNS, 2002).

2.3.5 O Conceito de Lazer

Várias considerações foram feitas para criar uma base sólida na construção do conceito do lazer. Não obstante, outras ainda são necessárias. É preciso considerar que o lazer se realiza no tempo livre de todas as obrigações, incluindo não apenas as profissionais, mas também as religiosas, as domésticas e as necessidades fisiológicas. O lazer possui compromisso, como a hora do cinema, a hora do encontro com familiares, porém o grau de obrigação é nitidamente diferente. Em relação ao parâmetro do prazer, vale outra citação fundamental de Alves Junior e Melo (2012, sem paginação):

Outro parâmetro por vezes adotado equivocadamente de forma isolada para definir o conceito de lazer é o prazer, um aspecto essencial para o ser humano. É lógico que esperamos que as práticas de lazer sejam sempre prazerosas, mas isso não deve ser

compreendido como exclusividade desses instantes. O trabalho, por exemplo, deveria também dar prazer aos indivíduos.

Isso significa que o trabalho deve promover também o desenvolvimento humano, não apenas um meio de sobrevivência, não sendo exclusividade do lazer.

Um atributo que merece maior atenção na caracterização do lazer é a atitude ativa. Joffre Dumazedier, para poder conceituar o que seria uma atitude ativa, esboça três traços fundamentais:

A atitude ativa implica, aos menos periodicamente, uma participação consciente e voluntária na vida social. [...]. Não será uma adaptação conformista às normas culturais do meio social, mas a participação acompanhada do desejo de assumir, em todos os níveis, um grau variável de responsabilidade na vida de um grupo, de uma classe e de uma sociedade, sempre determinada por todos eles. Essa participação diz respeito à família, à empresa, ao sindicato, à vida civil, a todos os grupos e modos de vida. [...]. Ao menos periodicamente, a atitude ativa implica uma participação consciente e voluntária na vida cultural. [...]. A atitude ativa implica um esforço para levar em consideração, compreender, explicar e utilizar os produtos da técnica, das ciências, das artes e, em certos casos, recorre à criação e invenção para enriquecê-los [...]. Finalmente, a atitude ativa exige sempre um progresso pessoal livre pela busca, na utilização do tempo livre, de um equilíbrio, na medida do possível pessoal, entre o repouso, a distração e o desenvolvimento contínuo e harmonioso da personalidade. Assim para nós, a atitude ativa é *um conjunto de disposições físicas e mentais suscetíveis de assegurar o desabrochar “optimum” da personalidade, dentro de uma participação “optima” na vida cultural e social* (DUMAZEDIER, 1973, p. 257-258, grifos nossos).

Atitude ativa, portanto, é, para o lazer, um conjunto de disposições físicas e mentais³⁶. Sem esta atitude, o lazer não se concretiza. Dumazedier (2008) define o lazer da seguinte forma:

³⁶ Dumazedier (1973, p. 260-262) exemplifica, com clareza, como seria uma atitude ativa no caso de uma exibição de um filme cinematográfico: a atitude ativa, em primeiro lugar, consiste em criar um estado total de disponibilidade para viver integralmente a vida imaginária que lhe é oferecida, a fim de que sejam inteiramente liberados os mecanismos de projeção e identificação,

Acreditamos ser a um só tempo mais válido e mais operatório destinar o vocábulo lazer ao único conteúdo do tempo orientado para a realização da pessoa com fim último. Este tempo é outorgado ao indivíduo pela sociedade quando este se desempenhou, segundo as normas sociais do momento, de suas obrigações profissionais, familiares, sócio-espirituais e sócio-políticas. E um tempo que a redução da duração do trabalho e a das obrigações familiares, a regressão das obrigações sócio-espirituais e a liberação das obrigações sócio-políticas tornam disponível; o indivíduo se libera a seu gosto da fadiga descansando, do tédio divertindo-se, da especialização funcional desenvolvendo de maneira interessada as capacidades de seu corpo ou de seu espírito. Este tempo disponível não é o resultado de uma decisão de um indivíduo; é, primeiramente, o resultado de uma evolução da economia e da sociedade (DUMAZEDIER, 2008, p. 91-92).

Sua definição parte de quatro propriedades identificadas no lazer: caráter liberatório, desinteressado, hedonístico e pessoal. O lazer é cultura vivenciada (praticada, fruída ou conhecida) no tempo livre, gerado historicamente, influenciando a estrutura social vigente (MARCELLINO, 2008. Diante do que foi exposto, o lazer pode ser definido como uma atividade cultural ativa vivenciada no tempo livre das obrigações institucionais, visando, via de regra, ao prazer, à transformação social e ao desenvolvimento pessoal.

Há quem diferencie lazer de recreação, pois, com o tempo, essa última passou a ser utilizada para definir um conjunto de atividades, jogos e brincadeiras (ALVES JR.; MELO, 2012). Este livro irá adotar tais diferenciações. Aristóteles (2013) afirmava que, apesar do entretenimento ser também uma atividade desejável em si mesma, seria preciso destacá-lo

sem o que não haverá uma participação efetiva. Esse é o momento do “sonho acordado”. [...]. Em resumo, o espectador faz um esforço para apreender a significação estética, psicológica, social e filosófica de uma obra, de acordo com as intenções do Autor. Partindo dessas sensações e impressões, ele refaz o movimento de criação cinematográfica, “da imagem ao sentimento, do sentimento à idéia”. A compreensão interna da obra não marca, porém, o término da atitude ativa. O espectador ativo distancia-se da obra a fim de poder apreciá-la; faz sua comparação com outras e procura com outras e procura aproximá-la da realidade por ela expressa. É Morin salienta que até o realismo “não é o real, mas sim a imagem do real”. [...]. O espectador ativo procura também a explicação. Não se limita a apreciar as forças ou as fraquezas da obra, mas conhecer quais os motivos que as determinaram.

das ações nobres e virtuosas. A busca séria e o esforço por pura recreação seriam uma atitude tola e extremamente pueril. O filósofo avançou, outrossim, mencionando que a recreação poderia se enquadrar no repouso, uma forma de repouso, e que repousaríamos porque não poderíamos trabalhar ininterruptamente.

2.3.6 O Conceito de Semilazer

Para prosseguir com a pesquisa, a definição do lazer deve perpassar aquilo que não é ou o que se relaciona com ele. Assim, um conceito que não pode ser negligenciado é o semilazer, principalmente por adotar-se aqui a chamada concepção marxista do lazer. Alves Junior e Melo (2012), baseando-se nos estudos do sociólogo Joffre Dumazedier, denominam semilazer as atividades que estão entre o lazer e o trabalho. Eles chamam a atenção para o fato de, às vezes, o lazer incorporar especificidades do trabalho e vice-versa.

Joffre Dumazedier (1973) destaca que são atividades parcialmente obrigatórias, parcialmente desinteressadas, situando-se na interseção dos dois conjuntos: trabalho e lazer. E complementa, exemplificando:

O semilazer é uma atividade mista em que o lazer é misturado a uma obrigação institucional. É o que sucede quando o esportista é pago por uma parte de suas atividades; quando o pescador de vara vende alguns peixes (DUMAZEDIER, 2008, p. 95).

É o que alguns chamam de “produtivização do lazer” e “pseudoludicidade do trabalho”. Uma excursão turística com um programa extremamente rígido, horários apertados, cheio de correria, se utiliza da lógica da rotina diária laboral para o lazer, ou seja, há a “produtivização do lazer”. Isso é comum com quem sofre da “síndrome do lazer”, ao ponto de entrar em depressão ou mesmo de apresentar problemas físicos quando deixa de trabalhar. E, por outro lado, quando o trabalho permite vivências lúdicas no ambiente laboral, com sala de repouso, máquina de *games*, etc., há a “pseudoludicidade do trabalho”,

que se transforma, na verdade, em uma forma de prolongar a jornada (ALVES JR.; MELO, 2012).

Valquíria Padilha, abordando o semilazer, indica os principais motivos da implantação dessa modalidade e deixa claro que se trata de medida paliativa:

Quando as empresas criam espaços de lazer, de convivialidade e de atenção à saúde de seus funcionários, podem estar desenvolvendo uma política de gestão de pessoas que ganhe pontos em classificações dos melhores locais para se trabalhar, a exemplo do Guia Exame analisado anteriormente. Certamente, nos limites de uma humanização do capitalismo, academias de ginástica, massagens, tai chi chuan, salas de televisão e de relaxamento no meio do expediente de trabalho podem trazer alívios imediatos a alguma dor no corpo, cansaço físico ou mental. Seus benefícios a curto prazo não estão sendo questionados. Mas o que não podemos perder de vista é que essas medidas são paliativas e estão muito longe de tocar no âmago do problema (PADILHA, 2001 *apud* MARCELLINO, 2008, p. 42).

A diferenciação entre lazer e semilazer revelará a dificuldade de sua aplicação positiva no caso concreto, como se verá nos capítulos posteriores.

2.3.7 A Classificação do Lazer

Alves Junior e Melo (2012), baseando-se novamente nas teorias do sociólogo Joffre Dumazedier, levando em conta o interesse central, preponderante e motivador da atividade, classificam o lazer em cinco categorias: interesse físico, artístico, manuais, intelectuais e sociais. Como se notará, é possível ocorrer interesses que se misturam, como assistir a um filme em busca de uma reflexão: ou seja, interesse intelectual através da arte.

Nos interesses físicos, busca-se o lazer pelo bem-estar através da movimentação do corpo, além da preocupação com a saúde. A maior parte da população, entretanto, “pratica esporte pela televisão ou jornais”, sem

a oportunidade de uma prática sistemática. Neste sentido, Alves Junior e Melo (2012) chamam atenção também para o grande apelo comercial que gira em torno dos esportes, sendo importante encontrar seu sentido e significado na ordem social contemporânea.

Quanto aos interesses artísticos, seria um erro acreditar que a arte se encontra apenas nos museus, nas bibliotecas, nos cinemas, nos teatros e nos centros culturais. É preciso notar que há arte na cultura popular, na escola de samba, nas tradições folclóricas. Sua produção não pode ser exclusividade dos grandes artistas, toda a sociedade deve ser estimulada. Seria limitado deixar para a sociedade apenas a perspectiva da contemplação, sem estimular o prazer pelo ato de escrever, de pintar, de tocar, de cantar ou de representar (ALVES JR.; MELO, 2012).

Os interesses manuais são, muitas vezes, confundidos com o trabalho. Todavia, a diferença consiste em que o objetivo preponderante é o prazer pela atividade em si, não pela finalidade econômica. São exemplos possíveis dessa categoria de lazer: a jardinagem, a carpintaria, a marcenaria, a costura e a culinária. Alves Junior e Melo (2012) alertam para a possibilidade de um interesse de lazer gerar uma reorientação profissional, mas, no caso dos interesses manuais, tratar-se-ia de uma migração das atividades do âmbito do lazer para o do trabalho.

Nos interesses intelectuais, busca-se o lazer através de atividades ligadas ao raciocínio. Exemplos clássicos são o xadrez e a dama. Atualmente, os *videogames* devem fazer parte desse tipo de interesse, pois exigem mais do raciocínio dos jogadores. Pode-se encontrar tais interesses em palestras ou leituras, igualmente, desde que desvinculadas do interesse profissional (ALVES JR.; MELO, 2012).

Quanto aos interesses sociais, Alves Junior e Melo (2012, sem paginação) explicam com bastante clareza esse grupo de atividades de lazer:

[...] destacamos como de interesse social aquelas em que o elemento motivador é exatamente a promoção pronunciada de tais encontros, como festas, encontros em bares ou restaurantes, programas noturnos e, notadamente, os passeios e atividades turísticas em geral.

Em outras palavras, o interesse principal reside no encontro, na relação entre os indivíduos. Vale dizer que os demais interesses não visam o isolamento, mas tão somente que não objetivam a socialização como objetivo fundamental.

Pode-se classificar o lazer de acordo com a sua adesão: elementar (conformismo), médio (criticidade) e superior (criatividade) (MARCELLINO, 2008). Para fins do presente trabalho, o lazer não será observado na adesão conformista (concepção burguesa) para manter a coerência com o conceito aqui adotado. Já a adesão superior é o que se espera de um lazer em sua máxima instância.

3 O DIREITO AO LAZER COMO DIREITO FUNDAMENTAL INSERIDO EM UM CONSTITUCIONALISMO DIRIGENTE

Definido adequadamente o lazer no capítulo anterior, é preciso, nesta parte do livro, encontrar a posição do Direito ao Lazer no ordenamento jurídico brasileiro e utilizar as consequências práticas e teóricas para a interpretação e a aplicação desse direito. A declaração do lazer se encontra na Constituição da seguinte forma:

TÍTULO II

Dos Direitos e Garantias *Fundamentais*

[...]

CAPÍTULO II

DOS DIREITOS *SOCIAIS*

Art. 6º *São direitos sociais* a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, *o lazer*, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, *na forma desta Constituição* (BRASIL, 1988, on-line, grifos nossos).

O Direito ao Lazer é, de acordo com a própria Constituição, um direito social fundamental. É imprescindível, portanto, compreender os direitos fundamentais, mas não sem antes situá-los em um constitucionalismo que se harmoniza com o método utilizado no capítulo

anterior, encontrado nos estudos de Dantas (2009, p. 4), que afirma: “[...] uma teoria da constituição dirigente constitucionalmente adequada ao texto de 1988 exige uma *interação transdisciplinar* [...]” (grifo nosso).

Reforçando ainda mais, Gabriel Dezen Junior (2007, p. 35-36) acrescenta:

[...] se o texto constitucional é permeado de economia, sociologia, política, direito internacional, declaração de direitos e outras figuras, não se poderá, ao se extrair-lhe o sentido, fazer-se abstração de tudo o que não for jurídico, pois, mesmo o que não o seja na origem, poderá sê-lo na prestação jurisdicional, ou seja, mesmo *o político, o econômico e o sociológico podem ser ‘juridicizados’ pelo intérprete constitucional*. [...] pode-se concluir não pela inexistência ou pela remoção dos conteúdos não jurídicos da Constituição, mas sim pela *necessidade de sua leitura à luz jurídica*, da forma apolítica quanto ao regime em que se insere, pelos instrumentos fornecidos pelo Direito Constitucional (grifos nossos).

A função deste capítulo e do anterior é exatamente esta: buscar uma interação transdisciplinar e adequá-la a uma interpretação jurídica. Por fim, importa expor a estrutura básica do constitucionalismo dirigente para poder conciliar o conceito de lazer demonstrado no capítulo anterior com a teoria dos direitos fundamentais.

3.1 O CONSTITUCIONALISMO DIRIGENTE E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Quando as instâncias econômicas se apoderam do processo político-decisório, a força de conformação da realidade pelo Direito é questionada. E é nesse contexto que se situa a Constituição da República de 1988, apesar de sua potencialidade emancipatória e democrática (DANTAS, 2009). Segundo Miguel Calmon (2009, p. 4-5):

[...] a problemática justifica-se por ser um intento de conduzir ao reforço do caráter normativo e vinculante do texto constitucional,

[...] de buscar a implementação da efetividade das normas constitucionais sobre a política e sobre a ordem econômica [...] não se admitindo que seja a política constitucional objeto de mercantilização.

Em poucas palavras, o constitucionalismo dirigente tem como foco a efetividade do caráter programático da Constituição, ou seja, do projeto transformador alicerçado na potencialidade emancipatória e democrática. Calmon (2009, p. 208-209) afirma que:

O problema da juridicidade das normas programáticas, até então concebidas como absolutamente condicionadas pelo legislador e tidas apenas como uma exortação ou conselho político *pro futuro*, vai ser o ponto de partida do desenvolvimento da teoria da constituição dirigente [...].

Em outras palavras, o constitucionalismo dirigente é uma teoria que busca eliminar a “defasagem entre programaticidade constitucional e os direitos sociais do texto e a realidade circundante” (CALMON, 2009, p. 43). Trata-se, portanto, de um constitucionalismo que busca o máximo de eficácia possível de seu conteúdo. Miguel Calmon, com base em estudos de Loewestein, classifica o constitucionalismo dirigente como “normativa”:

As normativas são aquelas que logram determinar o processo político que, em face delas, não se rebela ou intenta alterá-las ou frustrá-las, sendo vivenciada pelos detentores do poder e pelos seus destinatários, havendo uma *verdadeira simbiose para com a comunidade*. [...] uma constituição dirigente tem uma *função de resistência e outra de projeção*, do que se vale para impor tarefas, vinculando positiva e negativamente o legislador, que se consubstancia em nota essencial para um Estado Democrático de Direito. [...]. *Uma constituição dirigente é, antes de tudo, uma constituição que se pretende normativa* e, para tanto, afirma-se a força de conformação da realidade, e conformação que antes é transformação [...] (CALMON, 2009, p. 260-320, grifos nossos).

O constitucionalismo dirigente é a teoria que busca a eficácia das normas programáticas. Não restam dúvidas, dessa forma, de que o ponto de partida para o desenvolvimento da teoria da constituição dirigente repousa no aprofundamento das normas programáticas, especialmente no problema da eficácia. Antes, é necessário abordar os princípios de interpretação constitucional, a fim de justificar a teoria das normas programáticas que será aqui adotada.

3.1.1 Princípios de Interpretação Constitucional

A Constituição ocupa o ponto mais alto do sistema jurídico pátrio, condicionando todo o ordenamento. É a Lei Suprema do Estado. Para interpretá-la adequadamente, é preciso observar diversos princípios interpretativos. Conforme elucida George Marmelstein (2014, p. 361):

O papel principal dos princípios de interpretação é precisamente ajudar a encontrar respostas racionalmente fundamentadas, com base em parâmetros constitucionalmente aceitos, além de possibilitar maior transparência e objetividade na argumentação jurídica e no processo decisório, conferindo maior legitimidade à argumentação judicial (grifos nossos).

O ponto de partida se encontra na distinção entre norma e enunciado normativo, assim como na distinção entre princípio e regra. Segundo Robert Alexy (2011), norma consiste no significado de um enunciado normativo. A mesma norma pode ser expressa por meio de diferentes enunciados normativos. Acrescenta ainda o autor que há normas que podem ser expressas sem enunciados, como as “luzes de um farol”. Partindo este trabalho da mesma tese adotada por Alexy, conclui-se que as normas são divididas em regras e princípios. A diferença entre eles, no entanto, não seria gradual, mas qualitativa. Princípios são mandamentos de otimização, dependendo tanto das possibilidades jurídicas quanto fáticas, mas que devem ser realizados na maior medida possível. Já as regras são normas que são satisfeitas ou não. Se ela é válida,

deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige, na medida em que contém determinações dentro do que é fática e juridicamente possível. Toda norma é uma regra ou um princípio.

Em relação a conflitos entre regras ou princípios, Robert Alexy aponta soluções: se for um conflito entre regras, deve haver uma cláusula de exceção ou a declaração de invalidade de uma das regras. Já quando envolve princípios, a solução é bem diversa: é preciso apenas, em determinadas condições e sem declaração de invalidade, que um princípio ceda. O próprio conceito de princípio já indica que se trata de uma norma de otimização, e, sendo assim, implicará a máxima proporcionalidade, conforme conclusão de Robert Alexy (2011, p. 116-117):

Já se deu a entender que há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Essa conexão não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza.

Havendo colisão entre um princípio e uma regra, o sopesamento será entre o princípio em questão e o princípio que sustenta a regra que com ele colide (SILVA, 2010).

Uma vez estabelecidos os conceitos de princípios e regras e os efeitos das colisões, é preciso chamar atenção para a “proporcionalidade” mais uma vez. Muitos doutrinadores consideram a proporcionalidade como um princípio, porém, para ser coerente com os conceitos adotados, o mais adequado será considerá-la como regra. Afonso da Silva fundamenta com precisão tal posição:

Princípio, nos termos deste trabalho, é uma norma que exige que algo seja realizado na maior medida possível diante das condições

fáticas e jurídicas do caso concreto. A proporcionalidade [...] não segue esse raciocínio. Ao contrário, tem ela a estrutura de uma regra, porque impõe um dever definitivo: se for o caso de aplicá-la, essa aplicação não está sujeita a condicionalmente fáticas e jurídicas do caso concreto. Sua aplicação é, portanto, feita no todo. Excluída a possibilidade de denominá-la “*princípio da proporcionalidade*” – pelo menos nos termos deste trabalho –, restam algumas alternativas propostas pela doutrina. [...]. No presente trabalho, contudo, por achar que a denominação “postulado normativo aplicativo” não contribui para um incremento de clareza conceitual, dou preferência a chamar a regra da proporcionalidade de “regra”, também tendo em mente de que se trata de uma regra especial, ou uma regra de segundo nível ou, por fim, de uma meta-regra (SILVA, 2010, p. 168-169).

Para os fins desta obra, apenas alguns princípios precisam ser destacados (DENZEN JUNIOR., 2007):

a) Princípio da unidade constitucional: todas as normas constitucionais possuem a mesma dignidade e nível hierárquico.

b) Princípio das bases principiológicas: os princípios terão tratamento especial.

c) Princípio do efeito integrador: no caso concreto, priorizará interpretações que favoreçam a integração política e social e que reforcem a unidade política.

d) Princípio da máxima efetividade: deve-se extrair das normas constitucionais o máximo de eficácia possível em cada caso concreto.

e) Princípio do conteúdo implícito das normas constitucionais: deve-se atentar para o conteúdo intrínseco, implícito.

f) Princípio da imperatividade das normas constitucionais: é o que melhor influenciará na interpretação das normas programáticas. É o

princípio que afirma que as normas constitucionais são imperativas, não podendo interpretar qualquer norma como simples conselhos, como normas que não vinculam o aplicador.

g) Princípio do sentido usual das normas constitucionais: obriga o intérprete a utilizar o sentido usual das palavras expressas, exceto quando tal utilização leve ao absurdo, à ambiguidade ou à contradição com o sistema constitucional. É o princípio que justifica, no caso desta pesquisa, a reformulação do conceito de lazer, pois seu significado usual é esvaziado dos valores constitucionais.

A utilização de todos os princípios acima será suficiente para embasar a interpretação da norma constitucional, além de outros dispositivos jurídicos, e, para a finalidade específica deste capítulo, para justificar a teoria geral das normas programáticas, objeto central do constitucionalismo dirigente.

3.1.2 A Eficácia e a Aplicabilidade das Normas Programáticas

Como se notará adiante, abordar as normas programáticas é de extrema importância para tratar do Direito ao Lazer inserido em um constitucionalismo dirigente. Em relação ao conceito, Silva (2007, p. 82-83) ensina que são:

[...] programáticas aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta ou imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos) como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.

Em resumo, **norma programática é um horizonte que vincula toda a atividade estatal.**

As normas programáticas apresentam as seguintes características, baseadas nos estudos de Paulo Roberto Pimenta (1999): a) disciplinam

interesses socioeconômicos em conflito; b) representam um compromisso entre grupos sociais antagônicos; c) têm eficácia complementável pelo legislador infraconstitucional; d) obrigam os órgãos estatais; e) cessam a vigência de normas infraconstitucionais anteriores que disponham em sentido contrário; f) fixam critérios obrigatórios para o legislador ordinário; g) e possuem duplo sentido proibitivo: vedam normas legais contrárias e vedam práticas de comportamentos impostos por elas.

Discordando da tipologia adotada por José Afonso da Silva, Pimenta (1999) apresenta a seguinte tipologia das normas programáticas, doravante adotada neste trabalho:

I – *Normas programáticas em sentido escrito* – [...] nas quais o Estado, ao fixar um programa, exige que o legislador o implemente através de lei. [...] II – *Normas programáticas meramente definidoras de programas* – este tipo de normas programáticas estabelece os programas, sem mencionar, contudo, a atuação do legislador através de lei. [...]. III – *Normas programáticas enunciativas ou declaratórias de direitos* – são as normas programáticas que enunciam direitos, sem estabelecer a forma de implementação destes, vinculando, entretanto, todos os órgãos públicos à sua observância, mesmo diante da ausência de regulação infraconstitucional. Exemplos: Art. 6º “**São direitos sociais** a educação, a saúde, o trabalho, **o lazer**, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, **na forma desta Constituição**” [...]. IV – *Normas programáticas definidoras dos fins organizacionais, econômicos e sociais do Estado* – trata-se das normas que fixam os fins mediante os quais o Estado se organiza, inclusive mencionando os de natureza econômica e social, inseridos na Constituição Econômica (PIMENTA, 1999, p. 143-144, *grifos nossos*).

O lazer, conforme argumenta Paulo Pimenta, encontra-se enunciado em uma norma programática, que vincula a sua observância, independentemente de regulação infraconstitucional. Se o constitucionalismo dirigente, por sua vez, é a teoria que busca a eficácia das normas programáticas, consequentemente, é, também, a teoria que busca a eficácia do Direito ao Lazer.

Uma vez delimitadas as premissas básicas do constitucionalismo dirigente e seus assuntos correlatos, será possível adentrar na teoria dos direitos fundamentais, o gênero que abriga o Direito ao Lazer.

3.2 TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO PREMISSA DE ANÁLISE E APLICAÇÃO DO DIREITO AO LAZER

Para verificar a natureza do Direito ao Lazer e as implicações que serão tratadas nos próximos capítulos, deve-se discorrer sobre os direitos fundamentais. Dessa forma, abordaremos os pontos que influenciarão direta e indiretamente a aplicação do Direito ao Lazer.

É importante estabelecer os critérios que serão utilizados para definir o que é direito fundamental, assim como apresentar uma crítica à teoria dimensional, esboçando uma nova teoria ancorada na natureza emancipatória dos direitos fundamentais, revelando atributos comuns a cada um deles.

3.2.1 Questões Preliminares: do critério de definição e classificação dos direitos fundamentais

A tentativa de utilizar o Direito ao Lazer como parâmetro reinterpretativo das normas trabalhistas força a adoção de um critério de definição terminológica de direitos fundamentais, com o intuito de evitar falhas na interpretação da pesquisa. É preciso se distanciar da clássica teoria dimensional, sabidamente majoritária, muitos dos quais sem a devida crítica. O Direito ao Lazer será substancialmente afetado, principalmente quanto ao objetivo específico deste trabalho: sua análise na relação de emprego.

3.2.1.1 Definição terminológica dos direitos fundamentais

É preciso, inicialmente, para definir os direitos fundamentais, analisar as diversas terminologias empregadas para os direitos referentes ao ser humano que, às vezes, são concebidas como sinônimas, ou sem um

critério específico. Para isso, adotar-se-á o critério do plano de positivação, demonstrando, inclusive, a importância de sua utilização.

A título de exemplificação, basta citar alguns trechos da própria Constituição Republicana para chegar à conclusão de que há uma substancial diversidade semântica:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...]

II - prevalência dos *direitos humanos*; [...]

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos *direitos e liberdades constitucionais* e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; [...]

§ 1º - As normas definidoras dos *direitos e garantias fundamentais* têm aplicação imediata. [...]

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: [...]

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: [...]

b) *direitos da pessoa humana*; [...]

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...]

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...]

IV - os direitos e garantias individuais. [...]

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: [...]

§ 1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é *direito público subjetivo* (BRASIL, 1988, on-line, grifos nossos).

Nesse breve exemplo, podem ser encontradas as seguintes terminologias na Constituição: “direitos humanos”, “direitos constitucionais”, “direitos fundamentais”, “direitos da pessoa humana”, “direitos individuais” e “direito público subjetivo”. São expressões sinônimas? Os direitos “humanos”, “constitucionais”, “fundamentais”,

“da pessoa humana”, “individuais” e “públicos subjetivos” devem ser interpretados na ordem constitucional da mesma forma? A necessidade de estabelecer critérios úteis se justifica, por exemplo, quando se observa, no §1º do art. 5º³⁷, a prescrição de que os “direitos fundamentais” têm aplicação imediata. Somente assim, utilizando o exemplo citado, pode-se averiguar quais direitos têm aplicação imediata.

Cabe, inicialmente, diferenciar em relação ao plano constitucional e internacional. Para não correr o risco de utilizar um critério sem utilidade, puramente teórico, o trabalho empregará, como parâmetro, a própria Constituição. Ou seja, o critério que será utilizado se alicerça no “plano de positivação”, por entender que trará menos problemas metodológicos.

A terminologia “direitos humanos” aponta para os direitos positivados na ordem internacional, que, em regra, recebem um tratamento diferente daqueles positivados no ordenamento jurídico interno. A fim de demonstrar isso, é possível perceber que, em todos os momentos em que a Constituição emprega a expressão “direitos humanos”, há sempre uma referência à ordem internacional. Veja, exhaustivamente, os trechos abaixo:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas *relações internacionais* pelos seguintes princípios: [...]

II - prevalência dos *direitos humanos*; [...]

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

§ 3º Os *tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos* que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. [...]

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: [...]

§ 5º Nas hipóteses de grave violação de *direitos humanos*, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de *obrigações decorrentes de tratados internacionais* de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar,

³⁷ “§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, 1988, on-line).

perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal. [...]

TÍTULO X

ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS [...]

Art. 7º O Brasil propugnará pela formação de um *tribunal internacional dos direitos humanos* (BRASIL, 1988, on-line, grifos nossos).

Além de demonstrar amiúde que a terminologia “direitos humanos” se refere aos direitos positivados na ordem internacional, é possível, com a mesma facilidade, apontar para o tratamento diferenciado em relação aos direitos previstos na Constituição. Para isso, vale repetir apenas o que diz o §3º do art. 5º da nossa Constituição:

§ 3º *Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais* (BRASIL, 1988, on-line, grifo nosso).

Como se percebe, os direitos humanos não têm, automaticamente, o mesmo status que os direitos previstos na Constituição, pois, para ter o status de norma constitucional (norma equivalente à emenda), é necessário preencher certos requisitos legislativos.

Por consequência, a terminologia “direitos fundamentais” abrange todos os direitos expressos e decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição. Justamente por esse motivo, este livro não cita outras terminologias, por entender ser espécie dos direitos fundamentais, como se depreende da sua relação (Título II) e de suas ramificações, como os “direitos sociais” (Capítulo II) e os “direitos políticos” (Capítulo IV) na Constituição:

TÍTULO II

Dos Direitos e Garantias *Fundamentais* [...]

CAPÍTULO II

DOS DIREITOS *SOCIAIS* [...]

CAPÍTULO IV

DOS DIREITOS *POLÍTICOS* (BRASIL, 1988, on-line, grifos nossos).

A própria organização em títulos e em capítulos demonstra que os direitos sociais e políticos, por exemplo, são espécies de direitos fundamentais. Ingo Sarlet resume a questão terminológica nos seguintes termos:

[...] “direitos fundamentais” se aplica para aqueles 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, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). A consideração de que o termo “direitos humanos” pode ser equiparado ao de “direitos naturais” não nos parece correta, uma vez que a própria positivação em normas de direito internacional, de acordo com a lúcida lição de Bobbio, já revelou, de forma incontestável, a dimensão histórica e relativa dos direitos humanos, que assim se desprenderam [...] da ideia de um direito natural (SARLET, 2010, p. 29).

Além disso, outras expressões, como “direitos constitucionais” ou “direito público subjetivo”, na prática, podem, sem qualquer dificuldade, ser entendidas como sinônimas, porém não esclarecem tanto quanto a terminologia escolhida.

Se não for considerado o critério do plano de positivação, haverá que se concordar que não há diferenças entre direitos humanos e direitos fundamentais. Sarlet (2010, p. 29) exprime essa ressalva com bastante clareza: “Não há dúvidas de que os direitos fundamentais, de certa forma,

são também sempre direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos”.

Há pesquisadores que utilizam a terminologia “direitos humanos fundamentais”, porém só é possível estar de acordo se se referir aos direitos humanos inseridos na ordem constitucional, por exemplo. Nesse caso, será possível porque haverá identidade de conteúdo (material) e hierarquia constitucional (formal). Não obstante os dois termos possuírem a mesma essência, há uma possível diferença quanto ao tratamento constitucional, que não pode ser desconsiderada. Luciane Cardoso Barzotto alerta sobre certas diferenças:

Os limites jurídicos do Direito Internacional do Trabalho relacionam-se, de um modo mais amplo, com a dificuldade de fundamentação dos direitos humanos e com o problema da normatividade, exigibilidade e eficácia das normas internacionais do trabalho (BARZOTTO, 2007, p. 174).

Sarlet (2010, p. 34) segue com a seguinte afirmação: “[...] os direitos humanos, enquanto carecem do caráter de fundamentalidade formal próprio dos direitos fundamentais [...] não lograrão atingir sua plena eficácia e efetividade, o que não significa dizer que em muitos casos não a tenham”.

Portanto, é sempre necessário, preliminarmente, buscar entender qual critério se usa no emprego de determinadas terminologias referentes aos direitos humanos ou fundamentais, por conta da distinção no que diz respeito à eficácia e à efetividade. Uma vez que o critério do plano de positivação foi adotado, fica claro que a expressão “humanos” pode gerar uma imprecisão técnica. Ainda assim, cabe a explicação de Silva (2004, p. 178), que utiliza a expressão “direitos fundamentais do homem”:

No qualitativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; [...] *do homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados (grifos nossos).

A questão do critério da definição terminológica não é a única em relação à qual este trabalho deverá se posicionar para atingir seus objetivos. A teoria dimensional deverá ser analisada, outrossim, a fim de manter a coerência entre as premissas e as futuras considerações finais.

3.2.1.2 Crítica à Teoria Dimensional dos Direitos Fundamentais

A teoria das dimensões dos direitos fundamentais, apesar de seu caráter didático (mais voltado à perspectiva histórica), pode levar a imprecisões técnicas e jurídicas. Privilegiar a perspectiva histórica, em vez da jurídica, poderia ter consequências negativas, inclusive, sobre a pesquisa. Daí a importância de não ignorar o tema, mas de expor as fragilidades desse viés.

A premissa que a obra adotará será a ideia kantiana (não a teoria completa), segundo a qual, conforme explica Sarlet (2010, p. 40), “todos os direitos estão abrangidos pelo direito de liberdade, direito natural por excelência” – que cabe a todo ser humano em virtude de sua própria humanidade, limitado apenas pela coexistência das liberdades dos demais seres humanos. Ou seja, todos os outros direitos são para proteger e viabilizar, ainda que indiretamente, o direito à liberdade. Adotar, ou não, tal premissa carrega consequências práticas, pois adotá-la realça e direciona para o caráter emancipatório da Constituição.

Como já foi dito, a teoria dimensional tem sua utilidade: auxilia na compreensão histórica dos direitos fundamentais, das suas transformações, referentes ao conteúdo, à titularidade, à eficácia e à efetivação (p. 45). Aponta ainda para seu caráter acumulativo no processo evolutivo e para a natureza complementar de todos esses direitos, demonstrando, por fim, sua unidade e indivisibilidade no contexto constitucional (p. 46).

Contudo, para a finalidade deste trabalho, não há necessidade de abordar todas as dimensões (há estudos indicando a existência da quarta ou da quinta dimensão, por exemplo (p. 46)). Aqui, parece suficiente abordar somente as três primeiras dimensões, através da premissa emancipatória, adequando-as à técnica jurídica.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão são direitos de natureza negativa, direitos de não intervenção. Sarlet (2010, p. 46-47) os conceitua como:

Direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”. [...]. Em suma, [...] cuida-se dos assim chamados direitos civis e políticos.

Ademais, eles são concernentes ao direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei, à liberdade de expressão em geral, à participação política, etc.

Ao contrário da dimensão anterior, a segunda dimensão possui cunho positivo, intervencionista. Ainda nas palavras de Ingo Sarlet, cabe explicar o nascimento de tais direitos e a posição do Estado:

O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia de seu efetivo gozo acabaram [...] gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social (SARLET, 2010, p. 47).

Os adeptos dessa teoria, para dar exemplos de direitos fundamentais de segunda dimensão, citam a saúde, a educação, além de direitos sociais como férias, limitação de jornada, incluindo o direito ao lazer dentre outros. Na teoria dimensional, o Direito ao Lazer não apresenta sua face negativa, apenas positiva.

A doutrina amplamente majoritária parece apegada ao famoso lema da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade) e à

perspectiva histórica: toda a teoria dimensional será assim estruturada. A partir dessa afirmação, pode-se deduzir a essência da terceira dimensão:

Os direitos fundamentais da terceira dimensão, também denominados de *fraternidade* ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, consequentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa. [...]. Dentre os direitos fundamentais da terceira dimensão consensualmente mais citados, cumpre conferir os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação (SARLET, 2010, p. 48, grifo nosso).

O critério para a criação da terceira dimensão não segue o mesmo raciocínio lógico das anteriores: enquanto as duas primeiras se diferenciavam entre natureza negativa ou positiva, nesta, o critério para a inclusão reside na titularidade. Todavia, para classificar adequadamente qualquer coisa, é preciso usar o mesmo critério classificatório, sob pena de ignorar direitos que poderiam ter o tratamento típico de tal dimensão, no caso concreto. A essa altura da pesquisa, já é possível expor a vulnerabilidade da teoria dimensional: dividir os direitos entre aqueles que exigem não intervenção e aqueles que exigem intervenção traz problemas teóricos e práticos, na medida em que condiciona a ideia de que os direitos listados como de segunda dimensão também poderão exigir não intervenção, a depender do caso concreto.

O Estado não pode impor o monopólio da opinião na escola, ainda que pretenda ter a melhor opinião; não poderá injetar uma seringa sem o consentimento de uma pessoa, para evitar a doença H_1N_1 , ainda que pretenda preservar a saúde do indivíduo; não poderá forçar uma criança a brincar no parque, ainda que pretenda introduzir o Direito ao Lazer em sua vida³⁸.

³⁸ Vale relembrar que, conforme exposto em capítulos anteriores, nas comunidades primitivas da religião antiga, nas festas, o homem era obrigado a sorrir e a dançar, por exemplo: era a época em que as liberdades individuais não existiam.

Cabe ressaltar, inclusive, que o Direito ao Lazer, nas relações de emprego, possui mais aplicações de natureza negativa (não interventiva) do que qualquer outra diante de sua natureza programática. Daí a importância da desconstrução da teoria dimensional.

Nas questões de políticas públicas, por exemplo, o lazer pode se apresentar mais como um direito difuso (a defesa de um patrimônio histórico-cultural) do que um direito individual de natureza interventiva.

O mesmo problema ocorre com os direitos da primeira dimensão: a liberdade não se efetiva somente com a não intervenção. Muitas vezes, o direito de ir e vir não é gozado porque o ser humano não sabe que o tem, bem como a liberdade de expressão, pois não desenvolveu sua linguagem para saber se expressar com precisão. O lazer, como visto antes, não necessita apenas do tempo livre: exige autoconsciência, sob pena do tempo livre ser tão somente terreno para o tédio.

George Marmelstein compartilha da mesma crítica:

No entanto, continua-se incorrendo no erro de querer classificar determinados direitos como se eles fizessem parte de uma dimensão determinada, sem atentar para o aspecto da indivisibilidade e interdependência dos direitos fundamentais. O ideal é considerar que todos os direitos fundamentais podem ser analisados e compreendidos em múltiplas dimensões, ou seja, na dimensão individual-liberal (primeira dimensão), na dimensão social (segunda dimensão), na dimensão de solidariedade (terceira dimensão), na dimensão democrática (quarta dimensão) e assim sucessivamente. Não há qualquer hierarquia entre essas dimensões. Na verdade, elas fazem parte de uma mesma realidade dinâmica. Essa é a única forma de salvar a teoria das dimensões dos direitos fundamentais (MARMELESTEIN, 2014, p. 54).

Todos os direitos fundamentais, em maior ou menor grau, no caso concreto, possuem atributos de todas as dimensões mencionadas. Um ótimo exemplo disso é exposto por Marmelstein (2014, p. 54):

Veja-se, a título de exemplo, o direito à propriedade: na dimensão individual-liberal (primeira dimensão), a propriedade tem seu sentido tradicional, de natureza essencialmente privada, tal como

protegida no Código Civil; já na sua acepção social (segunda dimensão), esse mesmo direito passa a ter uma conotação menos individualista, de modo que a noção de propriedade fica associada à idéia de função social (art. 5º, inc. XXIII, da CF/88); por fim, com a terceira dimensão, a propriedade não apenas deverá cumprir uma função social, mas também uma função ambiental.

Portanto, deve-se romper com a teoria dimensional e buscar uma que melhor se adapte ao sistema constitucional de direitos fundamentais.

3.2.1.3 Esboço de uma Teoria Emancipatória dos Direitos Fundamentais

Apesar de não ser possível o desenvolvimento mais aprofundado de uma nova teoria, para os fins deste trabalho, parece suficiente expor um esboço do que poderia ser chamado de “teoria emancipatória dos direitos fundamentais”. Em síntese, *tal teoria tem como base a premissa de que todos os direitos são abrangidos pelo direito de liberdade*, inspirado pelo pensamento do filósofo Kant (2013). Para ele, o direito nasceria da lei universal da liberdade: “O direito, portanto, é o conjunto das condições sob as quais o arbítrio de um pode conciliar-se com o arbítrio de outro segundo uma lei universal da liberdade” (KANT, 2013, sem paginação).

A lei universal da liberdade é aquela que permite que a liberdade individual de uma pessoa coexista com as liberdades das outras:

Consequentemente, se um certo uso da liberdade é, ele mesmo, um obstáculo à liberdade segundo leis universais (isto é, incorreto), então a coerção que se lhe opõe, enquanto impedimento de um obstáculo da liberdade, concorda com a liberdade segundo leis universais, isto é, é correta (KANT, 2013, sem paginação).

A liberdade é, para Kant, o único direito inato (aqui apenas adotado como o direito dos direitos), sendo os demais decorrentes dele:

O direito inato é apenas um único [...]. A liberdade (a independência em relação ao arbítrio coercitivo de um outro), na medida em que possa coexistir com a liberdade de qualquer

outro segundo uma lei universal, é esse direito único, originário, que cabe a todo homem em virtude de sua humanidade. – E as seguintes competências já estão no princípio da liberdade inata e dela não se distinguem realmente (como membros da divisão sob um conceito superior do direito): a igualdade inata, isto é, a independência que consiste em não ser obrigado por outrem senão àquelas coisas a que também reciprocamente se pode obrigá-los; [...]. Todas essas faculdades residem já no princípio da liberdade inata e de fato não são verdadeiramente distintas dele (como membros da divisão de um conceito superior de direito) (KANT, 2013, sem paginação).

Sendo assim, a distinção principal entre a teoria emancipatória e a teoria dimensional é que os direitos não seriam agrupados em dimensões. Na teoria emancipatória, as “dimensões” são “atributos” de todos os direitos fundamentais. Tendo seu núcleo a liberdade, os atributos serão os mesmos para todos os direitos fundamentais. A escolha pelo termo “atributo” se adequa à premissa principal da teoria emancipatória: todos os direitos decorrem da liberdade, único direito inato. Em outras palavras, todos os direitos se comportam como e visam à liberdade. Seus atributos, dessa maneira, expressam a essência da liberdade. O conceito de atributo utilizado é o mesmo do filósofo Spinoza (2008, p. 13): “Por atributo compreendo aquilo que, de uma substância, o intelecto percebe como constituindo sua essência”.

A teoria emancipatória funciona como um prisma funciona para a luz, este revelando as cores que a compõe, aquela revelando os direitos fundamentais decorrentes da liberdade universal.

Existe o atributo da *liberdade através da não intervenção* (próximo do conceito da primeira dimensão) e o atributo da *liberdade através da intervenção* (próximo do conceito da segunda dimensão), por exemplo. Um mesmo direito possui, necessariamente, os dois atributos, ainda que, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, um atributo esteja mais evidente do que o outro.

Outra questão de grande interesse para o potencial emancipatório é a noção de pertencimento a algo maior que o próprio indivíduo

(conforme já se tratou no primeiro capítulo, sobre a condição humana). Spinoza (2008, p. 349) trata desta liberdade em sociedade: “O homem que se conduz pela razão é mais livre na sociedade civil, onde vive de acordo com as leis comuns, do que na solidão, onde obedece a si mesmo” (grifos nossos).

É o atributo da *liberdade transindividual* (próximo do conceito da terceira dimensão), que vai implicar a harmonização entre a liberdade individual e a de terceiros. *Será possível deduzir que, por trás de um Estado Social Democrático de Direito, há um verdadeiro Estado Emancipatório.* Com o aprofundamento da doutrina e com as transformações na realidade, outros atributos serão, em algum momento e de alguma forma, descobertos ou necessários a ponto de serem descobertos. Novos direitos podem mudar a visão sobre os direitos anteriores, mostrando novas possibilidades latentes [atributos] da essência emancipatória de cada direito. Daniel Sarmiento, apesar de adotar a teoria dimensional, concorda com a relação entre novos direitos e mudança de visão em relação aos antigos:

Não apenas novos direitos foram positivados, ligados à garantia da igualdade material e das condições básicas de vida para a população, como também *a visão referente aos antigos direitos liberais sofreu uma relevante mudança.* Tais direitos sujeitar-se-ão doravante a uma nova leitura, que *buscará captar outras possibilidades latentes no discurso emancipatório que lhes empresta lastro* (SARMENTO, 2010, p. 129, grifos nossos).

O direito não deve ficar restrito ao distanciamento estatal, ou à espera eterna de uma providência ativa estatal. Nos capítulos seguintes, pesquisando diretamente sobre o Direito ao Lazer, ficará mais evidente que a teoria emancipatória é a mais coerente na sua aplicação. A adequação desta teoria ao Direito ao Lazer salta aos olhos. O lazer, em seu atributo não interventivo, irá impedir que o Estado ou o padrão iniba sua fruição. Pela perspectiva de seu atributo interventivo, irá obrigar o Estado a criar maiores oportunidades para sua fruição. Pelo seu atributo transindividual, é possível usá-lo como fundamento para proteger um patrimônio histórico-cultural, por exemplo.

3.2.2 O Lazer como Elemento Essencial ao Sistema Constitucional

Os direitos fundamentais não são apenas parte da Constituição formal, mas condição essencial para a existência de um Estado constitucional. Ingo Sarlet expõe a questão da seguinte forma:

Os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também *elemento nuclear da Constituição material* (SARLET, 2010, p. 58, grifo nosso).

As palavras de Luño (2005 *apud* SARLET, 2010, p. 60) complementam a ideia:

[...] existe um estreito nexo de interdependência genético e funcional entre o Estado de Direito e os direitos fundamentais, uma vez que o Estado de Direito exige e implica, para sê-lo, a garantia dos direitos fundamentais, ao passo que estes exigem e implicam, para sua realização, o reconhecimento e a garantia do Estado de Direito.

Os direitos fundamentais integram “um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico” (SARLET, 2010, p. 60).

Um elemento caracterizador de um sistema de direitos fundamentais pode ser encontrado no art. 5º da Constituição (BRASIL, 1988, on-line): “§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

O trecho consagra o conceito materialmente aberto dos direitos fundamentais, conforme aponta Sarlet (2010, p. 71):

Em primeiro lugar, cumpre referir que o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais consagrado pelo art. 5º, § 2º, da

CF aponta para a existência de direitos fundamentais positivados em outras partes do texto constitucional e até mesmo em tratados internacionais, bem assim para a previsão expressa da possibilidade de se reconhecer direitos fundamentais não escritos, implícitos nas normas do catálogo, bem como decorrentes do regime e dos princípios da Constituição.

Ingo Sarlet aponta para um sistema de direitos fundamentais, pois, justamente diante da diversidade de conteúdo (espalhado em todo o texto constitucional, inclusive, implicitamente), em princípio, esse fato impede que se estabeleçam critérios abstratos e genéricos que possam demonstrar uma identidade de conteúdo. Também afirma o autor que nem todos derivam diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana e que, por tudo que já foi exposto, não poderia estar inserido em um sistema distinto do restante do texto constitucional, por constituir um elemento nuclear da Constituição material. E conclui que:

[...] em se reconhecendo a existência de um sistema dos direitos fundamentais, este necessariamente será, não propriamente um sistema lógico-dedutivo (autônomo e autossuficiente), mas, sim, um sistema aberto e flexível, receptivo a novos conteúdos e desenvolvimentos, *integrado ao restante da ordem constitucional, além de sujeito aos influxos do mundo circundante* (SARLET, 2010, p. 72, grifos nossos).

O sistema de direitos fundamentais é, portanto, um sistema aberto e dinâmico que integra os direitos fundamentais a toda ordem constitucional.

O Direito ao Lazer, por ser direito fundamental, está inserido no sistema constitucional integrado a todo o ordenamento jurídico. Não é possível relevar sua importância em momento algum, sendo limitado apenas na colisão com outros direitos fundamentais, a depender do caso concreto (em harmonia com a sua natureza decorrente da liberdade, conforme a premissa kantiana).

O reconhecimento do sistema dos direitos fundamentais é necessário para não isolar tal conteúdo do restante das normas, sob pena de desnaturar o próprio conceito de Estado de Direito.

Com a integração do direito fundamental ao lazer a toda ordem constitucional, será possível identificar, ainda que de forma não exaustiva, um sistema constitucional do Direito ao Lazer. Será este sistema a base para fundamentar a aplicação do Direito ao Lazer, explicitado no capítulo anterior. Somente com o reconhecimento do sistema de direitos fundamentais será possível vislumbrar uma adequada relação com o fundamento republicano da dignidade da pessoa humana.

3.2.2.1 *A relação do direito ao lazer com a dignidade da pessoa humana*

A Constituição deu um tratamento especial à dignidade da pessoa humana, inserindo-a como fundamento da República:

TÍTULO I

DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Art. 1º A República Federativa do Brasil, [...] constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como *fundamentos*: [...]

III - a dignidade da pessoa humana [...] (BRASIL, 1988, on-line, grifo nosso).

Isso significa que a Constituição vai muito além dos direitos fundamentais, no sentido de que, a despeito dos direitos fundamentais dependerem de recursos públicos para serem viabilizados, não há justificativas da não aplicação em relação à dignidade da pessoa humana. Trata-se de um fundamento da República, não um objetivo fundamental (projeção vinculante), como exposto no art. 3º. Ingo Sarlet confirma a argumentação acima e acrescenta:

O Constituinte [...] reconheceu expressamente que é o *Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário*, já que o homem constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal. [...] Immanuel Kant, cuja concepção de dignidade parte da autonomia ética do ser humano, considerando esta (a autonomia), como fundamento da dignidade do homem, além de sustentar que *o ser humano (o indivíduo) não pode ser tratado – nem por ele mesmo – como mero objeto*³⁹ [...] se cuida do valor próprio, da natureza do

³⁹ “A humanidade é ela própria uma dignidade, pois o homem não pode ser usado por nenhum homem (nem pelos outros nem sequer por si mesmo) apenas como meio, mas tem sempre de ser ao mesmo tempo usado como fim, e nisto (a personalidade) consiste propriamente sua dignidade [...]” (KANT, 2013, sem paginação).

ser humano como tal. Além disso, como já visto, não se deve olvidar que *a dignidade independe das circunstâncias concretas* [...]. O elemento nuclear da dignidade da pessoa humana parece residir [...] primordialmente na autonomia e no *direito de autodeterminação da pessoa (de cada pessoa)* (SARLET, 2010, p. 98-101, grifos nossos).

O conceito mais completo de dignidade da pessoa humana se encontra na obra de Sarlet (2015, p. 70-71):

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

O capítulo anterior foi fundamental para compreender que o ser humano, consciente ou não, vive como mero objeto a depender das circunstâncias, ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana. E a dignidade da pessoa humana é o “elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado” (SARLET, 2010, p. 101). Ingo salienta que a concepção da dignidade da pessoa humana, por todo o exposto, protege o indivíduo ao impedir o sacrifício de sua dignidade em favor de uma dignidade em seu atributo transindividual, em outras palavras, em favor do bem de toda a humanidade (SARLET, 2010).

Enquanto a liberdade representa a matriz de todos os direitos fundamentais, o princípio da dignidade da pessoa humana indica a forma atual⁴⁰ e ideal da integração desses direitos. A “íntima vinculação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais” (SARLET, 2010, p. 95) ocorre porque o princípio da dignidade da pessoa humana atrai para si todos os direitos fundamentais. Os direitos

⁴⁰ “Atual” porque o que qualifica o ser humano como tal depende de critérios culturais, por exemplo.

fundamentais têm, portanto, o papel de conteúdo da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2010).

Por conseguinte, o Direito ao Lazer possui o papel de conteúdo da dignidade da pessoa humana. Encontra-se intimamente ligado ao fundamento que proíbe, sem exceção, que o ser humano seja tratado sem considerar a sua dignidade. Destarte, não importa o quanto se pague pelas intermináveis horas extras, o ser humano é mais que sua força de trabalho: possui valor em si mesmo. Sua vinculação à dignidade da pessoa humana também implica o dever de superação do próprio trabalho alienado, e não a vitória deste sobre a classe capitalista.

3.2.2.2 *A perspectiva objetiva e subjetiva do direito fundamental ao lazer*

Tudo o que foi abordado até o momento parece suficiente para deduzir que os direitos fundamentais, incluindo o Direito ao Lazer, revelam uma dupla perspectiva, na medida em que é possível verificar tanto direitos subjetivos individuais quanto elementos objetivos fundamentais.

Sarlet (2010, p. 143) registra que:

[...] os direitos fundamentais [...] constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos. [...]. Os direitos fundamentais passaram a apresentar-se no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e *fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos* (grifos nossos).

Como se nota, o constitucionalismo dirigente é extraído da perspectiva objetiva do direito fundamental.

A perspectiva objetiva do Direito ao Lazer é o que fundamenta o tema principal deste livro: sendo direito fundamental, irá irradiar seus valores por todo o ordenamento, implicando a interpretação das normas infraconstitucionais, no caso, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Mesmo quando o Direito ao Lazer não é mencionado expressamente no

dispositivo legal a ser aplicado, seus valores irão influenciar o resultado de sua interpretação e aplicação.

Além disso, a noção da dupla perspectiva também justifica a adoção, ainda que embrionária, da Teoria Emancipatória dos Direitos Fundamentais, pois a transindividualidade foi considerada atributo comum a todos os direitos fundamentais, como se nota da contribuição de Sarlet (2010, p. 146):

*[...] os direitos fundamentais (na sua perspectiva objetiva) são sempre, também, direitos transindividuais. É neste sentido que se justifica a afirmação de que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais [...] contribui para a limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais, ainda que deva sempre ficar preservado o núcleo essencial destes [...]. Outro desdobramento estreitamente ligado à perspectiva objetivo-valorativa dos direitos fundamentais diz com o que se poderia denominar de *eficácia dirigente* que estes (inclusive os que precipuamente exercem a função de direitos subjetivos) desencadeiam em relação aos órgãos estatais (grifos nossos).*

A perspectiva objetiva fundamenta igualmente a ideia de que os direitos fundamentais têm eficácia nas relações privadas. Esta eficácia é quem rege a relação empregador e empregado, logo, possui um desdobramento muito importante para nosso livro, já que o Direito ao Lazer será analisado de modo a ser aplicado exatamente nessa relação.

Quanto à perspectiva subjetiva, trata-se da possibilidade do titular do direito fundamental de impor judicialmente seu interesse perante o destinatário. Ingo Sarlet expõe as variações do objeto do direito fundamental subjetivo por meio dos seguintes fatores:

[...] a) o espaço de liberdade da pessoa individual não se encontra garantido de maneira uniforme; b) a existência de inequívocas distinções no que tange ao grau de exigibilidade dos direitos individualmente considerados, de modo especial, em se considerando os direitos a prestações sociais materiais; c) os direitos fundamentais constituem posições jurídicas complexas [...] até mesmo pelo fato de poderem dirigir-se contra diferentes destinatários (SARLET, 2010, p. 152-153).

A concepção da dupla perspectiva, como se nota, não apenas favorece a compreensão da forma como o Direito ao Lazer pode se irradiar no sistema constitucional, como, também, através de seus desdobramentos, é possível avançar ainda mais na busca pela concretização da vontade constitucional.

3.2.3 A Eficácia dos Direitos Fundamentais

De nada adiantaria incluir o Direito ao Lazer no rol de direitos fundamentais e não tratar da questão de sua eficácia. Especificamente para esta obra, cujo foco recai, principalmente, nas relações de emprego, negligenciar o tema retiraria o caráter científico do trabalho, pois é a premissa fundamental para buscar os resultados pretendidos.

A Constituição possui um dispositivo inovador que serve de alicerce para o tema em seu art. 5º: “§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm *aplicação* imediata” (BRASIL, 1988, on-line, grifo nosso).

Conforme se verifica, a Constituição traz a noção da “aplicabilidade” que, segundo Sarlet (2010, p. 238), tem forte conexão com a “eficácia”:

[...] partimos da premissa de que eficácia e aplicabilidade são noções conexas, como (em simplificada comparação) as duas faces de uma mesma moeda, não sendo possível falar de norma eficaz e destituída de aplicabilidade, o que não quer dizer que, em sentido aplicável, venha a ser aplicada ou mesmo a forma como se dará a aplicação, se direta ou indireta.

Importante agora tratar da problemática referente à aplicabilidade dos direitos sociais.

3.2.3.1 A problemática da aplicabilidade do direito social ao lazer

O Direito ao Lazer, além de direito fundamental, é um direito social. E há uma série de discussões sobre a aplicabilidade desse tipo de direito fundamental.

A problemática seria ainda maior caso fosse aplicada a tradicional teoria dimensional, pois haveria que lidar com suas contradições. Com

a teoria emancipatória, no entanto, a problemática pode se restringir, basicamente, às argumentações contrárias, sem precisar enfrentar as contradições internas da própria teoria adotada.

No tocante à titularidade do direito social, não é reconhecida a todos, mas apenas àqueles que dela necessitam, a fim de garantir os pressupostos e as condições materiais da chamada liberdade real (DIMOULIS; MARTINS, 2014).

Com base na teoria dimensional, Silva (2004, p. 286-287) conceitua os direitos sociais como:

[...] prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciados em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.

A falha desse critério de definição (teoria dimensional), vale repetir, é que os chamados direitos sociais são conceituados apenas como direitos que exigem prestações do Estado. Não obstante, o grande problema de tal concepção é que os direitos sociais, em vários momentos, até por falta de legislação específica que os regule ou, simplesmente, por falta de recursos, são, ou deveriam ser, pelo menos, implementados apenas pelo seu atributo não interventivo. Silva (2010, p. 78), inclusive, chama atenção para o fato de que “nem todo direito a prestações é um direito social”.

Ingo Sarlet encontra dificuldade em manter a tradicional teoria dimensional intacta e é forçado a conceber uma “interpenetração entre as dimensões”, pois, apesar de preferir “dimensão” em vez de “geração”, a troca da terminologia não afasta as dificuldades de aplicação rigorosa dessa classificação:

[...] não se deve olvidar que também *os direitos sociais prestacionais apresentam uma dimensão negativa*, porquanto a prestação que constitui o seu objeto não pode ser imposta ao titular em potencial do direito, assim como os próprios *direitos de defesa podem, consoante já ressaltado, reclamar uma conduta positiva* por parte do Estado [...] de tal sorte que se aponta corretamente para uma *interpenetração entre ambos os grupos de direitos fundamentais* também no que concerne ao seu objeto (SARLET, 2010, p. 283, grifos nossos).

Está óbvio que todos os direitos fundamentais derivam da liberdade e que, a depender do caso concreto, apesar de possuir todos os atributos da liberdade, um atributo pode se sobressair. Assim, conceituar os direitos sociais como aqueles direitos que exigem prestação estatal desconsidera que estes mesmos direitos só possuem, em determinado contexto, a capacidade de resistência. Fazendo as devidas adaptações, o que Ingo Sarlet afirma, indiretamente, sobre o atributo não interventivo e interventivo é bastante esclarecedor:

[...] os direitos de defesa têm seu conteúdo definido ao nível da Constituição ou definível com base em parâmetros por esta fornecidos, efetuando-se a definição do conteúdo dos direitos fundamentais essencialmente na esfera infraconstitucional, por intermédio do Legislador. Tais características dos direitos sociais prestacionais encontram-se, por outro lado, diretamente ligadas à sua relevância econômica e dependência da disponibilidade de recursos [...] não se deixa de ter razão quando se refere que, em muitos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional e que tenham por destinatário o Estado, que se cuida de planejar o futuro, ressaltando-se sua natureza prospectiva [...]. A dificuldade de se definir, já em nível constitucional, com certa precisão o próprio objeto da prestação é, sem dúvida, outro aspecto correlato que aqui não pode ser desconsiderado [...] (SARLET, 2010, p. 289-290, grifos nossos).

Antes de prosseguir, vale esclarecer que as teorias que serão citadas são inspiradas, ainda que indiretamente, na teoria dimensional. Mas tal fato não afetará as premissas adotadas neste trabalho, mesmo porque a teoria emancipatória não nega a teoria dimensional, ao contrário, amplia o alcance das dimensões através de um critério jurídico, negando apenas a aplicabilidade pelo critério histórico⁴¹.

Apesar de todo o exposto, há na doutrina quem defenda o esvaziamento da eficácia dos direitos sociais. Como se verá adiante, os

⁴¹ Enquanto a teoria dimensional chama de segunda dimensão, restringindo os direitos sociais quase que absolutamente a esta dimensão, a teoria libertária atribui as características de todas as dimensões a todos os direitos fundamentais. Ou seja, os direitos sociais exigem intervenção do Estado, mas também exigem não intervenção em outros casos, isto é, características da primeira dimensão. A classificação com base em critério histórico prejudica a aplicação jurídica. Seguindo o mesmo raciocínio, quando os autores se referirem às características dos direitos sociais, provavelmente, será possível adaptá-los ao atributo interventivo de todos os direitos fundamentais.

argumentos favoráveis dos direitos sociais são baseados no conceito da “liberdade fática” e no “aspecto substancial”. Os argumentos contrários são baseados na problemática dos “conceitos indeterminados” e na “colisão de direitos”. Alexy (2011) afirma que o principal argumento em prol dos direitos sociais encontra lastro na liberdade. Isso só reforça a importância de colocar a liberdade no centro da teoria dos direitos fundamentais, como vem sendo defendido neste trabalho.

A liberdade jurídica (permissão legal de fazer ou deixar de fazer algo) não é capaz de implicar automaticamente a liberdade fática. Alexy alerta, também, que não basta enunciar que a liberdade fática é igualmente liberdade como a jurídica para fundamentar que, só por esse fato, os direitos fundamentais devem garanti-la. É preciso fundamentar a inclusão da liberdade fática na proteção. O primeiro argumento trata da importância dela para o indivíduo: em diversos momentos, a eliminação da situação de necessidade do indivíduo configura algo mais importante do que as liberdades jurídicas, que não têm valor algum enquanto tal situação prevalecer, tornando assim as liberdades jurídicas fórmulas vazias. O segundo argumento ressalta que os direitos fundamentais apontam para um sistema de valores centrados no livre desenvolvimento da personalidade humana e na sua dignidade, o que pressupõe um poder de agir fático (ALEXY, 2011).

A liberdade fática e o livre desenvolvimento da personalidade fazem parte, direta ou indiretamente, do conceito de lazer. O tédio, por exemplo, é o sinal de que a liberdade fática não está garantida. Tal liberdade se conquista exatamente com atividades como aquela do lazer: uma atividade cultural ativa.

Alexy, a fim de pôr à prova os argumentos favoráveis, trabalha com os dois principais argumentos contrários aos direitos sociais: um formal e um substancial. O primeiro parte do fato de que a maioria dos direitos sociais são extremamente indeterminados⁴². Dimoulis e Martins (2014) apontam que o §1º do art. 5º da Constituição, que trata dos efeitos imediatos, usa a expressão “normas definidoras” de direitos e sustentam

⁴² Daí a importância do aprofundamento dado ao conceito do lazer no primeiro capítulo deste livro.

que há normas que definem de forma insuficiente. Alexy (2011) rebate: conceitos indeterminados não são exclusividade dos direitos sociais, a Ciência do Direito e a jurisprudência lidam com isso frequentemente. O que deve ser questionado é a possibilidade de determinar ou não seu conteúdo pelos meios que o ordenamento jurídico fornece. Já o segundo argumento reside na colisão dos direitos sociais ou de outros direitos fundamentais, como o da liberdade: ou seja, normas constitucionais que garantem liberdade colidindo com direitos sociais que, por sinal, fundamentam-se também na liberdade. Contra esse argumento (da colisão), bastaria a adoção de um modelo de sistema de sopesamento, de otimização.

Alexy está correto. Como se demonstrará adiante, ainda que não esteja definido expressamente na Constituição, mas apenas declarado, é possível encontrar a definição jurídica do Direito ao Lazer. E a definição do lazer encontrada no capítulo anterior se mostrará adequada como suporte. Quanto ao argumento da colisão, vale apenas ressaltar que é um fato natural e necessário do próprio conceito de liberdade universal adotada pelo trabalho.

Antes de abordar o modelo de direitos fundamentais sociais, é necessário expor os tipos de direitos sociais. Nas palavras de Alexy (2011, p. 500-501):

As normas a serem atribuídas aos dispositivos de direitos fundamentais sob a rubrica “direitos fundamentais sociais” são de tipos os mais distintos. A partir de pontos de vista teórico-estruturais, elas podem ser diferenciadas com base em três critérios. Em primeiro lugar, pode se tratar de normas que garantam direitos *subjektivos* ou normas que apenas obriguem o Estado de forma *objetiva*. Em segundo lugar, elas podem ser normas *vinculantes* ou *não vinculantes* - neste último sentido seriam elas enunciados programáticos. Uma norma deve ser considerada como “vinculante” se for possível uma análise de sua violação por meio do Tribunal Constitucional Federal. As normas podem, por fim, fundamentar direitos e deveres *definitivos* ou *prima facie*, isto é, regras ou princípios. Se se combinam esses critérios obtêm-se oito normas de estrutura bastante diversa [...] (grifos nossos).

Conforme acima, existem três critérios: subjetivos ou objetivos, vinculantes ou não vinculantes, definitivos ou *prima facie*. A combinação entre os três critérios geram oito tipos de normas. Aquela que possui proteção mais forte abarca a seguinte combinação: norma vinculante de direito subjetivo definitivo a prestações. Aquela que possui a proteção mais fraca, por seu turno, se constitui a partir da seguinte combinação: norma não vinculante de direito objetivo *prima facie* a prestações.

O modelo sugerido por Alexy será adotado por esta pesquisa; ele se sustenta diante dos argumentos contrários e se baseia na conciliação entre os princípios da liberdade fática, da competência decisória do legislador democraticamente legitimado, da separação dos poderes, além de princípios materiais, incluindo a liberdade jurídica de terceiros, outros direitos sociais e interesses coletivos:

Uma posição no âmbito dos direitos a prestações tem que ser vista como definitivamente garantida se (1) o princípio da liberdade fática a exigir de forma premente e se (2) o princípio da separação de poderes e o princípio democrático (que inclui a competência orçamentária do parlamento), bem como (3) os princípios materiais colidentes (especialmente aqueles que dizem respeito à liberdade jurídica de outrem), forem afetados em uma medida relativamente pequena pela garantia constitucional da posição prestacional e pelas decisões do tribunal constitucional que a levarem em consideração [...]. O modelo apresentado é um modelo baseado no sopesamento. [...]. Dessa maneira, o legislador receberia, “dos direitos fundamentais, ‘diretrizes e impulsos’”. Contudo, disso não seria possível concluir, em geral, “uma obrigação concreta dos órgãos estatais para tomar determinadas medidas”, o que significa que o controle judicial encontraria aí os seus limites (ALEXY, 2001, p. 512-517).

Por fim, os direitos adjetivados como sociais, incluindo o Direito ao Lazer, são normas definidoras de direitos fundamentais e possuem as seguintes cargas eficaciais: a) “revogam” atos normativos anteriores ao atual sistema constitucional e contrários ao seu conteúdo; b) vinculam o legislador, que deverá buscar sua concretização sem se desviar de

seus princípios; c) tornam inconstitucional todos os atos normativos posteriores e contrários; d) os direitos fundamentais prestacionais de cunho programático constituem parâmetro para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; e) os direitos fundamentais a prestações geram, no mínimo, direito subjetivo no sentido negativo, já que o indivíduo poderá exigir do Estado, por exemplo, a abstenção de qualquer ato que esteja contrário ao conteúdo da norma; f) o direito social prestacional, à medida que se concretiza, transforma-se em direito de defesa (SARLET, 2010).

O Direito ao Lazer, por ser um direito fundamental social, terá eficácia para “não aplicar a novação legislativa”⁴³ sobre dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) (que é anterior ao atual sistema constitucional) contrários a ele e tornará inconstitucionais as normas posteriores. O legislador não poderá elaborar leis contrárias ao Direito ao Lazer, ao contrário, deverá legislar em prol de sua concretização.

O Direito ao Lazer também será utilizado como parâmetro para interpretação, integração e aplicação das normas. Ademais, transforma-se em direito de defesa, diante de seu atributo não interventivo, impedindo práticas inibitórias desse direito nas relações de emprego, por exemplo.

Cabe, a seguir, abordar como o Direito ao Lazer possui eficácia em uma relação entre particulares.

3.2.3.2 A eficácia imediata do direito ao lazer entre particulares

A eficácia “entre particulares” é também conhecida pela doutrina como eficácia “horizontal”. Todavia, ser indiferente à terminologia aplicada seria inadequado, sobretudo, no caso deste livro, que trata da relação entre empregador e empregado. De acordo com Thiago Sombra (2004), nem sempre uma relação entre particulares ocorre em um plano de inequívoca horizontalidade. Muitas vezes, os indivíduos não desfrutam das mesmas condições de igualdade para estabelecer suas relações jurídicas. Somente a análise do caso concreto será capaz de aferir como será a

⁴³ Para normas anteriores à atual ordem constitucional, o termo que será adotado será “novação ou não novação legislativa”, como se aprofundará mais adiante.

vinculação aos direitos fundamentais, pois, em teoria, seria impossível prever a relação fática (por isso, a utilização da expressão “horizontal” pode induzir ao erro) (p. 126-128). Por esse motivo, o autor adota o termo “eficácia entre particulares”, opção acolhida pelo trabalho em tela.

Em relação à vinculação ao Estado, aquilo que foi abordado anteriormente já parece suficiente para os fins do trabalho. Porém, como o objetivo aqui consiste em tratar do Direito ao Lazer em uma relação empregatícia, importa destacar a vinculação dos particulares de forma mais aprofundada.

A dignidade da pessoa humana desempenha um papel importante na fundamentação da teoria abordada nesse tópico, conforme ilustra Thiago Sombra, quando trata do erro de separar o público e o privado:

Com a primazia do princípio da dignidade da pessoa humana, mediante o qual o indivíduo perde a conotação de ser patrimonializado para ocupar a posição de ser personalizado, *a estanque separação entre público e privado perde ainda mais seu significado*, porquanto, ao invés de perquirir pela natureza dos interesses em foco, busca-se, acima de tudo, alcançar o máximo significado e realização da dignidade da pessoa humana (SOMBRA, 2004, p. 70-71, grifos nossos).

Sarlet (2010) levanta duas questões importantes sobre o tema: qual seria a amplitude e a intensidade dessa eficácia entre particulares? A expressão “entidades privadas” se refere a qualquer particular ou a determinadas pessoas privadas? Alexy, por sua vez, trabalha com a ideia de dois problemas: um de construção e o outro de colisão:

O que é polêmico é como e em que extensão elas o fazem. A questão sobre *como* as normas de direitos fundamentais produzem efeitos na relação cidadão/cidadão é algo que diz respeito a um *problema de construção*. A questão sobre *em que extensão* elas o fazem é uma questão que expressa um problema substancial, a saber, um *problema de colisão*. [...]. A relação Estado/cidadão é uma relação entre um titular de direitos fundamentais e um não titular. A relação cidadão/cidadão é, ao contrário, uma relação entre titulares de direitos fundamentais (ALEXY, 2011, p. 528, grifos nossos).

Inicialmente, Sarlet (2010) exclui da discussão a eficácia direta em relação a todos os direitos fundamentais que, por sua natureza, têm como destinatário única e exclusivamente o Estado (direitos políticos, *habeas corpus*, ensino fundamental obrigatório e gratuito, etc.).

A eficácia entre particulares configura um desdobramento da unidade e da supremacia da Constituição (SOMBRA, 2004). Consequentemente, um ponto que fundamenta a eficácia imediata entre particulares reside na já mencionada perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, que afirma que eles:

[...] exprimem determinados valores que o Estado não apenas deve respeitar, mas também promover e zelar pelo seu respeito [...] como a necessidade de se protegerem os particulares também contra atos atentatórios aos direitos fundamentais provindos de outros indivíduos ou entidades particulares (SARLET, 2010, p. 378-379).

Na mesma linha, Sombra (2004, p. 59) acrescenta:

[...] o Estado passa a se destacar pela efetiva realização dos direitos fundamentais. A proteção [...] desdobra-se, por sua vez, em um novo atributo dos direitos fundamentais: o dever de proteção em relação não apenas ao próprio Estado, mas sobretudo em face dos particulares.

A questão mais polêmica sobre o tema é se a eficácia seria direta ou indireta, imediata ou mediata, respectivamente. As duas correntes possuem variantes e posicionamentos intermediários. Quem defende a eficácia indireta (mediata) entende que os direitos fundamentais só podem ser aplicados após um processo de interpretação, de integração de cláusulas gerais, de conceitos indeterminados, enfim, após um processo de recepção de tais direitos pelos direitos privados. A doutrina brasileira, majoritariamente, defende a eficácia direta (imediata), entendendo que, como os direitos fundamentais constituem normas de valor válidas para toda a ordem jurídica (princípio da unidade da ordem jurídica) e de força normativa da Constituição, não seria possível conceber um direito privado

à margem da ordem constitucional (SARLET, 2010). Thiago Sombra, que também adota a tese da eficácia imediata, justifica sua posição:

[...] aos particulares [...] não será permitido, outrossim, invocar a natureza meramente programática de uma norma jusfundamental com o intuito de evitar sua eficácia numa relação entre particulares. Considerando-se que a Constituição Federal contempla ambos os modelos – formal e material – não subsistem razões para justificar uma eficácia dos direitos fundamentais voltada apenas para o Estado [...] *afastar do âmbito de eficácia da Constituição as relações entre os particulares significa negar a essência daquilo que é inerente aos direitos fundamentais: sua fundamentalidade* (SOMBRA, 2004, p. 97-98, grifos nossos).

Em respeito a todas as posições já tomadas, é coerente que se adote a teoria da eficácia direta (imediata) dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, sob pena de invalidar toda a pesquisa, pois o objeto principal dela é o Direito ao Lazer aplicado nas relações de emprego, entre particulares.

Alexy (2011, p. 543-544) aborda três consequências para o sistema jurídico com a adoção da teoria da eficácia direta:

A primeira é a limitação dos possíveis conteúdos do direito ordinário. [...] os direitos fundamentais excluem alguns conteúdos como constitucionalmente impossíveis e exigem alguns conteúdos como constitucionalmente necessários. [...]. Assim, em virtude da vigência das normas de direitos fundamentais, o sistema jurídico tem a natureza de um sistema jurídico *substancialmente determinado* por meio da Constituição. [...] A segunda consequência decorre do tipo de determinação substancial. A determinação substancial seria algo não problemático se sempre fosse claro aquilo que é devido em razão das normas de direitos fundamentais. Mas esse não é o caso. A razão para tanto não reside apenas na abertura semântica e estrutural das disposições de direitos fundamentais, mas sobretudo na natureza principiológica das normas de direitos fundamentais. Essa natureza principiológica implica a necessidade de sopesamentos. [...]. Assim, em virtude da vigência das normas de direitos fundamentais, o sistema jurídico adquire um caráter de sistema jurídico *aberto*, independentemente da extensão dessa

abertura. A terceira consequência diz respeito ao tipo de abertura. A vigência das normas de direitos fundamentais significa que o sistema jurídico é um sistema aberto *em face da Moral*. Isso é perceptível de forma clara no caso dos conceitos materiais básicos de direitos fundamentais, os conceitos de dignidade, de liberdade e de igualdade. Esses conceitos são, ao mesmo tempo, conceitos fundamentais da Filosofia prática. Com eles, os princípios mais importantes do direito racional moderno são incorporados à Constituição e, com isso, ao direito positivo.

Conforme o exposto acima, a adoção da teoria da eficácia imediata entre particulares limita o conteúdo do direito ordinário, através do sopesamento, adquirindo um caráter de sistema jurídico aberto em face da Moral. Há nítida ligação com a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.

Os efeitos da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais entre particulares afetará, sobretudo, os contratos entre particulares. Sombra (2004, p. 43-87) conclui:

O Estado passou a atuar não apenas na fase atinente ao cumprimento do contrato, mas em sua própria formação. [...] o contrato recebe uma nova função: instrumento realizador dos direitos fundamentais nas relações entre particulares [...]. O Estado, então, ao invés de permanecer de forma isolada na condição de sujeito passivo dessa vinculação, oportunamente passa a exercer a função de protetor e mediador nas relações privadas.

No caso desta obra, a discussão se localiza na relação entre a autonomia privada e os direitos fundamentais, na forma do contrato de trabalho. Faz-se necessário, em seguida, compreender a natureza da autonomia privada e do contrato de trabalho.

3.2.4 A Colisão do Direito ao Lazer com a Autonomia Privada do Empregador no Contrato de Trabalho

Neste tópico, importa estabelecer a noção de “autonomia privada” e a natureza do “contrato de trabalho”, bem como a relação entre eles. O contrato de trabalho, nas palavras de Gustavo Filipe Garcia (2009, p. 137):

[...] apresenta natureza de negócio jurídico, ou seja, ato jurídico voluntário, de intuito negocial, em que a declaração bilateral de vontade (consentimento) é manifestada com o fim de produzir seus efeitos jurídicos próprios.

Segundo Marmelstein (2014, p. 101), autonomia privada seria “a faculdade que o indivíduo possui para tomar decisões na sua esfera particular de acordo com seus próprios interesses e preferências”, desde que não viole interesses de terceiros. Seu objetivo seria conferir o direito de autodeterminação, em outras palavras, de determinar de forma autônoma o seu destino. Apesar de não estar explícito na Constituição, é possível deduzir a autonomia privada por meio da análise de seus dispositivos, conforme aponta George Marmelstein (2014, p. 102-103):

[...] é inegável que ela está presente, de modo implícito, em diversos dispositivos constitucionais, sobretudo nos direitos ligados à liberdade e à personalidade. Pode-se mencionar, ainda, como fonte normativa para a proteção da autonomia da vontade, o art. 5º, inc. II que diz que “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. [...] não podendo haver restrições jurídicas à liberdade com base em normas inferiores à lei ordinária.

Como o foco da obra é o Direito ao Lazer nas relações de emprego, o contrato de trabalho, dessa maneira, sofrerá todos os efeitos das conclusões dela. Daí a importância do estudo sobre a colisão entre os demais direitos fundamentais e a autonomia privada. Ruy Rosado expõe o desafio nos seguintes termos, na obra de Sombra (2004, p. 14): “Põe em confronto os polos antagônicos: de um lado, a autonomia privada e o dogma do voluntarismo; de outro, a eficácia dos direitos fundamentais a restringir o âmbito de disposição das pessoas”.

A colisão, entretanto, é possível de resolver porque, segundo Sabino (2001 *apud* PIOVESAN; CARALHO, 2010, p. 76), o Direito do Trabalho está constitucionalizado, ou seja, não figura isolado em um sistema à parte, afetando, assim, a empresa e o contrato de trabalho:

A constitucionalização do direito do trabalho possui o objetivo de promover a dignidade da pessoa humana no âmbito de uma relação trabalhista. Isso estabelece a cidadania na empresa, que possui importante papel na promoção dos direitos fundamentais, haja vista que a atividade empresarial tem função social. O artigo 5º, XXIII, da CF, ao prescrever que a propriedade atenderá a sua função social, significa dizer que a empresa, como expressão econômica da livre iniciativa e da livre concorrência, também tem função social.

Ou seja, a autonomia privada da empresa não é absoluta, na medida em que a empresa também deve promover os direitos fundamentais, além do fato da propriedade possuir função social. A questão que permanece, portanto, é a da colisão entre direitos fundamentais. Disso decorre a relevância de proteger o núcleo essencial de cada direito, verificando o limite de cada direito fundamental, assim como “o limite aos limites”.

No caso específico deste estudo, o Direito ao Lazer não poderá ser aplicado de forma absoluta, no contrato de trabalho, sob pena de prejudicar indevidamente a empresa, o empregador. Contudo, os limites da aplicação do Direito ao Lazer possuem igualmente seus limites, não se podendo reduzir a aplicação desse direito a ponto de esvaziá-lo.

3.2.5 Proteção e Restrição do Direito Fundamental ao Lazer

Algumas questões sobre o Direito ao Lazer não serão abordadas, como as reservas legais simples ou qualificadas, por exemplo.

Para Dimoulis e Martins, estudar os direitos fundamentais significa principalmente estudar suas limitações:

Estudo dos direitos fundamentais = Estudo e tentativa de solução dos conflitos entre direitos fundamentais e outros bens jurídicos direta (bem jurídico-constitucional) ou indiretamente (reserva legal simples) protegidos pela Constituição ou conflitos de direitos fundamentais entre si (colisão de direitos fundamentais) (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 132).

O atributo transindividual da liberdade indica exatamente essa limitação da liberdade individual para se harmonizar com a liberdade de terceiros. Com o Direito ao Lazer não seria diferente.

A autonomia privada não pode ser desconsiderada, sobretudo, pelo fato da liberdade poder ser limitada pela liberdade de terceiros, premissa estabelecida na teoria emancipatória. Obviamente, tensões e colisões entre direitos fundamentais devem ser resolvidas apenas no caso concreto, inclusive pela impossibilidade do legislador prever todos os fatos, conforme conclusão alcançada por Sombra (2004, p. 168):

A análise da primeira dificuldade corrobora a tese segundo a qual as tensões entre direitos fundamentais somente podem ser dirimidas em concreto, uma vez que as nuances de cada caso fogem à previsibilidade, normalidade e exigibilidade de um exaustivo labor legislativo.

A importância deste tópico é enorme, pois, no caso concreto, o aplicador/intérprete irá se deparar com a colisão entre os próprios direitos fundamentais e não terá condições de resolvê-la adequadamente. Ingo Sarlet expõe a mesma preocupação:

Pelo fato de as normas constitucionais não deverem ser aplicadas mediante a *simples exaltação dos valores* aos quais se acham referidas, como se tais valores fossem por si só evidentes no que diz com seu conteúdo e alcance (basta ver, em caráter ilustrativo, o que ocorre no que diz com o *uso retórico e mesmo panfletário da dignidade da pessoa humana* e da própria proporcionalidade), sendo sempre *necessária uma fundamentação intersubjetivamente controlável*, não basta somente identificar os valores em jogo, mas construir e lançar mão de critérios que permitam aplicá-los racionalmente, cabendo, portanto, ao intérprete/aplicador dos direitos fundamentais conferir importância distinta aos valores por eles densificados, sempre *atento às circunstâncias do caso concreto*, mas também igualmente receptivo às hierarquizações axiológicas levadas a cabo pelo legislador democraticamente legitimado (SARLET, 2010, p. 394, grifos nossos).

O mais importante é notar que qualquer limitação, no caso concreto, de algum direito fundamental precisa, necessariamente, ser justificada através de demonstração de compatibilidade formal e material com a Constituição. É exatamente aqui que se encontra o chamado “limite aos limites” dos direitos fundamentais. Enquanto esse controle constitucional, na perspectiva formal, verifica a competência, o procedimento e a forma adotada, o controle material observa a proteção do núcleo (conteúdo) essencial dos direitos fundamentais, por meio da aplicação da proporcionalidade e da razoabilidade. Sarlet (2010, p. 402) direciona para uma garantia da proteção do núcleo essencial: “A garantia de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais aponta para a parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua mínima eficácia, deixando, com isso, de ser reconhecível como um direito fundamental”.

Sombra (2004, p. 27), por seu turno, levanta a seguinte controvérsia na relação entre a colisão de direitos fundamentais e o núcleo essencial: “[...] em que medida a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares não estaria a afetar o núcleo essencial do princípio da autonomia privada, também compreendido como um direito fundamental [...]”.

É necessário, por conseguinte, estar atento ao fato da autonomia privada constituir também um direito fundamental, sendo preciso observar tal questão na análise do contrato, onde há maiores controvérsias, conforme destaca Sombra (2004, p. 73):

Embora a temática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares possua um amplo âmbito de configuração das relações *interprivatos*, é nas relações contratuais que ela revela suas maiores controvérsias, afinal, ambos os contratantes também são titulares de direitos fundamentais (grifo do autor).

Dimoulis e Martins apontam para duas ferramentas para lidar com os casos de conflitos:

As principais ferramentas para decidir sobre casos de conflitos são duas. Primeiro, a *interpretação sistemática da Constituição*, isto é, sua interpretação enquanto conjunto que permite levar em *consideração*

todas as disposições relacionadas com o caso concreto e entender quais são os parâmetros que o constituinte mesmo estabeleceu. Segundo, o critério da proporcionalidade [...] (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 171, grifos nossos).

Em relação à proporcionalidade, avalia-se a licitude do propósito da medida que intervém na área de proteção do direito fundamental atingido. Porém, o meio utilizado para atingir o fim também deve ser lícito. Em seguida, deve-se avaliar a adequação entre o meio e o propósito, como a causa e o efeito. Entre todos os meios lícitos e adequados, o necessário será aquele que gravar em menor intensidade o direito fundamental (DIMOULIS; MARTINS, 2014).

Afonso da Silva chama atenção quanto ao meio necessário: a preferência ao menos gravoso ocorre somente nos casos em que os dois meios sejam igualmente eficientes na realização da medida. Primeiro, porque não significaria desproteção, até porque já haveria passado pelos outros critérios da proporcionalidade. E, segundo, porque a busca pelo menos eficiente, devido ao fato de existir um menos gravoso, fomentaria a omissão do Estado. Mas, para evitar decisões que, apesar de adequadas e necessárias, atingem o conteúdo essencial de um direito, Silva (2010) aplica também a proporcionalidade em sentido estrito.

Já o conteúdo essencial é relativo, pois depende das condições fáticas e das colisões entre direitos e interesses envolvidos. Em outras palavras, trata-se de um conteúdo mutável. É possível, portanto, haver restrições que, no caso concreto, anule os efeitos de um determinado direito, sem afetar o conteúdo essencial, por proteger bens jurídicos mais importantes (SILVA, 2010).

Para Silva (2010), restrições que são constitucionalmente fundamentadas devem passar, destarte, no teste da proporcionalidade, sob pena de se transformarem em uma violação de direitos. E complementa:

Ambos os conceitos – conteúdo essencial e proporcionalidade – guardam íntima relação: restrições a direitos fundamentais que passam no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos. É nessa característica que

reside o caráter relativo da proteção ao conteúdo essencial. Isso porque a definição deste conteúdo não é baseada simplesmente na intensidade da restrição; [...]. Neste sentido, restrições não fundamentadas, mesmo que ínfimas, violam o conteúdo essencial a partir das premissas relativistas. E restrições às vezes mais intensas podem ser consideradas constitucionais, isto é, não violadoras do conteúdo essencial (SILVA, 2010, 197-198).

Justamente pelo exposto acima, não se pode concordar com Almeida e Severo (2016) quando afirmam que a teoria da “proteção do núcleo essencial” não se aplicaria aos direitos sociais, conforme trecho abaixo:

Ocorre que, quando se trata de direitos sociais, não se deve proteger apenas um “núcleo essencial”, mas todo e qualquer direito. Mesmo porque, sendo constituído pela linguagem, sequer existe, no Direito, uma essência apriorística que possa ser considerada o seu núcleo. Todo “núcleo jurídico”, nesse sentido, sempre é criado por convenções, de forma artificial e, muitas vezes, arbitrária. Bastaria, então, alterar os critérios determinadores da referida essencialidade para retirar qualquer direito do “núcleo”, justificando, assim, a sua extinção (ALMEIDA; SEVERO, 2016, p. 43).

O primeiro equívoco da abordagem se encontra no tratamento absoluto dado aos direitos sociais. Já foi abordado amiúde, nesta obra, a incompatibilidade de tal premissa com os estudos de direitos fundamentais⁴⁴. O segundo equívoco consiste em considerar que quem adota a teoria da proteção do núcleo essencial adota critérios arbitrários para definir o “núcleo essencial” no caso concreto. Ora, a aplicação dos critérios da proporcionalidade, expostos logo acima, impedem a arbitrariedade. O risco de decisões equivocadas pelo magistrado não pode ser considerado como argumento válido, uma vez que este risco se aplicaria a qualquer tipo de posicionamento adotado.

⁴⁴Ocorre que, na obra de Almeida e Severo (2016), não houve, de fato, a pretensão de abordar os estudos da teoria dos direitos fundamentais - talvez, por esse motivo, tais premissas não foram consideradas.

A fim de evitar a confusão entre os conceitos de “conteúdo essencial” e de “dignidade da pessoa humana”, Sarlet (2015, p. 152) esclarece:

Com efeito, a tese de acordo com a qual a dignidade da pessoa humana não se identifica (não se confunde) – pelo menos não necessariamente e em todos os casos – com o núcleo essencial dos direitos fundamentais há de prevalecer por várias razões. [...] nem todos os direitos fundamentais, especialmente na Constituição Federal de 1988, apresentam um conteúdo em dignidade, embora todos possuam um núcleo essencial.

Por fim, Silva (2010) chama atenção para que regulamentações não sejam usadas para restrições. Regulamentações são apenas referentes às formas de exercício, jamais para restrições.

Na relação de emprego, não poderá o poder diretivo, sem fundamento legal, criar obstáculos para o gozo do Direito ao Lazer, sempre lembrando que garantir tempo livre não significa necessariamente garantir o Direito ao Lazer. Não poderá compensar a perda de lazer com tempo livre que não permita dar um significado ativo para ele (condição para manifestação do lazer). Não poderá o empregado simplesmente não comparecer ao trabalho, alegando seu Direito ao Lazer, pois, não sendo absoluto, deverá conviver harmoniosamente com os deveres de empregado e com os direitos do empregador.

3.2.6 O Direito Social Fundamental ao Lazer e a Questão da Delimitação Terminológica Jurídica

Neste momento, já é possível conhecer a natureza do Direito ao Lazer e dela extrair as consequências jurídicas.

Inicialmente, deve-se chamar a atenção para a adoção do constitucionalismo dirigente: ela constitui a teoria coerente com a busca da eficácia das normas programáticas. Diante do exposto, o lazer, sem sombra de dúvida, possui natureza programática, influenciando a interpretação, a aplicação e a criação das leis e as relações entre particulares.

De acordo com a Constituição, o lazer é tido como um direito fundamental social. Como todo direito fundamental, terá sua raiz na liberdade universal, conforme as premissas kantianas. Detém um papel emancipatório e se configura no uso ativo do tempo livre.

O grande desafio do Direito ao Lazer reside em encontrar uma definição jurídica, pois ela não está definida expressamente. Por isso é importante, uma vez identificada a sua natureza, buscar os limites e as diretrizes para a sua definição jurídica.

A declaração do lazer se encontra na Constituição da seguinte forma:

TÍTULO II

Dos Direitos e Garantias Fundamentais

[...]

CAPÍTULO II

DOS DIREITOS SOCIAIS

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988, on-line).

A chave para encontrar o conceito do Direito ao Lazer pode ser depreendida da expressão “na forma desta Constituição”. Ou seja, não é porque o Direito ao Lazer não possui uma definição expressa que qualquer definição poderá ser aplicada, pois só configura direito social ao lazer o que for definido dentro dos parâmetros constitucionais.

Com base no conceito adotado do lazer⁴⁵ e na natureza do Direito ao Lazer⁴⁶, será objeto do próximo capítulo o sistema constitucional desse direito, enquanto critério fundamental para a sua definição jurídica. Importa verificar se o conceito adotado, no capítulo anterior, sobre o lazer é compatível com o Direito ao Lazer previsto na Constituição.

⁴⁵ Como já foi exposto, o lazer pode ser definido como uma atividade cultural ativa vivenciada no tempo livre das obrigações institucionais, visando, via de regra, ao prazer, à transformação social e ao desenvolvimento pessoal.

⁴⁶ O direito social fundamental ao lazer é um conceito jurídico indeterminado de natureza programática.

3.3 A DEFINIÇÃO JURÍDICA E O SISTEMA CONSTITUCIONAL DO DIREITO AO LAZER

Segundo o art. 6º da Constituição Federal de 1988 (CRFB), o lazer é um direito fundamental social. Todavia, o lazer só assim o será “na forma desta Constituição”. Isto é, o conceito do lazer deve observar todo o sistema constitucional, para que seja possível qualificá-lo como direito fundamental. Pode-se observar que o Direito ao Lazer é mencionado, de modo direto, em outras passagens constitucionais:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com [...] *lazer* [...] (BRASIL, 1988, on-line, grifo nosso).

No trecho constitucional acima, o lazer, além de um direito fundamental social, deve ser levado em conta, inclusive, na composição do salário mínimo dos trabalhadores. Não apenas o lazer do próprio trabalhador, mas o de sua família também.

Na terceira menção direta ao termo “lazer”, verifica-se que o Poder Público tem o dever de incentivá-lo. Ademais, deve considerar o lazer como uma “forma de promoção social”:

Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não formais, como direito de cada um, observados:

[...]

§ 3º O Poder Público incentivará o *lazer*, como forma de promoção social (BRASIL, 1988, on-line, grifo nosso).

Ora, se o lazer é uma forma de promoção social, ele não pode ser considerado como sinônimo de “recreação”, de “descanso” ou de qualquer atitude passiva ou conformadora.

Em relação à criança, ao adolescente e ao jovem, não apenas o Poder Público, mas a família e a sociedade lhes deverão assegurar, com prioridade, o Direito ao Lazer:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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 (BRASIL, 1988, on-line, grifo nosso).

Até este ponto, pode-se verificar os deveres da sociedade, da família, do Estado e do empregador em relação ao Direito ao Lazer. Há também a coerente menção do lazer como forma de promoção social.

Ocorre que a análise isolada dessas menções diretas ao lazer na Constituição, não é suficiente para encontrar a sua “forma constitucional” exigida no art. 6º. Portanto, torna-se necessário realizar um recorte das normas constitucionais que interferem de forma mais evidente na conceituação do Direito ao Lazer e verificar se o conceito encontrado no primeiro capítulo é adequado para a pesquisa jurídica - ou seja, identificar o Sistema Constitucional do Direito ao Lazer. O Sistema Constitucional do Direito ao Lazer é a Constituição sob a perspectiva das normas que se relacionam, direta ou indiretamente, com o Direito ao Lazer, determinando, inclusive, o seu conceito juridicamente adequado e auxiliando na identificação de sua incidência no caso concreto.

Apenas para tornar mais clara a relevância de abordar o assunto, as normas serão divididas em: a) direitos concorrentes e b) direitos de influência recíproca.

Como a obra tem por objetivo a análise do Direito ao Lazer nas relações de emprego, o tópico seguinte trará esse cenário como recorte.

3.3.1 O Direito à Desconexão e a Concorrência de Direitos Fundamentais no Sistema Constitucional do Lazer

Quando o exercício de um direito fundamental é acompanhado, pelo mesmo titular, do exercício de outro direito fundamental, tal fenômeno é conhecido como “concorrência de direitos fundamentais”. De acordo com Manoel Jorge e Silva Neto (2013, p. 676):

Diferentemente do que se sucede nas colisões entre direitos fundamentais, em que um direito limita o outro, a concorrência determina a presença harmoniosa de diversos direitos fundamentais que comparecem para a proteção à esfera jurídica de um único titular. Destaca Vidal Serrano Nunes Júnior: “Tal fenômeno pode ser cristalinamente enfocado no exemplo do jornalista que, emitindo uma crítica, através de um meio de comunicação de massa, vem, a um só tempo, lançar mão dos direitos fundamentais de informação, de opinião e de comunicação”.

A definição que se deseja defender aqui é aquela em que o lazer constitui uma atividade cultural ativa vivenciada no tempo livre das obrigações institucionais, visando, via de regra, ao prazer, à transformação social e ao desenvolvimento pessoal. Deve-se destacar as seguintes expressões-chave nessa definição: “atividade cultural ativa” (não se trata de qualquer atividade cultural), “vivenciada no tempo livre” (momento onde o lazer é possível), “transformação social” (promoção social, conforme art. 217 da Constituição) e “desenvolvimento pessoal”.

Para efeito da presente obra, cujo recorte temático reside na relação de emprego, o foco será maior na expressão “vivenciada no tempo livre”, a fim de encontrar os direitos fundamentais concorrentes com o Direito ao Lazer. O objetivo, logo, é identificar a incidência do Direito ao Lazer que acontece sobre outro direito, no caso, relacionado aos direitos de tempo livre das obrigações impostas pelo empregador. Via de regra, os direitos que concorrem com o Direito ao Lazer estão relacionados ao direito à desconexão. Direito à desconexão é direito ao tempo livre das obrigações impostas pelo empregador.

O primeiro a tratar do tema, na área jurídica, talvez tenha sido Jorge Luiz Souto Maior (2016). Da sua conceituação, percebe-se que o conceito acima é plenamente compatível com aquele que ele expôs em seu artigo científico, em 2003: “Devo esclarecer que quando se fala em direito a se desconectar do trabalho, que pode ser *traduzido como direito de não trabalhar* [...]” (MAIOR, 2003, p. 2, grifos nossos).

Da sua iniciativa pioneira aos tempos atuais, identificar o direito à desconexão como o direito ao tempo livre das obrigações impostas pelo empregador parece ser mais adequado. Ademais, não há como entender

direito à desconexão como sinônimo de Direito ao Lazer. A desconexão é condição para o lazer, mas este não se confunde com aquele. São exemplos perfeitos de direitos fundamentais concorrentes. O direito à desconexão se expressa pelas normas que limitam a jornada, conforme foi dito por Almeida e Severo (2016, p. 10-32):

Dentro desta realidade, dois direitos fundamentais se complementam e assumem especial importância: o direito à limitada duração do trabalho e o direito à desconexão. [...]. O direito à desconexão se inscreve, por conseguinte, tanto no art. 6º quanto no art. 7º da Constituição.

Os direitos à limitação de jornada encontram-se, basicamente, no art. 7º da Constituição (BRASIL, 1988, on-line). No inciso IX, pretende-se desestimular as jornadas noturnas com a imposição de remuneração superior à diurna. Há nítida intenção de que o trabalhador esteja livre no período em que a maioria de seus familiares também esteja (especialmente os menores): “IX – remuneração do trabalho noturno superior à do diurno [...]”.

O inciso XIII é um dos mais importantes para esta obra. Além da limitação da jornada de trabalho, em uma nítida defesa do tempo livre, faculta também a compensação e a redução de jornada, atendendo certos critérios que (obviamente) devem observar outras normas que protegem o empregado e seu Direito ao Lazer:

XIII - 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 [...]. (BRASIL, 1988, on-line).

O inciso XIV prevê jornada de seis horas, porém abre espaço para negociações coletivas, mas sem indicar expressamente os limites de uma possível extensão de jornada e quais critérios devem ser observados: “XIV – jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva [...]” (BRASIL, 1988, on-line).

Em relação aos dois últimos incisos citados, vale ressaltar a observação de Cláudia Abud (2008, p. 35-36):

A jornada de trabalho, assim como as demais modulações de tempo de serviço, tem natureza jurídica imperativa e de ordem pública. São de natureza imperativa, pois [...] dirigem direta e indiretamente o comportamento dos indivíduos, regulamentando relações da vida social que não podem ficar ao arbítrio do interesse particular, o que acarretaria graves prejuízos para a sociedade. São de ordem pública e, como tal, não podem ser repelidas pela vontade dos particulares, pois [...] amparam altos interesses sociais, os chamados interesses de ordem pública, não sendo, portanto, lícito às partes contratantes disporem de maneira diversa, quaisquer que sejam as intenções ou desejos dos indivíduos a que se destinam [...] considerando que a atual Constituição Federal permite, por meio de negociação coletiva, alterar a estrutura do sistema jurídico concernentemente à duração de trabalho, podemos dizer que [...] sua indisponibilidade é relativa quanto às situações previstas expressamente na Carta Magna. Todavia, essa relativização de indisponibilidade das normas deve obedecer a critérios que garantam um patamar civilizatório mínimo, sob pena de afrontarem a própria dignidade da pessoa humana e a valorização conferida ao trabalho, nos termos dos arts. 1º, III e 170, *caput*, da nossa Carta Magna.

Em outras palavras, trata-se dos limites dos limites dos direitos fundamentais, isto é, o respeito ao núcleo essencial, já abordado no segundo capítulo.

O TST tem entendido, outrossim, que as normas de limitação de jornada têm forte vinculação com o Direito ao Lazer:

[...]JORNADA DE TRABALHO EXAUSTIVA. RESTRIÇÃO AO DIREITO SOCIAL AO LAZER. As regras de limitação da jornada e duração semanal do trabalho têm importância fundamental na manutenção do conteúdo moral e dignificante da relação laboral, preservando o direito social ao lazer, previsto constitucionalmente (art. 6º, *caput*). É fácil perceber que o empresário que decide descumprir as normas de limitação temporal do trabalho não prejudica apenas os seus empregados,

mas tensiona para pior as condições de vida de todos os trabalhadores que atuam naquele ramo da economia. Diante desse quadro, tem-se que a deliberada e reiterada desobediência do empregador às normas de limitação temporal do trabalho ofende toda a população. Tratando-se de lesão que viola bem jurídico indiscutivelmente caro a toda a sociedade, surge o dever de indenizar, sendo cabível a reparação por dano moral. Frise-se que, na linha da teoria do “*danum in re ipsa*”, não se exige que o dano moral seja demonstrado. Decorre, inexoravelmente, da gravidade do fato ofensivo que, no caso, restou materializado pela exigência de prática de jornada exaustiva e consequente descumprimento de norma que visa à manutenção da saúde física e mental dos trabalhadores [...].⁴⁷

O TST, como se verifica acima, acrescenta que ferir o Direito ao Lazer implicaria piorar as condições de todos os que trabalham naquela categoria, pois geraria uma competitividade desleal, induzindo outras empresas a praticar o mesmo. A concorrência entre as normas de limitação de jornada e o Direito ao Lazer seria tão forte que o dano tornar-se-ia, segundo o TST, presumido nas hipóteses de descumprimento das normas de limitação de jornada.

O Direito ao Lazer, sem sombra de dúvida, incide com muita força no inciso XV do art. 7º, quando a maioria das pessoas se encontra totalmente livre das obrigações de seus empregadores, além de poder estar próxima de familiares, amigos, etc. A expressão “preferencialmente” não pode ser negligenciada na aplicação desse direito. A expressão “remunerado”, por sua vez, desempenha papel diferente do “adicional noturno ou extraordinário” – não pretende desestimular o repouso semanal, mas viabilizá-lo:

XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos [...] (BRASIL, 1988, on-line).

O inciso que possui maior influência sobre esta obra, contudo, é o inciso XVI. Pretende, assim como o inciso IX, desestimular o empregador a ultrapassar a “duração do trabalho normal” (expressão do inciso XIII).

⁴⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 2401-90.2013.5.02.0371, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 09/11/2016, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 11/11/2016. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

Diferente do inciso IX, a Constituição já prevê o acréscimo mínimo de 50% sobre esse serviço. Todavia, a expressão principal da premissa deste tópico é “serviço extraordinário”. É nítida a intenção da Constituição de demarcar a extrapolação da duração normal como algo raro, que foge à normalidade das circunstâncias rotineiras do trabalho. Não é possível interpretar “extraordinário” como algo que pode ser “ordinário”; qualquer interpretação/aplicação do inciso XVI de forma diferente não seria constitucional:

XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal [...] (BRASIL, 1988, on-line).

Segundo Zenni e Rafael (2009, p. 162):

A princípio devemos consignar que os países mais *evoluídos só admitem a realização de extraordinários em hipóteses excepcionais*, corroborando as asserções da Convenção n. 01 da OIT. [...]. O próprio inciso XVI do art. 7º da CF prevê remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% à do normal, encontrando vozes de eco na doutrina a combater a política de manutenção das horas suplementares habituais, chegando o Ministro Vantuil Abdalla a defender que “*por serviço extraordinário não se pode entender outra coisa que não aquele prestado além da jornada normal, mas de forma excepcional*” (grifos nossos).

Claudia Abud realça o fato de que o serviço extraordinário vale 50% a mais, porém se, em vez do pagamento, for feita uma compensação, não será convertido em folga na mesma proporção:

Depois, quanto à compensação simples das horas prorrogadas, ou seja, no sistema de compensação de horários, a folga compensatória não leva em consideração o acréscimo de 50% sobre a hora trabalhada, como ocorre na prorrogação da jornada em regime de horas extras (art. 7º, inciso XVI); *o empregado que, por exemplo, extrapolou a jornada em uma hora não terá direito a uma hora e meia de folga, mas sim à hora simples*. O sistema, como está,

é prejudicial à saúde do empregado, que poderia descansar por mais tempo e, dessa forma, reduzir os riscos à sua saúde (ABUD, 2008, p. 120, grifo nosso).

Há aqui uma questão interessante: se o acréscimo de 50% ao serviço extraordinário visa ao seu desestímulo, a compensação (conversão em tempo livre) deveria mesmo ter o mesmo valor? A equiparação não parece ser a melhor interpretação, pois esvaziaria o sentido da remuneração superior (desestímulo), causando, na prática, efeito contrário ao desejado. O tempo livre deve ser de tal modo estimulado que o empregador veja, também, vantagem na sua conversão.

O inciso XVII do art. 7º é o que cria o melhor ambiente para o desenvolvimento do Direito ao Lazer, pois, além da garantia de sua anuidade, prevê a remuneração de um terço a mais durante o período, viabilizando a compra de livros, viagens e outras experiências. Curiosamente, entretanto, não garante uma quantidade mínima de dias:

XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal [...] (BRASIL, 1988, on-line).

O TST confirma a clara concorrência entre o direito às férias e o Direito ao Lazer, em decisão de um caso em que o empregado ficou três anos sem gozar as férias:

[...] DANO MORAL. NÃO CONCESSÃO DE FÉRIAS (APROXIMADAMENTE TRÊS ANOS). CONFIGURAÇÃO [...]. O caso dos autos refere-se à ausência de fruição das férias pela reclamante durante aproximadamente três anos. 3 - Certo é que o dano físico e psíquico que a não concessão contumaz das férias pode gerar é patente e revelador em face do próprio caráter da norma regulamentadora da matéria - regra de segurança e saúde do trabalhador -, evidenciando, inclusive, o aumento do risco à saúde e à segurança do empregado. Ademais, no momento em que a reclamada retirou da reclamante o direito à fruição das férias, a empregada ficou impedida de usufruir das relações sociais extralaborais (descanso, lazer, convivência social e familiar), que se revelam indispensáveis à manutenção da integridade física e psíquica de qualquer ser humano, situação que, em sua

gravidade, por qualquer ângulo que se avalie, mostra-se abusiva, excessiva, antijurídica. 4 - Evidencia-se, portanto, que a reclamada descumpriu norma de segurança e saúde do trabalho, impondo ao trabalhador situação de afronta à sua dignidade, e deve ressarcir o dano moral decorrente, nos termos do art. 5º, X, da Constituição Federal. Há julgados sobre a matéria [...].⁴⁸

Da decisão acima, há a confirmação pelo TST das mesmas premissas trazidas por essa obra: a concorrência entre as férias e o Direito ao Lazer. E, não menos importante, que lazer não significa o mesmo que descanso. O TST, além do exposto acima, também confirma a natureza da remuneração adicional devida nas férias e a sua concorrência com o Direito ao Lazer ao condenar o pagamento em dobro, mesmo com a concessão das férias no tempo correto, porém com o pagamento em tempo posterior:

EMBARGOS - SUJEITOS À SISTEMÁTICA DA LEI Nº 11.496/07 - FÉRIAS USUFRUÍDAS, E NÃO REMUNERADAS NA ÉPOCA PRÓPRIA - PAGAMENTO EM DOBRO. 1. *As férias constituem obrigação complexa, que só é efetivamente adimplida com a satisfação completa de dois requisitos: (a) o pagamento antecipado do salário acrescido do adicional; e (b) o afastamento do empregado das atividades laborais.* 2. *Destarte, somente é possível considerar concedidas as férias se os dois requisitos são cumpridos, na ordem legal. Se a remuneração é paga após o gozo do período de descanso, o empregado não tem a possibilidade de exercer por completo o direito às férias e, sendo assim, frustra-se a finalidade do instituto, que é propiciar ao trabalhador período remunerado de descanso e lazer, sem o qual se torna inviável a sua recuperação física e mental para o retorno ao trabalho.* 3. *Se é assim, o mero afastamento do empregado equivale a simples concessão de licença, não se podendo considerar como adimplida a obrigação patronal. Nesses termos, o pagamento das férias fora do prazo a que se refere o art. 145 da CLT enseja a condenação em dobro, em razão do disposto no art. 137 consolidado. Embargos conhecidos e providos.*⁴⁹ (grifos acrescidos)

⁴⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 1701-47.2012.5.01.0058, Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 19/10/2016, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/10/2016. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

⁴⁹ Idem. E-RR - 51000-56.2006.5.12.0006, Redatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Julgamento: 19/05/2008, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 26/06/2009. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

Os incisos XVIII e XIX estão relacionados às licenças maternidade e paternidade. São direitos concorrentes ao Direito ao Lazer, pois o lazer também se reflete nos interesses sociais, no caso, de conviver com o seu filho (recém-nascido):

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei [...] (BRASIL, 1988, on-line).

O inciso XXII concorre com o Direito ao Lazer na medida em que pode proporcionar inúmeros benefícios à saúde. A concorrência fica mais explícita na implantação de práticas de semilazer nas empresas, proporcionando momentos que reduzem riscos inerentes ao trabalho:

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança [...] (BRASIL, 1988, on-line).

Indo além do desestímulo, a Constituição proíbe, no inciso XXXIII, o trabalho noturno para menores de dezoito anos e qualquer trabalho para menores de dezesseis (exceto na condição de aprendiz). Assim, esse grupo social poderá desenvolver melhor seus estudos, seu lazer:

XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos [...] (BRASIL, 1988, on-line).

Identificar a concorrência de tais direitos fundamentais com o Direito ao Lazer será de fundamental importância na interpretação das normas infraconstitucionais relativas ao trabalho com vínculo empregatício, recorte desta obra.

Em relação aos direitos fundamentais concorrentes, Alexandre Lunardi conclui, acertadamente, que a Constituição proporciona a tutela indireta do Direito ao Lazer:

Observando-se esses dispositivos, conclui-se que a intenção do legislador foi a de estabelecer um limite para a jornada de trabalho, e não proporcionar a tutela do direito ao lazer. Estes incisos foram estabelecidos na intenção de evitar a fadiga dos trabalhadores, de proporcionar um tempo de trabalho e consequentemente um tempo residual que seria destinado às outras atividades da pessoa, principalmente ao descanso. Caso contrário, se a intenção fosse a proteção direta do direito ao lazer, o legislador teria estabelecido o inverso, isto é, um tempo mínimo de lazer e subsidiariamente o tempo de trabalho (LUNARDI, 2010, p. 28).

Essa tutela indireta não é capaz de tornar, automaticamente, tempo livre em tempo para lazer. Contudo, possui sua importância, ainda que insuficiente para sua concretização.

3.3.2 Direitos que se Relacionam Reciprocamente com o Direito ao Lazer

Direitos que se relacionam reciprocamente com o Direito ao Lazer não podem ser confundidos com direitos concorrentes, pois não incidem ao mesmo tempo para o mesmo titular, mas podem criar um ambiente propício para a sua implantação ou vice-versa (BRASIL, 1988). O inciso XXVII do art. 7º se relaciona reciprocamente com o lazer e com o que já foi exposto sobre a sociedade pós-industrial. A automação tem substituído o trabalho humano nas atividades repetitivas, padronizadas, incluindo as de cunho intelectual. O lazer é exatamente o elemento que poderá proteger o empregado, pois o “ócio criativo” indica o lazer como o elemento necessário para o empregado da sociedade pós-industrial:

XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei [...] (BRASIL, 1988, on-line).

O inciso VIII do art. 170 trata do modo como a redução de jornada, de forma planejada, irá contribuir com o pleno emprego. A quantidade de trabalho atual se encontra concentrada nas mãos de poucos (não apenas a renda):

VIII - busca do pleno emprego [...] (BRASIL, 1988, on-line).

Abud (2008, p. 59) explica as duas normas supracitadas de forma muito clara:

Segundo opinião de pesquisadores de diversas áreas, a redução da jornada de trabalho é um fator potencial de geração de empregos, ao mesmo tempo em que melhora a qualidade de vida do trabalhador, que terá mais tempo livre para o lazer, a educação e para a família.

Conforme argumenta o Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE, 2004), a redução da jornada de trabalho de 44 para 40 horas semanais teria o potencial de gerar 1,8 milhão de empregos. O cálculo, entretanto, peca em sua cientificidade, uma vez que apenas calcula quantos empregados devem ser contratados para dar conta das horas extraídas das jornadas daqueles já contratados (cálculo puramente aritmético). Não considerou que as empresas podem implantar uma metodologia de trabalho mais eficiente, aumentar a produção com a inclusão de tecnologias mais avançadas, ou mesmo reduzir a prestação de serviços.

Outro ponto importante é a política de desenvolvimento urbano, que se vincula fortemente ao Direito ao Lazer, seja na criação de praças e de espaços públicos, seja na redução dos engarrafamentos, gerando mais tempo livre para o cidadão:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (BRASIL, 1988, on-line).

O lazer deve ser visto como forma de promoção social, conforme o art. 217 da Constituição, e, no art. 205, é possível encontrar o caminho para definir o papel constitucional dos animadores culturais (dentro de uma acepção de educação para o lazer), tendo a educação como meio

para o pleno desenvolvimento da pessoa, incluindo a arte como objeto de um de seus princípios:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

[...]

II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber [...] (BRASIL, 1988, on-line).

O STF, em decisão que analisava a constitucionalidade da lei do estado de São Paulo sobre meia entrada para estudantes em eventos culturais, de esporte e de lazer, fez a correta vinculação entre ensino e lazer:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.844/92, DO ESTADO DE SÃO PAULO. MEIA ENTRADA ASSEGURADA AOS ESTUDANTES REGULARMENTE MATRICULADOS EM ESTABELECIMENTOS DE ENSINO. INGRESSO EM CASAS DE DIVERSÃO, ESPORTE, CULTURA E LAZER. [...]. ARTIGOS 1º, 3º, 170, 205, 208, 215 e 217, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. [...]. Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. 5. *O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer, são meios de complementar a formação dos estudantes.* 6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente⁵⁰ (grifos nossos).

Na mesma linha do art. 217, a cultura tem como objetivo a promoção do desenvolvimento humano, logo, possui nítida ligação com a expressão “atividade cultural ativa” inserida neste trabalho, como elemento da definição do lazer. De acordo com o art. 216-A:

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1950*. Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 03/11/2005, DJ 02-06-2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

Art. 216-A. O Sistema Nacional de Cultura, organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, institui um processo de gestão e promoção conjunta de *políticas públicas de cultura*, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por *objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico* com pleno exercício dos direitos culturais (BRASIL, 1988, on-line, grifos nossos).

A esse respeito, Camilo Ferraresi (2010, p. 103-104) conclui sobre a relação entre cultura e lazer o seguinte:

Pode-se observar que *mesmo não fazendo referência expressa ao lazer*, ao garantir o acesso às fontes de cultura nacional e determinar como dever do Estado a garantia ao exercício dos direitos culturais, *evidencia-se a ligação com os lazares artísticos*, uma vez que permite a todos a vivificação de todas as formas de cultura, assegurando o desenvolvimento pessoal e social dos participantes das atividades, o que possibilita a realização do imaginário, do sonho, do encantamento, características ligadas aos lazares artísticos (grifos nossos).

A menção aos direitos fundamentais que se relacionam reciprocamente com o Direito ao Lazer auxilia na implantação deles, inserindo o lazer como possível solução ou inspiração para eles. Implantar o lazer, pode-se concluir, é uma alternativa para proteger o empregado da automação, na busca do pleno emprego, do desenvolvimento humano em geral. Vale lembrar que a eficácia objetiva do direito fundamental ao lazer gera exatamente a consequência de irradiá-lo por todo o ordenamento jurídico.

3.3.3 A Definição do Direito ao Lazer na Forma Constitucional

Diante de todo o exposto, finalmente, pode-se fundir tudo aquilo que foi abordado no primeiro e no segundo capítulos. Foi possível demonstrar que a definição desenvolvida, de forma transdisciplinar, sobre o lazer constitui a mais adequada para enquadrá-lo como direito

fundamental social, pois ela se coaduna à forma constitucional exigida no mesmo artigo que a prescreve. O Direito ao Lazer é, portanto, um direito fundamental social que assegura a prática de atividades culturais ativas vivenciadas no tempo livre das obrigações institucionais, visando, via de regra, ao prazer, à transformação social e ao desenvolvimento pessoal. Resta agora aplicar o Direito ao Lazer como paradigma interpretativo emergente das normas trabalhistas.

3.3.4 Atributos do Direito ao Lazer com Fundamentação na Teoria Emancipatória

Caso não seja observada a teoria emancipatória desenvolvida, corre-se o risco de jamais aplicar o Direito ao Lazer por considerar que se trata de um direito incidente somente nas práticas interventivas do Estado e no obscuro dever interventivo do particular nas relações de emprego⁵¹. Todo direito possui os mesmos tipos de atributos. Apenas três foram expostos aqui: atributo da liberdade pela não intervenção, pela intervenção e a transindividual.

O mais curioso é que o atributo do lazer que terá maior interferência sobre este trabalho será justamente aquele não reconhecido, via de regra, por quem define os direitos sociais apenas como direitos de cunho intervencionista: o atributo não intervencionista. O Direito ao Lazer incidirá em maior grau, clareza e frequência nas relações de emprego, através do seu atributo não intervencionista. Basta relemburar os direitos fundamentais concorrentes citados: férias, descanso semanal, limitação de jornada, entre outros. Respeitar ao máximo tais direitos, por exemplo, significa assegurar o Direito ao Lazer pela via não intervencionista: basta não ferir tais direitos que se estará respeitando o Direito ao Lazer. Otávio Calvet resume bem a questão da eficácia negativa do Direito ao Lazer:

Ocorre que todo direito fundamental, mesmo os prestacionais, possui certa carga de eficácia negativa, o que revela uma dimensão

⁵¹ Apesar da farta fundamentação teórica, o que será exigido do particular? O Estado, com exceção da lei do vale-cultura e de algumas outras, não incentiva nem dá condições do particular cumprir esse dever.

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 decorrentes 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 (CALVET, 2006, sem paginação).

O atributo intervencionista exigirá maiores estudos, pois, ainda que fosse legítimo confundir lazer com semilazer, como exigir de determinada empresa para implantá-lo? E o que exigir? Questões como essa ainda não foram respondidas e tampouco serão objeto deste trabalho, visto que falta consolidar, cientificamente, o atributo não intervencionista.

A adoção, por exemplo, do vale-cultura⁵² (lazer) ou a implantação de salas de jogos dentro das empresas (semilazer), são liberalidades do empregador ou fruto de acordo ou convenção coletiva. O atributo intervencionista do Direito ao Lazer na relação de emprego, ou seja, na relação entre particulares, é assunto que deve ser estudado com maior profundidade diante do alto grau de dificuldade científica.

Já seu atributo transindividual é de fácil percepção na relação com o Estado, como na criação de praças, de museus e de outros projetos educacionais de natureza cultural ativa, que ultrapassam a fruição individualizada da pessoa.

Por todo o exposto, esta pesquisa irá se restringir, sempre que for conveniente, ao atributo não interventivo do lazer na sua aplicação enquanto paradigma emergente interpretativo das normas trabalhistas.

⁵² BRASIL. *Lei n. 12.761*, de 27 de dezembro de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Lei/L12761.htm. Acesso em: 09 out. 2016.

4 O DIREITO AO LAZER COMO PARADIGMA (RE) INTERPRETATIVO EMERGENTE DAS NORMAS TRABALHISTAS

Para uma verdadeira revolução científica no Direito do Trabalho, utilizando as ideias já citadas de Thomas Kuhn, é preciso identificar o surgimento de um novo paradigma. O Direito ao Lazer consiste justamente no paradigma emergente que surge na nova conjuntura, na sociedade contemporânea, ainda que não concretizada plenamente, por ainda precisar romper com velhos paradigmas.

É mister uma mudança estrutural, uma mudança de conceitos, de princípios e de visão de mundo. E a pesquisa transdisciplinar foi exatamente o caminho para identificar esse novo paradigma. A doutrina (especialmente a trabalhista e a constitucional) necessita tratar o lazer para além de sua menção isolada, sem a menor influência na interpretação das normas. Não se pode negligenciar a eficácia objetiva dos direitos fundamentais – no caso, da eficácia do Direito ao Lazer – na sua irradiação por todo o ordenamento jurídico. Exceções só são encontradas em pesquisas superespecializadas sobre o Direito ao Lazer e, ainda assim, muitas não conseguem ultrapassar as dificuldades de sua definição, quiçá se aprofundar nas consequências da interpretação e da aplicação no ordenamento jurídico como um todo. Alexandre Lunardi é quem irá ressaltar a importância do uso do Direito ao Lazer como paradigma interpretativo, que vai muito além de garantir tempo livre:

Uma solução apresentada seria utilizar o direito ao lazer como um critério interpretativo de lei, ou como forma de preencher lacunas legislativas, isso significa que, ao realizar a interpretação de uma norma que entre em conflitos com o período de descanso, devem-se privilegiar a existência do direito ao lazer e a sua força de norma fundamental [...]. A garantia do lazer não se resume apenas em garantir quantidade de tempo livre. Muito melhor é a interpretação que assegure a qualidade deste tempo livre. Por isso, o direito ao lazer se relaciona diretamente com o desenvolvimento humano e, desta forma, é possível encontrar seus reflexos em uma série de dispositivos jurídicos (LUNARDI, 2010, p. 127).

Empregar o Direito ao Lazer como paradigma interpretativo implica operar, justamente, um controle de constitucionalidade das normas pré e pós-constitucionais.

4.1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Adotar-se-á o conceito de inconstitucionalidade utilizado pelo jurista Paulo Roberto Pimenta:

A inconstitucionalidade está ligada aos órgãos públicos. Em outras palavras, a inconstitucionalidade representa o descumprimento do Texto Magno pelos órgãos públicos, quanto à ação ou omissão, desde que a conduta destes esteja normada constitucionalmente, direta ou indiretamente. O motivo de não inserir os atos normativos dos particulares no controle de constitucionalidade é a existência de autonomia da ordem jurídica privada perante o ordenamento constitucional. É verdade, porém, que tais atos podem ser invalidados por afronta às normas constitucionais, contudo, neste caso, os instrumentos de controle são os remédios jurídicos de invalidação dos atos ilícitos, e não os de controle de constitucionalidade. A inconstitucionalidade representa, pois, uma sanção geral aplicável aos atos normativos e omissões oriundas dos órgãos públicos, os quais colidem com o Texto Magno. A sanção compõe, pois, o conceito em pauta (PIMENTA, 1999, p. 178-179).

O mesmo jurista aborda também a “inconstitucionalidade superveniente”:

Promulgada uma norma programática, passa a produzir efeitos. Pode ocorrer, por conseguinte, que as leis infraconstitucionais anteriores à edição da Constituição sejam com esta incompatíveis. Se for considerado que a superveniência da norma constitucional implica derrogação do direito anterior, com esta incompatível, a questão deixa de ser situada no âmbito do controle de constitucionalidade, passando para a esfera do direito intertemporal (PIMENTA, 1999, p. 185).

Em suma, atos normativos que colidem com a Constituição são considerados inconstitucionais. Segundo o autor, normas pré-constitucionais são derogadas⁵³ após uma norma constitucional posterior surgir e ocorrer sua incompatibilidade.

Todavia, como a maioria das normas trabalhistas são pré-constitucionais, é preciso dar atenção maior ao controle de constitucionalidade desses casos. Para esse assunto, adotar-se-á as definições e as soluções dadas pelo jurista Renato Gugliano Herani (2010), que dedicou-se a aprofundar o controle de constitucionalidade das leis pré-constitucionais. Segundo o autor, quando do surgimento de uma nova ordem constitucional, ocorre necessariamente uma renovação do complexo normativo adequado ao novo parâmetro de validade, logo, não é possível afirmar que haverá um novo ordenamento composto por normas velhas. **Na verdade, as leis velhas são aproveitadas (caso compatíveis) na (re)criação de novas leis, no novo ordenamento instalado.** Ainda que se preserve o dispositivo, os critérios de pertencimento e de pertinência são do novo ordenamento (p. 41-64). **Nessa nova relação de (in)compatibilidade, a norma pré-constitucional é o objeto, e a Constituição atual, o parâmetro. Esse objeto é reinterpretado sob a ótica do novo ordenamento. Esse é o fenômeno de novação ou de não novação legislativa, baseada na produção de norma jurídica a partir de suportes físicos pré-constitucionais, visando sempre à**

⁵³ Este livro, entretanto, não adotará a expressão “derrogação”, como se verá adiante.

completude e à coesão do ordenamento jurídico vigente (p. 66-85).

Renato Gugliano diferencia os fenômenos que podem ocorrer em normas pré e pós-constitucionais da seguinte forma:

O primeiro ponto de distinção, e principal porquanto dele decorrem outros, é a evidência de que a relação de constitucionalidade encerra um problema intrassistemático: já a relação de novação [...] um problema intersistemático (HERANI, 2010, p. 100-101).

Aqui, diferente da posição exposta por Paulo Roberto Pimenta, o vício da não novação não se trata de revogação de lei pré-constitucional, mas de inexistência da norma pré-constitucional em relação ao sistema jurídico superveniente. Ou seja, a novação legislativa atua no plano da existência e da validade conjuntamente (HERANI, 2010). Porém, o autor alerta:

Não se confunde com a sanção da não novação que é a consequência estabelecida pelo sistema jurídico vigente para a incompatibilidade detectada [...] a ideia de inconstitucionalidade superveniente somente pode ser aplicável às leis pós-constitucionais [...] a lei pré-constitucional não novada é norma não pertencente ao ordenamento jurídico superveniente, logo, inexistente, mas que, com certas restrições, continua com eficácia jurídica, enquanto não se profira decisão que a torne juridicamente ineficaz no sistema jurídico (HERANI, 2010, p. 118-134).

Diante do fato de que há leis não novadas que continuam tendo eficácia jurídica, porque não detectadas, por exemplo, é preciso haver uma decisão que aplique a sanção da não novação (premissa que será defendida pelo trabalho em relação a vários trechos das normas trabalhistas).

As normas, incluindo as pré-constitucionais, gozam de presunção de constitucionalidade até decisão judicial posterior. Na dúvida, há, mesmo que provisoriamente, novação legislativa, sem abrir mão da interpretação conforme a Constituição vigente. Herani (2010) ainda ressalta o papel das normas programáticas como parâmetro de novação - assim como a mutação constitucional (formal ou informal)

para, daí sim, gerar a inconstitucionalidade superveniente de lei pré-constitucional anteriormente novada.

Vale lembrar aqui o trecho da obra de Paulo Pimenta, no qual ele apresenta a seguinte tipologia das normas programáticas, onde se encontra o Direito ao Lazer:

III – *Normas programáticas enunciativas ou declaratórias de direitos* – são as normas programáticas que enunciam direitos, sem estabelecer a forma de implementação destes, vinculando, entretanto, todos os órgãos públicos à sua observância, mesmo diante da ausência de regulação infraconstitucional. Exemplos: Art. 6º “*São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição*” (PIMENTA, 1999, p. 144, grifos nossos).

Por conseguinte, o Direito ao Lazer pode e deve ser aplicado como parâmetro de novação legislativa, além do controle de constitucionalidade de normas pós-constitucionais. Tal é a premissa-chave que deu origem ao tema deste livro.

Em total relação com os capítulos anteriores que buscaram a definição e a natureza jurídica do Direito ao Lazer, Renato Gugliano Herani aponta as consequências para a questão da novação legislativa:

A formulação semântica também é determinante na solução da novação ou não de uma lei pré-constitucional. O desacordo significativo ao âmbito da norma pré-constitucional com as dimensões normativas, valorativas e empíricas determinantes na construção do âmbito das normas constitucionais resulta na não integração da norma à nova ordem jurídica (HERANI, 2010, p. 266, grifos nossos).

Demonstra-se, assim, a importância prática dos dois capítulos anteriores, pois terá efeito direto na interpretação e na aplicação das normas, incluindo as pré-constitucionais. Por fim, o autor explicita a importância da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) para o controle de constitucionalidade das normas pré-constitucionais. Contudo, não será o foco desta obra aprofundar na instrumentalização processual da promoção do Direito ao Lazer.

4.2 REINTERPRETAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS (ANTES DA REFORMA TRABALHISTA)

Os Tribunais têm utilizado o Direito ao Lazer para fundamentar as suas decisões. Ainda é tímida, no entanto, a sua utilização para reinterpretar as normas trabalhistas sob esse paradigma. Há uma decisão do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 5ª Região que já caminha nessa direção:

Ementa: NORMA COLETIVA. INTERPRETAÇÃO. Cabe interpretar a norma coletiva de forma mais favorável ao trabalhador, especialmente quando a regra visa a proteger o empregado em seus direitos ao lazer, saúde e descanso.⁵⁴

Nessa etapa, já é possível, com segurança, (re)interpretar as normas trabalhistas, tendo como paradigma o Direito ao Lazer. Sem a pretensão de esgotar o tema, será feita uma análise de alguns dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)⁵⁵, que, aliás, não menciona o Direito ao Lazer em momento algum.

4.2.1 O Direito à Desconexão e o Conceito Legal de “Serviço Efetivo”

O art. 4º da CLT é totalmente compatível com o conceito do direito à desconexão ao afirmar que considera “serviço efetivo” não apenas a execução de tarefas para o empregador, mas também o tempo gasto à disposição desse empregador, aguardando ordens:

Art. 4º - Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada⁵⁶.

⁵⁴ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. *Processo 0001841-10.2013.5.05.0196* RecOrd, Origem SAMP, ac. nº 273178/2016, Relator Desembargador EDILTON MEIRELES, 1ª. TURMA, DJ 09/12/2015. Disponível em: <http://www.trt5.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

⁵⁵ Idem. *Decreto-lei n. 5.452*, de 1º de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 09 out. 2010.

⁵⁶ Ibidem

O art. 6º da CLT, com redação dada pela Lei nº 12.551/2011, complementa o artigo supracitado para deixar claro que não importa o local onde o empregado esteja:

Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado à distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio⁵⁷.

Não há dúvida de que o direito à desconexão só se manifesta no tempo livre de qualquer obrigação do empregador, não importando se executa ou não alguma tarefa: desde que a sua liberdade esteja minimamente limitada por ordem do empregador, não será possível considerar que o seu tempo está livre, devendo ser tido como “serviço efetivo” para efeitos da lei e computado na jornada de trabalho.

A súmula nº 428 do TST (Tribunal Superior do Trabalho) trata exatamente do “sobreaviso” quando o empregado se encontra à distância, aguardando chamado para serviço durante seu pretenso direito ao tempo livre:

SOBREAVISO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º DA CLT (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I - O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso.

II - Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso.⁵⁸

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula 428*. Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

A súmula se fundamenta na aplicação analógica de um dispositivo que trata dos ferroviários, art. 244, §2º da CLT:

Art. 244. [...] § 2º Considera-se de “sobreaviso” o empregado efetivo, que permanecer em sua própria casa, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço. Cada escala de “sobreaviso” será, no máximo, de vinte e quatro horas. As horas de “sobreaviso”, para todos os efeitos, serão contadas à razão de 1/3 (um terço) do salário normal⁵⁹.

Deve-se ter muito cuidado com a interpretação do inciso I dessa súmula, pois, se o empregado for impedido de se deslocar para lugares em que pode continuar conectado por meio de celular ou de BIP, ou se não puder realizar atividades por legítimo receio de ser convocado a qualquer momento, deve-se considerar serviço efetivo, conforme defendem Almeida e Severo (2016, p. 52-53):

Ao assumir o compromisso de permanecer “conectado” por meio de aparelho celular ou BIP, o empregado perde o direito à desconexão, ao efetivo lazer. Não pode ir para locais distantes, sem sinal telefônico ou no qual não possa atender a ligações, nem pode comprometer-se em atividades de lazer, pois sabe que eventualmente terá de deslocar-se para o trabalho, a fim de atender alguma urgência. A ausência de plena liberdade do trabalhador em relação ao tempo não remunerado pelo empregador é justamente o que configura ofensa ao direito à desconexão, determinando a necessidade de remuneração que, se não repõe a perda experimentada, ao menos inibe essa prática.

Portanto, a obrigação de permanecer sempre conectado com os instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado deve ser considerada como sobreaviso, devendo ele ser remunerado como horário normal de trabalho ou, caso extrapolada a jornada ordinária, com o respectivo adicional⁶⁰. Apenas o simples fornecimento de tais equipamentos não será, por

⁵⁹ Idem. *Decreto-lei n. 5.452*, de 1º de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 09 out. 2010.

⁶⁰ Vide tópico 4.2.7 sobre maiores consequências de suprimir o intervalo interjornada.

si só, tido como sobreaviso, nos termos do inciso I da súmula 428 do TST.

4.2.2 Do Dever de Manter o Quadro de Horários e o Ônus da Prova

O conceito legal de empregador deixa claro o poder de direção da prestação do serviço do empregado:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e *dirige a prestação pessoal de serviço* (grifos nossos)⁶¹.

O art. 74 da CLT, decorrente do poder de direção do empregador, obriga-o a manter o controle e o registro da jornada de trabalho de seus empregados:

Art. 74 - O horário do trabalho constará de quadro, organizado conforme modelo expedido pelo Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, e afixado em lugar bem visível. Esse quadro será discriminativo no caso de não ser o horário único para todos os empregados de uma mesma seção ou turma.

§ 1º - O horário de trabalho será anotado em registro de empregados com a indicação de acordos ou contratos coletivos porventura celebrados.

§ 2º - Para os estabelecimentos de mais de dez trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho, devendo haver pré-assinalação do período de repouso.

§ 3º - Se o trabalho for executado fora do estabelecimento, o horário dos empregados constará, explicitamente, de ficha ou papelleta em seu poder, sem prejuízo do que dispõe o § 1º deste artigo.

O ponto que merece maior atenção é o §2º do art. 74, porque obriga o empregador (em estabelecimentos com mais de dez trabalhadores) a registrar a entrada e a saída dos trabalhadores. O TST tem enfraquecido

⁶¹ BRASIL. *Decreto-lei n. 5.452*, de 1º de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 09 out. 2010.

a norma supracitada, tendo efeitos práticos nocivos ao Direito ao Lazer, como também efeitos jurídicos processuais, através da súmula 338, dando abertura para a substituição da obrigação de registro pela apresentação de outro meio de prova pelo empregador:

JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA
[...]

I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não apresentação injustificada dos controles de frequência *gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário*. [...]

II - A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. (ex-OJ nº 234 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)⁶²(grifos nossos)

A CLT possui regras próprias que obrigam que a prova da jornada seja feita pelo empregador, por meio de registro de entrada e de saída, conforme §2º do art. 74. Em uma reclamação trabalhista, os efeitos da não apresentação devem seguir os efeitos prescritos no art. 400 do CPC/2015 (Código de Processo Civil), que trata da “exibição de documento”:

Art. 400. Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar se:

I - o requerido não efetuar a exibição nem fizer nenhuma declaração no prazo do art. 398;

II - *a recusa* for havida por *ilegítima*.

Parágrafo único. Sendo necessário, o juiz pode adotar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para que o documento seja exibido.⁶³ (grifos acrescidos)⁶⁴

⁶² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula 338*. Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

⁶³ Idem. *Lei n. 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 04 dez. 2016.

⁶⁴ Idem. *Decreto-lei n. 5.452*, de 1º de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 09 out. 2010.

Pela regra processual acima, **se o empregado pretende provar suas alegações através da folha de ponto e o empregador, que tem o dever de apresentá-lo por ter mais de dez trabalhadores em seu estabelecimento, recusar-se a apresentá-lo, o juiz tem o dever de considerar os fatos alegados como verdadeiros.** Não há como ser elidida por outros meios de prova. O empregador possui o dever do registro, não podendo ser beneficiado por sua própria torpeza. Curiosamente, a 5ª Turma do TST tem tido o mesmo entendimento desta obra, conforme a decisão abaixo:

[...] CARTÕES DE PONTO NÃO SATISFATORIAMENTE JUNTADOS. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. art. 74, § 2º, da CLT. HORAS EXTRAS. A tese do TRT se baseia no entendimento de que, nas hipóteses em que o trabalhador afirma a inidoneidade dos cartões de ponto como meio de prova, impede-se a inversão do ônus probatório. O *Tribunal Regional registrou que a reclamada não alegou contar com menos de dez empregados. Assim, nos termos do art. 74, § 2º, da CLT, seria sua obrigação apresentá-los.* A apresentação dos controles de jornada é exigência decorrente de previsão legal incidente ao caso, que não é afastada pela impugnação do reclamante no que diz respeito à veracidade das informações contidas nesses documentos não apresentados em conformidade. *Retirar o ônus da reclamada quanto à juntada dos cartões de ponto em razão da inveracidade alegada pelo reclamante no que concerne às informações neles contidas significa beneficiá-la em razão de sua própria torpeza, procedimento inadmissível pela ordem jurídica brasileira [...]*⁶⁵ (grifos nossos).

É dever do juiz indeferir testemunhas do empregador nesses casos, também pelo exposto no art. 443 do CPC/2015:

Art. 443. O juiz indeferirá a inquirição de testemunhas sobre fatos:

I - já provados por documento ou confissão da parte [...].⁶⁶

⁶⁵ Idem. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 39300-97.2008.5.01.0013, Relatora Ministra: Maria Helena Mallmann, Data de Julgamento: 12/08/2015, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/08/2015. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

⁶⁶ BRASIL. LEI Nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 04 dez. 2016.

Destarte, somente o empregado poderá provar por outros meios a jornada de trabalho, a fim de afastar o registro apresentado pelo empregador.

4.2.3 Limite Geral de Oito Horas Diárias

O art. 58 da CLT, a princípio, não possui o vício da não novação, pois deixa claro que todos os empregados de qualquer atividade privada estão protegidos com o limite da duração de trabalho em oito horas:

Art. 58 - A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente *outro limite* (grifo nosso)⁶⁷.

O risco de não novação reside somente na sua interpretação da expressão “outro limite”. Este outro limite só é possível caso seja inferior a oito horas, conforme se verifica do inciso XIII, do art. 7º da Constituição:

XIII - *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 [...] (BRASIL, 1988, on-line, grifo nosso).

A abertura dada pelo art. 58 da CLT não pode ser desassociada do inciso XIII do art. 7º da Constituição, sob pena de não novação. Almeida e Severo (2016, p. 33) também acompanham tal raciocínio:

É certo que, por força do quanto dispõe a Constituição, tanto no *caput* do art. 7º, quanto no inciso XIII do mesmo dispositivo, tal limite nunca poderá ser majorado por norma infraconstitucional, mas somente reduzido ou compensado, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho. A mesma conclusão se depreende, ainda, da hierarquia flexível das normas trabalhistas, que determina, no caso de conflito de normas, que se aplique a mais favorável ao trabalhador.

⁶⁷ Idem. *Decreto-lei n. 5.452*, de 1º de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 09 out. 2010.

Já o §1º incluído pela Lei nº 10.243, de 19 de junho de 2001, é parcialmente constitucional, visto que humaniza a marcação da jornada de trabalho, sendo impossível uma marcação uniforme que seja compatível com a realidade:

§1º Não serão descontadas nem computadas como jornada extraordinária as variações de horário no registro de ponto não excedentes de cinco minutos, observado o limite máximo de dez minutos diários⁶⁸.

O TST editou a súmula 366 sobre o assunto:

CARTÃO DE PONTO. REGISTRO. HORAS EXTRAS. MINUTOS QUE ANTECEDEM E SUCEDEM A JORNADA DE TRABALHO (nova redação) - Res. 197/2015 - DEJT divulgado em 14, 15 e 18.05.2015

Não serão descontadas nem computadas como jornada extraordinária as variações de horário do registro de ponto não excedentes de cinco minutos, observado o limite máximo de dez minutos diários. Se ultrapassado esse limite, será considerada como extra a totalidade do tempo que exceder a jornada normal, pois configurado tempo à disposição do empregador, não importando as atividades desenvolvidas pelo empregado ao longo do tempo residual (troca de uniforme, lanche, higiene pessoal etc.).⁶⁹

A marcação uniforme é tão desacreditada que o TST editou a Súmula 338, a qual invalida os cartões de ponto que demonstram tal registro:

JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA [...].

III - Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir. (ex-OJ nº 306 da SBDI-1- DJ 11.08.2003)⁷⁰ (grifos nossos).

⁶⁸ Ibidem.

⁶⁹ Idem. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula 366*. Res. 197/2015 - DEJT divulgado em 14, 15 e 18.05.2015. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

⁷⁰ Idem. *Súmula 338*. Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

A melhor interpretação do citado parágrafo, todavia, deve sempre beneficiar o trabalhador. Os minutos que antecedem à marcação, nos casos em que o empregado já se encontra na empresa, devem ser interpretados como tempo à disposição do empregador, não momentos de lazer. O TST decidiu, acertadamente, em um caso semelhante:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - VOLKSWAGEN - HORAS EXTRAORDINÁRIAS - MINUTOS QUE ANTECEDIAM O INÍCIO DA JORNADA - ALEGAÇÃO DE QUE O TEMPO RESIDUAL ERA UTILIZADO PARA DESCANSO E LAZER NO INTERESSE DO RECLAMANTE - SÚMULA Nº 366 DO TST. O Tribunal Regional deixou consignado que os minutos que antecediam o início da jornada eram utilizados no interesse do reclamante, que permanecia conversando com os colegas, destinando-se, portanto, ao lazer e ao descanso. No entanto, tal peculiaridade [sic] não afasta a incidência da Súmula nº 366 do TST, na medida em que *não se mostra crível que o reclamante, cuja jornada de trabalho tinha início às seis horas da manhã, levantasse de madrugada para chegar antecipadamente ao trabalho, por sua livre e espontânea vontade, a fim de gozar de período de descanso e lazer com os colegas de trabalho*. Parece desarrazoado supor que um trabalhador prefira descansar no local de trabalho, antes das seis horas da manhã, ao invés de permanecer em sua residência e prolongar o seu período de sono. *A própria ideia de descansar antes mesmo de iniciar sua jornada de trabalho não merece nenhum crédito*. Os fundamentos adotados na decisão regional e renovados nestes embargos de declaração, na tentativa de afastar o direito às horas extraordinárias relativas aos minutos que antecediam o início da jornada, são frágeis e atentam contra o bom senso, notadamente quando o reclamante necessitava utilizar transporte fornecido pela empresa para se deslocar da portaria ao local de trabalho, fazendo jus a trinta minutos diários a título de horas in itinere. O exame do quadro fático delineado no acórdão regional demonstra, de forma inofismável, que a chegada antecipada do reclamante ao local de trabalho decorria da necessidade da própria empresa, para que viabilizasse o início da jornada de trabalho às seis horas da manhã. *Assim, pouco importa que o reclamante ficasse conversando com os colegas, lanchando ou praticando qualquer atividade de entretenimento, pois a realidade fática dos autos demonstra que o interesse na chegada*

*prematura do empregado ao local de trabalho era da reclamada. Embargos de declaração conhecidos e parcialmente providos para prestar esclarecimentos*⁷¹ (grifos nossos).

Em resumo, **o lazer não pode ser presumido no ambiente de trabalho**. No caso concreto, tal regra pode ser afastada, como já decidido pelo TST:

[...] MINUTOS ANTERIORES À JORNADA DE TRABALHO. O Tribunal Regional consignou que, nos minutos anteriores à jornada de trabalho, o Autor não estava à disposição da Reclamada, tendo assentado, inclusive, que, naquele período, permanecia em área de lazer. Pertinência da Súmula nº 126/ TST. Recurso de Revista conhecido parcialmente e provido [...].⁷²

Na decisão acima, como o empregado estava na área de lazer, antes do início da jornada, tal período não pode ser interpretado como à disposição do empregador.

Como dito acima, o §1º do art. 58 da CLT é parcialmente constitucional. Sua inconstitucionalidade consiste em ampliar dez minutos diários, superando o limite constitucional de oito horas diárias:

§ 1º Não serão descontadas *nem computadas como jornada extraordinária* as variações de horário no registro de ponto não excedentes de cinco minutos, observado o *limite máximo de dez minutos diários*⁷³ (grifos nossos).

Almeida e Severo (2016, p. 45) afirmam que as normas que flexibilizam o conceito de tempo à disposição do empregador, prejudicando o trabalhador, são inconstitucionais:

⁷¹ BRASIL. E-ED-RR - 176700-45.2005.5.02.0462, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 12/08/2009, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/08/2009. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

⁷² Idem. RR - 1595500-61.2002.5.03.0900, Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Julgamento: 15/03/2006, 3ª Turma, Data de Publicação: DJ 05/05/2006. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

⁷³ Idem. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 09 out. 2010.

Nesse sentido, a Lei n. 10.243, de 19 de junho de 2001, ao incluir o parágrafo primeiro no artigo da CLT, incorreu em inafastável inconstitucionalidade ao “flexibilizar” o próprio conceito de tempo à disposição do empregador, fazendo com que deixasse de ser contraprestada a totalidade do tempo de trabalho.

Portanto, é constitucional o trecho do §1º do art. 58 quando impede o desconto que prejudicaria o trabalhador, ao passo que é inconstitucional o trecho do mesmo dispositivo quando impede o cômputo do serviço efetivo. Vale ressaltar que não computar tal serviço, durante um ano, equivaleria a mais de uma semana não remunerada (a depender da jornada do trabalhador). Por todo o exposto, a súmula 444 do TST se mostra em clara inconstitucionalidade:

JORNADA DE TRABALHO. NORMA COLETIVA. LEI. ESCALA DE 12 POR 36. VALIDADE. – [...]. É válida, em caráter excepcional, a jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso, prevista em lei ou ajustada exclusivamente mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho, assegurada a remuneração em dobro dos feriados trabalhados. O empregado não tem direito ao pagamento de adicional referente ao labor prestado na décima primeira e décima segunda horas⁷⁴ (grifos nossos).

Não há nenhuma autorização constitucional que preveja tal excepcionalidade. A limitação de jornada vale para todos os trabalhadores.

4.2.4 Normas de Prorrogação de Jornada

Conforme estabelece a CLT, as prorrogações de jornada normal do trabalho⁷⁵ podem acontecer nas seguintes situações (art. 59 e art. 61)⁷⁶:

⁷⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Res. 185/2012*, DEJT divulgado em 25, 26 e 27/09/2012 - republicada em decorrência do despacho proferido no processo TST-PA-504.280/2012.2 - DEJT divulgado em 26/11/2012. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

⁷⁵ Não faremos análise das jornadas previstas em disposições especiais, concernentes estritamente a peculiaridades profissionais constantes do Capítulo I do Título III.

⁷⁶ BRASIL. *Decreto-lei n. 5.452*, de 1º de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 09 out. 2010.

- a) Mediante acordo escrito, por até duas horas.
- b) Mediante acordo de compensação de horas.
- c) Independentemente de acordo, em casos de interrupção ou paralisação do trabalho resultante de causas acidentais ou força maior que determine a impossibilidade de sua realização, mas necessita de autorização prévia do Ministério do Trabalho.
- d) Independentemente de acordo, para atender a realização ou finalização de serviços inadiáveis, ou que possam causar prejuízo manifesto, devendo comunicar o fato ao órgão local do Ministério do Trabalho.

Acima, verifica-se dois grupos: as prorrogações mediante acordo e as prorrogações que independem de acordo e que necessitam da ciência do Ministério do Trabalho. Para subsidiar a análise dos dois artigos mencionados, vale repetir o seguinte trecho constitucional sobre a única hipótese de prorrogação de jornada:

XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal [...] (BRASIL, 1988, on-line).

A expressão-chave será “serviço extraordinário”. Ela irá determinar a novação ou a constitucionalidade dos artigos 59 e 61. Vale ressaltar que há parágrafos, no artigo 59, que foram incluídos ou modificados após a atual Constituição. O *caput* do art. 59 da CLT trata da prorrogação de jornada mediante acordo escrito:

Art. 59 - 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 trabalho⁷⁷.

Talvez o único trecho do dispositivo acima que guarda compatibilidade com a Constituição seja o limite de duas horas, conforme esclarecem Almeida e Severo (2016, p. 34):

⁷⁷ Ibidem.

O limite de duas horas extraordinárias por jornada, entretanto, previsto no *caput* do referido artigo, deve ser observado, por se tratar de limitação que visa à melhoria das condições sociais dos trabalhadores e de sua família, encontrando-se, pois, totalmente de acordo com a ordem constitucional vigente⁷⁸.

É notório, contudo, que o *caput* do art. 59 não apresenta novação legislativa, pois não guarda qualquer conteúdo compatível com a nova ordem constitucional. O acordo entre as partes não é capaz de legitimar a prorrogação de jornada, visto que o acordo, por si só, não fornece a natureza excepcional do serviço extraordinário. O que deve ser observado é que “horas suplementares” não são compatíveis com “serviço extraordinário”.

A habitualidade é algo ainda mais grave, pois é o extremo oposto de serviço extraordinário. Seria paradoxal admitir um serviço extraordinário habitual. Logo, o *caput* do art. 59 possui o vício da não novação diante da atual Constituição. Calvet (2006, sem paginação) reforça essa conclusão:

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 (grifos nossos).

Tal conclusão irá influenciar diretamente a análise do seguinte parágrafo da CLT:

§ 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 normal⁷⁹.

O parágrafo supracitado, além de prejudicado pela não novação do *caput* ao qual ele faz referência, ainda prevê acréscimo inferior ao previsto na Constituição - que é de cinquenta por cento, e não vinte. Também aqui não houve novação.

⁷⁸ Ibidem.

⁷⁹ Ibidem

O parágrafo 2º trata da prorrogação mediante acordo de compensação de horas. Para analisar esse trecho, é preciso relembra o parâmetro constitucional específico:

XIII - 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 [...] (BRASIL, 1988, on-line).

A Constituição, portanto, permite não apenas a prorrogação pelo serviço extraordinário, mas faculta a prorrogação pela compensação mediante acordo ou convenção coletiva. Já o parágrafo 2º da CLT possui a seguinte redação:

§ 2º - Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de um ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias⁸⁰.

Originalmente, o parágrafo destacado não limitava o período para ocorrer a compensação, somente previa que deveria compensar em “outro dia”. Depois, com a Lei nº 9.601, de 21 de janeiro de 1998, passou a restringir o prazo para compensar em cento e vinte dias, sendo alterado pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 2001, que estendeu o prazo da compensação para um ano. Em resumo, a compensação poderia ocorrer em qualquer dia, depois, em até 120 dias, e, por fim, com nova redação, em até um ano. O parágrafo institui o chamado “banco de horas”. Ocorre que, independente das três redações, aplicado em sua plenitude, ofende diretamente a Constituição. Zenni e Rafael ressaltam o posicionamento do jurista Jorge Luiz Souto Maior que, utilizando o argumento do “pleno emprego” (já devidamente relacionado com o Direito ao Lazer), conclui pela inconstitucionalidade do banco de horas:

⁸⁰ Ibidem.

Jorge Luiz Souto Maior preconiza que o banco de horas, v.g., por maior que seja o desiderato de vê-lo com bons olhos, é medida inconstitucional por incentivar sobremodo jornada extraordinária, afrontando em cheio o art. 170, VIII, da CF, que trata do favorecimento ao pleno emprego (ZENNI; RAFAEL, 2009, p. 169).

Porém, não se pode concordar totalmente com esse posicionamento, uma vez que não seria apenas o pleno emprego que estaria em jogo. Constitui um elemento importante na interpretação, mas não é o único. E as conclusões serão diferentes, como se verá adiante.

Apesar da previsão constitucional, o prazo para compensação não poderá ser “qualquer dia”, com absoluta indiferença ao direito fundamental ao descanso (saúde) e ao lazer. O ser humano não é uma máquina que pode “acumular cansaço” indefinidamente e descansar em qualquer dia. Além disso, pagamento ou compensação, normalmente, é efetuado muito tempo após a realização do serviço extra, em nítido prejuízo ao trabalhador.

Assim, para assegurar a saúde, faz-se necessário estabelecer um limite compatível e, para garantir o Direito ao Lazer, é preciso estabelecer previamente o dia em que será realizada a compensação, de modo que o empregado possa se preparar para o seu tempo livre. Para fundamentar, aprofundar e detectar o limite compatível da compensação e a faculdade do empregado em decidir previamente o momento de sua utilização, é preciso usar a analogia. A analogia está prevista na própria CLT, ou seja, na mesma legislação ora analisada:

Art. 8º - As autoridades administrativas e a *Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia*, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que *nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público* (grifos nossos)⁸¹.

⁸¹ Ibidem.

Garcia (2009, p. 74) descreve e classifica a analogia da seguinte forma:

A *analogia* é o principal método de integração do ordenamento jurídico, significando a aplicação de certa norma jurídica para situação de fato sem tratamento específico, mas semelhante à relação regulada pela disposição normativa. A doutrina menciona a existência de duas modalidades de analogia, ou seja, *legis* e *juris*. Na analogia *legis*, a lacuna é preenchida por meio da aplicação de norma jurídica específica, a qual regula situação de fato semelhante àquela não regulada expressamente. Na analogia *juris*, a integração ocorre aplicando-se ao fato não regulado o preceito jurídico extraído de um conjunto de normas presentes no ordenamento jurídico, bem como dos princípios gerais de direito. A analogia pode ser *interna*, quando a norma supletiva, a ser aplicada ao caso em que se verificou a omissão normativa, integra o mesmo ramo do Direito em que se observou a lacuna. Na analogia *externa*, por sua vez, a norma que se aplica ao caso omissor integra outro ramo do Direito. Mesmo na analogia *juris*, esta também pode ser: *interna*, mediante a aplicação de princípios e normas gerais de Direito do trabalho; *externa*, incidindo os princípios gerais de Direito para a integração da lacuna jurídica.

Empregando a analogia para encontrar o limite adequado para a compensação de jornada, só é possível alcançar como resposta o limite mensal, em harmonia com o previsto no art. 459 da mesma legislação (analogia *legis interna*):

Art. 459 - O pagamento do salário, qualquer que seja a modalidade do trabalho, não deve ser estipulado por período superior a 1 (um) mês, salvo no que concerne a comissões, percentagens e gratificações⁸².

Ora, os adicionais ao salário, como o acréscimo pelos serviços extraordinários, são recebidos juntamente com o salário, que não pode ultrapassar o limite mensal. Então, por que a compensação do serviço extra (seu equivalente em tempo livre) não possui a mesma proteção? O

⁸² Ibidem.

tempo livre possui a mesma importância constitucional. Não apenas isso, mas o direito à saúde também tem peso na fundamentação, por meio da utilização da analogia. Logo, todo banco de horas só é constitucionalmente válido se o limite para a compensação for mensal, isto é, se receber o mesmo tratamento do serviço extraordinário.

Quanto à faculdade do empregado de decidir, previamente, o momento de sua utilização, a analogia também é necessária. Para isso, será preciso antecipar, em partes, a análise do art. 61 da CLT: neste dispositivo, o empregado, independentemente de acordo, deverá prorrogar a sua jornada em caso de força maior, por exemplo. Nesse mesmo dispositivo, encontra-se o impedimento para que a compensação (trabalhar menos horas) ocorra, exatamente, nos dias em que ele está obrigado a prorrogar. É justamente aí, entretanto, que a analogia é usada: a compensação (tempo livre equivalente) deve ter o mesmo valor que o serviço extraordinário.

Ora, o extremo oposto equivalente ao serviço extraordinário (tempo extra à disposição da empresa) é o lazer (atividade cultural ativa realizada no tempo livre das obrigações da empresa). Se a compensação induz à dedução de valor equivalente, não há dúvida de que essa compensação não se refere ao simples fato do empregado não estar trabalhando, mas, sim, que esse tempo livre consiste naquele mais propício à realização de uma atividade ativa, logo, deve estar no âmbito da livre escolha do empregado. Essa livre escolha encontra apenas dois limites, para se harmonizar com a proteção do empregador: a) não poderá ocorrer em momentos como aqueles previstos no art. 61; b) deverá ser escolhido previamente, para o empregador se preparar para a ausência total ou parcial do empregado no dia determinado. Por conseguinte, o banco de horas só é constitucionalmente válido se o empregado tiver a liberdade de decidir, previamente, o dia da utilização da compensação, respeitando o previsto no art. 61. Em resumo, o acordo de compensação de horários deve respeitar o limite mensal, a escolha livre e prévia pelo empregado, desde que respeitada a necessidade imperiosa da empresa, nos termos do art. 61.

Já o art. 60 exige uma licença prévia das autoridades competentes para a prorrogação da jornada:

Art. 60 - Nas atividades insalubres, assim consideradas as constantes dos quadros mencionados no capítulo “Da Segurança e da Medicina do Trabalho”, ou que neles venham a ser incluídas por ato do Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, *quaisquer prorrogações só poderão ser acordadas mediante licença prévia das autoridades competentes* em matéria de higiene do trabalho, as quais, para esse efeito, procederão aos necessários exames locais e à verificação dos métodos e processos de trabalho, quer diretamente, quer por intermédio de autoridades sanitárias federais, estaduais e municipais, com quem entrarão em entendimento para tal fim (grifo nosso)⁸³.

Todavia, a adequada aplicação do artigo supracitado deve atender também ao requisito de sua prorrogação ocorrer por “serviço extraordinário”. Aqui, a possibilidade de prorrogação deve ser a mais restrita possível, pois se trata de atividade que expõe o empregado a agentes nocivos à saúde, conforme dicção da própria CLT:

Art. 189 - Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, *exponham os empregados a agentes nocivos à saúde*, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e *do tempo de exposição* aos seus efeitos (grifos nossos)⁸⁴.

O “tempo de exposição”, dessa maneira, é um elemento contido na definição de insalubridade. Logo, a prorrogação de jornada, para tais atividades, deve ser evitada ao máximo. Não somente deve atender ao requisito da “licença prévia”, mas ao requisito do “serviço extraordinário” igualmente.

O serviço extraordinário é mencionado na CLT em seu art. 61. Sempre que ocorrer serviço extraordinário em uma relação empregatícia, deve ser observado:

⁸³ Ibidem.

⁸⁴ Ibidem.

Art. 61 - Ocorrendo *necessidade imperiosa*, poderá a duração do trabalho exceder do limite legal ou convencionado, 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* (grifos nossos)⁸⁵.

A expressão “necessidade imperiosa” significa uma “necessidade impreterível”, ou seja, que não pode deixar de se fazer. Para além disso, a motivação deve ser por “força maior” ou para impedir “prejuízo manifesto”. A expressão “força maior” também recebe tratamento na própria CLT:

Art. 501 - Entende-se como força maior todo acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador, e para a realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente.

§ 1º - A imprevidência do empregador exclui a razão de força maior⁸⁶.

Força maior é acontecimento inevitável sem qualquer nexo causal com ação ou omissão do empregador. Como o art. 61 trata de uma modalidade de extrapolção de jornada que gera dever para o empregado, o parágrafo §1º do artigo 501 o protege de situações de força maior indiretamente geradas pelo empregador, como sua imprevidência (descuido, falta de medidas preventivas, entre outros fatores). Não há dúvida de que o artigo 61 é compatível com a expressão constitucional de “serviço extraordinário”. O §1º indica a independência de acordo com o empregado e a necessidade de comunicação à autoridade competente em dez dias:

§ 1º - O excesso, nos casos deste artigo, poderá ser exigido *independentemente de acordo* ou contrato coletivo e deverá ser *comunicado, dentro de 10 (dez) dias, à autoridade competente* em matéria de trabalho, ou, antes desse prazo, justificado no momento da fiscalização sem prejuízo dessa comunicação (grifos nossos)⁸⁷.

⁸⁵ Ibidem.

⁸⁶ Ibidem.

⁸⁷ Ibidem.

Este parágrafo fortalece a tese de compatibilidade com a expressão “serviço extraordinário”. Já o §2º exigirá uma adaptação constitucional:

§ 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 previstos 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 12 (*doze*) horas, desde que a lei não fixe expressamente outro limite (grifos nossos)⁸⁸.

A remuneração, no parágrafo acima, está em descompasso com o inciso XVI do art. 7 da Constituição, que prevê a remuneração em, no mínimo, 50% superior à hora normal. Portanto, a novação legislativa implica essa alteração. Salta aos olhos o limite de 12 horas. Contudo, nesse caso, trata-se de um evento isolado e justificado (a fim de proteger, indiretamente, o próprio emprego). E, tudo indica, esse parágrafo só prevê, de modo implícito, um único dia com a jornada excessiva, pois, para serviços extraordinários que ultrapassam o limite de um dia, o parágrafo seguinte os regula de forma mais adequada:

§ 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 2 (duas) horas*, durante o número de dias indispensáveis à recuperação do tempo perdido, *desde que não exceda de 10 (dez) horas diárias, em período não superior a 45 (quarenta e cinco) dias por ano*, sujeita essa recuperação à prévia autorização da autoridade competente (grifos nossos)⁸⁹.

Nesse parágrafo, indica-se o limite de prorrogação de 2 horas diárias e de 10 horas no total, pelo período máximo de 45 dias por ano. Logo, há nítida compatibilidade com o “serviço extraordinário”, com previsão que impede sua habitualidade, além do limite diário adequado.

Otávio Calvet, sobre a aparente contradição entre a conclusão da não recepção do art. 59, *caput* da CLT, e a previsão constitucional da compensação, também faz referência ao art. 61 da CLT:

⁸⁸ Ibidem.

⁸⁹ Ibidem.

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 para fazer frente a motivo de força maior, para realização de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa trazer prejuízo manifesto ao empregador e, ainda, por motivo de interrupção empresarial para a recuperação das horas de trabalho, 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* (CALVET, 2006, sem paginação, grifo nosso).

Zenni e Rafael, além de seguirem a mesma linha de raciocínio, fazem referência à Convenção 01 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e ressaltam que as extrapolações de jornadas do art. 61 são impostas pelo empregador, podendo, em tese, caracterizar justa causa de demissão na hipótese de recusa do empregado:

O art. 61 da CLT traz situações de possibilidade de cumprimento de jornada extraordinária ainda não ajustada pelos contratantes, ou seja, por imposição unilateral do empregador. Pensamos que somente nestas situações absolutamente excepcionais é possível a prorrogação de jornada, proposta que *de lege ferenda* poderia dar cobro às reivindicações de limitação de jornada presentes na Convenção 01 da OIT. [...] Assinala Márcio Túlio Viana que *a recusa injustificada do empregado nas hipóteses do art. 61 da CLT caracteriza, teoricamente, a justa causa*, eis que tal exigência amolda-se ao *jus variandi* do empregador (ZENNI; RAFAEL, 2009, p. 164-166, grifo nosso).

A conclusão de Almeida e Severo resume bem o tópico, principalmente ao afirmar que não mais se justifica a distinção entre horas suplementares e horas extraordinárias:

Não se justifica, assim, ao menos desde [a Constituição de] 1998, qualquer distinção entre horas suplementares e horas extraordinárias. Horas excedentes às normas jamais poderão ser acordadas, seja individualmente entre empregado ou empregador, seja mediante norma coletiva. Qualquer acordo nesse sentido representaria converter em ordinárias horas extraordinárias o que, por certo, configuraria outra hipótese de inconstitucionalidade. Não foram recepcionados, portanto, os ajustes entre empregado e empregador ou a possibilidade de previsão e “contrato coletivo de trabalho” de horas suplementares (ALMEIDA; SEVERO, 2016, p. 34).

Por fim, fica explícito o quanto a doutrina e a jurisprudência têm muito a se aprimorar, por não terem absorvido ainda o espírito do Direito ao Lazer.

4.2.5 Empregados Excluídos do Controle de Jornada

Sabe-se que o Direito ao Lazer se estende a todas as pessoas, sem exceção; logo, empregados que não têm controle de jornada também são titulares desse direito. O art. 62 da CLT elenca exatamente tal grupo de empregados:

Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:

I - os empregados que exercem *atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho*, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados;

II - os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial.

Parágrafo único - O regime previsto neste capítulo será aplicável aos empregados mencionados no inciso II deste artigo, quando o salário do cargo de confiança, compreendendo a gratificação de função, se houver, for inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40% (quarenta por cento) (grifo nosso)⁹⁰.

Gustavo Filipe Garcia ressalta que não constitui faculdade do empregador incluir seus empregados na hipótese do art. 62:

⁹⁰ Ibidem.

Como se nota, não basta que a atividade exercida seja simplesmente externa. Faz-se necessário que essa atividade seja incompatível com a fixação de horário, como ocorre com o vendedor viajante, que não tem qualquer horário fixo, trabalhando exclusivamente de forma externa, em viagens a diversos locais, com absoluta liberdade de horários, tornando impossível qualquer tentativa de controle de sua jornada de trabalho pelo empregador [...]. Nesse sentido, fazem jus à aplicação das regras de duração do trabalho, por configurar o controle de jornada, os empregados que, por exemplo: têm o dever de comparecer à empresa no início e no término do expediente, prestando conta das vendas do dia; cumprem roteiro predeterminado pelo empregador, com fixação de horários a serem obedecidos pelo empregado, nas visitas aos clientes; têm o dever de informar, durante a jornada de trabalho, o local e a venda, em andamento ou concluída, bem como o horário de início e término do labor (GARCIA, 2009, p. 823-824).

No inciso I, por exemplo, é preciso que se atenda aos requisitos de ser “atividade externa” e “incompatível com fixação de horário”: requisitos cumulativos. Ora, a falta de controle de jornada não pode ser interpretada como liberdade para trabalhar além dos limites constitucionais: é mister limitar a jornada para assegurar o tempo livre, que implica saúde e lazer, por exemplo. Repita-se: o artigo apenas dispensa o controle de jornada, não o abuso ou o excesso de jornada. São limites implícitos diante da irradiação de direitos fundamentais da saúde e, especialmente para esta obra, do lazer. Zenni e Rafael (2009, p. 192) reforçam a ideia:

Também salientamos que os direitos fundamentais às férias e aos intervalos para descanso devem ser extensivos a todos os trabalhadores, inclusive aos que estão excluídos do regime de proteção aos direitos de jornada, elencados no art. 62, da CLT, porquanto os direitos fundamentais de vida e integridade física não podem ser derogados ou preteridos pela legislação, ao contrário, a tarefa do direito positivo é de garantir a vanguarda da personalidade, missão que deve ser complementada pelo poder Judiciário.

Para afastar quaisquer dúvidas, a CLT exclui alguns empregados do controle de jornada, porém garante a todos o limite de oito horas, cabendo repetir o trecho específico:

Art. 58 - A duração normal do trabalho, *para os empregados em qualquer atividade privada*, não excederá de 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite (grifo nosso)⁹¹.

Em outras palavras, o controle de jornada não se confunde com a sua duração máxima permitida. O TST possui o mesmo entendimento: aos empregados enquadrados no art. 62 também é assegurado o Direito ao Lazer; logo, a jornada, apesar de não ser controlada, possui limites:

[...] TRABALHO AOS DOMINGOS. CARGO DE CONFIANÇA. Ainda que configurada a situação prevista no inciso II do art. 62 da CLT, o empregado permanece com direito ao descanso e ao lazer, preferencialmente aos domingos --- medida de proteção à saúde, higiene e segurança no trabalho e, pois, norma de ordem pública (arts. 1º, III, 7º, XV e XXII, da Constituição da República e 1º da Lei nº 605/49). Portanto, a não concessão do descanso semanal remunerado ao empregado detentor de cargo de confiança implica condenação ao pagamento da respectiva dobra. Agravo de Instrumento a que se nega provimento.⁹²

É exatamente o Direito ao Lazer um dos principais fundamentos que protege tais empregados da jornada excessiva.

Almeida e Severo vão além das questões postas acima e afirmam que o art. 62 da CLT não foi novado, porque a nova ordem constitucional não criou exceções em relação ao direito de receber pelo serviço extraordinário, logo, não formulou exceções que permitissem jornadas ordinárias superiores a oito horas diárias:

Neste sentido já nos posicionamos, ressaltando a redação expressa da norma constitucional e sua incompatibilidade, por exemplo, com as disposições do artigo 62 da CLT, que “simplesmente nega o direito constitucional às horas extras, àqueles que supostamente trabalham sem controle de horário. *Note-se que a nova ordem*

⁹¹ Ibidem.

⁹² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR - 106240-53.2004.5.15.0091, Relator Juiz Convocado: Ricardo Alencar Machado, Data de Julgamento: 27/06/2007, 3ª Turma, Data de Publicação: DJ 17/08/2007. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

constitucional reconhece como direito humano fundamental a jornada de oito horas e não comporta exceções. Garante, também, o direito ao pagamento de adicional de horas extras, sem qualquer exceção". Sublinhamos que a partir [da Constituição] de 1988 não é mais razoável pensar em algum trabalho subordinado sem limitação legal ou permitir jornadas superiores a oito horas, sob pena de reconhecer que a Constituição não é mais aplicável a determinados trabalhadores, invertendo "de modo absoluto a lógica do constitucionalismo que justifica nossa organização social como Estado Democrático e de Direito" (ALMEIDA; SEVERO, 2016, p. 30, grifo nosso).

Atualmente, com as inovações tecnológicas relacionadas aos meios de comunicação, de rastreamento de veículos, entre outros, é difícil encontrar um exemplo que realmente possa salvar a constitucionalidade do referido artigo celetista. Não é por outro motivo que o art. 6º prevê o uso dos meios telemáticos e informatizados para fins de controle:

Art. 6º [...] Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio⁹³.

Portanto, o art. 62 deve ser aplicado em raríssimos casos, nos quais o controle é comprovadamente impossível de aplicar e apenas nos dias em que houver tal impedimento.

4.2.6 Proibição (Relativa) dos Trabalhos em Dias de Feriados e Domingo

O art. 70 da CLT possui completa ligação com o Direito ao Lazer, limitando o trabalho em dias de feriado:

Art. 70 - Salvo o disposto nos artigos 68 e 69, é vedado o trabalho em dias de feriados nacionais e feriados religiosos, nos termos da legislação própria⁹⁴.

⁹³ Idem. *Decreto-lei n. 5.452*, de 1º de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 09 out. 2010.

⁹⁴ Ibidem.

Peter Häberle, em obra que trata especificamente do “direito ao feriado”, aborda o feriado e o lazer e sua integração com o trabalho:

Ele também compõe uma parte do direito constitucional à cultura [...] porque vincula, especialmente, Constituição e cultura: ‘Direito ao descanso’ abre a possibilidade de reconhecer o lado significativo do trabalho, de também se voltar a outras atividades culturais. *Trabalho e lazer são, da mesma forma, uma parte da cultura que o direito também promove* [...]. Os feriados são compreendidos a partir de uma dimensão antropológica. A pessoa e o cidadão têm, sob certos valores, uma *necessidade de festejar: para entrar em consonância com o seu meio ambiente, sentir-se parte da comunidade* (HÄBERLE, 2008, p. 23-75, grifos nossos).

O autor, outrossim, faz a relação do feriado com o *homo ludens* e com o *homo fabere*:

O Estado Constitucional necessita de fontes racionais e emocionais de consenso. O direito ao feriado é expressão de ambos. A ‘pessoa no direito’, mais exatamente, no Estado Constitucional, é ‘homo ludens’ e ‘homo faber’ – e essas facetas também podem se refletir nos feriados [...]. No que diz respeito à classificação de direitos ao feriado, a tese dos *feriados como ‘elementos culturais de identidade’* ou ‘fontes emocionais de consenso’ deve ser repetida e acentuada, mesmo que regulada somente em lei ordinária, mas materialmente vivida (HÄBERLE, 2008, p. 23-75, grifos nossos).

Logo, o desrespeito ao feriado significa o desrespeito ao Direito ao Lazer. Já o domingo representa a regra para ocorrer o repouso semanal, conforme o art. 67 da CLT:

Art. 67 - Será assegurado a todo empregado um descanso semanal de 24 (vinte e quatro) horas consecutivas, o qual, salvo motivo de conveniência pública ou necessidade imperiosa do serviço, deverá coincidir com o domingo, no todo ou em parte⁹⁵.

Ocorre que o domingo também se encontra protegido pela Constituição, conforme discorre o art. 7º citado abaixo:

⁹⁵ Ibidem.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais [...] XV - repouso semanal remunerado, *preferencialmente* aos domingos [...] (BRASIL, 1988, on-line, grifo nosso).

A palavra-chave para interpretar, de acordo com a Constituição, consiste no “preferencialmente”. Não há palavra inútil ou sem um mínimo de eficácia na Constituição. Se um mês tem quatro ou cinco domingos, para que se configure preferência por esse dia, o trabalhador deve desfrutar de seu repouso semanal no domingo em, no mínimo, três oportunidades. Se tiver apenas duas, significa que recebe o mesmo tratamento dos outros dias. Se tiver apenas um, significa que recebe um tratamento pior que os outros dias.

Destarte, todo trabalhador tem direito a, pelo menos, três repouso semanais no domingo, a fim de prevalecer o mandamento constitucional.

Um artigo da Lei n. 605/49 não foi novado por criar condição restritiva ao repouso semanal remunerado, algo que a Constituição de 1988 não condicionou:

Art. 6º Não será devida a remuneração quando, sem motivo justificado, o empregado não tiver trabalhado durante toda a semana anterior, cumprindo integralmente o seu horário de trabalho.⁹⁶

O direito ao repouso semanal remunerado ou ao feriado, quando não compensado, deve ser pago em dobro, por força da Lei n. 605/49, sustentada pela Súmula 146 do TST:

TRABALHO EM DOMINGOS E FERIADOS, NÃO COMPENSADO [...]. O trabalho prestado em domingos e feriados, não compensado, deve ser pago em dobro, sem prejuízo da remuneração relativa ao repouso semanal.⁹⁷

⁹⁶ BRASIL. *Lei n. 605*, de 5 de janeiro de 1949. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0605.htm. Acesso em: 17 out. 2016.

⁹⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula 146*. Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

Para evitar argumentos de que a compensação deveria ser em dobro, assim como sua conversão em pecúnia, pergunta-se da mesma forma que já foi perguntado sobre a compensação pelo serviço extraordinário: se o pagamento em dobro visa ao seu desestímulo, a compensação (conversão em tempo livre) deveria mesmo ter o mesmo valor? A equiparação não parece ser a melhor interpretação, pois esvaziaria o sentido da remuneração em dobro (desestímulo), causando, na prática, efeito contrário ao desejado. O tempo livre deve ser de tal modo estimulado para que o empregador veja, também, vantagem na sua concessão.

4.2.7 Da Proteção ao Intervalo Mínimo Obrigatório

Quanto ao art. 71 da CLT, que trata do intervalo intrajornada, há prescrição do mínimo obrigatório e, salvo acordo coletivo, também do máximo:

Art. 71 - Em qualquer trabalho contínuo, cuja duração exceda de 6 (seis) horas, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação, o qual será, no mínimo, de 1 (uma) hora e, salvo acordo escrito ou contrato coletivo em contrário, não poderá exceder de 2 (duas) horas.

§ 1º - Não excedendo de 6 (seis) horas o trabalho, será, entretanto, obrigatório um intervalo de 15 (quinze) minutos quando a duração ultrapassar 4 (quatro) horas⁹⁸.

A limitação do máximo de intervalo mantém vínculo muito estreito com o Direito ao Lazer, mais do que com o descanso, por exemplo. Se o intervalo for muito longo, além de superar o necessário para o descanso, impede-se o tempo livre após o dia de trabalho - terreno mais fértil para o lazer do que aquele dentro de um longo intervalo intrajornada, pois há o dever de retornar ao trabalho.

Ocorre que nada impede que, nas jornadas de seis horas diárias, se possa, por acordo coletivo, estipular um intervalo superior a quinze minutos. Em uma jornada de seis horas que se inicia às dez da manhã,

⁹⁸ Idem. *Decreto-lei n. 5.452*, de 1º de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 09 out. 2010.

por exemplo, significaria que o horário de almoço estaria limitado a um tempo muito curto. Considerando sua saída às 16h15min (incluindo aí o intervalo), não seria saudável aguardar o almoço para depois do fim da jornada. O intervalo de 15 minutos é o mínimo obrigatório, não o máximo. **Logo, para além do obrigatório, se poderia estipular, via acordo ou convenção coletiva, a faculdade do empregado estender seu intervalo até certo limite.** Para jornada de até quatro horas, através de acordo coletivo, por exemplo, poderia ser estipulado um intervalo nos mesmos moldes citados acima: a) faculdade de uso pelo empregado; b) e estipulação razoável do limite máximo.

O art. 71 possui ligação com o direito de desconexão, porém estabelece uma desconexão precária, ainda que regularmente observado, conforme Almeida e Severo (2016, p. 66) concluem acertadamente:

No que tange a esses intervalos dentro da jornada, examinamos à luz do direito à desconexão, temos de ressaltar ainda seu caráter precário. Vale dizer: mesmo quando concedidos regularmente, os períodos de intervalo intrajornada não representam, para o trabalhador, o pleno exercício do direito à desconexão. Muitas vezes, o trabalhador sequer pode sair do local de trabalho enquanto usufrui esse descanso, razão pela qual certamente permanece conectado ao trabalho, podendo inclusive ser interpelado por colegas ou chamado pelo chefe, para resolver algum problema durante o tempo em que deveria descansar. Mesmo quando não permanecem no local, intervalos entre dois períodos de trabalho em um mesmo dia não permitem a total desconexão das atividades e/ou responsabilidades que o trabalho lhe impõe.

Em outras palavras, o intervalo interjornada tem melhor efeito de desconexão do que o intrajornada. O TRT da 5ª Região já decidiu que a diminuição de intervalo é possível nos casos de negociação coletiva em que há contrapartida mais favorável ao empregado, ou seja, com redução da jornada do trabalho suficiente para demandar intervalo menor:

Ementa: REDUÇÃO DO INTERVALO INTRAJORNADA. CONTRAPARTIDA PARA REDUZIR A JORNADA

DO EMPREGADO. VALIDADE DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA. A supressão praticada veio acompanhada de uma diminuição da jornada, ora fixada em sete horas e vinte minutos diários, consoante se verifica das cláusulas terceira/quinta dos instrumentos coletivos. *Nessa ordem de ideias, imperioso se faz reconhecer a validade do intervalo intrajornada praticado, posto que fornecida contrapartida ao trabalhador, que passou a dispor de mais tempo para o lazer, frente à redução da jornada semanal.* Inteligência do item II da Orientação Jurisprudencial n. 342 do TST, à qual me filio. Recurso a que se nega provimento⁹⁹ (grifo nosso).

Percebe-se que foi exatamente o Direito ao Lazer o fundamento da decisão: com jornada de trabalho menor, mais lazer. E não se pode falar em prejudicar a saúde, porque a redução do intervalo foi acompanhada de uma redução de 40 minutos da jornada diária (66% da duração de um intervalo intrajornada).

O §4º do art. 71 (incluído pela Lei nº 8.923, de 27 de julho de 1994) prevê remuneração com acréscimo mínimo de 50% referente ao intervalo intrajornada não concedido:

§ 4º - Quando o intervalo para repouso e alimentação, previsto neste artigo, não for concedido pelo empregador, este ficará obrigado a remunerar o período correspondente com um acréscimo de no mínimo 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho¹⁰⁰.

O TST interpretou corretamente o dispositivo acima, afirmando o dever de pagar o período completo do intervalo, não apenas dele suprimido, e com o acréscimo de 50% sobre o valor da remuneração normal. Vide trecho da Súmula 437 do TST:

INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT

⁹⁹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. Processo 0000116-39.2012.5.05.0028 RecOrd, Origem SAMP, ac. nº 148089/2013, Relator: Desembargador ESEQUIAS DE OLIVEIRA, 5ª. TURMA, DJ 24/05/2013. Disponível em: <http://www.trt5.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

¹⁰⁰ Idem. *Decreto-lei n. 5.452*, de 1º de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 09 out. 2010.

[...] I - Após a edição da Lei nº 8.923/94, a não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento total do período correspondente, e não apenas daquele suprimido, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT), sem prejuízo do cômputo da efetiva jornada de labor para efeito de remuneração.¹⁰¹

Tal entendimento deve ser estendido ao intervalo interjornada por se tratar de um intervalo mais importante, no qual ocorre uma desconexão mais profunda, i.e., a oportunidade de uma rotina de Direito ao Lazer. Em outras palavras, uma vez suprimido ainda que parcialmente, considerando, até mesmo, a possibilidade de sobreaviso, deve-se pagar pela totalidade do intervalo interjornada com acréscimo de 50% sobre o valor da hora normal.

A Súmula 110 do TST, que trata do intervalo interjornada, possui, no mínimo, três pontos que merecem ser analisados:

JORNADA DE TRABALHO. INTERVALO [...]. No regime de revezamento, as horas trabalhadas em seguida ao repouso semanal de 24 horas, com prejuízo do intervalo mínimo de 11 horas consecutivas para descanso entre jornadas, devem ser remuneradas como extraordinárias, inclusive com o respectivo adicional.¹⁰²

O primeiro ponto a ser observado reside na limitação aos trabalhadores sob o regime de revezamento, mas, vale ressaltar, tal proteção deve ser estendida a todos os trabalhadores. O segundo ponto consiste na suposta confusão entre hora extraordinária e supressão do intervalo. Está correto ao remunerar as horas extraordinárias em 50% sobre a hora normal, porém é completamente indiferente à supressão do intervalo interjornada, ainda que parcial, o qual deveria receber o mesmo tratamento da supressão do intervalo intrajornada. A suposta confusão

¹⁰¹ Idem. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula 437*. Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

¹⁰² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula 110*. Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

supracitada, diante da omissão sobre o pagamento referente à supressão do intervalo, foi afastada após a edição da OJ (Orientação Jurisprudencial) nº 355 da SDI-I (Seção de Dissídios Individuais) do TST:

355. INTERVALO INTERJORNADAS. INOBSERVÂNCIA. HORAS EXTRAS. PERÍODO PAGO COMO SOBREJORNADA. ART. 66 DA CLT. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO § 4º DO ART. 71 DA CLT (DJ 14.03.2008)
O desrespeito ao intervalo mínimo interjornadas previsto no art. 66 da CLT acarreta, por analogia, os mesmos efeitos previstos no § 4º do art. 71 da CLT e na Súmula nº 110 do TST, devendo-se pagar a integralidade das horas que foram subtraídas do intervalo, acrescidas do respectivo adicional.¹⁰³

Nota-se que o TST se utilizou da analogia, pois não existe previsão legal expressa, fato que não impediu o correto entendimento do Tribunal.

No terceiro ponto, atentando para o caso específico da Súmula 110, em que se refere ao repouso semanal, a ofensa é ainda mais grave do que a sua aparência. O repouso semanal, na prática, consiste em um repouso de 35 (trinta e cinco) horas, ou seja, a soma entre o intervalo e o repouso citados. A supressão do intervalo interjornada ligado ao repouso semanal é mais grave do que a supressão de um intervalo interjornada comum, uma vez que a ofensa ao direito à desconexão - mas, principalmente, ao lazer - é ainda mais profunda. Nesses casos de supressão do intervalo interjornada ligado ao repouso semanal, deve-se entender como supressão, ainda que parcial, do repouso semanal, devendo o pagamento ser feito em dobro, conforme art. 9º da Lei n. 605/49:

Art. 9º Nas atividades em que não for possível, em virtude das exigências técnicas das empresas, a suspensão do trabalho, nos dias de feriados civis e religiosos, **a remuneração será paga em dobro**, salvo se o empregador determinar outro dia de folga¹⁰⁴ (grifo nosso).

¹⁰³ Idem. Tribunal Superior do Trabalho. *Orientação Jurisprudencial 355*. DJ 14.03.2008. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

¹⁰⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Lei n. 605*, de 5 de janeiro de 1949. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0605.htm. Acesso em: 17 out. 2016.

Assim, é preciso notar que, com o parâmetro do Direito ao Lazer, os intervalos ganham pesos diferentes conforme o caso.

4.2.8 O Lazer na Composição do Salário Mínimo

O Direito ao Lazer não influenciará apenas assuntos relacionados à jornada de trabalho nas relações de emprego, mas também a composição do salário do empregado. Vale repetir o trecho constitucional sobre o assunto:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]

IV - *salário mínimo*, fixado em lei, nacionalmente unificado, *capaz de atender a suas necessidades vitais* básicas e às de sua família *com* [...] *lazer* [...] (BRASIL, 1988, on-line, grifos nossos).

Logo, a interpretação dos artigos 76 e 81 da CLT, por exemplo, deve ser revista, visto que eles não incluem o lazer na composição do salário:

Art. 76 - Salário mínimo é a contraprestação mínima devida e paga diretamente pelo empregador a todo trabalhador, inclusive ao trabalhador rural, sem distinção de sexo, por dia normal de serviço, e capaz de satisfazer, em determinada época e região do País, as suas necessidades normais de alimentação, habitação, vestuário, higiene e transporte.

[...]

Art. 81 - O salário mínimo será determinado pela fórmula $S_m = a + b + c + d + e$, em que “a”, “b”, “c”, “d” e “e” representam, respectivamente, o valor das despesas diárias com alimentação, habitação, vestuário, higiene e transporte necessários à vida de um trabalhador adulto (grifo nosso)¹⁰⁵.

Além de não mencionar o lazer na composição do salário, o art. 81 não inclui as necessidades da “família”, conforme previsão constitucional, apenas indica as necessidades de um “trabalhador adulto”. Por essa razão, deve ser considerado, igualmente, na interpretação do citado artigo.

¹⁰⁵ Idem. *Decreto-lei n. 5.452*, de 1º de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 09 out. 2010.

4.2.9 Da Proteção do Direito ao Lazer através das Férias

No tocante às férias, a Constituição prevê somente a sua frequência anual e a sua remuneração acrescida de um terço. Ou seja, se o mínimo é uma vez ao ano, nada impede a sua concessão mais de uma vez ao ano, tampouco impede um acréscimo superior a um terço. Não há qualquer menção ao mínimo de 30 dias, por exemplo, dando espaço, em análise superficial, para previsões com quantidade inferior. Talvez com esse fundamento, foi incluído, em 2001, o art. 130-A da CLT com a quantidade de 18 dias de férias ou inferior, para empregados que trabalham na modalidade do regime de tempo parcial:

Art. 130-A. Na modalidade do *regime de tempo parcial*, após cada período de doze meses de vigência do contrato de trabalho, o empregado terá direito a férias, na seguinte proporção:

I - *dezito dias*, para a duração do trabalho semanal superior a vinte e duas horas, até vinte e cinco horas;

II - *dezesseis dias*, para a duração do trabalho semanal superior a vinte horas, até vinte e duas horas;

III - *quatorze dias*, para a duração do trabalho semanal superior a quinze horas, até vinte horas;

IV - *doze dias*, para a duração do trabalho semanal superior a dez horas, até quinze horas;

V - *dez dias*, para a duração do trabalho semanal superior a cinco horas, até dez horas;

VI - *oito dias*, para a duração do trabalho semanal igual ou inferior a cinco horas.

Parágrafo único. O empregado contratado sob o regime de tempo parcial que tiver mais de sete faltas injustificadas ao longo do período aquisitivo terá o seu período de *férias reduzido à metade* (grifos nossos)¹⁰⁶.

Preleciona Saad (2000 *apud* ZENNI; RAFAEL, 2009, p. 191):

[...] ser *defeso à lei ordinária distinguir o que a norma constitucional não distinguin*, tanto assim que os obreiros cumpridores de jornadas

¹⁰⁶ Ibidem.

especiais inferiores às quarenta e quatro semanais em tempo algum tiveram privado o direito ao período de férias, mesmo os trabalhadores que mourejam em turnos ininterruptos de revezamento e cuja jornada é de seis horas diárias, são contemplados com as férias de trinta dias (grifo nosso).

Em suma, o argumento citado não é capaz de prosperar, uma vez que não se trata da Constituição ter distinguido ou não, mas de ter garantido algo ou não. Não há, expressamente, a garantia de um mínimo de trinta dias. Além da não limitação constitucional, pode-se expor três argumentos favoráveis às férias de oito a dezoito dias para o regime parcial: a) o empregado trabalha menos, logo, tem menos necessidade de descanso do que o empregado que trabalha mais; b) nada impede que o empregador possa garantir férias em quantidade superior (inclusive superior a trinta dias); c) incentivar a jornada reduzida é mais vantajoso para o empregado e para a sociedade do que férias maiores.

O Direito ao Lazer tem mais possibilidade de ser desenvolvido com redução de jornada do que com sua concentração em um único período, em que a maioria das pessoas, ainda não preparada para o tempo livre ativo, acaba ficando entediada. É importante que as pessoas não reservem suas alegrias para finais de semana, seu descanso para as férias e seus sonhos para a aposentadoria. O Direito ao Lazer implica, em análise abstrata, incentivar mais a redução da jornada do que a concentração de tempo livre em um único período do ano.

Em relação às férias, pode-se perceber a compatibilidade sem hesitação, porém algumas possibilidades de seu uso estão implícitas, e o Direito ao Lazer auxilia nessa identificação. Não apenas o Direito ao Lazer: atualmente, o trabalho intelectual tem se sobressaído progressivamente, diante do avanço tecnológico - portanto, o descanso não pode ser visto da mesma forma.

Apesar do exposto acima, o Brasil ratificou a Convenção 132 da OIT, que traz uma regra segundo a qual não deverá haver, em caso algum, férias com duração inferior a três semanas:

Artigo 3 [...] 3. - A duração das férias *não deverá em caso algum ser inferior a 3 (três) semanas* de trabalho, por 1 (um) ano de serviço¹⁰⁷ (grifo nosso).

Mesmo com a expressão “em caso algum”, considerando as vantagens já expostas aqui sobre jornada reduzida, além da aplicação de todas as premissas mencionadas em prol do Direito ao Lazer, ter férias reduzidas não seria melhor do que ter jornada reduzida, nem para o empregado, nem para a sociedade, já que jornada reduzida possibilita mais um Lazer frequente.

O art. 134 considera que a regra para conceder as férias estipula apenas um único período e que poderá fracionar em dois períodos, desde que um deles não seja inferior a dez dias:

Art. 134 - As férias serão concedidas por ato do empregador, em um só período, nos 12 (doze) meses subsequentes à data em que o empregado tiver adquirido o direito.

§ 1º - Somente em casos excepcionais serão as férias concedidas em 2 (dois) períodos, um dos quais não poderá ser inferior a 10 (dez) dias corridos¹⁰⁸.

A Convenção 132 da OIT cria outras restrições para o fracionamento das férias, que, seguindo as premissas já esboçadas pelo trabalho e as que virão mais adiante, pode, no caso concreto, ser menos benéfica para o trabalhador:

Artigo 8 [...] 2. - Salvo estipulação em contrário contida em acordo que vincule o empregador e a pessoa empregada em questão, e desde que a duração do serviço desta pessoa lhe dê direito a tal período de férias, *numa das frações do referido período deverá corresponder pelo menos a duas semanas de trabalho ininterruptos*¹⁰⁹ (grifo nosso).

¹⁰⁷ BRASIL. *Decreto n. 3.197*, de 5 de outubro de 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3197.htm. Acesso em: 04 dez. 2016.

¹⁰⁸ Idem. *Decreto-lei n. 5.452*, de 1º de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 09 out. 2010.

¹⁰⁹ Idem. *Decreto n. 3.197*, de 5 de outubro de 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3197.htm. Acesso em: 04 dez. 2016.

A princípio, contudo, somente no plano abstrato, é perfeitamente compatível com o Direito ao Lazer e conciliável com a norma celetista. O fracionamento em um período de dez dias e outro de vinte dias atende o art. 134 da CLT e o art. 8 da Convenção 132 da OIT, respectivamente.

O *caput* informa que as férias são concedidas por “ato do empregador”. A melhor interpretação deve utilizar, todavia, o Direito ao Lazer como mais um parâmetro de validade para ocorrer a novação legislativa: **apesar de ser um ato do empregador, deve permitir uma negociação do período das férias com o empregado, buscando adequar as necessidades dos dois lados**. Não poderá o empregador usar de seu poder diretivo para punir o empregado, concedendo férias em data que o prejudique e que não tenha qualquer justificativa para não conceder em outro período. O fato de ser ato do empregador não legitima o abuso de direito. Mais uma vez, a Convenção 132 da OIT, ratificada pelo Brasil, vem nesta mesma direção:

Artigo 10

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*¹¹⁰ (grifos nossos).

O §1º, como já citado, impede que qualquer parcela das férias seja inferior a dez dias corridos, e esse limite assegura o não esvaziamento das férias. Menos do que isso implicaria ter benefícios equivalentes aos de folgas, mas não de férias, as quais possibilitam um lazer mais bem aproveitado, ao ponto de se desconectar psicologicamente das atividades laborais com maior profundidade. Parcela de férias inferior a dez dias corridos não pode ser reconhecida como férias concedidas. Tal é o mesmo entendimento do TST:

¹¹⁰ Ibidem.

FÉRIAS. FRACIONAMENTO. PERÍODO INFERIOR A DEZ DIAS. PAGAMENTO EM DOBRO. Tratando-se de férias usufruídas por período inferior ao previsto no art. 134, §1º, da CLT, mostra-se ineficaz a sua concessão, uma vez que *fica frustrado o objetivo do instituto, qual seja, o de proteção à saúde e ao lazer do empregado*. Recurso de Revista conhecido e não provido [...]¹¹¹ (grifos nossos).

Como se percebe, um dos fundamentos da decisão do TST é o Direito ao Lazer. Nas férias, o lazer que pode ser usufruído (potencialmente) é superior ao usufruído em simples folgas, já que nelas a proximidade do seu retorno ao trabalho impede projetos de maior duração.

Já a expressão “casos excepcionais”, citada no §1º, deve se referir à conveniência do empregado. **Ele terá a liberdade de decidir seu fracionamento, ainda que deva negociar com o empregador as datas que melhor atendem aos interesses de ambos.** O §1º restringe o fracionamento em apenas dois períodos, mas, em muitos casos (considerando férias de trinta dias, por exemplo), poder fracionar em três períodos pode ter muita vantagem para o empregado (principalmente, se for ajustado com feriados, superando a sensação de dez dias corridos), possibilitando três grandes oportunidades de tempo livre. Não obstante o texto legal, não seria uma ofensa ao direito fundamental ao lazer se uma categoria negociasse a faculdade do empregado de fracionar várias parcelas de, no mínimo, dez dias de férias cada uma.

As férias mantêm estreita conexão com o lazer, tanto que a própria CLT se preocupa em assegurar que o empregado tenha conhecimento prévio, com bastante antecedência, para se preparar para o seu tempo livre:

Art. 135 - A concessão das férias será participada, por escrito, ao empregado, com antecedência de, no mínimo, 30 (trinta) dias. Dessa participação o interessado dará recibo¹¹².

¹¹¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 159000-19.2003.5.04.0382, Relator Ministro: José Simpliciano Fontes de F. Fernandes, Data de Julgamento: 11/03/2009, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 27/03/2009. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

¹¹² Idem. *Decreto-lei n. 5.452*, de 1º de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 09 out. 2010.

Para que se reforce a garantia do aviso, é necessário o recibo que comprove que o empregado, de fato, tomou conhecimento prévio da data concedida. Já o artigo 136 merece maiores considerações:

Art. 136 - A época da concessão das férias será a que melhor consulte os interesses do empregador¹¹³.

Não há dúvida de que a concessão de férias pode comprometer as atividades da empresa, de forma inesperada, diante da ausência do empregado. A intenção do referido artigo busca preservar exatamente isso. Porém, como observado antes, para ocorrer a novação legislativa, há que se adequar a mais um parâmetro constitucional: o direito fundamental ao lazer. Sendo assim, vale repetir, apesar da decisão final ser do empregador, é preciso dar oportunidade de negociação ao empregado, além de ser proibido se utilizar da prerrogativa de “interesses do empregador” para disfarçar uma punição ou uma perseguição ao empregado.

Não conceder as férias no período previsto por lei gerará a obrigação de pagamento em dobro, conforme estipula o art. 137:

Art. 137 - Sempre que as férias forem concedidas após o prazo de que trata o art. 134, o empregador pagará em dobro a respectiva remuneração¹¹⁴.

Não basta tão somente conceder as férias, mas concedê-las no prazo estipulado pela lei. O objetivo do dispositivo acima consiste em desestimular o descumprimento, protegendo, principalmente, a saúde do empregado.

Sem as premissas aprofundadas pela obra, dificilmente o art. 143 da CLT poderia ter a interpretação que se dará a seguir. Ele permite que um terço do tempo livre assegurado pelo direito de férias possa ser convertido em dinheiro:

Art. 143 - É facultado ao empregado converter 1/3 (um terço) do período de férias a que tiver direito em abono pecuniário, no valor da remuneração que lhe seria devida nos dias correspondentes.

¹¹³ Ibidem.

¹¹⁴ Ibidem.

§ 1º - O abono de férias deverá ser requerido até 15 (quinze) dias antes do término do período aquisitivo¹¹⁵.

Várias observações são devidas na análise do dispositivo supracitado: a) a conversão é faculdade do empregado, não do empregador; b) o limite de conversão é de um terço do total das férias; c) não há acréscimo de um terço sobre essa remuneração; d) deve ser requerido até quinze dias antes do término do período aquisitivo. **Em relação à “faculdade do empregado”, deve ser interpretado em sua máxima eficácia, pois colocar seu tempo livre à venda representa algo muito grave.** Isso significa que não pode a empresa forçar seu empregado a assinar o requerimento contra a sua vontade. Nem mesmo pode haver pactos coletivos que restrinjam esse direito, conforme aponta a decisão do próprio TST:

[...] FÉRIAS INDIVIDUAIS. CONVERSÃO DE UM TERÇO EM ABONO PECUNIÁRIO. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. INVALIDADE. O instituto das férias, previsto no capítulo IV da CLT, objetiva conceder ao trabalhador período para descanso e lazer, a fim de lhe propiciar a recuperação física e mental, bem como a sua integração social e familiar. Trata-se de direito fundamental assegurado ao trabalhador pelo artigo 7º, XXVI, da Constituição Federal, de natureza de ordem pública e caráter irrenunciável. Não obstante a referida premissa, a Consolidação das Leis do Trabalho, ao disciplinar as condições específicas do período de férias, como prazo de duração e forma de pagamento, estabeleceu, em seu artigo 143, como exceção, a possibilidade de o empregado requerer, por iniciativa própria, a conversão de um 1/3 (um terço) do período de férias a que tiver direito em abono pecuniário. Logo, extrai-se das referidas normas que, em se tratando de férias individuais, não será possível a estipulação de cláusula geral, ainda que constante de norma coletiva, no sentido da conversão de férias em abono, de forma a retirar do empregado a faculdade que lhe foi concedida. Pensamento contrário implicaria o impedimento do exercício de direito reconhecido por lei e desvirtuamento da finalidade precípua buscada pelo instituto, qual seja: garantir tempo necessário para o descanso, convívio social e familiar do trabalhador, indispensável à recuperação e retomada de suas forças

¹¹⁵ Ibidem.

físicas e mentais, e, assim, evitar o adoecimento e a ocorrência de acidentes do trabalho. Pelo exposto, a negociação em face das férias individuais que retira do empregado a escolha de sua conversão em abono – fato este que se depreende do acórdão regional –, em prejuízo do que prescreve a norma consolidada, configura verdadeira renúncia a direito de ordem pública, razão pela qual deve ser declarada inválida. Não se trata de negar validade ao exercício da autonomia sindical coletiva, mas de adequá-la aos parâmetros mínimos correspondentes aos direitos assegurados em norma de natureza imperativa e que, por isso mesmo, não se encontram sob a égide da negociação atribuída ao sindicato. Recurso de revista de que não se conhece¹¹⁶ (grifo nosso).

Há casos em que a empresa não chega a forçar a assinatura, mas inibe claramente a recusa pela conversão, através da entrega do requerimento preenchido pela própria empresa, restando ao empregado duas alternativas: a) assinar, por temor reverencial; b) recusar a assinatura e arriscar criar um ambiente não favorável para si dentro da empresa. O Código Civil trata da coação, e dela é possível extrair a sua forma de aplicação em uma relação empregatícia (que nunca é equilibrada):

Art. 151. A coação, para *viciar a declaração da vontade*, há de ser tal que incuta ao paciente *fundado temor de dano iminente* e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens.

[...]

Art. 152. No apreciar a coação, ter-se-ão em conta o sexo, a idade, *a condição*, a saúde, *o temperamento do paciente* e todas as demais *circunstâncias* que possam influir na gravidade dela.

Art. 153. Não se considera coação a ameaça do *exercício normal de um direito*, nem o *simples temor reverencial*¹¹⁷ (grifos nossos).

O requerimento de conversão em abono pecuniário é uma decisão muito séria, visto que se “comercializa” o tempo livre. É um ato que, feito sem a sua vontade, causará um dano considerável, ferindo frontalmente o direito fundamental ao lazer.

¹¹⁶ Idem. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 141-38.2010.5.09.0666, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 14/09/2016, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/09/2016. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

¹¹⁷ Idem. *Lei n. 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 17 out. 2016.

Na relação de emprego, nunca equilibrada, os atos do empregador não podem ser interpretados com o mesmo peso dos atos do empregado. Ora, se o requerimento é faculdade do empregado, é possível, em alguma circunstância, entender como exercício normal de um direito a atitude da empresa em preencher previamente o requerimento de conversão do abono? Que norma indica que essa escolha é do empregador? Qual é a mensagem que o empregador transmite quando preenche, no lugar do empregado, um requerimento que é da escolha deste e não daquele? É óbvio que o empregador inibe, para a maioria dos empregados, a possibilidade de utilizar as férias em sua totalidade. Vai além do abuso de direito: não há qualquer direito ao empregador nessa decisão.

Vale lembrar que não se trata aqui de “simples temor reverencial”, pois sua atitude veicula uma mensagem bem clara: um empregador capaz de passar por cima da vontade e da liberdade do empregado, sem respaldo legal, gera inúmeros temores sobre futuras atitudes do empregador. O preenchimento do requerimento, em seu lugar, consiste em coação (presumida), o que fere frontalmente o Direito ao Lazer.

Após a exposição acima, fica mais evidente o grave erro da decisão abaixo do TST, que qualificou que “obrigar a vender férias é mera infração trabalhista, de sanção administrativa”:

[...] RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. VENDA DO TERÇO DE FÉRIAS. IMPOSIÇÃO PELO EMPREGADOR. MERO DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO TRABALHISTA 1. Dano moral trabalhista é o agravo ou o constrangimento moral infligido quer ao empregado, quer ao empregador, *mediante a violação grave de direitos humanos fundamentais, ínsitos à personalidade, como consequência da relação de emprego*. 2. O dano moral trabalhista não coincide, necessariamente, com a prática de qualquer infração da legislação trabalhista, seja porque a própria legislação conta com medidas punitivas e reparadoras de seu descumprimento, seja porque, a não ser assim, banaliza-se o instituto, retirando-lhe seriedade científica no campo trabalhista. 3. *A imposição unilateral pelo empregador de conversão do terço de férias em pecúnia, a despeito de constituir grave infração trabalhista, passível de sanção administrativa, não configura lesão moral*. A possibilidade legal de conversão em pecúnia de dez dias do período de férias, por

iniciativa do empregado, denota que se cuida de direito disponível. Ademais, mesmo que o empregado não haja tomado tal iniciativa, a imposição patronal não compromete o direito ao mínimo de vinte dias de descanso anual remunerado e, assim, em última análise, não compromete os fundamentos econômicos, sociais e higiênicos que ditaram a criação do instituto das férias na esfera trabalhista. Sobretudo, a infração patronal não viola direito humano fundamental para se cogitar de lesão moral. 4. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento para excluir da condenação o pagamento de indenização por dano moral¹¹⁸ (grifos nossos).

O art. 143 traz a faculdade da difícil decisão de comercializar parte de seu tempo livre. Em contrapartida, no entanto, possibilita uma nova interpretação que poderá ser negociada com o empregador: se a norma permite o mais grave, logicamente, permite algo que pode ser extremamente útil ao empregado e, talvez, até para o empregador. **Ao invés de converter em abono pecuniário, converter um terço das férias em folga.** Tal negociação é totalmente compatível com o Direito ao Lazer, pois o bom uso do tempo livre se relaciona com tal direito de forma direta. Se é possível converter em dinheiro, por que não se poderia converter em outra modalidade de tempo livre? Sabe-se que, dos dez dias, existem aqueles dias em que o empregado não trabalharia mesmo com a conversão em abono (domingo, por exemplo). Extraindo daí somente os dias em que efetivamente trabalharia, nessa conversão, alcançaria o saldo de folgas que poderia adquirir e poderia utilizá-lo em acordo com o empregador. Exemplificando: se as férias (considerando o total de 30 dias) fossem concedidas para se iniciarem em 03 de outubro de 2016, em uma jornada de 30 horas (de segunda a sexta), a conversão de um terço significaria sete dias de folga, ou seja, a mesma quantidade de dias que efetivamente trabalharia no caso da conversão em abono pecuniário. Trata-se aqui não de uma interpretação definitiva, mas de um início de reflexão sobre a incidência do Direito ao Lazer na conversão das férias. E nada impediria, por exemplo, que o empregador convertesse os dez dias em dez folgas.

¹¹⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. ARR - 5383-25.2012.5.12.0051, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 18/11/2015, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 27/11/2015. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

Ainda sobre o art. 143, o TST tem decidido reiteradamente que não há acréscimo de um terço sobre o valor do abono:

[...] FÉRIAS. ACRÉSCIMO DE 1/3 SOBRE O ABONO PECUNIÁRIO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 143 DA CLT. O art. 143 da CLT comporta interpretação - a um só tempo sistemática e histórica - na direção de não permitir que a vontade constitucional eleve, por via oblíqua, o valor do abono pecuniário, quando na verdade a intenção do constituinte fora a de evitar que o abono pecuniário fosse necessário para o empregado financiar o seu lazer em meio às férias. Acresceu à remuneração das férias o valor equivalente ao antigo abono, mas o abono subsistiu na ordem jurídica infraconstitucional. *Sendo assim, o abono pecuniário, previsto no art. 143 da CLT, deve equivaler à remuneração do trabalho nos dias a que ele corresponde, sem o acréscimo ou o reflexo de 1/3, o qual incide sobre a remuneração de todo o período de férias (inclusive sobre os dias de férias convertidos em pecúnia). Há precedentes.* Recurso de revista conhecido e provido¹¹⁹ (grifo nosso).

O acréscimo de um terço, previsto na Constituição, surgiu para evitar a necessidade de “vender dez dias das férias”, garantindo exatamente o mesmo valor na remuneração das férias. Se ainda assim houver o desejo de se utilizar desse expediente, não há proibição, porém não há incidência do acréscimo, cuja finalidade era desestimulá-lo. Seria contraditório incentivar o abono com o acréscimo, que visa desestimular o seu uso. Considerando que a conversão é faculdade do empregado e que a natureza do acréscimo é para as férias, além dos argumentos levantados pela decisão acima, de fato, não há fundamentos para a extensão do acréscimo ao abono. Vale sempre lembrar que o empregador poderá estipular de forma mais vantajosa que a lei.

O art. 145 da CLT trata do prazo para o pagamento das férias:

Art. 145 - O pagamento da remuneração das férias e, se for o caso, o do abono referido no art. 143 serão efetuados até 2 (dois) dias antes do início do respectivo período¹²⁰.

¹¹⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 4100-25.2009.5.12.0001, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 26/08/2015, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/08/2015. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

¹²⁰ Idem. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 09 out. 2010.

O pagamento, de fato, tinha que ser prévio, sob pena de ferir, especialmente, o Direito ao Lazer. O TST, em diversas decisões, tem confirmado tal entendimento, como se observa no exemplo a seguir:

RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. PAGAMENTO DA REMUNERAÇÃO DE FÉRIAS FORA DO PRAZO A QUE ALUDE O ARTIGO 145 DA CLT. DOBRA DO ARTIGO 137 DA CLT. Mediante a interpretação teleológica da norma contida no artigo 137 da CLT, tem-se que o legislador objetivou fixar penalidade ao empregador que descumprir a real finalidade do instituto das férias. Portanto, impossibilitar o trabalhador de gozar integralmente o descanso anual, em virtude do *pagamento fora do prazo referido no artigo da CLT, é o mesmo que não o conceder*, e autoriza aplicar analogicamente a penalidade prevista no citado dispositivo. Nesse sentido é o entendimento firmado na Súmula nº 450 do TST, com a qual se coaduna a decisão regional. Incide, no caso, o disposto no artigo 896, §§ 4º e 5º, da CLT. Recurso de revista de que não se conhece. ATRASO REITERADO DO PAGAMENTO DAS FÉRIAS. DANOS MORAIS. CARACTERIZAÇÃO. A hipótese versa sobre atraso no pagamento das férias durante quatro anos seguidos e consiste precisamente em saber se tal fato acarreta danos morais passíveis de reparação. *O atraso reiterado no pagamento das férias não pode ser considerado mero inadimplemento contratual que gera dissabor ou aborrecimento decorrente da vida em sociedade*. É lesão de natureza grave e, por isso, acarreta danos imateriais passíveis de reparação. No caso, o dano moral é implícito, diante do fato de que *deve ocorrer até dois dias antes do seu início, conforme estabelece o artigo 145 da CLT, para propiciar meios econômicos para que o empregado possa usufruir de lazer nesse período*. Ressalte-se que não se trata de um único atraso, mas de conduta reiterada que se repetiu por quatro anos. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em casos de inadimplemento contratual, afirma a necessidade da configuração dos seguintes requisitos para autorizar o acolhimento do pleito: a) o ato ilícito deve ser capaz de irradiar-se para a esfera da dignidade da pessoa, ofendendo-a de maneira relevante; b) o dano moral indenizável é aquele que provoque sofrimento ou mesmo a humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente

no comportamento psicológico do indivíduo, chegando a causar-lhe aflição, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Tudo isso está presente nessa hipótese. Recurso de revista de que não se conhece [...]¹²¹ (grifos nossos).

Pode-se extrair da decisão que a falta de pagamento equivale à não concessão das férias. O atraso reiterado na concessão gera dano moral, na medida em que a remuneração das férias tem evidente ligação com a fruição do Direito ao Lazer.

A questão da venda de dez dias fica ainda mais sensível após a Convenção 132 da OIT, que proíbe a venda de férias, tornando o ato nulo de pleno direito:

Artigo 12. Todo acordo relativo ao abandono do direito ao período mínimo de férias anuais remuneradas previsto no parágrafo 3 do Artigo 3 da presente Convenção, ou relativo à renúncia ao gozo das férias mediante indenização ou de qualquer outra forma, **será**, *dependendo das condições nacionais, nulo de pleno direito* ou proibido¹²² (grifos nossos).

Considerando o art. 12 da Convenção 132, percebe-se claramente o ato ilícito do empregador que obriga o empregado a vender suas férias, ou inibe o gozo pleno de tal direito.

A mesma convenção, aparentemente, revogou o § único do art. 146 da CLT a seguir:

Art. 146 – [...] Parágrafo único - Na cessação do contrato de trabalho, após 12 (doze) meses de serviço, o empregado, desde que não haja sido demitido por justa causa, terá direito à remuneração relativa ao período incompleto de férias, de acordo com o art. 130, na proporção de 1/12 (um doze avos) por mês de serviço ou fração superior a 14 (quatorze) dias¹²³.

¹²¹ Idem. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 1074-02.2013.5.04.0292, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 07/10/2015, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 16/10/2015. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

¹²² Idem. Decreto n. 3.197, de 5 de outubro de 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3197.htm. Acesso em: 04 dez. 2016.

¹²³ Idem. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 09 out. 2010.

Ocorre que o TST tem entendido que não se pode aplicar a Convenção da OIT em conjunto com a CLT, em pontos que ambas tratam do mesmo assunto. Nesse caso, deve-se escolher o conjunto mais benéfico, não apenas trechos que formariam um terceiro conjunto:

RECURSO DE REVISTA. 1. JUSTA CAUSA. FÉRIAS PROPORCIONAIS. CONVENÇÃO Nº 132 DA OIT. NÃO APLICAÇÃO. Discute-se nos autos a aplicação do artigo 146 da CLT em conflito com a convenção 132 da OIT, que garante ao trabalhador o direito às férias proporcionais, independente do motivo da rescisão contratual em conflito. Quanto à matéria, esta Corte Superior solucionou a questão por meio da edição da Súmula nº 171, entendendo que *mesmo após a edição da referida convenção, o empregado dispensado por justa causa não tem direito às férias proporcionais*. Recurso de revista conhecido e provido¹²⁴ (grifo nosso).

Portanto, a Convenção 132 da OIT deve ser aplicada com cuidado, priorizando-se, no conjunto, a interpretação mais favorável ao empregado quando da comparação com as demais normas.

4.2.10 Análise Qualitativa dos Direitos de Limitação de Jornada sob o Parâmetro do Direito ao Lazer

Diante de tudo o que foi exposto até o momento, parece evidente que há também preferências entre os direitos ligados à limitação de jornada, sob o parâmetro do Direito ao Lazer. A análise do caso concreto será imprescindível, mas aqui se buscará uma análise meramente abstrata. Férias, por exemplo, são mais importantes do que folgas, pois geram uma desconexão mais profunda, propiciando um terreno para o lazer mais intenso, como longas viagens. Folgas, por outro lado, são mais importantes do que a conversão de parte das férias em pecúnia, daí a autorização constitucional para acordo entre as partes, para possibilitar a venda de 1/3 das férias em folgas, viabilizando ter ainda dois períodos de férias de dez dias ou um de vinte dias.

¹²⁴ Idem. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 760-09.2011.5.04.0007, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 16/10/2013, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 25/10/2013. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

A redução de jornada pode ser suficiente para autorizar a redução de intervalo intrajornada, pois quem trabalha menos, menos precisa de descanso, além do que o lazer é, de fato, gozado após a jornada, dificilmente no meio dela. A redução de jornada pode ser suficiente para autorizar a redução do período de férias, pois melhor do que concentrar o lazer em um ou dois períodos do ano é possibilitar um aprofundamento do lazer diariamente.

Compensação é mais importante, por seu turno, do que sua conversão em pecúnia, ainda que apenas ela esteja acrescida de 50% ou 100%, pois a natureza desses acréscimos visa ao desestímulo do empregador em suprimir o tempo livre garantido.

Tais conclusões são relevantes para auxiliar na interpretação dos casos concretos, assim como foram na interpretação dos casos analisados anteriormente. Há diversos outros artigos da CLT que podem ser (re)interpretados com o uso do Direito ao Lazer como parâmetro constitucional para verificação de possível novação legislativa. A intenção deste livro não é esgotar o tema, mas, sim, instrumentalizar futuras pesquisas sobre o assunto.

Cabe agora tratar das consequências jurídicas da ofensa ao Direito ao Lazer praticada pelo empregador, bem como pelo Judiciário.

4.3 INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS APÓS A REFORMA TRABALHISTA

Apesar da falta de jurisprudência robusta para a analisar o posicionamento dos Tribunais, cabe a análise de trechos da CLT pós reforma trabalhista e lei da Liberdade Econômica¹²⁵, a fim de identificar alguns pontos que convergem ou não com as premissas já delineadas neste livro.

Iniciando pelo art. 4º, o lazer é mencionado diretamente:

Art. 4º - [...]

§ 2º Por não se considerar tempo à disposição do empregador,

¹²⁵ BRASIL. *Lei nº 13.874*, de 20 de setembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13874.htm. Acesso em: 14 mar. 2021.

não será computado como período extraordinário o que exceder a jornada normal, ainda que ultrapasse o limite de cinco minutos previsto no § 1o do art. 58 desta Consolidação, quando o empregado, por escolha própria, buscar proteção pessoal, em caso de insegurança nas vias públicas ou más condições climáticas, bem como adentrar ou permanecer nas dependências da empresa para exercer atividades particulares, entre outras:

I - práticas religiosas;

II - descanso;

III - lazer;

[...]

VI - atividades de relacionamento social;

[...] ¹²⁶

O cuidado que deve-se ter é que o ônus da prova é do empregador quanto à natureza da atividade (se particular ou se à disposição do empregador).

O segundo ponto que deve ser destacado é de extrema relevância, pois os Tribunais terão limitação na edição e terão que reavaliar suas Súmulas e Enunciados:

Art. 8º - [...]

§ 2º Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei¹²⁷.

Não criar obrigações, nem restringir direitos sem previsão da lei. Esse parágrafo garante maior segurança jurídica, pois aumenta a previsibilidade das relações empregatícias que ficavam expostas às decisões dos Tribunais que, na prática, extrapolavam sua competência. Um tema que certamente será revisto pelo Tribunal é justamente o previsto atualmente no §4º do Art. 71, que deixa expressa a natureza indenizatória sobre o pagamento de intervalo não gozado e limitado apenas ao período suprimido:

¹²⁶ Idem. *Decreto-lei n. 5.452*, de 1º de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 09 out. 2010.

¹²⁷ Ibidem.

Art. 71 – [...]

§ 4º A não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento, de natureza indenizatória, apenas do período suprimido, com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho.

Uma modificação advinda da Lei da Liberdade Econômica merece menção neste trabalho, pois afeta na obrigação de “controle de ponto”:

§ 2º Para os estabelecimentos com mais de 20 (vinte) trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções expedidas pela Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia, permitida a pré-assinalação do período de repouso¹²⁸.

Ocorre que, pelo que já foi exposto, a alteração na quantidade de trabalhadores não afeta de modo algum as conclusões já estabelecidas, apenas estabelece uma margem maior para o empregador gozar da presunção relativa de veracidade.

Outra questão relevante é a revogação do art. 130-A: os empregados em regime parcial terão o mesmo tratamento dos de jornada tradicional em relação às férias, ou seja, 30 dias, a depender da quantidade de faltas.

Com grande repercussão no direito ao lazer é a flexibilidade de fracionar as férias em três períodos, além da proibição de iniciar muito próximo a feriados e repouso semanal remunerado:

Art. 134 – [...]

§ 1º Desde que haja concordância do empregado, as férias poderão ser usufruídas em até três períodos, sendo que um deles não poderá ser inferior a quatorze dias corridos e os demais não poderão ser inferiores a cinco dias corridos, cada um.

[...]

§ 3º É vedado o início das férias no período de dois dias que antecede feriado ou dia de repouso semanal remunerado¹²⁹.

¹²⁸ Ibidem.

¹²⁹ Ibidem.

Por fim, os artigos 611-A e 611-B tratam de novas liberdades e limites das convenções e acordos coletivos. Apesar de citar direitos que tem referência ao direito ao lazer, tais análises seriam sobre a Constitucionalidade ou conveniência da ampliação e limites da negociação dos empregados, que não é objeto deste livro.

4.4 AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA OFENSA AO DIREITO AO LAZER

Uma vez instrumentalizado o Direito ao Lazer na interpretação das normas trabalhistas, torna-se possível analisar a adequação das decisões do Poder Judiciário, assim como das práticas do empregador.

Em relação ao Poder Judiciário, apenas para ilustrar a necessidade de irradiação do Direito ao Lazer para vincular as decisões na área trabalhista, basta a análise da Súmula 291 do TST:

HORAS EXTRAS. HABITUALIDADE. SUPRESSÃO. INDENIZAÇÃO. A supressão total ou parcial, pelo empregador, de serviço suplementar prestado com habitualidade, durante pelo menos 1 (um) ano, assegura ao empregado o direito à indenização correspondente ao valor de 1 (um) mês das horas suprimidas, total ou parcialmente, para cada ano ou fração igual ou superior a seis meses de prestação de serviço acima da jornada normal. O cálculo observará a média das horas suplementares nos últimos 12 (doze) meses anteriores à mudança, multiplicada pelo valor da hora extra do dia da supressão.¹³⁰

Zenni e Rafael (2009, p. 163), com base na obra de Arion Romita, tecem críticas duras a súmulas como a supracitada:

[...] a limitação da jornada de trabalho no Brasil é letra morta, [...] a jurisprudência abrandou a exigência da formalidade de acordo escrito, consagrando a integração das extraordinárias para os efeitos legais, desde que praticadas com habitualidade (Súmulas 45, 76, 94, 115, 172, 291, 347 do TST), justamente diante dos

¹³⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 291*. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-291. Acesso em: 26 out. 2016.

salários de fome pagos por jornadas normais, os quais requestam a complementação de extras. Com isso, toda a teoria de combate ao trabalho suplementar cede ante a realidade econômica.

A referida súmula ofende frontalmente o Direito ao Lazer ao punir o empregador que busca diminuir a jornada do empregado, extinguindo a jornada suplementar habitual, através de indenização. Não se pode confundir baixos salários com necessidade de ampliação de jornada. Vale lembrar que o conceito constitucional do salário deve irradiar, também, nas decisões do Poder Judiciário: em resumo, o salário mínimo deve, por si só, possibilitar uma vida digna, incluindo o lazer.

Tal súmula não só afronta o Direito ao Lazer, como não tem previsão legal. Não é possível extrair a interpretação dada por ela do ordenamento jurídico, nem por analogia, pois o “serviço suplementar” não foi abarcado pelo ordenamento, apenas o “serviço extraordinário”. Ou seja, deve-se punir quem o implanta, não quem o suprime.

Para delimitar o objeto deste livro, analisar-se-á apenas algumas hipóteses práticas do empregador que podem ofender frontalmente o Direito ao Lazer.

4.4.1 Hipóteses de Ofensa ao Direito ao Lazer

Algumas hipóteses de ofensa ao Direito ao Lazer foram mencionadas no capítulo anterior, contudo, sem mencionar suas consequências jurídicas. Apesar de não ser uma classificação taxativa, pode-se identificar três grupos de práticas que ofendem o Direito ao Lazer, através de: a) jornada excessiva; b) práticas inibitórias; c) abuso de direito.

4.4.1.1 Jornada excessiva

Uma vez definido que “serviço extraordinário” é aquele unicamente previsto no art. 61 da CLT, podendo o empregado receber “compensação” (somente por meio de acordo ou de convenção coletiva), qualquer espécie de prorrogação diferente do previsto não atende aos parâmetros constitucionais e ofende diretamente o direito fundamental ao lazer.

Destarte, é importante definir que **jornada excessiva é aquela jornada que viola o Direito ao Lazer, portanto, um ato ilícito que causa dano ao trabalhador**, conforme já prescreve o Código Civil:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, *ainda que exclusivamente moral*, comete ato ilícito.¹³¹ (grifo nosso).

Enfim, havendo prorrogação de jornada que não atende ao art. 7º, XIII e XVI da Constituição e ao art. 61 da CLT, o empregador cometerá ato ilícito, pois ferirá o Direito ao Lazer. Uma consequência jurídica típica desse grupo de ofensa ao Direito ao Lazer reside na remuneração da jornada excessiva. O serviço extraordinário é remunerado com base no acréscimo mínimo de 50%. Não poderia, dessa maneira, uma jornada excessiva (ato ilícito) receber o mesmo tratamento. Para embasar o tratamento diferenciado, deve-se ter em vista que o empregado não apenas trabalhou em circunstâncias que a lei proíbe, mas deixou de lucrar com o exercício do lazer. O Código Civil pode ser aplicado nesse caso:

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, *além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar*.

[...]

Parágrafo único. Provado que os juros da mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, *pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar*¹³² (grifos nossos).

Usando, por analogia, um dispositivo relacionado igualmente ao Direito ao Lazer, pode-se chegar ao acréscimo de 100%, como fundamento para aplicar a indenização suplementar, para compensar o lazer não gozado:

Art. 137 - Sempre que as férias forem concedidas após o prazo de que trata o art. 134, *o empregador pagará em dobro* [ou seja, acréscimo de 100%] a respectiva remuneração.¹³³ (grifo nosso).

¹³¹ BRASIL. *Lei n. 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 17 out. 2016.

¹³² Ibidem.

¹³³ BRASIL. *Decreto-lei n. 5.452*, de 1º de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 09 out. 2010.

Outro dispositivo que reforça o acréscimo de 100% diz respeito ao trabalho em feriado não compensado:

Art. 9º Nas atividades em que não for possível, em virtude das exigências técnicas das empresas, a suspensão do trabalho, nos dias de feriados civis e religiosos, *a remuneração será paga em dobro*, salvo se o empregador determinar outro dia de folga¹³⁴ (grifo nosso).

Almeida e Severo justificam o adicional de 100% para levar em consideração também o caráter pedagógico e preventivo do processo trabalhista:

Quando realizado de forma habitual, tal trabalho deixa de ter essa característica e passa a ser normal. Assim, *o adicional a ser pago não pode ficar limitado ao valor de 50%*, mas deve ser fixado pelo juiz, em sentença, levando em consideração, inclusive, o caráter pedagógico e preventivo do processo trabalhista (ALMEIDA; SEVERO, 2016, p. 35, grifo nosso)

Portanto, na realização de jornada excessiva, esse período será remunerado com acréscimo de 100% por se tratar de sanção por prorrogação ilegal de jornada. O TST já decidiu sobre o não cabimento do acréscimo de 100%, porém, como se verá, existem pontos não observados na decisão, que poderiam alterar o resultado:

[...] HORAS EXTRAS. BANCÁRIO. ADICIONAL DE 100%. O órgão de origem indeferiu a pretensão da autora de que as horas extraordinárias subsequentes à oitava diária sejam remuneradas com adicional de 100% (cem por cento). 2. Conforme jurisprudência reiterada nesta Corte, *o disposto nos arts. 59 e 225 da CLT, normas legais apontadas como fundamento da pretensão, não asseguram o pagamento do adicional de 100% pretendido pelo autor*. Precedentes da Corte neste sentido. Recurso de revista não conhecido, no tema [...] ¹³⁵ (grifo nosso).

¹³⁴ BRASIL. *Lei n. 605*, de 5 de janeiro de 1949. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0605.htm. Acesso em: 17 out. 2016.

¹³⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 63340-85.2006.5.02.0046, Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 18/09/2013, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 27/09/2013. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

O primeiro ponto consiste na utilização ainda do não novado art. 59 da CLT, ampliando o leque de prorrogação de jornada em completo desacordo com a Constituição. O segundo ponto relevante é o tratamento igual dado entre as prorrogações permitidas e as notoriamente ilegais: mesmo que o art. 59 fosse válido, há a previsão máxima de duas horas de prorrogação. Ou seja, no caso acima, houve prorrogação acima das duas horas, o que nem deveria ocorrer: existe um problema duplicado. Ademais, a decisão do TST ofende a Constituição por dar tratamento igual entre as prorrogações permitidas e as não permitidas, sobretudo, pelo fato de ser facilmente resolvida pela aplicação da analogia prevista na própria CLT. A Seção Especializada em Dissídios Coletivos do mesmo Tribunal, diferente da decisão acima, tem avançado em direção a decisões próximas às conclusões trazidas pelo presente trabalho, apesar de ainda aplicar o art. 59 da CLT:

[...] HORAS EXTRAS - ADICIONAL. A teor do *caput* do art. 59 da CLT - a duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de duas, mediante acordo escrito entre empregador e empregado, ou mediante contrato coletivo de trabalho. A limitação traçada neste dispositivo legal - igualmente apreendida pela Constituição Federal, art. 7º, XIII - possui relevância notável porque advém da evolução do Direito do Trabalho, atendendo a normas de saúde no trabalho, além de, contemporaneamente, consistir em um dos mais eficazes mecanismos de combate ao desemprego. Por outro ângulo, o art. 61 da CLT estipula que, - ocorrendo necessidade imperiosa, poderá a duração do trabalho exceder do limite legal ou convencionado, 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 -. Nessas hipóteses, segundo o § 1º do mesmo preceito legal, o excesso poderá ser exigido independentemente de acordo ou contrato coletivo. Tais extrapolações excepcionais, vinculadas ao *jus variandi* empresarial (art. 61, CLT), entretanto, não podem se tornar permanentes, em face de sua própria natureza, justificando-se em razão de fatores objetivos excepcionais, de curta duração, atuantes sobre a empresa. *Consideradas tais normas em seu conjunto, regra geral, a fixação de adicional de horas extras para o tempo laborado além da 10ª*

bora diária via instrumento normativo não pode, de plano, ser considerada regra jurídica inválida. Isso porque tal lapso temporal extraordinário poderia se referir às situações singulares previstas no caput do art. 61 da CLT. Em tais prorrogações não ordinárias, nada mais justo do que o estabelecimento de um percentual de adicional de horas extras mais benéfico do que aquele fixado para as primeiras duas horas extras. Não obstante, reputa-se lesivo aos interesses dos empregados o adicional de horas extras estipulado para as horas laboradas depois da 10ª diária neste caso concreto. Da análise da cláusula, infere-se que o percentual fixado para as duas primeiras horas extras foi de 50% (mínimo que a Constituição Federal prevê para a remuneração do serviço extraordinário - art. 7º, XVI), e, para as demais, 60%. Ora, a sobrejornada não pode ser estabelecida em desrespeito à sensatez, à racionalidade, à razoabilidade e proporcionalidade, além do próprio respeito à higidez física e mental do prestador de serviços. Assim, admitir a remuneração das horas laboradas além da décima diária com o acréscimo ínfimo de 10% em relação às duas primeiras horas extras equivaleria a consentir com a adoção de extensa jornada de trabalho sem a contraprestação equivalente e justa, submetendo o empregado a extenuante carga de trabalho sem sobre remuneração compatível. A esse propósito, pontue-se que esta Seção de Dissídios Coletivos, em respeito ao princípio protetivo da higidez do trabalhador, tem deferido o percentual de 100% (cem por cento) a título de adicional de horas extras, como forma de evitar a prática de algumas empresas de prorrogar a jornada de trabalho. Em face da jurisprudência desta Corte, portanto, não se pode legitimar cláusula convencional que institua o pagamento das horas laboradas além da 10ª hora diária com o adicional de 60% - apenas 10% a mais do que o mínimo constitucional previsto para a prorrogação da jornada além da 8ª hora diária. Por esses fundamentos, não se considera válida cláusula da convenção coletiva que assente, de forma genérica, o trabalho extraordinário após a 10ª hora diária com o adicional de 60%. Recurso ordinário desprovido, no aspecto (grifos nossos)¹³⁶.

Na decisão acima, o TST diferencia a prorrogação permitida da não permitida, deixando claro que a remuneração para as prorrogações que superam os limites deve ser maior. Não apenas maior: deve haver “sobre remuneração compatível”, ou seja, 100% (cem por cento). Por

¹³⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RO 1671-31.2011.5.08.0000, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 19/02/2013, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/02/2013. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

fim, pontuou que a Seção de Dissídios Coletivos tem empregado esse percentual “como forma de evitar a prática de algumas empresas de prorrogar a jornada de trabalho”.

Há casos em que, a depender da frequência e de outros elementos degradantes, a jornada excessiva pode ser crime, por gerar condição análoga à de escravo, conforme aponta a decisão do STF:

EMENTA PENAL. REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO. ESCRAVIDÃO MODERNA. DESNECESSIDADE DE COAÇÃO DIRETA CONTRA A LIBERDADE DE IR E VIR. DENÚNCIA RECEBIDA. Para configuração do crime do art. 149 do Código Penal, não é necessário que se prove a coação física da liberdade de ir e vir ou mesmo o cerceamento da liberdade de locomoção, *bastando a submissão da vítima “a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva” ou “a condições degradantes de trabalho”*, condutas alternativas previstas no tipo penal. A “escravidão moderna” é mais sutil do que a do século XIX e o cerceamento da liberdade pode decorrer de diversos constrangimentos econômicos e não necessariamente físicos. *Priva-se alguém de sua liberdade e de sua dignidade tratando-o como coisa e não como pessoa humana*, o que pode ser feito não só mediante coação, mas também pela violação intensa e persistente de seus direitos básicos, inclusive do direito ao trabalho digno. *A violação do direito ao trabalho digno impacta a capacidade da vítima de realizar escolhas segundo a sua livre determinação. Isso também significa “reduzir alguém a condição análoga à de escravo”*. Não é qualquer violação dos direitos trabalhistas que configura trabalho escravo. *Se a violação aos direitos do trabalho é intensa e persistente, se atinge níveis gritantes e se os trabalhadores são submetidos a trabalhos forçados, jornadas exaustivas ou a condições degradantes de trabalho, é possível, em tese, o enquadramento no crime do art. 149 do Código Penal*, pois os trabalhadores estão recebendo o tratamento análogo ao de escravos, sendo privados de sua liberdade e de sua dignidade. [...] ¹³⁷ (grifos nossos).

Trata-se, acima, da pior forma de violação ao Direito ao Lazer, uma vez que não há espaço sequer para o tempo livre, para o descanso.

¹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inq 3412*. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 29/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-222, publicado em 12/11/2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

4.4.1.2 Práticas inibitórias

Não se pode ser indiferente às práticas inibitórias de exercício de direito fundamental. A Constituição possui dispositivo que reforça essa teoria:

Art. 60. [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda *tendente a abolir*: [...] IV - os direitos e garantias individuais¹³⁸ (grifo nosso).

A Constituição não proíbe apenas a abolição de direitos individuais, mas também o que tende a aboli-la. Não existem expressões inúteis na Constituição: se uma emenda constitucional não o permite, tampouco o empregador o poderá.

Um exemplo que se adequa a esse grupo específico de ofensa ao Direito ao Lazer pode ser identificado naquela abordada no capítulo anterior: quando a empresa preenche o requerimento de conversão de um terço das férias em abono. A parcela das férias não gozadas em virtude dessa prática inibitória (coação), por analogia, deve ser remunerada em dobro, da mesma forma prevista no art. 137 da CLT (férias gozadas após o período concessivo). Se for uma prática institucionalizada, não há dúvida de que se trata de caso de competência do Ministério Público do Trabalho (MPT), em razão do dano coletivo.

Outro ilícito que inibe a prática do lazer é a instalação de “escutas” na área de lazer, já que o empregado não se sentiria livre, desconectado das obrigações do seu trabalho, como deveria se sentir na utilização do seu tempo livre em tais ambientes, desnaturalizando o propósito da área de lazer. O TST manteve a indenização em caso como o descrito acima:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSTALAÇÃO DE ESCUTAS NA ÁREA DE LAZER DOS EMPREGADOS. QUANTUM INDENIZATÓRIO. DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO. Não há na legislação

¹³⁸ BRASIL. *Constituição da República*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 jun. 2016.

pátria delineamento do quantum a ser fixado a título de dano moral. Caberá ao juiz fixá-lo, equitativamente, sem se afastar da máxima cautela e sopesando todo o conjunto probatório constante dos autos. A lacuna legislativa na seara laboral quanto aos critérios para fixação leva o julgador a lançar mão do princípio da razoabilidade, cujo corolário é o princípio da proporcionalidade, pelo qual se estabelece a relação de equivalência entre a gravidade da lesão e o valor monetário da indenização imposta, de modo que possa propiciar a certeza de que o ato ofensor não fique impune e servir de desestímulo a práticas inadequadas aos parâmetros da lei. De todo modo, é oportuno registrar que a jurisprudência desta Corte vem se direcionando no sentido de rever o valor fixado nas instâncias ordinárias a título de indenização apenas para reprimir valores estratosféricos ou excessivamente módicos, o que não se verifica na hipótese, já que o valor arbitrado pelo Tribunal Regional a título de indenização por danos morais - R\$ 3.000,00 (três mil reais), pautou-se em parâmetros razoáveis, como a intensidade do sofrimento, a gravidade da lesão, o grau de culpa do ofensor e a sua condição econômica, o não enriquecimento indevido da vítima e o caráter pedagógico da medida. Assim, não há como assegurar o processamento do recurso de revista quando o agravo de instrumento interposto não desconstitui a decisão denegatória, que subsiste por seus próprios fundamentos. Agravo de instrumento desprovido¹³⁹ (grifos nossos).

Práticas inibitórias são ações ou omissões do empregador que, de forma ilícita, como coação, visam direta ou indiretamente inibir o uso pleno do Direito ao Lazer.

4.4.1.3 Abuso de direito

A maioria das ofensas ao Direito ao Lazer, ou, pelo menos, as mais nítidas, decorre de atos ilícitos comuns, isto é, de práticas proibidas pela legislação. Ocorre que há casos em que as ofensas estão camufladas de exercício de direito do empregador. Disso deriva a importância de realçar esse grupo particular de ofensas ao Direito ao Lazer. O art. 187 do Código Civil aborda o abuso de direito:

¹³⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *AI RR - 36-55.2012.5.11.0013*, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 15/05/2013, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/05/2013. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, *excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social*, pela boa-fé ou pelos bons costumes¹⁴⁰ (grifo nosso).

Isso significa que o empregador, apesar de ser titular de direitos, não poderá utilizá-los com finalidade outra que não aquelas impostas pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (não quaisquer costumes, vale ressaltar).

O abuso de direito, como o nome já indica, decorre do exercício de um direito, não de um ilícito por natureza. O ilícito irá ocorrer apenas quando exceder “os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. **Abuso de direito é o exercício do poder diretivo do empregador que, excedendo os limites que o fundamentam, fere o Direito ao Lazer.**

Tal é o caso do empregador que se utiliza do art. 62, isto é, do fato de que determinado empregado não possua controle de jornada para impor uma jornada para além dos limites razoáveis. Ou quando o empregador modifica a jornada do empregado ou impõe determinada data de férias com o único objetivo de impedir que ele faça certa atividade em seu tempo de lazer. O empregador tem o direito de alterar a jornada do empregado, porém, quando ultrapassa os limites impostos pelo seu fim social, estará cometendo abuso de direito - no caso, ferindo o Direito ao Lazer. O TST tem decidido, inclusive, nos casos de empregos com turnos ininterruptos de revezamento:

[...] TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO. ALTERNÂNCIA DE TURNOS MENSAL. CONFIGURAÇÃO. *A mudança de turnos de trabalho, ainda que operada mensalmente, acarreta prejuízos à saúde física e mental do trabalhador*, desajustando o seu relógio biológico, em decorrência das alterações em seus horários de repouso, alimentação, *lazer*, etc. O que de fato importa é o prejuízo à higidez física e mental do trabalhador, e não a periodicidade da alternância. [...] ¹⁴¹ (grifos nossos).

¹⁴⁰ Idem. *Lei n. 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 17 out. 2016.

¹⁴¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 465-95.2011.5.03.0072, Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 14/09/2016, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 16/09/2016. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

Portanto, quando o empregador estiver no exercício de seu direito, ainda assim, não poderá se desviar do seu fim econômico e social, sob pena de configurar o ilícito chamado de abuso de direito.

4.5 DO CABIMENTO DE INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA AO DANO EXTRAPATRIMONIAL CAUSADO

Uma vez estabelecido que quem comete tais atos ilícitos ofende o Direito ao Lazer, cabe citar o Código Civil para tratar das suas consequências:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.¹⁴²

A reparação não pode ser o pagamento de horas extras, afinal, tal pagamento advém da remuneração do trabalho. O que está em jogo é a ofensa ao direito de ter tempo livre dedicado para si. Em outras palavras, a ofensa ao Direito ao Lazer não se configura pela falta de pagamento de horas extras, inclusive, porque a remuneração se refere à contraprestação ao trabalho realizado. O Direito ao Lazer, como já foi intensamente abordado por nós, é exatamente o contrário de trabalho realizado. Como se trata de um direito extrapatrimonial, deve ser reparado por meio de indenização por danos morais. Otávio Calvet segue na mesma linha:

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 manter sua dignidade.

¹⁴² Ibidem.

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 n. 45, de 31 de dezembro de 2004, tendo, portanto, *natureza indenizatória* (CALVET, 2006, sem paginação, grifos nossos).

Dessa forma, pode-se concluir que, no exemplo da prática de jornada excessiva, da prática inibitória ou do abuso de direito, que impedem a fruição do Direito ao Lazer, cabe a reparação pela lesão correlata sofrida, mensurando-se o valor dessa indenização, de cunho moral, pelas circunstâncias que envolverem cada caso concreto. Não se confunde a indenização por danos morais, por exemplo, com a remuneração pela jornada excessiva (acrescida de 100%) e com outras sanções já abordadas neste capítulo.

Como foi dito, o Direito ao Lazer concorre com outros direitos fundamentais: jornada excessiva é remunerada em valor superior à jornada extraordinária, que, por sua vez, é remunerada em valor superior à jornada normal. Todo trabalho realizado deve, portanto, ser remunerado. E, quando o trabalho impede, de forma ilícita, a fruição do Direito ao Lazer, além da sua remuneração, gera-se dano moral (trabalho realizado remunerado e lazer não gozado indenizado). Não se trata, então, de *bis in idem*, pois a remuneração se refere ao trabalho e a indenização por danos morais se refere ao lazer. Considerando que o Direito ao Lazer se manifesta, sobretudo, na incidência de direitos fundamentais concorrentes, não será o simples descumprimento deles que irá ofender o Direito ao Lazer capaz de gerar danos morais indenizáveis. O TST possui decisão que auxilia bastante no esclarecimento da questão:

RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. DIREITO AO LAZER E AO CONVÍVIO SOCIAL. RESTRIÇÃO 1. Dano moral trabalhista é o agravo ou o constrangimento moral infligido quer ao empregado, quer ao empregador, mediante a violação grave de direitos humanos fundamentais, ínsitos à personalidade, como consequência da relação de emprego. 2. *O dano moral trabalhista não coincide, necessariamente, com a prática de qualquer infração*

da legislação trabalhista, seja porque a própria legislação conta com medidas punitivas e reparadoras de seu descumprimento, seja porque, a não ser assim, banaliza-se o instituto, retirando-lhe seriedade científica no campo trabalhista. 3. A lesão moral decorrente de violação do direito ao lazer supõe um regime de trabalho que implique **privação reiterada e sistemática** do descanso semanal, por muitos meses a fio. Não tipifica violação do direito ao lazer a restrição ao gozo em algumas semanas de alguns poucos meses ao ano, máxime se há algumas folgas compensatórias posteriores ou de forma concentrada. *Não a caracteriza também a prestação em si de horas extras habituais, devidamente pagas, se não demonstrada a ilegalidade da exigência patronal e o caráter extenuante da jornada, ao ponto de comprometer o direito ao lazer.* 4. Decisão regional proferida em desconformidade com a iterativa, notória e atual jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (Súmula nº 333 do TST). 5. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento para excluir da condenação o pagamento de indenização por dano moral¹⁴³ (grifos nossos).

Quando o TST afirma que “a própria legislação conta com medidas punitivas e reparadoras de seu descumprimento”, o Tribunal se refere às hipóteses de pagamento em dobro, por exemplo, já apontadas neste trabalho. A crítica que se faz, mais uma vez, às decisões do TST é endereçada à sua indiferença quanto à prorrogação de jornada habitual, completamente contrária ao Direito ao Lazer. Em outras palavras, o TST ainda aplica o art. 59 da CLT. Aplicando-se a CLT conforme a interpretação defendida aqui, só será cabível indenização por dano moral caso seja uma privação reiterada e sistemática. No entanto, não se impede o dever de pagar com o acréscimo de 100% em todos os casos de prorrogação de jornada não compatíveis com a atual ordem constitucional, como aqueles previstos no *caput* do art. 59 da CLT.

4.5.1 Direito ao Lazer e o Dano Existencial

A ofensa ao Direito ao Lazer pode gerar dano existencial. É possível sustentar tal afirmação ao se analisar o conceito de dano existencial de Flaviana Soares (2009, p. 44-45):

¹⁴³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 7880-65.2012.5.12.0001, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 10/06/2015, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/06/2015. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

O dano existencial é a *lesão ao complexo de relações que auxiliam no desenvolvimento normal da personalidade* do sujeito, abrangendo a ordem pessoal ou a ordem social. É uma *afetação negativa*, total ou parcial, permanente ou temporária, seja a *uma atividade, seja a um conjunto de atividade* que a vítima do dano, normalmente, tinha como incorporado ao seu cotidiano e que, em razão do efeito lesivo, precisou modificar em sua forma de realização, ou mesmo suprimir de sua rotina. [...] Por outro lado, é possível dizer que *o dano existencial possui um aspecto de 'potencialidade', para abranger não apenas as atividades que, efetivamente, foram perdidas ou comprometidas pela pessoa, mas também aquelas que, razoavelmente, a pessoa poderia desenvolver, segundo as regras de experiência* (grifos nossos).

Dano existencial é uma lesão ao complexo de relações ou de atividades que estão ou poderão ser incorporadas ao cotidiano do indivíduo, ligadas ao desenvolvimento de sua personalidade. Ora, o lazer mantém, de fato, forte vínculo com esse conceito, visto que se trata de uma prática cultural ativa que visa ao desenvolvimento da personalidade do indivíduo.

O TST tem seguido a mesma linha de raciocínio, conforme se demonstra na decisão abaixo, em que jornadas exaustivas causam dano *in re ipsa* (presumido):

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. JORNADA EXAUSTIVA. 12 (DOZE) HORAS DIÁRIAS DE TRABALHO DANO MORAL IN RE IPSA. PRESUNÇÃO HOMINIS. A controvérsia cinge-se à caracterização ou não do dano moral no caso de jornada exaustiva. [...]. Esta Corte, no entanto, tem entendido que *a submissão habitual dos trabalhadores à jornada excessiva de labor ocasiona-lhes dano existencial*, modalidade de dano imaterial e extrapatrimonial, em que os empregados sofrem limitações em sua vida pessoal, por força de conduta ilícita praticada pelo empregador, exatamente como na hipótese dos autos, *importando em confisco irreversível de tempo que poderia legitimamente destinar ao descanso, convívio familiar, lazer, estudos, reciclagem profissional e tantas outras situações, para não falar em recomposição de suas forças físicas e mentais naturalmente desgastadas por sua prestação de trabalho.* [...]. Assim, fica

comprovada a reprovável conduta patronal, com a *prática de abuso do poder diretivo ao exigir jornadas exaustivas de trabalho e restrição dos direitos ao descanso e lazer*, com óbvias consequências à saúde do obreiro, que se via na contingência de ter que produzir sem poder refazer as energias dispendidas, resultaram ofensa aos direitos humanos fundamentais, atingindo-se a dignidade, a liberdade e o patrimônio moral da demandante, o que resulta a obrigação legal de reparar. [...] sendo extremamente fácil inferir o dano causado à autora, *em razão de a reclamada ter flagrantemente desobedecido as regras de limitação da jornada, o que afastou o direito social ao lazer, previsto no art. 6º, caput, da Constituição Federal. Ressalta-se a máxima “o extraordinário se prova e o ordinário se presume”*. Portanto, o ato ilícito praticado pela reclamada acarreta dano moral *in re ipsa*, que dispensa comprovação da existência e da extensão, sendo presumível em razão do fato danoso. Recurso de revista conhecido e provido [...]¹⁴⁴ (grifos nossos).

Impedir a fruição do Direito ao Lazer gera, de fato, dano existencial, pois o lazer é uma atividade atrelada ao desenvolvimento normal da personalidade. Soares (2009, p. 47) confirma essa hipótese:

O dano existencial pode atingir setores distintos: a) atividades biológicas de subsistência; b) relações afetivo-familiares; c) relações sociais; d) atividades culturais e religiosas; e) atividades recreativas e outras atividades realizadoras, porque qualquer pessoa tem o direito à serenidade familiar, à salubridade do ambiente, à tranquilidade no desenvolvimento das tarefas profissionais, ou de lazer, etc. (grifos nossos).

Não apenas confirma a hipótese como qualifica como dano existencial a implantação de jornada excessiva na relação de emprego, eliminando qualquer dúvida sobre a relação entre a ofensa ao Direito ao Lazer e o dano existencial:

Na esfera do direito do trabalho, o dano existencial também pode estar presente, quando se constata o trabalho em condição

¹⁴⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 57-40.2014.5.23.0041, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 09/11/2016, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 11/11/2016. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

degradante ou análoga à de ‘escravo’, no qual o ‘empregador’ coage o ‘empregado’ a realizar tarefas em condições subumanas, no tocante ao horário [...] (SOARES, 2009, p. 75, grifos nossos).

Portanto, cabe indenização pelos danos existenciais causados pela ofensa ao direito fundamental ao lazer. Tal valor deve ser mensurado de acordo com o caso concreto, como qualquer outra indenização envolvendo direito extrapatrimonial.

4.5.2 Diferenças entre o Dano Existencial e o Dano Moral Puro

Flaviana Soares aponta ainda o problema do uso indistinto do “dano moral” para fazer referência a todos os danos imateriais:

[...] a contradição entre a constituição semântica literal da expressão “dano moral” e o conteúdo dos danos que não estavam relacionados ao ânimo da pessoa, mas que afetavam interesses materiais seus, era evidente e denunciava a incompatibilidade conceitual entre ambos (SOARES, 2009, p. 98).

O conceito de dano moral se vincula à esfera subjetiva e íntima da pessoa, ou seja, ao sentimento do indivíduo: sofrimento, angústia, abatimento, etc. O dano moral não tem a consequência direta de afetar o cotidiano da pessoa, não obstante a possibilidade de tornar mais penosa a prática de determinados atos, pois quem sofre não possui as mesmas condições da mesma maneira de quem não sofre (p. 99). Por esse motivo, Soares (2009, p. 99) diferencia dano existencial de dano moral puro:

Destarte, o dano existencial difere do dano moral, propriamente dito, porque o primeiro está caracterizado em todas as alterações nocivas na vida cotidiana da vítima, em todos os seus componentes relacionais (impossibilidade de agir, interagir, executar tarefas relacionadas às suas necessidades básicas, tais como cuidar da própria higiene, da casa, dos familiares, falar, caminhar etc.), enquanto o segundo pertence à esfera interior da pessoa.

Dano existencial é aquele que afeta diretamente o cotidiano da pessoa. Já o dano moral afeta a esfera íntima e subjetiva da pessoa. A distinção é importante. Pelos julgados citados no trabalho, nota-se que o dano moral é usado como sinônimo de dano imaterial/extrapatrimonial, quando se trata, na verdade, de uma espécie desse gênero.

4.5.3 Do Dano Extrapatrimonial após a Reforma Trabalhista

Esta obra optou pela análise separada das normas antes e depois da reforma para facilitar o estudo e sua aplicação. A Lei nº 13.467, de 2017, conhecida como a “Reforma Trabalhista”, finalmente incluiu o lazer como um bem jurídico que gera efeitos extrapatrimoniais e indica os responsáveis pelo dano:

TÍTULO II-A

DO DANO EXTRAPATRIMONIAL

Art. 223-C. A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física. [...]

Art. 223-E. São responsáveis pelo dano extrapatrimonial todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou da omissão. [...] ¹⁴⁵

Inova, também, ao indicar o que o juízo deve considerar ao apreciar o pedido de indenização por danos extrapatrimoniais:

Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará:

- I - a natureza do bem jurídico tutelado;
- II - a intensidade do sofrimento ou da humilhação;
- III - a possibilidade de superação física ou psicológica;
- IV - os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão;
- V - a extensão e a duração dos efeitos da ofensa;
- VI - as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral;
- VII - o grau de dolo ou culpa;

¹⁴⁵ Idem. *Decreto-lei n. 5.452*, de 1º de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 09 out. 2018.

- VIII - a ocorrência de retratação espontânea;
- IX - o esforço efetivo para minimizar a ofensa;
- X - o perdão, tácito ou expresso;
- XI - a situação social e econômica das partes envolvidas;
- XII - o grau de publicidade da ofensa¹⁴⁶.

O que não parece ser muito justo são os parâmetros para fixar o valor da indenização, pois quanto mais pobre for o empregado menos ganhará de indenização por danos morais. O mesmo fato, na mesma empresa, no mesmo setor, a mesma ofensa terá indenização diferente pelo critério salarial, considerando que um empregado que menos ganha, em certa medida, é mais hipossuficiente na relação jurídica. Esta inclusão na Reforma Trabalhista, em uma análise superficial, aparenta ser inconstitucional, por ferir o princípio da igualdade:

§ 1o Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

- I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;
- II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;
- III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;
- IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

[...]

§ 3o Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização¹⁴⁷.

Ao menos, como se observa acima, há dispositivo que desestimula a reincidência.

¹⁴⁶ Ibidem.

¹⁴⁷ Ibidem.

CONCLUSÕES

A primazia do trabalho (ou a forma atual de trabalho) não atende às necessidades do ser humano e, curiosamente, do próprio mercado. As práticas laborais, as leis trabalhistas, as decisões judiciais, há tempos, não correspondem a certos paradigmas que têm ganhado força crescente. O Direito ao Lazer é o paradigma emergente capaz de gerar a revolução científica no Direito do Trabalho.

Para essa revolução científica ocorrer, é preciso uma mudança estrutural dos conceitos, dos princípios e da visão de mundo - um estudo transdisciplinar que reformule essas três bases. O giro copernicano da transdisciplinaridade consiste em introduzir, como centro dos estudos, a condição humana. A consequência da transdisciplinaridade é perceber que é mais valiosa uma mudança de visão sobre o lazer do que o acúmulo cego e ineficaz de mais conhecimentos sobre o tema.

Conforme se argumentou, não importa onde esteja ou o que faça, o indivíduo é sempre um ser condicionado, inclusive, autocondicionado. Este autocondicionamento é exteriorizado através do que se denominou de *homo ludens*, uma definição do humano baseada na identificação de algo inseparável dele: o instinto do jogo. É no jogo e pelo jogo que a civilização surge e se desenvolve: a lei, a ciência, a arte, a guerra, a política, a filosofia, dentre outras, são todas nutridas pelo instinto do jogo. A cultura é um jogo: faz-se no jogo e pelo jogo.

Esse conceito amplo de jogo possui quatro características centrais: é livre (ou busca, dentro dele, libertar-se ou sentir-se livre), evasivo, possui limites determinados e cria ordem (e é ordem). Um exemplo de jogo, no sentido amplo, contendo também muita seriedade, pode ser identificado no próprio processo judicial: há uma imersão temporária em um universo artificial com regras e jogadores.

Para compreender como o ser humano se tornou escravo do trabalho, ou mercadoria, é preciso relacionar a condição humana de ser autocondicionante com as estruturas de dominação. O atributo intelectual das revoluções sempre ocorre antes da mudança ritualística, porque o “sacerdote oficial da época” acredita que basta a manutenção (ainda que esvaziada do dogma) dos velhos rituais para manter a “sua religião”.

Os novos valores trazidos pelo protestantismo foram fundamentais para o surgimento do sistema capitalista e, portanto, do que foi dele derivado. O trabalho passa a ser o novo sacrifício oferecido para este novo deus, tal qual os alimentos sacramentados pelo culto oferecidos aos ascendentes mortos na Antiguidade greco-romana. O trabalho, portanto, passaria a ter o caráter de um dever religioso. É este dever que irá justificar a sua glorificação. A alegria do mundo concreto, ainda que sob o aspecto materialista, ocorre por conta da nova convicção: o mundo presente como instrumento positivo da graça divina. A parábola bíblica do servo que foi punido por não ter feito frutificar a moeda que lhe fora confiada exerce grande influência, pois fundamenta tal postura. Não só isso: o mais importante é que não apenas liberou a acumulação, como foi além, tornando-a um dever (algo querido por Deus).

A tendência natural do capitalismo desenfreado é o aumento da jornada de trabalho, que, em um certo momento, inevitavelmente, gerará resistência operária. Se o aumento da jornada impede o tempo livre, a limitação de jornada, por si só, também não liberta a mente humana.

Toda essa conjuntura (tempo livre alienado) implica um lazer moribundo, pois o tempo livre é exclusivamente dedicado a restabelecer a força de trabalho; ou seja, o tempo livre, nesse sentido, faz parte do processo de produção de capital.

É preciso ressaltar, também, que a luta de classes é o próprio capitalismo: o resultado dela jamais irá superá-lo, uma vez que se trata de sua própria natureza.

No capitalismo, o trabalho social não constitui somente o objeto de dominação e exploração, mas é, ele próprio, o terreno de dominação. Apesar do capitalismo ser um modo de produção de dominação de classe, tal dominação ocorre em função de uma forma superior estrutural de dominação. É o próprio trabalho, no capitalismo, que gera a estrutura que domina. Essa dominação reflexiva autogerada é a alienação.

Foi exatamente o papel deste livro dar novo significado ao trabalho, usando o lazer como parâmetro. Marx coloca, inclusive, a estruturação do lazer como um dos fatores para a atribuição de novo significado à vida social em geral. Para Marx, portanto, é necessário dar um caráter positivo ao tempo libertado das forças produtivas, o qual carrega, no capitalismo, um caráter negativo, sendo visto como tempo supérfluo.

O lazer pode ser definido como uma atividade cultural ativa vivenciada no tempo livre das obrigações institucionais, visando, via de regra, ao prazer, à transformação social e ao desenvolvimento pessoal.

A fim de aplicar com maior rigor técnico o direito fundamental social ao lazer, a obra rompeu com a teoria dimensional, adotando a Teoria Emancipatória (aquela que tem por base a premissa de que todos os direitos são abrangidos pelo direito de liberdade). Na teoria emancipatória, as “dimensões” são “atributos” de todos os direitos fundamentais. Foram identificados três atributos: não interventivo, interventivo e transindividual. É possível deduzir, assim, por trás de um Estado Social Democrático de Direito, um verdadeiro Estado Emancipador.

A perspectiva objetiva do direito fundamental social ao lazer fundamenta o tema principal deste livro: sendo direito fundamental, irá irradiar seus valores por todo o ordenamento, incidindo na interpretação das normas infraconstitucionais, no caso, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Mesmo quando o Direito ao Lazer não é mencionado expressamente no dispositivo legal a ser aplicado, seus valores irão influenciar o resultado de sua interpretação e aplicação. Quanto à

perspectiva subjetiva, trata-se da possibilidade que o titular do direito fundamental tem de impor, judicialmente, seu interesse perante o destinatário.

Segundo o art. 6º da CRFB/88, o lazer constitui um direito fundamental social. Contudo, o lazer só assim o será “na forma desta Constituição”. Ou seja, o conceito do lazer deve observar todo o sistema constitucional para que seja possível qualificá-lo como direito fundamental. O Sistema Constitucional do Direito ao Lazer é a Constituição sob a perspectiva das normas que se relacionam, direta ou indiretamente, com o Direito ao Lazer, determinando, inclusive, o seu conceito juridicamente adequado e auxiliando na identificação de sua incidência no caso concreto.

Direito à desconexão é direito ao tempo livre das obrigações impostas pelo empregador. A desconexão é condição para o lazer, mas não se confundem. São exemplos perfeitos de direitos fundamentais concorrentes. O Direito ao Lazer é, por seu turno, um direito fundamental social que assegura a prática de atividades culturais ativas vivenciadas no tempo livre das obrigações institucionais, visando, via de regra, ao prazer, à transformação social e ao desenvolvimento pessoal. Nesse sentido, o atributo do lazer de maior interferência sobre a pesquisa foi aquele normalmente não reconhecido por quem define os direitos sociais apenas como direitos de cunho intervencionista: i.e., o atributo não intervencionista.

Como a maior parte da CLT é pré-constitucional, abordou-se a questão da novação legislativa – definida assim quando leis velhas (pré-constitucionais) são aproveitadas (caso compatíveis) na (re)criação de novas leis, no novo ordenamento instalado. Nessa nova relação de (in)compatibilidade, a norma pré-constitucional se torna o objeto, e a Constituição atual, o parâmetro. Esse objeto é reinterpretado sob a ótica do novo ordenamento. Tal é o fenômeno de novação ou de não novação legislativa, baseado na produção de norma jurídica a partir de suportes físicos pré-constitucionais, visando sempre à completude e à coesão do ordenamento jurídico vigente. As normas, incluindo as pré-

constitucionais, gozam de presunção de constitucionalidade até decisão judicial posterior.

Portanto, o Direito ao Lazer pode e deve ser aplicado como parâmetro de novação legislativa, para além do controle de constitucionalidade de normas pós-constitucionais. O resultado da aplicação, apesar de não exaustivo, foi vasto, demonstrando confirmação positiva da hipótese trazida no início deste livro.

A obrigação de permanecer sempre conectado a instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado deve ser considerada sempre como sobreaviso, devendo remunerar o trabalhador como horário normal de trabalho ou, caso extrapolada a jornada ordinária, com o respectivo adicional. Apenas o simples fornecimento de tais equipamentos não será, por si só, considerado sobreaviso, nos termos do inciso I da Súmula 428 do TST.

Se o empregado pretende provar suas alegações através da folha de ponto e se o empregador, que possui o dever de apresentá-lo por ter mais de dez trabalhadores em seu estabelecimento, recusar-se a apresentá-lo, o juiz tem o dever de considerar os fatos alegados como verdadeiros. Por conseguinte, somente o empregado poderá provar por outros meios a jornada de trabalho, a fim de refutar o registro apresentado pelo empregador.

Os minutos que antecedem à marcação, nos casos em que o empregado já se encontra na empresa, devem ser interpretados como tempo à disposição do empregador, e não como momentos de lazer.

Quanto às horas extras, o *caput* do art. 59 possui o vício da não novação diante da atual Constituição. O acordo de compensação de horários deve respeitar o limite mensal, bem como a escolha livre e prévia do empregado, desde que respeitada a necessidade imperiosa da empresa, nos termos do art. 61.

A falta de controle de jornada não pode ser interpretada como liberdade para trabalhar além dos limites constitucionais: é preciso limitar a jornada para assegurar o tempo livre, que interfere na saúde e no lazer, por exemplo. Apenas dispensa o controle de jornada, não o abuso ou o excesso de jornada. Portanto, o art. 62 deve ser aplicado em raríssimos

casos, nos quais o controle é comprovadamente impossível de ser aplicado e apenas nos dias em que ocorra tal impedimento. E chegou-se à conclusão também que se poderia estipular, via acordo ou convenção coletiva, a faculdade do empregado estender seu intervalo até certo limite.

As férias, apesar de serem conferidas pelo empregador, devem permitir uma negociação do período de gozo com o empregado, buscando adequar as necessidades dos dois lados. O empregado também terá a liberdade de decidir sobre o seu fracionamento, ainda que deva negociar com o empregador as datas que melhor atendem aos interesses de ambos. Em relação à “faculdade do empregado” de optar pela conversão em abono de dez dias, deve ser interpretado em sua máxima eficácia, uma vez que colocar seu tempo livre à venda constitui algo muito grave. Ao invés de converter em abono pecuniário, poder-se-ia converter um terço das férias em folga.

Todo trabalhador tem direito a, pelo menos, três repousos semanais no domingo, a fim de prevalecer o mandamento constitucional.

A Reforma Trabalhista, na questão específica do Direito ao Lazer, trouxe inovações positivas para a questão, mas pecou por não revogar os trechos claramente inconstitucionais. A Lei de Liberdade Econômica ampliou a margem do empregador para não necessitar do controle de jornada.

Diante de tudo o que foi exposto, parece evidente que há também preferências entre os direitos ligados à limitação de jornada, sob o parâmetro do Direito ao Lazer.

Jornada excessiva é aquela jornada que viola o Direito ao Lazer, portanto, um ato ilícito que causa dano ao trabalhador. Na realização de jornada excessiva, esse período será remunerado com acréscimo de 100%, por se tratar de sanção por prorrogação ilegal de jornada.

Práticas inibitórias são ações ou omissões do empregador que, de forma ilícita, como coação, visam, direta ou indiretamente, inibir o uso pleno do Direito ao Lazer.

Abuso de direito constitui o exercício do poder diretivo do empregador que, excedendo os limites que o fundamentam, fere o Direito ao Lazer.

Dano existencial configura uma lesão ao complexo de relações ou de atividades que estão ou poderão ser incorporadas ao cotidiano do indivíduo, ligadas ao desenvolvimento de sua personalidade.

O Direito ao Lazer, portanto, da forma como foi trabalhado neste livro, mostrou-se ser um paradigma reinterpretativo emergente capaz de adaptar o ordenamento jurídico às atuais demandas do mercado e, ainda mais importante, de conceder maior liberdade individual a todos os indivíduos.

REFERÊNCIAS

ABUD, Cláudia José. *Jornada de trabalho e a compensação de horários*. São Paulo: Atlas, 2008.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ALMEIDA, Almiro Eduardo de; SEVERO, Valdete Souto. *Direito à desconexão nas relações de trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTR, 2016.

ALVES JR., Edmundo de Drummond; MELO, Victor Andrade de. *Introdução ao lazer*. 2. ed. revisada e atualizada. Barueri: Manole, 2012. Disponível em: http://www.amazon.com.br/Introdu%C3%A7%C3%A3o-lazer-Edmundo-Drummond-Alves-ebook/dp/B00MFXQAPY/ref=sr_1_1_twi_1_kin?ie=UTF8&qid=1429663826&sr=8-1&keywords=introdu%C3%A7%C3%A3o+ao+lazer. Acesso em: 26 abr. 2015. Versão digital consultada, sem paginação.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. Revisão técnica e apresentação de Adriano Correia. 12. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Edson Bini. 3. ed. Bauru, SP: Edipro, 2013.

ARISTÓTELES. *A Política*. Tradução de Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Escala, 2007.

BARZOTTO, Luciane Cardoso. *Direitos humanos e trabalhadores: atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho e os limites do Direito Internacional do Trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BÍBLIA. *Antigo Testamento*. Tradução de João Ferreira de Almeida. Disponível em: <http://www.bibliaonline.com.br/acf/gn/3?verse=19>. Acesso em: 03 maio 2015.

BÍBLIA. *Novo Testamento*. Tradução de João Ferreira de Almeida. Disponível em: <https://www.bibliaonline.com.br/acf/mc/2/27+>. Acesso em: 03 jul. 2016.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 jun. 2016.

BRASIL. Decreto n. 3.197, de 5 de outubro de 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3197.htm. Acesso em: 04 dez. 2016.

BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 09 out. 2010.

BRASIL. Lei n. 12.761, de 27 de dezembro de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Lei/L12761.htm. Acesso em: 09 out. 2016.

BRASIL. *Lei n. 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 04 dez. 2016.

BRASIL. *Lei n. 605*, de 5 de janeiro de 1949. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0605.htm. Acesso em: 17 out. 2016.

BRASIL. *Lei n. 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 17 out. 2016.

BRASIL. *Lei n. 13.467*, de 13 de julho de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm. Acesso em: 10 set. 2019.

BRASIL. *Lei n. 13.874*, de 20 de setembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13874.htm. Acesso em: 14 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1950*. Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 03/11/2005, DJ 02-06-2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inq 3412*, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 29/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-222, publicado em 12-11-2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. *Processo 0000116-39.2012.5.05.0028* RecOrd, Origem SAMP, ac. nº 148089/2013, Relator Desembargador ESEQUIAS DE OLIVEIRA, 5. TURMA, DJ 24/05/2013. Disponível em: <http://www.trt5.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. *Processo 0001841-10.2013.5.05.0196* RecOrd, Origem SAMP, ac. nº 273178/2016, Relator Desembargador EDILTON MEIRELES, 1ª. TURMA, DJ 09/12/2015. Disponível em: <http://www.trt5.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *AIRR - 106240-53.2004.5.15.0091*, Relator Juiz Convocado: Ricardo Alencar Machado, Data de Julgamento: 27/06/2007, 3ª Turma, Data de Publicação: DJ 17/08/2007. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *AIRR - 36-55.2012.5.11.0013*, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 15/05/2013, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/05/2013. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *ARR - 5383-25.2012.5.12.0051*, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 18/11/2015, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 27/11/2015. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *E-ED-RR - 176700-45.2005.5.02.0462*, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 12/08/2009, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/08/2009. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *E-RR - 51000-56.2006.5.12.0006*, Redatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Julgamento: 19/05/2008, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 26/06/2009. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Orientação Jurisprudencial 355*. DJ 14.03.2008. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Res. 185/2012*, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 - republicada em decorrência do despacho proferido no processo TST-PA-504.280/2012.2 - DEJT divulgado em 26.11.2012. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *RR - 1074-02.2013.5.04.0292*, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 07/10/2015, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 16/10/2015. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *RR - 141-38.2010.5.09.0666*, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 14/09/2016, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/09/2016. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *RR - 159000-19.2003.5.04.0382*, Relator Ministro: José Simpliciano Fontes de F. Fernandes, Data de Julgamento: 11/03/2009, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 27/03/2009. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 1595500-61.2002.5.03.0900, Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Julgamento: 15/03/2006, 3ª Turma, Data de Publicação: DJ 05/05/2006. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 1701-47.2012.5.01.0058, Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 19/10/2016, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/10/2016. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 2401-90.2013.5.02.0371, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 09/11/2016, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 11/11/2016. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 39300-97.2008.5.01.0013, Relatora Ministra: Maria Helena Mallmann, Data de Julgamento: 12/08/2015, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/08/2015. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 4100-25.2009.5.12.0001, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 26/08/2015, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/08/2015. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 465-95.2011.5.03.0072, Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 14/09/2016, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 16/09/2016. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 57-40.2014.5.23.0041, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 09/11/2016, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 11/11/2016. Disponível em: <http://www.tst.jus.b>. Acesso em: 16 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 63340-85.2006.5.02.0046, Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 18/09/2013, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 27/09/2013. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 760-09.2011.5.04.0007, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 16/10/2013, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 25/10/2013. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 7880-65.2012.5.12.0001, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 10/06/2015, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/06/2015. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula 110*. Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula 146*. Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula 338*. Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula 338*. Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula 366*. Res. 197/2015 - DEJT divulgado em 14, 15 e 18.05.2015. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula 428*. Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula 437*. Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 291*. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-291. Acesso em: 17 out. 2016.

BRASIL_. Tribunal Superior do Trabalho. RO 1671-31.2011.5.08.0000, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 19/02/2013, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/02/2013. Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Tribunais Regionais do Trabalho*: processos distribuídos por assunto. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/estatistica/trt/assuntos-mais-recorrentes>. Acesso em: 14 mar. 2021.

BRÊTAS, Angela. *Nem só de pão vive o homem*: criação e funcionamento do Serviço de Recreação Operária (1943-1945). Rio de Janeiro: Apicuri, 2010.

BRUHNS, Heloisa Turini (Org.). *Lazer e Ciências Sociais* – diálogos pertinentes. São Paulo: Chronos, 2002.

CALVET, Otávio Amaral. *Direito ao lazer nas relações de trabalho*. São Paulo: LTR, 2006. Disponível em: <http://www.ltreitoria.com.br/e-books/e-book-direito-ao-lazer-nas-relacoes-de-trabalho-3193-8.html>. Acesso em: 26 abr. 2015. Versão digital consultada, sem paginação.

CAMUS, Albert. *O Mito de Sísifo*. Tradução de Ari Roitman e Paulina Watch. 5. ed. Rio de Janeiro: BestBolso, 2014.

CONGRESSO MUNDIAL DE TRANSDISCIPLINARIDADE, 1., 1994, Convento de Arrábida (Portugal). *Anais [...]*. ANEXO A: Carta da Transdisciplinaridade. Disponível em: <http://caosmose.net/candido/unisinos/textos/textos/carta.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2014.

CORBIN, Alain. *História dos Tempos Livres*: o advento do lazer. Tradução de Telma Costa. Lisboa, Portugal: Teorema, 2001.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2003.

DANTAS, Miguel Calmon. *Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade*. São Paulo: Saraiva, 2009.

DE MASI, Domenico. *O ócio criativo*: entrevista a Maria Selena Palieri. Tradução de Léa Manzi. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

DEZEN JUNIOR, Gabriel. *Teoria Constitucional: interpretação, controle de constitucionalidade e outros temas*. Brasília: Ed. Vestcon, 2007.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS (DIEESE). *Reduzir a Jornada é Gerar Empregos*. São Paulo, dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.dieese.org.br/cartilha/2004/reduzirJornadaGerarEmprego.pdf>. Acesso em: 26 out. 2016.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DUMAZEDIER, Joffre. *Lazer e cultura popular*. Tradução de Maria de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Perspectiva, 1973.

DUMAZEDIER, Joffre. *A revolução cultural do tempo livre*. Tradução de Luiz Octávio de Lima Camargo. São Paulo: Studio Nobel: SESC, 1994.

DUMAZEDIER, Joffre. *Sociologia empírica do lazer*. Tradução de Silvia Mazza e J. Guinsburg. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 2008.

FERRARESI, Camilo Stangherlim. *O direito ao lazer da pessoa portadora de necessidades especiais na Constituição Federal*. São Paulo: Porto de Ideias, 2010.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

HÄBERLE, Peter. *Constituição e cultura – o direito ao feriado como elemento de identidade cultural do estado constitucional*. Tradução de Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HERANI, Renato Gugliano. *Controle de constitucionalidade das leis pré-constitucionais*. São Paulo: Método, 2010.

HUIZINGA, Johan. *Homo Ludens: o jogo como elemento da cultura*. Tradução de João Paulo Monteiro. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2012.

KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Tradução de Cléia Aparecida Martins e Bruno Nadai, Diego Kosbiau e Monique Hulshof. Petrópolis: Vozes, 2013. Disponível em: https://www.amazon.com.br/gp/product/B00GO85ZDY/ref=kinw_myk_ro_title. Acesso em: 26 jul. 2016. Versão digital consultada, sem paginação.

KLEIN, Mônica Monteiro. *Reduzir a jornada de trabalho para ajudar nosso planeta?* – reflexões sobre o uso do tempo, consumo e meio ambiente. São Paulo: Matrix, 2014.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

LUNARDI, Alexandre. *Função social do direito ao lazer nas relações de trabalho*. São Paulo: LTR, 2010.

MAFFESOLI, Michel. *O Instante Eterno: o retorno do trágico nas sociedades pós-modernas*. Tradução de Rogério de Almeida e Alexandre Dias. São Paulo: Zouk, 2003.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Do direito à desconexão do trabalho*. Disponível em: http://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/do_direito_%C3%A0_desconex%C3%A3o_do_trabalho.pdf. Acesso em: 03 dez. 2016.

MARCELLINO, Nelson Carvalho (Org.). *Lazer e Sociedade: múltiplas relações*. Campinas: Alínea, 2008.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARX, Karl. *O Capital*. Tradução de Ronaldo Alves Schmidt. 7. ed. resumida. Rio de Janeiro: LTC, 2014.

MELO, Victor Andrade (Org.). *Lazer – olhares disciplinares*. Campinas: Alínea, 2010.

MORIN, Edgar. *A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. Tradução de Eloá Jacobina. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

NIETZSCHE. *Humano, Demasiado Humano*. Tradução de Antonio Carlos Braga. 2. ed. São Paulo: Escala, 2013.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de (Coord.). *Direitos humanos e direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2010.

POSTONE, Moishe. *Tempo, trabalho e dominação social: uma reinterpretação da teoria crítica de Marx*. Tradução de Amilton Reis e Paulo César Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2014.

RUSSELL, Bertrand. *O elogio ao ócio*. Tradução de Pedro Jorgensen Júnior. 3. ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2002.

SANTANA, Marco Aurélio; RAMALHO, José Ricardo. *Sociologia do Trabalho: no mundo contemporâneo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. Disponível em: https://www.amazon.com.br/Sociologia-trabalho-contempor%C3%A2neo-Ci%C3%A2ncias-sociais-ebook/dp/B00901A2P0/ref=sr_1_2?s=digital-text&ie=UTF8&qid=1467516143&sr=1-2&keywords=sociologia+do+trabalho. Acesso em: 26 jul. 2016. Versão digital consultada, sem paginação.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Um discurso sobre as ciências na transição para uma ciência pós-moderna. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 2, n. 2, maio/ago. 1988. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-40141988000200007>. Acesso em: 24 out. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2004.

SPINOZA, Benedictus de. *Ética*. Tradução e notas de Tomaz Tadeu. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008.

WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. Tradução de José Marcos Mariani de Macedo. 14. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. *A concretização do direito fundamental ao lazer nas relações de emprego*. 2012. 238 f. Dissertação (Mestrado em Relações Sociais e Novos Direitos) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012.

ZENNI, Alessandro Severino Valler; RAFAEL, Marcia Cristina. *Remuneração e jornada de trabalho – temas atuais*. Curitiba: Juruá, 2009.