

ALEXANDRE LUNARDI

**A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO AO LAZER NAS RELAÇÕES DE  
TRABALHO**

UNIFIEO - Centro Universitário FIEO

Osasco

2008

ALEXANDRE LUNARDI

**A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO AO LAZER NAS RELAÇÕES DE  
TRABALHO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do UNIFIEO – Centro Universitário FIEO, para a obtenção do título de mestre em Direito, dentro da Linha de Pesquisa 1 "Direitos Fundamentais em sua Dimensão Material" e do Projeto 2 "A Tutela da Dignidade da Pessoa Humana perante a Ordem Política Social e Econômica"

Orientador: Prof. Dr. Domingos Sávio Zainaghi

Osasco

2008

ALEXANDRE LUNARDI

**A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO AO LAZER NAS RELAÇÕES DE  
TRABALHO**

Data: \_\_\_\_/\_\_\_\_/2008

**BANCA EXAMINADORA**

-----

-----

-----

## DEDICATÓRIA

Para meus pais Ariovaldo e Regina em retribuição aos anos de amor e de incentivo aos estudos, na esperança de sempre seguir os seus passos.

Ao meu querido irmão, que partilhou seus sonhos comigo e se tornou meu verdadeiro mestre.

Aos meus avós, Arnaldo, Guiomar, Nicolau e Maria, com muito, muito carinho, pela linda família da qual tenho tanto orgulho.

Aos amigos, pela alegria ter vocês como meus verdadeiros irmãos.

Para minha doce Nataly, que me ensinou a ser feliz, mostrando que existe alegria em cada momento do dia, em cada evento, em cada detalhe, dedico este trabalho e todo o meu eterno amor.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço de forma muito especial ao Orientador Dr. Domingos Sávio Zainaghi, que prontamente confiou e acreditou neste projeto desde o princípio, e com quem, por uma feliz surpresa, tive o privilégio de compartilhar da mesma amizade dividida com meus pais nos tempos da faculdade.

Aos Professores, Dr. Eduardo Carlos Bianca Bittar, Dra. Margareth Anne Leister e Dra. Débora Gozzo pelo incentivo e inspiração; Dra. Adriana Zawada Melo e Dr. Paulo Salvador Frontini pelo exemplo e inúmeras contribuições, e Dra. Anna Cândida da Cunha Ferraz pela sabedoria transmitida.

À Professora Dra. Yone Frediani que com muita dedicação compartilhou comigo a experiência inesquecível dos primeiros passos do magistério.

À Deus, sempre presente.

A todos, muito obrigado.

## **A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO AO LAZER NAS RELAÇÕES DE TRABALHO**

**RESUMO:** Este estudo analisa, em face das diversas transformações trazidas pela modernidade e das novas configurações das relações de trabalho, como a tutela do direito ao lazer pode funcionar como um instrumento de promoção da dignidade humana, através do desenvolvimento pessoal e social do trabalhador, partindo do ponto que a valorização do lazer permite a efetivação dos direitos fundamentais através do desenvolvimento, no aspecto global, das relações familiares e sociais, da igualdade e da cidadania, e no aspecto particular, do livre desenvolvimento da personalidade, da criatividade, da liberdade e da autodeterminação. Também é abordada a questão da concretização do direito ao lazer por meio da ação de inconstitucionalidade por omissão e pelo mandado de injunção, além de outros mecanismos alternativos para a sua aplicabilidade, como a indenização pela violação do direito social ao lazer.

**Palavras-Chave:** Direito ao Lazer – Direitos Fundamentais – Dignidade da Pessoa Humana – Jornada de Trabalho – Cultura – Modernidade – Livre Desenvolvimento da Personalidade – Indenização.

## **THE SOCIAL FUNCTION OF THE RIGHT TO LEISURE IN THE RELATIONSHIPS OF WORK**

**ABSTRACT:** The present study analyses, in light of the changes brought by modernity and new configurations of labor relations, as the right to leisure can be useful to promote the human dignity through the social and individual development of the worker, starting by the point that the valorization of leisure allows the implementation of fundamental rights by the development, in the global aspect, of social and family relationships, of equality and citizenship, and in particular aspect, of free development of personality, creativity, freedom and self determination. It also studies the implementation of the right to leisure through the unconstitutionality action by omission and the writ of injunction, and some alternatives of applicability, as the compensation for violation of the social right to leisure.

**Keywords:** Right to Leisure – Fundamental Rights – Dignity of the Human Person – Hours of Work – Culture – Modernity – Free Development of Personality – Compensation

## SUMÁRIO

<b>Introdução</b> .....	10
<b>Capítulo I – Considerações iniciais sobre lazer, ócio e tempo livre</b> .....	13
<b>Capítulo II – A estruturação positiva do direito fundamental ao lazer</b> .....	17
2.1 – Contextualização dos direitos sociais como direitos fundamentais .....	18
2.2 - Os direitos fundamentais sociais na ordem constitucional brasileira.....	22
2.3 – O lazer como direito fundamental positivado .....	28
<b>Capítulo III – O lazer e o trabalho – A concepção do lazer no Estado Democrático de Direito e seus reflexos</b> .....	36
3.1 – O Estado Democrático de Direito .....	36
3.2 – O conceito de lazer no Estado Democrático de Direito .....	40
3.3 – O trabalho e a condição humana na pós-modernidade .....	52
3.4 – A resposta dos trabalhadores ao tempo livre .....	56
3.5 – A redução e a flexibilização da jornada de trabalho .....	65
3.5.1 – A necessidade da redução de jornada e o desemprego .....	65
3.5.2 – Os mecanismos de flexibilização da jornada de trabalho .....	71
3.5.2.1 – Horário Flexível .....	72
3.5.2.2 – Compensação de jornadas – Banco de horas .....	74
3.5.2.3 – Trabalho a tempo parcial.....	75
3.5.2.4 – Turnos de revezamento .....	76
3.5.2.5 – Teletrabalho .....	78
<b>Capítulo IV – O tempo de lazer no contexto social atual</b> .....	82
4.1 – A sociedade atual – A modernidade, a cultura e o tempo livre.....	82
4.2 - A modernidade, a pós-modernidade e a emancipação líquida.....	83
4.3 – A indústria cultural, o consumismo, o entretenimento .....	90
4.4 – O lazer como meio de efetivação dos direitos fundamentais através do desenvolvimento de uma identificação cultural .....	96

<b>Capítulo V – A cultura e o lazer – Aspectos jurídicos sobre a função cultural do direito ao lazer .....</b>	<b>104</b>
5.1 - Patrimônio cultural.....	104
5.2 – Aspectos constitucionais do patrimônio cultural .....	109
5.3 – A cultura como forma de garantia da dignidade da pessoa humana ...	112
5.4 – A cultura e o direito ao lazer .....	117
<b>Capítulo VI – O lazer e o indivíduo – O direito ao livre desenvolvimento da personalidade .....</b>	<b>121</b>
6.1 – O princípio da dignidade da pessoa humana .....	122
6.2 – O direito ao livre desenvolvimento da personalidade .....	130
6.3 – A tutela da personalidade jurídica.....	139
6.4 – A aplicabilidade do direito ao livre desenvolvimento da personalidade .....	142
<b>Capítulo VII – A concretização do direito ao lazer.....</b>	<b>149</b>
7.1 – A inconstitucionalidade por omissão referente ao direito ao lazer .....	149
7.2 – Definição de inconstitucionalidade por omissão .....	150
7.3 – Normas programáticas .....	152
7.4 – Relação da inconstitucionalidade por omissão com os direitos sociais .....	158
7.5 – Controle constitucional - Instrumentos.....	161
7.5.1 – Ação de inconstitucionalidade por omissão .....	161
7.5.2 – Mandado de injunção.....	165
7.6 – Alternativas para aplicabilidade jurídica do direito ao lazer .....	168
7.7 – O direito ao lazer aplicado ao horário de trabalho e o papel do Estado .....	171
7.8 – Indenização pela violação do direito ao lazer .....	175
<b>Considerações Finais .....</b>	<b>180</b>
<b>Referências Bibliográficas .....</b>	<b>184</b>

## INTRODUÇÃO

O século XX nos fez repensar uma série de conceitos, de verdades pré-estabelecidas, de certezas enraizadas há séculos na cultura ocidental. A humanidade jamais vivenciou um avanço tão expressivo da técnica, da tecnologia, da ciência. Vivemos em uma época sem precedentes de facilidades, de conquistas, de desenvolvimento. Mas a que preço? O progresso racional e científico implicou em uma série de conseqüências. Nunca morreram tantas pessoas quanto no século XX, nunca se viu tanta devastação, seja ambiental, seja social, seja a devastação moral, de valores.

Por isso, é urgente parar, repensar e recolocar a dignidade humana no centro de toda ciência. Seja na medicina, seja na biologia, seja na química, seja na física, seja nas diversas ciências sociais, seja no direito, o foco de todo desenvolvimento deve ser a dignidade da pessoa humana, sob pena de iniciarmos o século XXI cometendo as mesmas atrocidades do século passado.

Nesse sentido, o grande norte para a ciência do Direito é, sem dúvida, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que já em suas primeiras linhas assume o compromisso com a defesa da dignidade inerente a todos os membros da família humana.

Este trabalho se desenvolve a partir do artigo XXIV da Declaração, que assegura que toda pessoa possui direito ao lazer. Não por acaso, não por excesso, este direito foi elevado à condição de direito fundamental da pessoa humana. Como pode-se observar no decorrer do estudo, a dignidade humana é violada repetidamente em diversas esferas da vida cotidiana pela falta deste direito ao lazer.

Portanto, para compreender a função social do direito ao lazer, foi feita uma apreciação crítica que vai muito além da mera interpretação gramatical deste direito. Realizou-se um estudo para identificar a real interpretação do direito ao lazer no contexto de um Estado Democrático de Direito que em sua Constituição, – acompanhando a Declaração Universal de Direitos

Humanos – também reconheceu este direito como um valor fundamental para a vida humana.

O direito ao lazer, se ramifica em diversos aspectos da vida cotidiana, o que traz repercussão em outras esferas de direitos.

Notadamente, a valorização do direito ao lazer reflete diretamente no direito do trabalho. Neste aspecto, partindo dos movimentos nascidos na era industrial que buscavam um mínimo de descanso para o trabalhador, destaca-se a relação do lazer com o trabalho diante do panorama deste início de século, isto é, diante do modelo atual de produção, diante das necessidades pós-modernas, analisando as novas formas de jornadas flexíveis.

Outros pontos que receberam destaque foram a avaliação da utilização do tempo livre dentro do contexto social atual e a relação do lazer com a cultura. No primeiro, foram abordadas questões sociológicas ligadas à crise da modernidade, como a forma pela qual a cultura de massas, a indústria cultural e a sociedade automatizada influenciam na nossa forma de usufruir o direito ao lazer, ou mesmo como o consumismo e o entretenimento alteram a cultura e desvirtuam o propósito do lazer na sociedade atual. Já no segundo ponto, apresentaram-se as implicações jurídicas do direito ao lazer como forma de patrimônio cultural, abordando desta forma, a necessidade de se pensar no direito ao lazer como meio de proteger a cultura de um povo, garantindo a existência de seus costumes, suas características únicas, e por conseqüência, a dignidade inerente ao ser humano de poder criar e existir como grupo.

O estudo prossegue saindo da esfera global para focar no impacto individual da garantia ao direito ao lazer. Dentre os diversos temas que poderiam ser analisados, o enfoque no livre desenvolvimento da personalidade foi escolhido por sua maior abrangência, o que significa que se buscou estabelecer um ponto de partida central para posteriores desdobramentos sobre o aproveitamento individual do lazer, como estudos referentes à relação do lazer com a educação, com os direitos da criança e do adolescente, ou mesmo do lazer com o esporte, entre outros. O direito de o indivíduo ter liberdade para

desenvolver a sua personalidade faz parte de um processo contínuo e ininterrupto, sendo necessário o lazer para que o indivíduo se realize como pessoa, isto é, viver em sua plenitude a qualidade de ser humano.

Por fim, ainda seguindo o movimento do geral para o específico, parte-se do direito no plano teórico para aspectos relacionados à sua concretização. Um dos grandes problemas da tutela do tempo livre é a inconstitucionalidade por omissão referente ao direito ao lazer. Uma vez que se trata de uma norma de carácter programático, este direito não recebe a devida atenção pela administração pública nem pelo judiciário, o que impede a concretização da função social do lazer. Por este motivo, realizou-se a análise dos instrumentos de controle de inconstitucionalidade, como a ação por inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, apresentando qual a contribuição que estes institutos podem oferecer ao direito ao lazer. Juntamente, levantaram-se algumas propostas de aplicabilidade do direito ao lazer, tanto no aspecto jurídico como social, além de tratar da criação da indenização por violação do direito ao lazer.

Chama-se a atenção para questões importantes para os nossos dias, com a certeza de que este estudo irá contribuir para pesquisas de estudantes e profissionais, ou mesmo de qualquer leitor que de um modo ou de outro pretenda aprofundar-se no estudo sobre a dignidade da pessoa humana.

Conhecer os problemas e trabalhar em soluções. Pensar em direitos fundamentais talvez seja a única saída para a prosperidade e a paz nas próximas gerações.

## **CAPÍTULO I – CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE LAZER, ÓCIO E TEMPO LIVRE**

Antes de realizar qualquer consideração jurídica sobre o lazer, há uma questão prévia que merece ser discutida. Porque defender o ócio, "pai de todos os vícios"?

A ociosidade é, sem dúvida, responsável por uma série de problemas sociais. Aquele que, sem motivo, não trabalha, que age como um desocupado, inativo, vive na vadiagem, de maneira improdutivo, supérflua, desnecessária e inútil, sem a menor sombra de dúvidas, é alguém que possui um enorme potencial para ingressar na criminalidade, ou então se envolver com vícios como álcool, jogos de azar ou drogas.

O maior exemplo que se tem, é o prejuízo causado pela ociosidade daqueles que se encontram em centros de detenção. Sem oficinas de trabalho, sem cursos, sem atividades para fazer o tempo passar de forma útil, sem escolas, sem atividades manuais, sem entretenimento, é inevitável que toda essa improdutividade transforme o indivíduo em alguém pior do que quando ingressou no sistema penitenciário.

Gastar o tempo de modo improdutivo é um erro que o Direito jamais deve estimular. O tempo livre pelo tempo livre simplesmente é algo perigoso que deve sempre ser observado com muita cautela.

Assim sendo, por quais motivos inseriu-se o direito ao lazer no ordenamento, até mesmo como um dos direitos fundamentais? O motivo é muito simples. Inseriu-se o direito ao lazer tanto na declaração de Direitos Humanos de 1948 como na Constituição Federal de 1988, justamente porque o legislador quis afastar a ociosidade.

O que à primeira vista soa como contraditório, possui resposta nos diversos caminhos que o lazer pode tomar. Se de um lado lazer pode significar ociosidade, por outro, ele é um conceito construtivo, contraposto a

esse conceito de inatividade. A ocupação do tempo livre com determinadas atividades, gera uma força construtiva fundamental para o desenvolvimento da pessoa e da sociedade.

De fato, o tempo livre adequadamente utilizado corresponde a estudos, esportes, convívio social e familiar, cultura, entretenimento, entre outros benefícios que serão abordados de forma mais específica no decorrer do presente estudo.

Por hora, entretanto, é importante fixar este conceito. É a própria garantia de um tempo livre de qualidade, produtivo e criativo que será o responsável por ocupar o tempo daquele que poderia viver na ociosidade e se entregar aos mais diversos vícios.

Portanto, independentemente do termo utilizado, lazer, ócio ou tempo livre, neste estudo, em todo momento está se falando em preenchimento de tempo livre, isto é, de lazer dirigido, vinculado. Busca-se ao mesmo tempo garantir um espaço de lazer, bem como realizar o desafio de vencer a ociosidade.

Entretanto, observe-se bem que ociosidade é um termo diferente de ócio. Muitas vezes o termo ócio não é bem interpretado, mas em sua origem ele se relacionava com o tempo livre produtivo, ou mesmo como o justo descanso do trabalhador. Contudo, ociosidade é sempre um termo pejorativo que funciona como o antônimo de ocupação<sup>1</sup>. Nelson Carvalho Marcellino realiza esta distinção entre ócio e ociosidade:

*"Para tanto, embora não concordando com a totalidade da sua visão de ócio, marcada, quase que exclusivamente pela recuperação para o trabalho, dentro dos princípios da moral cristã tradicional, recorro ao pensamento de Alceu Amoroso Lima: 'O ócio, sem o trabalho é a*

---

<sup>1</sup> OCIOSIDADE. In **Dicionário Michaelis**. Disponível em <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=ociosidade>> Acesso em 21.10.08

*ociosidade. E tanto tem o ócio de digno e indispensável à vida como sombra do trabalho, como a ociosidade de destruidor da vida, como negação da operosidade."*<sup>2</sup>

Como bem afirma Domenico De Masi, o ócio criativo é aquele que inclui, no cotidiano, atividades que reúnem descanso, lazer, trabalho e aprendizagem<sup>3</sup>. Sem isso, o tempo livre se torna tempo desperdiçado.

A mesma distinção deve ser realizada em relação a tempo livre, disponível e o tempo desocupado. Novamente, como nos ensina Nelson Carvalho Marcellino, o tempo desocupado acarreta valores negativos, enquanto o tempo livre agrega valores positivos à vida humana. Para tanto, o autor usa como exemplo, o tempo do desempregado:

*"Dessa forma, o tempo do desempregado, por exemplo, não pode ser entendido como tempo disponível, mas sim desocupado. Não há possibilidade de opção por atividade ou contemplação. Não há lazer ou ócio, e sim ociosidade. Essa distinção – entre ócio e ociosidade – é importante, na medida que, não ocorrendo no senso comum, tende a lançar sobre o lazer ou ócio os valores negativos da ociosidade. Prevalece a idéia do 'tempo perdido', orientada pelos princípios de produtividade e acumulação. Não se percebe o ganho humano deste tempo supostamente perdido."*<sup>4</sup>

Isso posto, é necessário definir um último ponto, que é a opção pelo termo lazer e tempo livre em prejuízo ao termo ócio durante o decorrer deste estudo. Apesar de ter sido esclarecido que ócio é um conceito construtivo em sua raiz, a leitura do presente estudo poderia ficar prejudicada pela utilização de um termo que – atualmente – possui uma recepção muito negativa no senso comum. Sob o aspecto negativo da palavra "ócio" na cultura atual, explica Domenico De Masi:

<sup>2</sup> MARCELLINO, Nelson Carvalho. **Lazer e educação**. Campinas, São Paulo: Papirus, 2000, p. 32.

<sup>3</sup> DE MASI, Domenico. **O ócio criativo**. (trad.) Lea Manzi. 10ª ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2000, p. 296-336.

<sup>4</sup> MARCELLINO, Nelson Carvalho. **Lazer e educação**. Campinas, São Paulo: Papirus, 2000, p. 33.

*"Hoje a palavra evoca, já em si mesma, toda uma série de significados negativos. Faça comigo um jogo ocioso: abra um dicionário e assinale todos os sinônimos da palavra 'ócio'. Veja aqui: neste que eu tenho nas minhas mãos encontro quinze sinônimos, dos quais, só três (lazer, trabalho mental suave e repouso) têm significado positivo; quatro são de sabor neutro (inércia, inatividade, inação e divagação) e sete têm significado claramente negativo (mândria, debilidade, acídia, preguiça, negligência, improdutividade e desocupação). O décimo quinto é 'ociosidade' que não classifico, já que possui a mesma raiz de 'ócio'. A preguiça, como sabe, é até mesmo um dos sete pecados capitais.*

*Quem tiver a ociosa paciência de pesquisar os sinônimos dos sinônimos, acrescentará outros termos, vários de significado positivo (de distração a alívio, de paz a recreio, de diversão a descanso), alguns de significado neutro (passatempo, vacância, desobstrução, equilíbrio e trégua) e os restantes com significados decididamente negativos (de vadiagem a desperdício, de desleixo a esterilidade, de desinteresse a tolice).*

*Portanto, como pode-se deduzir (...), no nosso universo lingüístico, à palavra 'ócio' são associadas predominantemente omissões (inutilidade, indolência, desaproveitamento, indiferença) ou ações reprováveis (vagabundagem, dissipação, alheamento, incúria, apatia)."<sup>5</sup>*

Portanto, ainda que exista uma raiz comum entre os termos e que etimologicamente possuam significado próximo, se para o entendimento popular lazer não significa ócio, preferiu-se evitar a utilização do termo, a fim de trazer uma leitura mais fluída e dinâmica.

---

<sup>5</sup> DE MASI, Domenico. **O ócio criativo**. (trad.) Lea Manzi. 10ª ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2000, p. 316-318.

## **CAPÍTULO II – A ESTRUTURAÇÃO POSITIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL AO LAZER**

Para que se inicie um estudo jurídico de caráter científico do direito ao lazer, um direito que possui natureza jurídica de direito fundamental reconhecida tanto no plano jurídico interno como no internacional, é necessário antes, realizar a fragmentação analítica do próprio processo histórico que resultou na criação dos direitos fundamentais, com enfoque no desenvolvimento e desdobramento dos direitos de segunda dimensão<sup>6</sup> e a implementação desses direitos referentes ao lazer dentro da ordem jurídica nacional vigente.

O direito ao lazer pertence a uma categoria de direitos que, em razão de sua natureza abstrata e de sua complexa concretização – própria das normas programáticas –, não possui uma alta densidade de estudos jurídicos científicos que abordam o tema diretamente, sendo comumente encontrada a sua análise de forma acessória a estudos relacionados com o direito desportivo ou então pontualmente em estudos direcionados a direitos de defesa de menores, idosos ou mesmo de portadores de necessidades especiais. Aqui, buscou-se a concepção do direito ao lazer como um direito fundamental propriamente dito, isto é, apresenta-se não só o direito ao lazer no plano dos direitos sociais, mas também no contexto da figura do Estado Democrático de Direito, ou seja, como um direito que garanta a qualidade do lazer através da análise da sua função de desenvolvimento social e individual.

O direito ao lazer interpretado à luz do Estado Democrático de Direito deve adquirir uma nova estrutura, pois este modelo de Estado obrigatoriamente nos convida a reinterpretar todo o sistema jurídico com a finalidade de criar instrumentos de modificação da sociedade. No entender de

---

<sup>6</sup> O termo "dimensão" – que é utilizado para delimitar grupos de direitos fundamentais, a saber: direitos referentes a liberdades individuais, direitos sociais e direitos de titularidade difusa e coletiva –, no presente trabalho, é utilizado com o mesmo sentido de "geração", outra denominação doutrinariamente utilizada que também pode ser encontrada igualmente no texto, não sendo realizada, portanto, qualquer distinção conceitual, no sentido de que a expressão "geração" denotaria substituição de direitos. Adota, portanto, a posição na qual se entende que a expressão "geração" possui um aspecto meramente didático, utilizado para se estabelecer a ordem histórica de criação desses blocos de direitos.

Beatriz Francisca Chemin<sup>7</sup>, "*o Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, no sentido de que esse conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem. Desenvolve-se, então um novo modelo de sociedade (...)*". No Estado Democrático de Direito não se vê o direito ao lazer simplesmente como um direito que surge na ausência de outros direitos. Ele é um direito que deve ser colocado em confronto com os demais direitos já existentes. Busca-se a própria existência de um espaço de tempo livre na vida do indivíduo, mas não só, preocupa-se com a qualidade da utilização deste tempo livre, tanto no aspecto social, onde se tem a função cultural do lazer, bem como no plano individual, onde se busca a garantia do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Somente desta forma o direito ao lazer pode atender ao princípio constitucional que determina que a função do Estado é assegurar a dignidade da pessoa humana. Por este motivo, o direito ao lazer não pode ser limitado a uma mera declaração constitucional sem qualquer efeito prático.

## **2.1 – CONTEXTUALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Em um estudo histórico-social, verifica-se que o surgimento e a reunião de determinados direitos sob a denominação de direitos humanos, posteriormente, direitos fundamentais, tem início com movimentos sociais de caráter revolucionário que se desenvolveram no hemisfério ocidental nos séculos XVII e XVIII, na tentativa de estabelecer limites ao Estado, que na época assumia – ao que se refere ao continente europeu – sua forma mais agressiva em relação aos seus tutelados, período em que se aplicava a teoria de governo do Estado Absolutista, inspirado por circunstâncias sociais derivadas do fim da Idade Média, bem como, por filósofos como Thomas Hobbes, que defendiam a ideia de que a única forma de evitar o "estado de natureza" (a guerra constante entre os homens), seria construindo um Estado através da concessão de toda força e poder a um só homem, que possa reduzir as diversas vontades a uma só vontade<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> CHEMIN, Beatriz Francisca. **Lazer e constituição – uma perspectiva do tempo livre na vida do (trabalhador) brasileiro**. Curitiba: Juruá Editora, 2002, p. 72-73.

<sup>8</sup> HOBBS, Thomas. **Leviatã**. (trad.) Alex Marins. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2006, p.132

A falibilidade humana diante o uso do Poder, resultou na inevitável ruína desse sistema de governo. Com os diversos abusos e arbitrariedades dos representantes do Estado, os tutelados deram início à queda deste modelo estatal. No aspecto social, observou-se a revolta popular expressa na violência, nas manifestações bélicas, políticas e filosóficas que buscaram a substituição dos governantes. No plano jurídico, uma nova revolução começou a tomar forma. A valorização do ser humano, a proteção da dignidade e a retomada dos valores de liberdade, de igualdade e de fraternidade, orientaram o novo ordenamento que estava sendo estabelecido. O resultado, é que desde então não se é possível conceber um Estado minimamente desenvolvido no qual não sejam priorizadas todas estas conquistas que hoje denominamos de Direitos Humanos.

Contudo, as origens desses direitos – que somente nesse momento histórico se manifestaram de forma consistente – possuem raízes em diversos eventos históricos. Destaca-se a criação do regime democrático de governo, trazido pela Grécia antiga e consolidado pela da antiga república romana, por constituir uma forma natural de auto-limitação do Estado, característica essencial da primeira geração de direitos humanos. Temos em seguida, o advento do cristianismo no continente europeu, que se revelou como eixo cultural e ideológico no período conhecido como Idade Média, responsável pela valorização da dignidade da pessoa humana na cultura ocidental, pois difundiu tanto a concepção de que o homem é um ser criado a imagem e semelhança de Deus<sup>9</sup>, como ensinamentos de respeito e amor pelo próximo<sup>10</sup>, conceitos extremamente importantes para a criação de normas de direitos humanos, pois estabeleceu uma filosofia centrada no amor e na caridade entre os homens, independentemente de qualquer origem, raça, sexo ou credo.

Neste período, importantes instrumentos de defesa dos direitos humanos foram desenvolvidos como a *Magna Charta Libertatum* (15.06.1215), a *Petition of Rights* (1628), a *Bill of Rights* (1689), entre outros. Com esse espírito, aliado aos interesses burgueses, a Europa e América do Norte do

---

<sup>9</sup> GÊNESIS 1,26 em BÍBLIA. Português. **Bíblia sagrada - Edição pastoral**. Tradução de Ivo Storniolo e Euclides Martins Balancin. São Paulo: Paulus, 1990, p. 15.

<sup>10</sup> MATEUS 5,21-22, 38-39 e 43-44 em BÍBLIA. Português. **Bíblia sagrada - Edição pastoral**. Tradução de Ivo Storniolo e Euclides Martins Balancin. São Paulo: Paulus, 1990, p. 1243-1244.

século XVI ingressaram em um período em que o Estado de poderes limitados foi consolidado através de revoluções inglesas, americanas e francesas que protestavam por melhores condições de vida, que nessa época, possuíam fortemente a característica de exigências de limitação ao poder do Estado por meio de direitos e garantias focadas na liberdade do indivíduo. Esse é o período em que se permitiu a criação do Estado constitucional moderno, que possibilitou pela primeira vez na história que os direitos dos homens tivessem um lugar fixo e sólido, uma conquista fundamental para que todos os demais direitos humanos conhecidos hoje pudessem existir.

Contudo, apesar dessas enormes conquistas políticas, apesar de ter sido gerada a primeira dimensão de direitos humanos, a qualidade de vida das pessoas não sofreu a alteração que estas revoluções prometiam. Como Karl Marx bem observou em meados do século XIX, "*a emancipação política não implica em emancipação humana*"<sup>11</sup>, e assim, a humanidade caminhou para a defesa de direitos sociais.

Em um momento em que a Primeira Revolução Industrial chegava ao seu ápice, em um período em que a exploração humana não perdoava homens, nem mulheres, nem crianças<sup>12</sup>, em um momento em que as jornadas de trabalho chegavam a 14 horas diárias, dizer que direitos humanos eram meras limitações ao Poder Estatal beirava à hipocrisia. Como bem observa Otávio Amaral Calvet:

*"A evolução da sociedade liberal demonstrou, contudo, que a garantia apenas dos direitos de primeira dimensão não era suficiente para o desenvolvimento equânime dos cidadãos, pois o exercício das liberdades clássicas somente é possível uma vez garantido um mínimo existencial, reconhecendo-se que, no sistema liberal-burguês, o despossuído apresenta-se na condição de hipossuficiente*

---

<sup>11</sup> MARX, Karl. **A questão judaica**. (trad.) Silvio Donizete Chagas. 2ª ed. Moraes. São Paulo, 1991, p. 27

<sup>12</sup> CHEMIN, Beatris Francisca. **Lazer e constituição – uma perspectiva do tempo livre na vida do (trabalhador) brasileiro**. Curitiba: Juruá Editora, 2002, p. 38

*e, se deixado sem qualquer proteção ou amparo, sequer chega a imaginar o uso dos direitos fundamentais de primeira dimensão."*<sup>13</sup>

Iniciava-se assim, a luta pelo resgate da dignidade, a luta por aqueles que seriam os mais vitais direitos humanos, a luta das pessoas comuns – não mais de um pequeno grupo burguês – contra as forças que agrediam o homem tanto fisicamente como mentalmente, dia após dia. Uma revolução tão marcante que foi capaz de gerar toda uma nova dimensão de direitos, que hoje são conhecidos como Direitos Sociais.

Os direitos sociais são intimamente ligados à subsistência, sendo interessante observar que a proteção desta dimensão de direitos humanos é que garante a possibilidade da primeira dimensão, aquela que se refere às liberdades públicas, pois em uma escala de necessidades da vida em sociedade, em um primeiro momento a pessoa deve prover a sua subsistência, pelo simples fato de precisar se alimentar, se vestir, precisar ter um lugar para morar, precisar descansar, trabalhar, ou seja, ela primeiro precisa "existir", para que somente em um segundo momento esses bens, essa sua propriedade gerada por sua atividade individual, seja protegida contra o Estado. Nesse momento percebe-se que os direitos fundamentais se entrelaçam, pois não existe ordem de importância, a falta de proteção em uma esfera anula as conquistas de outra, sendo esta a razão pela qual se confirma o pensamento de juristas como Ingo Wolfgang Sarlet, no sentido de que o "*reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter cumulativo, de complementaridade, e não de alternância*"<sup>14</sup>.

Destaca-se também que, se um determinado direito é indispensável para a existência de outro, fica implícito que ele assume as garantias e proteções que o direito tutelado por esta norma possui, como exemplo, há na atual Constituição Federal o caso das cláusulas pétreas. O artigo 60, que trata das emendas à Constituição, veda em seu parágrafo 4º, a deliberação que pretenda abolir a forma federativa do Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a

---

<sup>13</sup> CALVET, Otávio Amaral. **Direito ao lazer nas relações de trabalho**. São Paulo: Ltr, 2006, p. 36

<sup>14</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, 4ª ed. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2004, p. 53

separação dos Poderes, bem como os direitos e garantias fundamentais, ou seja, este artigo estipula quais são as cláusulas pétreas, imutáveis em nosso ordenamento constitucional. Contudo, para que esta norma venha a ser efetiva, ainda que não esteja expresso no texto, é implícito que o próprio parágrafo 4º, do artigo 60 da Constituição Federal possua natureza de cláusula pétrea. Da mesma forma, ocorre com os direitos sociais em relação aos direitos humanos de primeira dimensão.

Considerando, que os princípios de direitos humanos de primeira dimensão possuíam um caráter prioritário garantido dentro do ordenamento jurídico, e que a sua existência estava condicionada aos direitos sociais, é natural o movimento que levou os direitos sociais a assimilarem essa natureza, sendo, portanto, atualmente integrados à categoria de direitos fundamentais, dispondo assim dos mesmos benefícios de garantia e proteção dos direitos humanos de primeira dimensão.

Esse mesmo processo lógico foi responsável pela construção daqueles direitos que são reunidos como uma terceira dimensão, chamados de direitos de solidariedade, que correspondem, por exemplo, ao meio ambiente equilibrado, à paz mundial, à autodeterminação dos povos, entre outros, que, em suma, são todos aqueles que possuem como característica a coletividade, a titularidade difusa. Todos esses direitos, constituem elementos essenciais para a garantia das liberdades públicas, para a garantia dos direitos políticos, bem como para a garantia dos direitos sociais, econômicos e culturais.

## **2.2 - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA**

Analisado o processo histórico que produziu os direitos fundamentais, contextualizando e compreendendo a natureza e origem dos direitos sociais em um panorama global, veremos em seguida, que a nossa atual Constituição também foi produzida dentro de um contexto histórico próprio, sendo necessário para a compreensão da estruturação positiva do direito ao lazer, a

compreensão do nosso atual ordenamento constitucional, com enfoque na trajetória dos direitos sociais.

Como visto, a luta pelos direitos sociais se iniciou em razão da industrialização ocorrida por volta do período do fim do século XIX e início do século XX, que foi responsável por graves crises econômicas e sociais. A resposta a todas essas transformações foi a disseminação de doutrinas socialistas, de movimentos reivindicatórios, entre outras manifestações da classe operária e civil.

O primeiro ordenamento constitucional a reconhecer e dispor sobre a ordem social e econômica, isto é, o primeiro ordenamento a se preocupar de forma expressa com as questões sociais, foi o do México, em 31.01.1917. Como ressalta Alexandre de Moraes, em verdade, esse diploma garantia "direitos individuais com fortes tendências sociais"<sup>15</sup>. Nesse momento, surgiram disposições trabalhistas no sentido de limitar a prestação de serviço por tempo determinado em lei, proibição de coação pessoal do trabalhador em caso de descumprimento de contrato (art. 5º)<sup>16</sup>, bem como, disposições de caráter social, como a obrigatoriedade da educação escolar primária (art. 3º, VI)<sup>17</sup> e a gratuidade pela educação prestada pelo Estado (art. 3º, VII)<sup>18</sup>.

Embora a Constituição mexicana tenha sido a primeira a se manifestar em relação aos direitos sociais, a Constituição de Weimar de 11.08.1919 (Alemanha), adquiriu um maior destaque no aspecto internacional, sendo considerada a Constituição matriz do constitucionalismo social, um aspecto que se deve à apresentação de uma série de dispositivos voltados para a proteção e garantia da boa qualidade de vida dos trabalhadores. Segundo Beatris Francisca Chemin, "(...) a Constituição de Weimar, ao inserir os direitos sociais, contemplou o direito do cidadão ao emprego, à educação e à proteção contra os riscos de uma

---

<sup>15</sup> MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 30.

<sup>16</sup> MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 30.

<sup>17</sup> MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 30.

<sup>18</sup> MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 30.

*sociedade industrial, estabelecendo também, os direitos de primeira geração, como, por exemplo, o sufrágio universal."*<sup>19</sup>

No Brasil, a primeira Constituição que trouxe em suas disposições direitos referentes à proteção do trabalhador e a tutela da ordem social e econômica, foi a Carta Constitucional de 16.07.1934, notadamente inspirada na citada Constituição de Weimar. Esta Constituição é considerada bem avançada para a época, bem como foi marcada por sua curta vigência, de apenas 3 anos. Em relação aos direitos de primeira dimensão, ela foi responsável por trazer o instituto do Mandado de Segurança, por estipular a celeridade nos serviços públicos, além de demonstrar interesse na tutela de diversos grupos sociais, como os imigrantes e os silvícolas.<sup>20</sup>

Em relação aos direitos sociais, uma de suas maiores contribuições foi realizada na esfera do Direito Previdenciário, através da proteção das pessoas que fossem vítimas de acidentes do trabalho, um problema grave e corrente na época, criando até mesmo auto-limitações, pois determinava que o Estado deveria realizar rapidamente o pagamento do benefício.

O aspecto social nesta Constituição era marcante e se manifestava até mesmo na estrutura política de composição dos membros do Poder Legislativo, uma vez que estabelecia em seu artigo 23, *caput* e parágrafo 3º, a existência de deputados corporativos, representantes dos setores do trabalho e da pecuária, das indústrias, do comércio, dos transportes, bem como, dos profissionais liberais e dos funcionários públicos.

Destaca Chemin, que muitas das normas da Constituição de 1934 vieram diretamente da influência da Constituição de Weimar:

*"a subordinação do direito de propriedade ao interesse social ou coletivo, a ordem econômica e social, a instituição da Justiça do*

---

<sup>19</sup> CHEMIN, Beatris Francisca. **Lazer e constituição – uma perspectiva do tempo livre na vida do (trabalhador) brasileiro**. Curitiba: Juruá Editora, 2002, p. 89.

<sup>20</sup> MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 30.

*Trabalho, o salário mínimo, as férias anuais do trabalhador obrigatoriamente remuneradas, a indenização ao trabalhador dispensado e sem justa causa, o amparo à maternidade e à infância, o socorro às famílias de prole numerosa, a colocação da família, da educação e da cultura debaixo da proteção especial do Estado."*<sup>21</sup>

Em seguida, no Brasil, foi instaurada uma nova ordem constitucional em 10.11.1937, com forte influência da *Carta del Lavoro* de 1927, e na Constituição Polonesa de 1935<sup>22</sup>, que tinha como característica o regime de governo autoritarista. Este aspecto se manifestava através de criação de penas de morte contra atos atentatórios à soberania, a existência e a segurança do Estado<sup>23</sup>. No aspecto dos direitos sociais, esta Constituição tratou no item da Ordem Econômica, de contratos coletivos de trabalho, de licença anual remunerada, de indenização proporcional aos anos de serviço em caso de demissão imotivada do trabalhador, da limitação da jornada de trabalho em oito horas, além de criar a proibição ao trabalho de menores de catorze anos, seguros de acidentes do trabalho, entre outros<sup>24</sup>.

Posteriormente, adveio a Constituição de 18.09.1946, que teve um papel restaurador dos direitos sociais, resgatando muitos aspectos da Constituição de 1934, estabelecendo no seu artigo 157, diversos direitos sociais relativos aos trabalhadores e empregados, além de prever títulos destinados à família, educação e cultura<sup>25</sup>. Em referência aos direitos dos trabalhadores, podemos destacar a participação obrigatória e direta nos lucros da empresa, uma novidade inserida nesta época.

A Constituição de 24.01.1967 tinha como prioridade a indústria, o comércio e o desenvolvimento econômico, mas também trouxe previsões sobre melhorias das condições sociais dos trabalhadores. Em

---

<sup>21</sup> CHEMIN, Beatris Francisca. **Lazer e constituição – uma perspectiva do tempo livre na vida do (trabalhador) brasileiro**. Curitiba: Juruá Editora, 2002, p. 87

<sup>22</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 39.

<sup>23</sup> MORAES, Alexandre de, **Direitos humanos fundamentais**, 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 33.

<sup>24</sup> CHEMIN, Beatris Francisca. **Lazer e constituição – uma perspectiva do tempo livre na vida do (trabalhador) brasileiro**. Curitiba: Juruá Editora, 2002, p. 87

<sup>25</sup> MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 33.

conjunto, devemos citar a Emenda Constitucional nº 1 de 17.10.1969, que alterou profundamente a Constituição de 1967, mas que no aspecto dos direitos sociais, praticamente manteve a norma anterior referente aos direitos trabalhistas, em seu artigo 167.<sup>26</sup>

Por fim, em 05 de outubro de 1988, foi promulgada a atual Constituição Federal, que tem como característica a promoção do Estado Social. Ela é fruto do fim de uma época de repressão aos direitos individuais, sendo possível encontrar em seu texto, diversas disposições de caráter antiestado, antigoverno, que foram desta forma dispostos, para que possuíssem uma tutela que privilegiasse o indivíduo perante o poder do Estado.

Considerando que esta Constituição foi formulada no sentido de proteger o indivíduo, uma grande importância foi dada aos Direitos Sociais. Nos artigos 7º a 11, encontra-se um extenso rol de direitos trabalhistas, dispendo, inclusive sobre particularidades (ex. art. 7º, incisos XVII, XVIII, XXI, XXV, entre outros.), o que demonstra a preocupação do legislador em garantir tais direitos de forma concreta, fugindo da abstração e generalidade, características das Cartas Constitucionais.

Uma curiosidade que se observa em relação aos direitos sociais nessa Constituição, é que apesar de existir o Capítulo "Dos Direitos Sociais" inserido no Título II, que trata "Dos Direitos e Garantias Fundamentais", nessa parte, encontram-se apenas direitos trabalhistas, com exceção do artigo 6º, que trata genericamente da exposição de quais são os direitos sociais tutelados nessa Constituição. A tutela específica desses direitos é encontrada somente no final da Constituição, nos artigos 193 a 232, o que pode induzir a um erro na questão valorativa desses direitos, uma vez que os direitos sociais, previstos nesses artigos, apesar de se encontrarem no final do texto, também são direitos fundamentais, que gozam das mesmas qualidades daqueles descritos no artigo 7º. Para que se fique esclarecido, destaca-se que essas normas possuem exatamente a mesma força e importância do artigo 5º, por exemplo.

---

<sup>26</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 40.

Ainda que se entenda, que isso ocorre porque o Estado necessita primeiro estabelecer um sistema de arrecadação, de competências, para somente depois realizar a prestação social, pode se dizer que a configuração da disposição dos direitos sociais na Constituição de 1988, não observou uma técnica legislativa apropriada.

Em relação ao conteúdo material, um aspecto importante dos direitos sociais, é a sua íntima relação com a igualdade. Segundo José Afonso da Silva:

*"os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas 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."*<sup>27</sup>

Além de prezar pela igualdade, uma outra orientação trazida pela Carta de 88, é a forma da interpretação dos seus dispositivos. A atual Constituição estabelece em seus primeiros artigos, quais são os seus princípios fundamentais, o que significa que qualquer norma contida na Constituição deve seguir uma orientação interpretativa, inclusive no tocante aos direitos sociais.

Preceitua o artigo 1º, que a República Federativa do Brasil tem como fundamento, segundo o inciso III, a dignidade da pessoa humana. Isso significa, que todas as disposições de direitos sociais devem ser interpretadas de acordo com vista a promover a dignidade da pessoa humana. Quando a Constituição trata de salário mínimo, redução de jornada de trabalho, décimo terceiro salário, férias, aviso prévio, entre outros, em verdade, está tentando se proteger e garantir a dignidade da pessoa humana. Nesse ponto, é que o direito

---

<sup>27</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 289.

ao lazer, se torna uma das peças principais na tutela dos direitos sociais, uma vez que não se tenta abolir o trabalho, mas sim imprimir a dignidade humana em suas relações.

### **2.3 – O LAZER COMO DIREITO FUNDAMENTAL POSITIVADO**

Prosseguindo na concepção de que o direito ao lazer se encontra dentre um dos principais elementos que funcionam como proteção da dignidade humana no trabalho, observa-se que a tutela do lazer foi estruturada, tanto no plano internacional como no âmbito nacional, como direito fundamental, com a finalidade de estabelecer uma forma legalmente mais segura de certificar a sua proteção.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, assinada em 1948, traz expressamente o direito ao lazer como um dos direitos essenciais para qualquer ser humano, um ato importante para a preservação da boa qualidade de vida do trabalhador, considerando a importância e influência que esse documento possui. *In verbis*:

*Artigo XXIV - Todo ser humano tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas.*

Com esta disposição, o direito ao lazer ingressa no rol dos Direitos Humanos, ou seja, aqueles que a comunidade internacional considera como inerentes a todas as pessoas, indispensáveis para a dignidade humana e fundamentais para a existência da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

No Brasil, essa norma foi seguida pelo legislador constitucional de 1988. Assim, no tocante à nossa Constituição, a identificação do direito ao lazer como direito fundamental, e sua positivação no ordenamento jurídico brasileiro, se inicia com a disposição do artigo 6º, da Constituição Federal:

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

Nota-se que este artigo se situa como a primeira disposição do Capítulo II, que trata dos Direitos Sociais, dentro do Título II, que versa sobre os Direitos e Garantias Fundamentais. Isso denota, primeiro, que o lazer é reconhecido no nosso ordenamento como um direito fundamental, segundo, que ele pertence à segunda dimensão de direitos fundamentais, os direitos sociais, e terceiro, que o direito ao lazer se encontra em mesmo grau de importância da tutela do direito do trabalho, até mesmo porque, a garantia de um, não deixa de ser uma elaboração da tutela do outro, afinal, em todos os casos, está se buscando a dignidade da pessoa humana através da proteção do trabalhador.

Direito do trabalho e direito ao lazer, em verdade, são duas faces da mesma moeda, entretanto, um não se confunde com o outro, ambos se complementam. Desde já, é importante salientar que, o que se busca com a tutela do lazer, não é repetir tudo aquilo que o direito do trabalho já tutelou, até mesmo porque a esfera do direito ao lazer engloba muito mais áreas do direito que não a do trabalho. A importância deste ramo do direito é proteger um bem jurídico, que em geral só possui tutela indireta.

Sem dúvida, muitos instrumentos do direito do trabalho – em geral relacionados com a limitação da jornada de trabalho – são direcionados à proteção do lazer.

De fato, os fundamentos que asseguram a limitação do tempo de trabalho são os mesmos que justificam a proteção do direito ao lazer. Segundo Arnaldo Süssekind, os fundamentos da limitação do tempo de trabalho são:

- "a) de natureza biológica, porque elimina ou reduz os problemas psicofisiológicos oriundos da fadiga;*
- b) de caráter social, por ensejar a participação do trabalhador em atividades recreativas, culturais ou físicas, propiciar-lhe a aquisição de conhecimentos e ampliar-lhe a convivência com a família;*
- c) de ordem econômica, porquanto restringe o desemprego e aumenta a produtividade do trabalhador, mantendo-o efetivamente na população economicamente ativa"* <sup>28</sup>

Contudo, como mencionado, verifica-se que ainda que indiretamente, os dispositivos legais que em geral regulam o descanso do empregado, os intervalos intra e entrejornada, os especiais, as ausências justificadas, o repouso semanal remunerado, as férias anuais<sup>29</sup>, são as normas que acabam por formar o núcleo das normas positivas de direito fundamental relacionadas ao lazer nas relações de trabalho, uma vez que novas normas de tutela direta não foram positivadas.

Portanto, de forma positivada na nossa Constituição Federal, tem-se a tutela do direito ao lazer nas relações de trabalho em determinados incisos do artigo 7º:

*"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;*

*XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;*

*XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;*

*XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;*

<sup>28</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 443.

<sup>29</sup> MAÑAS, Christian Marcello. **Tempo e Trabalho - A tutela jurídica do tempo de trabalho e tempo livre**. São Paulo: Ltr, 2005, p. 119

*XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;"*

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 direta do lazer. Estes incisos foram estabelecidos na intenção de evitar a fadiga dos trabalhadores, de proporcionar um tempo de trabalho e conseqüentemente 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.

A diferença de conceder uma maior autonomia aos direitos relacionados ao lazer, é alteração do foco da tutela. Estando o direito ao lazer relegado a apenas um desmembramento do direito do trabalho, por exemplo, criam-se normas como as atuais, que simplesmente limitam o tempo de trabalho. Já por esta nova ótica, a lei irá focar não só a limitação do trabalho, mas sim, o que as pessoas – nota-se: não só o trabalhador – irão realizar com este tempo livre que lhe seria garantido pela lei. Busca-se um melhor aproveitamento das potencialidades do tempo livre, que hoje sofre uma crise relacionada aos seus objetivos. Afirma Christian Marcello Mañas:

*"Hoje, porém, as atividades ligadas ao lazer mostram-se como ações sem sentido, as quais preenchem espaços vazios. De fato, o lazer institucionaliza-se sob a característica da evasão. A realidade tem demonstrado que os períodos de lazer dos empregados restringem-se em descanso físico e mental para uma nova jornada, além de se materializar na forma de hobbies alienantes e no consumo de mercadorias, atuando como mero espaço de compensação do trabalho, havendo uma flagrante limitação quanto à inserção do sujeito trabalhador na esfera política e cultural da sociedade,*

*tornando-se um ser alienado e acrítico frente aos problemas sociais que o cercam."*<sup>30</sup>

Realmente, a questão da jornada de trabalho, apesar de importante, não é o principal problema enfrentado na defesa do direito ao lazer. O problema reside no modo como as atividades relacionadas à produção de capital se mesclam ao tempo livre do indivíduo. Considera-se, didaticamente para o presente estudo, que o tempo se divide em três formas<sup>31</sup>: a) o *tempo vinculado à produção de capital*, onde 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 de produção de capital, determinados pela escolha do próprio indivíduo, como a conversa com amigos, o tempo dedicado à família, os esportes, as atividades artísticas, entre outros.

Hoje, o que se verifica, é uma sobrecarga intensa do período de tempo vinculado a atividades obrigatórias, pois este período se relaciona tanto com a produção indireta de capital, por exemplo o tempo de estudo em um curso profissionalizante, que constitui uma atividade obrigatória para a melhoria de condições econômicas, como também se relaciona a atividades obrigatórias pela lei, como o voto, o comparecimento a agências bancárias para o pagamento de tributos, além do já mencionado tempo destinado à manutenção da saúde.

Tomando como base a reivindicação dos sindicatos ingleses do século XIX, mas que se mantém atual até hoje, que reclamavam a limitação da jornada através do lema dos "quatro oitos", que

---

<sup>30</sup> MAÑAS, Christian Marcello. **Tempo e Trabalho - A tutela jurídica do tempo de trabalho e tempo livre**. São Paulo: Ltr, 2005, p. 113

<sup>31</sup> Para Christian Marcello Mañas, "*Parte-se de uma separação conceitual do tempo, abrindo espaço para sua heterogeneidade, em que se fala, de um lado, em tempo produtivo, como aquele vinculado à atividade produtiva, ao trabalho, e, de outro lado, em tempo não produtivo, como aquele necessário ao lazer, descanso, ao desenvolvimento cultural, político ou intelectual*" (MAÑAS, Christian Marcello. **Tempo e Trabalho - A tutela jurídica do tempo de trabalho e tempo livre**. São Paulo: Ltr, 2005). Observa-se que o autor não diferencia o tempo destinado a atividades obrigatórias do tempo livre, como se faz no presente trabalho.

correspondia a "*eight hours to work, eight hours to play, eight hours to sleep, eight pences a day*" (em uma tradução livre: oito horas para trabalhar, oito horas para o lazer, oito horas para dormir e oito moedas por dia)<sup>32</sup>, algumas considerações podem ser realizadas: tendo oito horas vinculadas ao trabalho, oito horas vinculadas ao sono, ao descanso, quando se trata de tempo livre, em princípio está se falando de somente oito horas diárias. Contudo, dessas oito horas, em média, em uma cidade grande, duas delas estão vinculadas ao transporte de ida e volta do trabalho, outras duas estão relacionadas com a alimentação diária, ou seja, em teoria, tem-se apenas quatro horas que poderiam ser dedicadas ao lazer.

Considerando agora, que a educação é um pressuposto obrigatório para a garantia de uma melhor qualidade de vida, ou melhor, se ela é indispensável para a nossa subsistência, temos que estas quatro horas de tempo livre são preenchidas de forma obrigatória também. O que resulta no extermínio do tempo de lazer da pessoa e por conseqüência no seu direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade. Isso é relevante, pois não é possível executar uma série de direitos fundamentais quando não se tem tempo disponível. Seria necessário primeiro garantir um tempo livre, para somente depois garantir direitos que possam ser exercidos nesse tempo.

O que se conclui dessa elaboração, é que apesar de ser um direito fundamental, o direito ao lazer é muito mal tutelado pela Constituição. Em relação à tutela específica do lazer na Constituição, após o seu anúncio como direito social no artigo 6º, verifica-se apenas a ligação do termo "lazer" com o salário mínimo (art. 7º, IV), com a tutela de menores (art. 227), e principalmente com o desporto (art. 217, § 3º). O que é um grave equívoco, uma vez que lazer não é um direito exclusivo de menores, ou ainda, não corresponde somente a praticar esportes. Assim dispõe a Constituição Federal:

*"Artigo 7º. São direitos dos trabalhadores (...) – Inciso IV - salário mínimo , fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia,*

---

<sup>32</sup> ALMEIDA, Fernando Barcellos de. **Teoria geral dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996, p. 97

*alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim."*  
(grifo nosso)

*"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."*

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

De todos os dispositivos, destaca-se a importância do parágrafo 3º do artigo 217, pois quando a Constituição Federal determina que é de competência do Poder Público o incentivo ao lazer como forma de promoção social – ainda que ligada a uma seção do direito ao desporto – essa norma não só está estabelecendo a função do lazer dentro da nossa ordem social, como também está estabelecendo um dever para o Poder Legislativo e para a Administração Pública.

A questão da vinculação dessa norma com o desporto é superada pela concepção mais aprofundada do conceito de lazer, que hoje é tido como um conjunto de atividades não relacionadas com a produção de capital, o que envolve muito mais opções do que somente a prática de esporte.

Nesse sentido, verifica-se que existe uma série de direitos sociais relacionados indiretamente ao lazer. Observando a Constituição,

tem-se o Título VIII, que trata "Da Ordem Social", que positiva diversas garantias como a saúde, a educação, a cultura, o desporto, a ciência, a comunicação social, o convívio familiar, os direitos das crianças, adolescentes e idosos, entre outros. Todos esses direitos só podem ser exercidos plenamente, naquele período de tempo em que o indivíduo está desvinculado da produção de capital, isto é no seu tempo de lazer.

O tempo livre, o tempo de não-trabalho, é o pressuposto para que o indivíduo possa realizar o exercício do direito à educação, o direito ao convívio familiar, por exemplo. Avançando, pode-se dizer até mesmo que, no que se refere à saúde, isso também se aplica, pois paralelo ao lado que trata das medidas de prevenção da saúde, aos acidentes de trabalho, há o direito à saúde pressupõe visitas médicas, repousos, ou mesmo o descanso, que possui a função de evitar diversas doenças, como por exemplo as ocupacionais. Todas estas atividades, na prática, são realizadas no tempo livre do indivíduo. Portanto, tudo isso nos leva ao pensamento de Norberto Bobbio que declara que a eficácia dos direitos é o grande desafio da sociedade atual<sup>33</sup>, uma vez que eles já estão estabelecidos e justificados, mas não está sendo possível, concretizar esses direitos. Assim, é com esta finalidade que se demonstra a importância do direito ao lazer como um forte instrumento de garantia de efetivação dos direitos fundamentais.

---

<sup>33</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. (trad.) Carlos Nelson Coutinho. 6ª reimp. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24.

### **CAPÍTULO III – O LAZER E O TRABALHO – A CONCEPÇÃO DO LAZER NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SEUS REFLEXOS**

Como visto no capítulo anterior, o processo histórico que culminou com a criação do direito ao lazer possui uma íntima relação com o trabalho. Se hoje o direito ao lazer está inserido dentro da ordem constitucional brasileira como um direito fundamental positivo, isso se deve às relações de trabalho.

Assim sendo, é imprescindível compreender qual é a relação entre o lazer e o trabalho nos dias atuais. Do global para o específico, primeiramente estuda-se em que contexto o lazer existe propriamente como um direito constitucional, ou seja, busca-se entender o que é o lazer para o modelo do Estado Democrático de Direito, para somente então tecer algumas considerações sobre este direito ao lazer e o trabalho na pós-modernidade.

#### **3.1 – O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

O Estado Democrático de Direito corresponde ao modelo de Estado no qual ocorre a fusão entre direito e moral, sempre com o intuito de superar desigualdades sociais e promover a dignidade da pessoa humana, que é a sua principal característica, seu verdadeiro princípio fundamental. A sua forma é caracterizada pela soberania popular. São estabelecidos direitos e garantias fundamentais, ou seja, de um lado se estabelecem os direitos, que são disposições declaratórias, e de outro lado, se estabelecem garantias, que são disposições que limitam o poder e asseguram a proteção do exercício dos direitos.

Para Alexandre de Moraes, o Estado Democrático se apresenta da seguinte forma:

*"O Estado democrático de direito, que significa a exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais, proclamado no caput do artigo, adotou,*

*igualmente, no seu parágrafo único, o denominado princípio democrático, ao afirmar que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição."*<sup>34</sup>

A busca pela valorização da pessoa, através da solução de desigualdades sociais, da cidadania, da proteção das minorias, da promoção da igualdade, configura a função do Estado Democrático de Direito. No entender de José Afonso da Silva:

*"a tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social."*<sup>35</sup>

O Estado Democrático de Direito possui uma diferença crucial em relação ao Estado de Direito. Para Fernando Capez as características do Estado de Direito se apresentam da seguinte forma:

*"Estado Democrático de Direito é muito mais do que simplesmente Estado de Direito. Este último assegura a igualdade meramente formal entre os homens, e tem como características: (a) a submissão de todos ao império da lei; (b) a divisão formal do exercício das funções derivadas do poder, entre os órgãos executivos, legislativos e judiciários, como forma de evitar a concentração de força e combater o arbítrio; (c) o estabelecimento formal de garantias individuais; (d) o povo como origem formal de todo e qualquer poder; (e) a igualdade de todos perante a lei, na medida em que estão submetidos às mesmas regras gerais, abstratas e impessoais; (f) a igualdade meramente formal, sem atuação efetiva e interventiva do*

---

<sup>34</sup> MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 61.

<sup>35</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p 122.

*Poder Público, no sentido de impedir distorções sociais de ordem material."*<sup>36</sup>

Assim, por meio do Estado de Direito, obteve-se a submissão do Estado à Lei, o que é, sem dúvida uma evolução em relação ao Estado Policial, onde a vontade do Estado era absoluta, porém existia uma ausência de realidade na lei, existia um descompasso entre o legal e o moral, o que tornou este modelo de Estado um completo fracasso<sup>37</sup>. A inclusão de princípios morais no sistema jurídico transformou o modelo de Estado<sup>38</sup>. Cabe lembrar sempre que os regimes ditatoriais, nazistas e fascistas, foram instituídos de modo completamente legal, sendo suas ações completamente legitimadas, contudo completamente imorais. Segundo Fernando Capez:

*"Ocorre que as normas, embora genéricas e impessoais, podem ser socialmente injustas quanto ao seu conteúdo. É perfeitamente possível um Estado de Direito, com leis iguais para todos, sem que, no entanto, se realize justiça social."*<sup>39</sup>

Quando se fala em inclusão de princípios morais no direito, está se falando em verdade na inserção do princípio da dignidade da pessoa humana como a base do sistema legal. Esta inclusão foi a decorrência lógica, evidente e necessária após os infelizes acontecimentos da segunda guerra. A este ponto, nos remetemos a Kurt Seelman:

---

<sup>36</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1: parte geral**. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 5.

<sup>37</sup> MENEGHELLI, José Eduardo Neder. **Estado Democrático de Direito e a dignidade da pessoa humana**. em SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de. (org.) **Na fronteira: conhecimento e práticas jurídicas para a solidariedade**. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 318-321.

<sup>38</sup> "Embora configurasse relevantíssimo avanço no combate ao arbítrio do absolutismo monárquico, a expressão 'Estado de Direito' ainda carecia de um conteúdo social". CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1: parte geral**. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 5.

<sup>39</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1: parte geral**. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 6.

*"O assombro em relação ao horror nazista fez com que a dignidade da pessoa humana, como fundamento da Constituição se tornasse um postulado evidente."*<sup>40</sup>

No mesmo sentido, Nicola Abbagnano, sobre dignidade:

*"Na incerteza das apreciações morais do mundo contemporâneo, acrescida pelas duas guerras mundiais, a exigência da dignidade do ser humano pode dizer-se que haja superado a prova, revelando-se como uma pedra de toque fundamental para a aceitação dos ideais ou das formas de vida instauradas ou propostas; já que as ideologias, os partidos, e os regimes que implícita ou explicitamente contravieram a esse teorema se demonstraram ruinosos para si e para os outros."*<sup>41</sup>

Entretanto, não só a inclusão da dignidade da pessoa humana, da moral, da racionalidade, é que foram responsáveis pela transição do modelo de Estado. Assim demonstra Willis Santiago Guerra Filho:

*"A 'moralidade' do Direito moderno, bem como a sua 'racionalidade' e 'autonomia' não resultariam apenas do fato de ter-se verificado a positivação de exigências morais de racionalização nas constituições, mas também – e principalmente – da circunstância de haverem sido instituídos procedimentos para a (auto) regulação e o (auto) controle da fundamentação do Direito de acordo com esses padrões morais de racionalidade."*<sup>42</sup>

<sup>40</sup> SEELMAN, Kurt. **Pessoa e dignidade da pessoa humana na filosofia de Hegel**. (trad.) Rita Dostal Zanini em SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade: Ensaio de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 47.

<sup>41</sup> ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 2ª ed. São Paulo: Mestre Jou, 1982, p. 259.

<sup>42</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2ª ed. rev. amp. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001, p. 22.

A legitimação do direito moderno é a sua "procedimentalização"<sup>43</sup>, bem como o valor da pessoa humana.

Busca-se transformar a realidade, aplicando modificações sociais através da normatividade. Nesse sentido, J. L. Bolzan de Moraes identifica algumas características do Estado Democrático de Direito :

*"(...)um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública quando o democrático qualifica o Estado, o que irradia valores de democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, pois, também sobre a ordem jurídica. E mais, a idéia de democracia contém e implica, necessariamente, a questão da solução do problema das condições materiais de existência."*<sup>44</sup>

O Estado Democrático de Direito deve ser responsável pela transformação da sociedade, através da busca pela vida digna do homem<sup>45</sup>. Sendo assim, segue-se com a análise da interpretação do direito ao lazer à luz da dignidade da pessoa humana, ou seja, buscando sua função social, que é indispensável no contexto do Estado Democrático de Direito.

### **3.2 – O CONCEITO DE LAZER NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Inicialmente, é preciso fixar a interpretação do *caput* do artigo 6º da Constituição Federal no que se refere ao direito ao lazer na

---

<sup>43</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2ª ed. rev. amp. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001, p. 22.

<sup>44</sup> MORAIS, J. L. Bolzan de. **Do Direito Social aos interesses transindividuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 74-75 *apud* CHEMIN, Beatris Francisca. **Lazer e constituição – uma perspectiva do tempo livre na vida do (trabalhador) brasileiro**. Curitiba: Juruá Editora, 2002.

<sup>45</sup> CHEMIN, Beatris Francisca. **Lazer e constituição – uma perspectiva do tempo livre na vida do (trabalhador) brasileiro**. Curitiba: Juruá Editora, 2002, p. 72.

perspectiva do Estado Democrático de Direito previsto no artigo 1º, da referida Carta Constitucional.

Como visto, o Estado Democrático de Direito é um conceito chave para entender a nossa atual organização política-social, pois a partir da sua concepção altera-se tanto o modelo de produção legislativa como de interpretação normativa, além de orientar a atuação da Administração Pública. É possível identificar o Estado Democrático de Direito através de um conjunto de características, que em nossa Constituição Federal, estão presentes com grande evidência tanto no preâmbulo como no artigo 1º. Fernando Capez, com base nos artigos constitucionais, sintetiza este conceito em alguns pontos. A seguir:

*"Verifica-se o Estado Democrático de Direito não apenas pela proclamação formal da igualdade entre todos os homens, mas pela imposição de metas e deveres quanto à construção de uma sociedade livre, justa e solidária; pela garantia do desenvolvimento nacional; pela erradicação da pobreza e da marginalização; pela redução das desigualdades sociais e regionais; pela promoção do bem comum; pelo preconceito de raça, cor, origem, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF, art. 3º, I a IV); pelo pluralismo político e liberdade de expressão das idéias; pelo resgate da cidadania, pela afirmação do povo como fonte única do poder e pelo respeito inarredável da dignidade humana."*<sup>46</sup>

O papel da norma jurídica dentro desta nova perspectiva de Estado rompe com a tradicional interpretação jurídico-positivista da lei. Antes, *"considerava-se direito apenas aquilo que se encontrava formalmente no disposto no ordenamento legal, sendo desnecessário qualquer juízo de valor acerca de seu conteúdo"*<sup>47</sup>, o aplicador do direito apenas verificava se o fato se encontra literalmente previsto no texto da norma para somente então consagrar o direito. No modelo do Estado Democrático de Direito, temos que o aplicador do direito deve

---

<sup>46</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1: parte geral**. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 6.

<sup>47</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1: parte geral**. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 5.

buscar a finalidade social da norma. Deve-se ir muito além do aspecto formal da norma, realizando uma interpretação socialmente contextualizada da norma.

Para José Joaquim Gomes Canotilho, a interpretação da norma jurídica constitucional deve revelar o conteúdo semântico do texto que materializa a norma. *In verbis*:

*"Interpretar as normas constitucionais significa (como toda a interpretação de normas jurídicas) compreender, investigar e mediatizar o conteúdo semântico dos enunciados lingüísticos que formam o texto constitucional. A interpretação jurídica constitucional reconduz-se, pois, à atribuição de um significado a um ou vários símbolos lingüísticos escritos na constituição. Esta interpretação faz-se mediante a utilização de determinados critérios (ou medidas) que se pretendem objectivos, transparentes e científicos (teoria ou doutrina da hermenêutica)." <sup>48</sup>*

Isso posto, buscando o sentido do termo "lazer", como utilizado pelo legislador, podemos realizar algumas considerações.

A palavra lazer vem do termo latim "*licere*", que significa ser lícito, ser permitido, ter valor, é também sinônimo de folga passatempo. Segundo o Dicionário Houaiss:

**"Acepções** - Substantivo masculino – 1 tempo que sobra do horário de trabalho elou do cumprimento de obrigações, aproveitável para o exercício de atividades prazerosas; 2 – Derivação: por metonímia - atividade que se pratica nesse tempo; 3 – Derivação: por extensão de sentido – cessação de uma atividade; descanso, repouso  
**Etimologia** - tem sido ligado ao lat. *licére* 'ser lícito, ser permitido, ter valor', através do arc. *lezer* 'ócio, passatempo'; ver *lic-*; *f.hist sXIII*

---

<sup>48</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6ª ed. rev. Coimbra: Almedina, 1995, p. 208.

*lezer, 1619 lazer – Sinônimos – ver sinonímia de folga e passatempo."*<sup>49</sup>

No Dicionário Michaelis, encontra-se uma sucinta descrição:

**"Lazer - (ê) sm (lat licere) Tempo livre, vagar, ócio."**<sup>50</sup>

Desta forma, a concepção de lazer, ao menos no que se refere ao termo em seu uso popular e não técnico jurídico, não se refere simplesmente à prática de esportes como parece tentar-se reduzir em nosso ordenamento infra-constitucional. O lazer está ligado muito mais ao exercício de atividades que trazem satisfação própria, de caráter desportivo ou não.

Nelson Carvalho Marcellino define lazer da seguinte forma:

*"Descansar, recuperar as energias, distrair-se entreter-se, recrear-se, enfim, o descanso e o divertimento são os valores comumente mais associados ao lazer."*<sup>51</sup>

Portanto, que fique bem expresso, "direito ao lazer" não é sinônimo de "direito ao desporto" e sim sinônimo de direito a um desenvolvimento psicossocial por suas mais diversas formas. Caso contrário, está se subvertendo a expressão, trazendo a grave conseqüência de se reduzir um direito fundamental, o que é proibido até mesmo através de emenda constitucional, nos termos do artigo 60, § 4º, inciso IV.

O lazer compreende tudo aquilo que o ser humano realiza de livre vontade, seja o descanso, o divertimento, o entretenimento,

<sup>49</sup> LAZER. In **Dicionário Houaiss**. Disponível em <<http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=lazer&stipe=k>> Acesso em 07.06.08

<sup>50</sup> LAZER. In **Dicionário Michaelis**. Disponível em <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=lazer>> Acesso em 07.06.08

<sup>51</sup> MARCELLINO, Nelson Carvalho. **Estudos do lazer**. Campinas, São Paulo: Autores Associados, 1996, p. 13.

ou mesmo a prática de atividades de aprendizado ou realização de serviços desvinculados de obrigações profissionais, geralmente associados ao bem estar próprio, familiar ou social.

No entender de Joffre Dumazedier, um dos principais autores sobre este tema, o lazer pode ser conceituado da seguinte forma<sup>52</sup>:

*"um conjunto de ocupações as quais o indivíduo pode entregar-se de livre vontade, seja para repousar, seja para divertir-se, recrear-se, ou ainda para desenvolver informação ou formação desinteressada, sua participação social voluntária ou sua livre capacidade criadora após livrar-se ou desembaraçar-se das obrigações profissionais, familiares e sociais."*<sup>53</sup>

Por estes motivos é que o lazer é consagrado como um direito fundamental. No Estado Democrático de Direito, o lazer assume uma função essencial para o desenvolvimento social e pessoal. Questão esta que é melhor abordada por Christian Marcello Mañas:

*"A intenção do constituinte ao alçar o lazer como direito social foi a de reconhecer uma necessidade de libertação e contraposição da vida diária de trabalho. Mais do que isso reconheceu o legislador que o homem não é apenas um trabalhador, mas possui uma dimensão social e condição humana que não se resume ao trabalho, o que permite o desenvolvimento pessoal e possibilita o relacionamento equilibrado com a família e sociedade."*<sup>54</sup>

A concepção de lazer dentro de um Estado que busca a promoção social, está intimamente relacionada com desenvolvimento da

---

<sup>52</sup> Destaca-se que neste conceito, o autor não divide as obrigações profissionais das familiares e sociais, contudo, o melhor enfoque realiza esta distinção, uma vez que o uso de lazer muitas vezes é vinculado a uma atividade familiar ou social.

<sup>53</sup> DUMAZEDIER, Joffre. **Lazer e cultura popular**. São Paulo: Perspectiva, 1978, p. 39

<sup>54</sup> MAÑAS, Christian Marcello. **Tempo e trabalho - a tutela jurídica do tempo de trabalho e tempo livre**, 2005, p. 112.

pessoa através da ocupação do seu tempo livre, com atividades de recreação, com participação na sociedade, com qualidade de vida, com atividades criativas em geral.

Para Amauri Mascaro Nascimento, citando José Maria Guix, o lazer adquire uma pluralidade de funções:

*"O lazer atende, como mostra José Maria Guix, de modo geral às seguintes necessidades: a) necessidade de libertação, opondo-se à angústia e ao peso que acompanham as atividades não escolhidas livremente; b) necessidade de compensação, pois a vida atual é cheia de tensões, ruídos, agitação, impondo-se a necessidade de silêncio, da calma, do isolamento como meio destinados à contraposição das nefastas conseqüências da vida diária do trabalho; c) necessidade de afirmação, pois a maioria dos homens vive em estado endêmico de inferioridade, numa verdadeira humilhação acarretada pelo trabalho de oficinas, impondo-se num momento de afirmação de si mesmos, de auto-organização de atividade, possível quando se dispõe de tempo livre para utilizar os próprios desejos; d) necessidade de recreação como meio de restauração biopsíquica; e) necessidade de dedicação social, pois o homem não é somente trabalhador, mas tem uma dimensão social maior, é membro de uma família, habitante de um município, membro de outras comunidades de natureza religiosa, esportiva, cultural, para as quais necessita tempo livre; f) necessidade de desenvolvimento pessoal integral e equilibrado, como uma das facetas decorrentes da sua própria condição de ser humano."*<sup>55</sup>

Percebe-se, assim, que as atividades relacionadas ao lazer são aquelas que se desenvolvem no tempo livre, devendo, portanto, a proteção legislativa recair não só na existência deste tempo livre para o trabalhador, bem como, na qualidade das atividades relacionadas a ele.

---

<sup>55</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho**. 19ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 863.

Existe também uma origem histórica para a tutela legislativa do lazer. A cultura ocidental sempre reservou um dia da semana para o descanso, este costume deriva do "Shabbath", o dia do descanso para os judeus<sup>56</sup>, que proibia qualquer trabalho no sábado. Com o cristianismo, influente na cultura ocidental, o dia do descanso passou para o domingo<sup>57</sup> e este costume se manteve presente até os dias atuais, gerando, inclusive, uma marcante repercussão legal, pois como é possível verificar, diversas são as legislações que garantem o descanso semanal, como a nossa Constituição Federal que assegura o repouso semanal remunerado especialmente aos domingos no inciso XV do artigo 7º.<sup>58</sup>

O repouso semanal aos domingos foi reconhecido legalmente em nossa história pelo Imperador Constantino, como nos ensina Domingos Sávio Zainaghi:

*"Os historiadores dão conta que no ano de 321, o Imperador Constantino reconheceu na legislação o descanso dominical, proibindo o trabalho nos domingos em todas as atividades, exceto nas atividades agrícolas."*<sup>59</sup>

De uma forma simples e associada ao entendimento popular, a ideia de lazer está ligada essencialmente ao não-trabalho. É o tempo livre que a pessoa tem para descansar, para praticar um esporte, para desenvolver-se culturalmente, para ter contato com os membros da família e amigos.

---

<sup>56</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 549.

<sup>57</sup> O motivo desta alteração foi, entre outros, a Ressurreição de Jesus Cristo "Com o advento do Cristianismo, o descanso no sábado foi substituído pelo descanso no domingo, em virtude da Ressurreição de Jesus Cristo." ZAINAGHI, Domingos Sávio. **Curso de legislação social**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.62,

<sup>58</sup> A origem do descanso semanal, assim como de outros feriados, possui forte conexão com a religião, nesse sentido nos explica Arnaldo Sússekind "A origem do repouso semanal é caracteristicamente religiosa. E foi a própria força da religião que impôs sua observância, ainda quando não existiam leis determinantes da interrupção semanal do trabalho. Por sua vez, a paralisação do trabalho nos dias de festas, considerados como dias de purificação, desenvolveu-se na Roma antiga e atingiu o seu auge na fase de esplendor das corporações medievais. Em parte tinham caráter religioso; em parte destinavam-se a comemorações de grandes aniversários históricos, do princípio e fim de colheitas etc." SÚSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 461.

<sup>59</sup> ZAINAGHI, Domingos Sávio. **Curso de legislação social**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 62.

Lazer pode ser também compreendido como o momento em que a pessoa aproveita os frutos do seu trabalho ou atividade econômica.

Destaca-se inclusive a importância do lazer não só quanto ao bem-estar proporcionado às pessoas, mas também na formação do indivíduo, pois a própria educação está relacionada diretamente com o lazer. O aprendizado se desenvolve com maior eficiência se for desempenhado juntamente com entretenimento, visto que quando ele é realizado de forma sistemática e impositiva não desenvolve completamente as potencialidades da personalidade humana.

Nesse sentido, é importante mencionar que as escolas são fruto do lazer, do ócio. Etimologicamente a própria origem da palavra *escola* deriva do lazer. Segundo o Dicionário Houaiss, a origem do termo "escola" é:

*"Etimologia - lat. schòla,ae 'lugar nos banhos onde cada um espera a sua vez; ocupação literária, assunto, matéria; escola, colégio, aula; divertimento, recreio', do gr. skholê,ês 'descanso, repouso, lazer, tempo livre; estudo; ocupação de um homem com ócio, livre do trabalho servil, que exerce profissão liberal, ou seja, ocupação voluntária de quem, por ser livre, não é obrigado a; escola, lugar de estudo'."*<sup>60</sup> (grifo nosso)

Com isto, entende-se que o lazer é realmente uma necessidade e não um mero capricho, um desejo injustificado do ser humano. O fato de a sociedade, de forma preconceituosa, relacionar pejorativamente o lazer com vadiagem, irresponsabilidade, vícios, impede o desenvolvimento de estudos e proteções jurídicas efetivas ao direito ao lazer. Este conceito pejorativo que permeia a expressão lazer impede uma interpretação séria e funcional deste direito.

---

<sup>60</sup> ESCOLA. In **Dicionário Houaiss**. Disponível em < <http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=escola&stipe=k>> Acesso em 07.06.08

Necessita-se portanto, eliminar preconceitos e redescobrir a função do lazer, pois como apresentado acima, ao mesmo tempo em que se compreende a amplitude de possibilidades interpretativas que o direito ao lazer proporciona, encontra-se também um enorme vácuo legislativo no que se refere ao direito ao lazer, previsto em nossa Constituição.

Esta omissão legislativa e normativa configura, em verdade, uma clara inconstitucionalidade por omissão, que deve e pode ser sanada, a fim de garantir os princípios constitucionais de cidadania e democracia, além de assegurar o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, fundado na dignidade da pessoa humana.

### 3.3 – A VALORIZAÇÃO DO TEMPO LIVRE NA ERA INDUSTRIAL<sup>61</sup>

Como já demonstrado, a Constituição Federal, promulgada em 05.10.1988, trouxe dentro do Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, o Capítulo II que apresenta os Direitos Sociais, o qual se inicia pelo artigo 6º que garante em seu *caput* a proteção do direito ao lazer.

A afinidade entre o direito ao lazer, o ócio, e as relações sociais, mais especificadamente, com as relações de trabalho, não é nova. Devido ao reconhecimento da relevância do descanso para o ser humano e da necessidade de imposição de um limite às ordens de trabalho fornecidas pelo empregador, a Organização Internacional do Trabalho – OIT, em 1919, reconheceu as férias e o lazer como direitos naturais, protegendo, desta forma, uma individualidade que corresponde a um reduto mínimo obrigatório para que a pessoa desenvolva as atividades relacionadas ao não-trabalho.

---

<sup>61</sup> Como ensina Sônia A. C. Mascaro Nascimento, em estudo sobre a flexibilização da jornada de trabalho, denominar a sociedade atual como sociedade industrial ou mesmo pós-industrial, não exprime a real situação do tempo presente. A autora menciona Alvin Toffler, que denomina o padrão da sociedade emergente como terceira onda, ou então como 'sociedade programada' no entender de autores como Alain Touraine. Segue também, demonstrando a crítica na visão de Manuel Castells, em referência ao termo 'pós-industrial', uma vez que a indústria ainda segue exercendo um papel fundamental na vida social (NASCIMENTO, Sônia Aparecida Costa Mascaro. **Flexibilização do horário de trabalho**. São Paulo: Editora Ltr, 2002, p. 30-31). No presente capítulo, utilizou-se a expressão 'era industrial', pois se realiza um enfoque maior no momento de nascimento das teorias sociais que defendem o direito ao lazer, ocorrido durante a era industrial. Não se diga, portanto, que a valorização do lazer somente ocorreu na era industrial.

A própria etimologia da palavra ócio está relacionada com o não-trabalho. A palavra vem do latim *otium* que literalmente se constitui como o antônimo de *negotium*, negócio. Ócio significava ficar longe dos afazeres ou da política, era utilizada para sinônimo de tranqüilidade, paz, calma e felicidade. Conceito este que hoje foi modificado, levando a palavra ócio a assumir uma conotação negativa.<sup>62</sup>

No final do século XIX e início do século XX, a própria concepção de uma sociedade voltada para o trabalho, que desfavorece as atividades relacionadas ao lazer, começou a ser questionada nos estudos dos filósofos Paul Lafargue com a obra "O Direito ao Ócio"<sup>63</sup>, de 1880, seguido por Bertrand Russell, através de escritos datados de 1932, intitulados como "O Elogio ao Ócio"<sup>64</sup>, obras que evidenciaram o valor do tempo de lazer tanto para o indivíduo como para a sociedade e também demonstraram as falhas em uma estruturação de valores que coloca o trabalho acima dos outros aspectos da vida coletiva, ou mesmo da própria liberdade.

Observa-se também, que mesmo no fim do século XIX e início do século XX, a luta pelo direito ao lazer não era totalmente nova. Antes de Lafargue e Russell os sindicatos ingleses do século XIX, por exemplo, já reclamavam o seu direito ao lazer através do lema dos "quatro oitos"<sup>65</sup>, contudo, esta era uma batalha voltada contra as jornadas desumanas de até 14 horas por dia e não propriamente uma contestação filosófica ao conceito de trabalho na sociedade moderna.

---

<sup>62</sup> FERREIRA, António Gomes. **Dicionários "Editora" - Dicionário de Latim-Português**. Porto Editora, 1976.

<sup>63</sup> LAFARGUE, Paul. **O direito ao ócio** em DE MASI, Domenico (org.). **A economia do ócio**. (trad) Carlos Irineu W. da Costa, Pedro Jorgensen Júnior e Léa Manzi. 2ª ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2001 (p. 139 a 183)

<sup>64</sup> RUSSELL, Bertrand. **O elogio ao ócio**. (trad.) Pedro Jorgensen Júnior. 4ª ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2002.

<sup>65</sup> Conforme visto no capítulo I - "*eight hours to work, eight hours to play, eight hours to sleep, eight pences a day*" (em uma tradução livre: oito horas para trabalhar, oito horas para o lazer, oito horas para dormir e oito moedas por dia). ALMEIDA, Fernando Barcellos de. **Teoria geral dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996, p. 97.

A repercussão do tema foi retomada e intensificada no final do século XX com a divulgação de um modelo social não mais estruturado na idolatria do trabalho, mas sim em uma integração simultânea entre trabalho, estudo e lazer, defendida pelo sociólogo italiano Domenico De Masi, através da teoria conhecida como *ócio criativo*<sup>66</sup>, um conjunto de ideias que foram reunidas na obra "O Ócio Criativo" publicado originalmente em 1995 e reformulada no ano 2000.

Estas ideias tiveram um impacto também no mundo jurídico, entretanto, como nos ensina Eduardo C. B. Bittar, atualmente a discussão pós-moderna no Direito é centrada na questão da aplicabilidade das normas, na eficácia<sup>67</sup>. O direito ao lazer não escapa e este desafio. Por mais desenvolvidas que estejam as teorias relativas à integração do lazer ao cotidiano, com destaque para a esfera do trabalho – focado na maioria das vezes como responsável antagônico direto a sua efetivação – verifica-se a ineficiência prática das leis e das políticas públicas para a solução deste caso.

O pensador italiano Norberto Bobbio entende que a eficácia "*trata-se de um problema não filosófico, mas político*"<sup>68</sup>, porém, na prática, verifica-se que diversos são os fatores que implicam na manutenção de modelos sociais ultrapassados. Fatores como economia, busca de resultados financeiros, fatores psicológicos, hierarquias sociais, demandas de mercado, falta de ética e valores morais, devem ser estudados cientificamente para serem reformulados de acordo com este panorama apresentado por Lafargue, Russell e De Masi, onde se agrega a dignidade humana ao ambiente de trabalho, resultando-se assim, direta e indiretamente, uma efetividade maior dos direitos fundamentais.

---

<sup>66</sup> DE MASI, Domenico. **O ócio criativo**. (trad.) Lea Manzi. 10ª ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

<sup>67</sup> Neste sentido, se esclarece que "Ao se enfrentar o tema da pós-modernidade, dar-se-á clara importância às diversas crises surgidas em seu contexto, bem como às crises que lhe ocasionaram o surgimento. A crise que mais de perto se estará a discutir é aquela referente à eficácia do direito, pois de nada adianta pensar-se no direito como regra de *dever-ser (Sollen)* isolada no *ser (Sein)(...)*" BITTAR, Eduardo C. B., **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 08.

<sup>68</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. (trad.) Carlos Nelson Coutinho. 6ª reimp. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24.

Quando Bobbio apresenta a política como o problema de eficácia, uma atenção especial deve ser dedicada ao termo, pois a atividade política não é só aquela realizada pelas instituições públicas<sup>69</sup>, pelos representantes políticos, ou então, de maneira mais ampla, na escolha democrática deles através da eleição. A atividade política é aquela realizada por todas as pessoas da *polis*, agir politicamente é praticar ações voltadas para o bem comum<sup>70</sup>.

Esta mudança política ressaltada por Bobbio pode ser interpretada como a indispensável mudança de atitude do indivíduo para com os outros membros do seu grupo para se atingir a efetivação, tanto de leis como de teorias filosóficas.

As ambições do indivíduo devem estar voltadas para a amizade, o amor, as atividades livres e a solidariedade. Muda-se o indivíduo, muda-se a sociedade. Uma vez construída esta realidade fática, cabe ao Direito e às políticas públicas meramente refletir estas aspirações, caso contrário jamais se tem a efetividade da norma. Nas conhecidas palavras de Georges Ripert, "*Quando o Direito ignora a realidade, a realidade se vinga, ignorando o Direito*"<sup>71</sup>, ou seja, a efetividade de um direito é tão forte quanto o seu reflexo da realidade.

Segue-se, desta forma, traçando um esboço para tentar identificar qual são as características do trabalho dentro do contexto de final de século XX e início do século XXI. Em seguida verifica-se o que se espera da

---

<sup>69</sup> Bobbio coloca a política no sentido de atividade popular e não apenas como conjunto de ações do Estado (o qual é resguardado para os casos de violação) quando diz "O problema da eficácia de uma norma é o problema de ser ou não seguida pelas pessoas a quem é dirigida" o que demonstra a preocupação com a ação do cidadão para que uma norma se torne eficaz. BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 2ª ed. rev. Bauru, SP: Edipro, 2003, p. 47

<sup>70</sup> José Pedro Galvão de Souza em seu "Dicionário de Política" define o próprio termo "política" da seguinte forma: "A política diz respeito à ação humana tendente a conseguir a adoção de decisões relacionadas ao governo da sociedade, sua organização e forma de exercício de poder. O homem é um ser político por natureza. *Zoon politikon* é a conhecida expressão com que Aristóteles (384-322 a.C.) se refere a essa realidade do homem. E é por nascer e viver naturalmente numa sociedade que o homem anseia encontrar na *Polis* todo um conjunto de condições propícias à própria existência. Já dissera o Estagirita: o homem vai à sociedade não só para viver, mas para viver bem. Dado que a sociedade existe para o homem, a Política deve ter por finalidade, partindo do ser do homem e do ser da sociedade, oferecer rumos, diretrizes, normas para a boa organização da Polis. É o que se colhe da definição que considera a política como ciência, arte e virtude do bem comum." SOUZA, José Pedro Galvão de. **Dicionário de política**. São Paulo: T.A. Queiroz, 1998, p. 424.

<sup>71</sup> RIPERT, Georges. **Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno**. (trad.) Gilda G. de Azevedo. Campinas: Red Livros, 2002. p. 33.

vida em sociedade no início deste século e como o direito ao lazer pode responder por estes anseios.

### 3.3 – O TRABALHO E A CONDIÇÃO HUMANA NA PÓS-MODERNIDADE

No último século vivenciamos marcantes alterações do comportamento humano. Essas mudanças são reflexos das guerras mundiais, da consolidação do capitalismo, do desenvolvimento dos meios de comunicação global, entre outros fatores que são identificados como o resultado da aplicação plena das teorias da modernidade, que se desenvolveu densamente no século XIX e culminou com tentativa de purificação racial de Hitler em meados do século XX. William Golding, escritor e Prêmio Nobel, afirmou certa vez sobre o século XX, "*Não posso deixar de pensar que este foi o século mais violento da história humana*"<sup>72</sup>. Infelizmente, o preço pago pelos avanços do século XX foi a dignidade humana.

O que a humanidade aprendeu com esta experiência? Não se pode responder esta questão com a devida precisão, uma vez que não existe um consenso entre as teorias pós-modernas, contudo, identificou-se que o desenvolvimento da modernidade resultou na *coisificação* do ser humano.

A humanidade presenciou a pior experiência do resultado de tratar o ser humano como um objeto através dos horrores das Grandes Guerras. Porém, não só neste momento, mas nota-se que no final do século XX e início do século XXI o ser humano ainda é por muitas vezes considerado como um objeto, um instrumento de mercado. Também não se diga que este é um problema novo na humanidade, tendo em vista, por exemplo, a forma mais agressiva de controle de outro ser humano, que é a escravidão, presente nos mais remotos relatos históricos e paradoxalmente, considerada ilegal justamente durante o século XX, considerado o século mais violento na história humana.

---

<sup>72</sup> HOBBSAWM, Eric. **Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991**. (trad.) Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 11.

Contudo este comportamento de controle do outro ser humano que era voltado para determinados grupos (vencidos de batalhas, devedores insolventes, etnias...)<sup>73</sup> espalhou-se e hoje se volta para todos os membros da sociedade, em maior ou menor escala, por diversas formas. Nesse sentido, um estudo realizado por Giovanni Berlinguer e Volnei Garrafa esclarece de forma objetiva esta questão: "*Com a evolução da espécie humana, a inteligência e o poder de alguns criaram a possibilidade de adquirir o controle sobre a força e a capacidade dos outros.*"<sup>74</sup>.

Esta instrumentalização do homem gera a perda da dignidade humana. Günter Dürig afirma que se considera atingida a dignidade humana sempre que a pessoa for rebaixada a objeto, a mero instrumento, sempre que ela for descaracterizada como sujeito de direitos<sup>75</sup>.

Esta característica encontrou um campo fértil nas relações de trabalho, pois uma vez que a própria natureza do vínculo entre patrão e empregado é estabelecida pela relação comandante-comandado, a passagem deste modelo para a relação homem-instrumento se tornou – através do desenvolvimento da modernidade – quase como uma evolução natural.

Portanto, quando se trata da efetividade dos direitos trabalhistas, está se tratando da restauração da dignidade humana.

A luta pela dignidade humana na atualidade é marcada pela busca de liberdade dentro dos espaços de atuação da vida cotidiana, que são o resultado de conquistas históricas anteriores. No caso, busca-se o lazer dentro do trabalho digno, que é um fruto da revolução industrial.

---

<sup>73</sup> Lembramos que a escravidão no Brasil só se encerrou porque o salário pago aos imigrantes era menor do que as despesas que se tinham com os negros e índios, ou seja, a escravidão foi extinta, não por um reconhecimento da dignidade da pessoa humana, mas sim pela força do capital.

<sup>74</sup> BERLINGUER, Giovanni e GARRAFA, Volnei. **O mercado humano – a mercadoria final: a comercialização de parte do corpo humano**. 2ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 56.

<sup>75</sup> DÜRIG, Günter. *Der Grundsatz der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes*, in: *Archiv de Öffentlichen Rechts (AÖR)*, n. 81, 1956.p.9 e ss. *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade: Ensaio de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 33-34.

Considerando que as aspirações humanas visam a liberdade, e que o trabalho – na forma que está sendo visto na atualidade – está se configurando como um obstáculo para a plena efetivação da dignidade humana, ele deve ser repensado e atualizado, pois o trabalho se tornou um fim e não um meio. Hannah Arendt que faz distinção entre o trabalho (relacionado à criação) e o labor (relacionado às necessidades biológicas), critica esta visão de trabalho (labor) como fim e não como meio. Em suas palavras:

*"é surpreendente que a era moderna – tendo invertido todas as tradições, tanto quanto a posição tradicional da ação e da contemplação como a tradicional hierarquia dentro da própria vita activa, tendo glorificado o trabalho (labor) como fonte de todos os valores, e tendo promovido o animal laborans à posição tradicionalmente ocupada pelo animal rationale."*<sup>76</sup>

O filósofo Bertrand Russell, em "O Elogio ao Ócio" obra datada de 1932, abordando a repulsa do culto ao trabalho como meio de atingir a felicidade, apresentou um trabalho essencial sobre este pensamento que veio se desenvolvendo durante a modernidade. Em um trecho, ele afirma com clareza a síntese de seus fundamentos filosóficos:

*"Quero dizer, com toda a sinceridade, 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."*<sup>77</sup>

Esses pensamentos indicam que a busca do homem mudou, se antes, em um estágio anterior à modernidade, buscava o labor para a libertação das suas necessidades e priorizava a criação, a imaginação, como centro de valores, hoje o homem transformou a busca pelo sustento em um fim em si

---

<sup>76</sup> ARENDT, Hannah. **A condição humana**. (trad.) Roberto Raposo. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 96.

<sup>77</sup> RUSSELL, Bertrand. **O elogio ao ócio**. (trad.) Pedro Jorgensen Júnior. 4ª ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2002, p. 25.

mesmo, o que é criticado, pois desta forma ele não se diferencia dos demais animais, e perde a sua liberdade, sua capacidade criativa, sua cultura, sua ética, sua moral, sua identidade. É isso que se busca restabelecer como centro através da efetivação do direito ao lazer.

A liberdade possui diferentes aspectos e não possui a mesma conotação entre as pessoas. Cada um imputa a sua própria significação do termo. Assim, se um trabalhador busca a liberdade dentro do trabalho ele busca algo específico que, em geral, não corresponde à liberdade que outro trabalhador procura. Este fenômeno é identificado no pensamento pós-moderno de Jean-Francois Lyotard, que defende a quebra de consensos universais.

O reconhecimento e adoção da pluralidade de formas (heteroformia) de prover o Direito, atende a essa necessidade atual, pois favoreceria, neste exemplo, os trabalhadores de uma empresa específica, que possuem condições específicas de trabalho e por conseqüência aspirações libertárias específicas também, válidas para aquela determinada época. Nesse sentido, afirma Lyotard:

*"Essa orientação (heteroformia) corresponde à evolução das interações sociais, onde o contrato temporário suplanta de facto a instituição permanente em matérias profissionais."*<sup>78</sup>

O direito ao lazer, devido à sua íntima relação com a liberdade individual, não deve ter suas especificidades regulamentadas de forma geral, por exemplo, por lei instituir programas de esporte nas empresas como solução de efetivação do direito ao lazer, pois não se atende ao anseio de liberdade daqueles que simplesmente não gostam de praticar esporte e prefeririam utilizar aquele tempo para outras atividades. Deve haver uma flexibilização em cada relação de trabalho. O papel da lei deveria ser o de garantir a existência da aplicação do direito e assegurar a sua flexibilização.

---

<sup>78</sup> LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. 3ª ed. Lisboa: Gradiva, 2003, p. 131.

### 3.4 – A RESPOSTA DOS TRABALHADORES AO TEMPO LIVRE

Uma grande questão que envolve o direito ao lazer, é a posição do trabalhador diante de uma mudança em seu horário de trabalho. Adianta-se que nem sempre existe um consenso e nem mesmo uma resposta positiva à reduções de jornada. Os motivos são de conhecimento geral e plenamente justificáveis, até mesmo porque muitas vezes, uma redução de jornada implica necessariamente em uma redução salarial. Não só, a estrutura social atual configurada como uma sociedade programada, mecanizada, orientada pelos meios de comunicação em massa e voltada para o consumismo, favorece a estrutura na qual a pessoa deve utilizar todo o seu tempo para o acúmulo de capital, ainda que isso ocorra em prejuízo do pleno desenvolvimento da sua personalidade.

Desta forma, se faz necessário, entender a posição do trabalhador frente a uma proposta de ampliação de tempo livre e lazer, seja pela redução, ou mesmo pela flexibilização da jornada de trabalho.

Um dado inicial importante a ser considerado é que, no Brasil, quase 80% dos trabalhadores fazem hora extras, segundo o Dieese. Em pesquisa, foi revelado que *"Dos empregados consultados, apenas 21% declararam não trabalhar acima da carga horária contratada. Outros 36,4% afirmaram fazer horas extras às vezes e 22,1% declararam que raramente trabalham a mais. Já 19,3% deles disseram que realizam horas extras freqüentemente."*<sup>79</sup> Isso significa que qualquer mudança no sistema de horas extras reflete na condição de trabalho da grande maioria da população.

Em seguida, observando-se os motivos pelos quais são realizadas estas horas extras, encontra-se os dados de que *"Do total de pesquisados, 45,3% disseram que fazem horas extras para complementar a renda mensal; 23,4% afirmaram que o fazem para demonstrar comprometimento com a empresa; 14,6% declararam que o realizam para poder comprar algum bem; 9,8%,*

---

<sup>79</sup> Info Money. **Quase 80% dos brasileiros fazem horas extras, aponta Dieese.** Internet <[http://www.administradores.com.br/noticias/quase\\_80\\_dos\\_brasileiros\\_fazem\\_horas\\_extras\\_aponta\\_dieese/6319/](http://www.administradores.com.br/noticias/quase_80_dos_brasileiros_fazem_horas_extras_aponta_dieese/6319/)> Acesso em 23.10.2008.

para ter dinheiro para atividades de lazer e cultura e 2,4%, para ficar bem perante os colegas." <sup>80</sup> Pode-se perceber, portanto, que a maioria dos empregados utilizam as horas extras como um instrumento de complementação de renda familiar, o que impede que se realize mudanças imediatas muito significativas na mecânica das horas extras, sob pena de prejudicar a subsistência do próprio trabalhador.

Contudo, são necessários mais dados sobre a postura do trabalhador diante de uma proposta de lazer. Para tanto, recorre-se a pesquisas realizadas no exterior. Em uma enquete<sup>81</sup> realizada por Claus Offe, juntamente com Uwe Engfer, Karl Hinrichs e Helmut Wiesenthal, intitulada "*Situação e redução da jornada de trabalho na visão do empregado*", é possível extrair algumas informações úteis sobre a resposta do trabalhador ao tempo livre, o que é indispensável para a um estudo sobre a redução de tempo de trabalho. Em suas palavras:

*"Para apresentar-se reivindicações por redução do tempo de trabalho, é necessário conhecer se e em que medida existem necessidades individuais de redução de tempo de trabalho, ou a quais percepções do problema por parte dos empregados as iniciativas devem reportar-se, e qual é o volume da 'pressão da base'*

---

<sup>80</sup> Info Money. **Quase 80% dos brasileiros fazem horas extras, aponta Dieese**. Internet <[http://www.administradores.com.br/noticias/quase\\_80\\_dos\\_brasileiros\\_fazem\\_horas\\_extras\\_aponta\\_dieese/6319/](http://www.administradores.com.br/noticias/quase_80_dos_brasileiros_fazem_horas_extras_aponta_dieese/6319/)> Acesso em 23.10.2008.

<sup>81</sup> Referente à metodologia da pesquisa, "*Os resultados aqui apresentados se baseiam em uma enquete representativa entre pessoas que trabalhavam de modo dependente, realizada em outubro e novembro de 1981. Foram entrevistados empregados de idade entre 18 e 60 anos, que trabalhavam por mais de 19 horas semanais. Trata-se de uma enquete que tinha como o tempo de trabalho como tema central. As informações sobre as preferências quanto ao tempo de trabalho estavam inseridas em uma entrevista mais longa (de cerca de 50 minutos de duração), que tratava da orientação com respeito ao mundo de trabalho em geral, e da situação concreta de trabalho dos entrevistados. Os temas, que serão a seguir analisados, foram tocados em um determinado ponto da entrevista, quando os entrevistados já tinham dado minuciosas declarações sobre a relevâncias do trabalho em suas vidas, e sobre a avaliação do atual emprego em função de diversos critérios de julgamento. Uma tal contextualização da entrevista oferece uma maior garantia de respostas válidas do que perguntas quase casuais em entrevistas sobre diversos temas, nas quais pode-se supor existir uma irradiação de outros temas, produzindo consideráveis distorções*". ENGFER, Uwe, HINRICHS, Karl, OFFE, Claus e WIESENTHAL, Helmut. **Situação e redução da jornada de trabalho na visão do empregado**. em OFFE, Claus (org.). **Trabalho e sociedade: Problemas estruturais e perspectivas para o futuro da "Sociedade do Trabalho"**. (trad.) Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 160-161.

*que poderia ser política e sindicalmente mobilizada em favor da redução do tempo de trabalho.*"<sup>82</sup>

Para atender a proposta do presente trabalho, selecionou-se a tabela referente aos resultados sobre o desejo de mudança na jornada de trabalho segundo sexo e jornada normal de trabalho, em porcentagem. A seguir:

Tabela 1 - Desejo de mudança na jornada de trabalho segundo sexo e jornada normal de trabalho, em %<sup>83</sup>

Desejos de mudança	Todos os entrevistados	Trabalho em tempo integral		Trabalho em tempo parcial
		Homens	Mulheres	
Trabalhar em outro horário diurno	2,6	2,0	3,2	4,0
Mais liberdade na definição do horário de entrada e saída	16,5	16,8	18,9	10,0
Conhecimento prévio de quanto e quando terei que trabalhar	6,9	8,5	6,6	1,2
Não mais ter que trabalhar em turnos	5,9	7,0	6,0	1,2
Não trabalhar mais aos domingos e feriados	5,3	6,4	4,2	2,4
Não trabalhar mais aos sábados	8,2	6,8	10,0	10,4
Trabalhar em menos dias da semana, trabalhando mais nos dias restantes	6,1	6,4	7,9	2,4
Não ter ou ter menos horas extras de trabalho	6,4	6,4	8,2	3,6
Ter mais horas extras	2,0	1,5	2,9	2,4
Mudança na duração da jornada contratual por semana de trabalho	5,3	6,4	5,3	1,2
Ter mais pausas no trabalho	10,7	8,8	17,4	10,7
Ter menos pausas para sair mais cedo	4,1	3,8	6,0	2,4
Ter mais férias por ano	28,2	28,0	33,2	18,7
Poder escolher o momento e a distribuição das férias	16,3	16,7	15,8	13,5
Nenhuma mudança na minha jornada de trabalho, pois ela me satisfaz plenamente	42,7	41,2	32,4	61,0
Base	1.035	627	248	164

<sup>82</sup> ENGFER, Uwe, HINRICHS, Karl, OFFE, Claus e WIESENTHAL, Helmut. **Situação e redução da jornada de trabalho na visão do empregado.** em OFFE, Claus. **Trabalho e sociedade: Problemas estruturais e perspectivas para o futuro da "Sociedade do Trabalho"**. (trad.) Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 160.

<sup>83</sup> ENGFER, Uwe, HINRICHS, Karl, OFFE, Claus e WIESENTHAL, Helmut. **Situação e redução da jornada de trabalho na visão do empregado.** em OFFE, Claus. **Trabalho e sociedade: Problemas estruturais e perspectivas para o futuro da "Sociedade do Trabalho"**. (trad.) Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 171.

Esta tabela apresenta que os trabalhadores entrevistados possuem, em geral algum desejo de mudança. Percebe-se que 57,3% dos entrevistados manifestaram um desejo de alteração de jornada, isso significa que apenas dois em cada cinco empregados estão plenamente satisfeitos com a sua jornada e não desejam nenhuma mudança.<sup>84</sup>

Importante também notar o alto índice de satisfação com a atual jornada em relação aos empregados que realizam trabalho em tempo parcial, onde 61% se declararam satisfeitos. Este dado confirma a preferência por jornadas que permitem uma participação em outras esferas da vida. Com ressaltam os autores:

*"O empregado típico em tempo parcial é a mulher casada com ou sem filho(s), responsável pelo trabalho doméstico, com base em uma divisão tradicional (sexual) de trabalho."*<sup>85</sup>

A satisfação com a jornada em tempo parcial relaciona-se com a sucedida sincronização entre diferentes esferas da vida, pois atende a uma verdadeira necessidade, que é a de conciliar as atividades da casa com a existência de um trabalho. Independente de questões típicas da jornada parcial, como piores chances de promoção, pouca utilização das capacidades profissionais, entre outras, em geral, se verifica que os trabalhadores ficam satisfeitos apenas com o próprio fato de possuírem uma jornada em tempo parcial.<sup>86</sup>

Percebe-se, entretanto, que a satisfação plena com a jornada praticada é impressionantemente alta, contudo, como observam os

---

<sup>84</sup> ENGFER, Uwe, HINRICHS, Karl, OFFE, Claus e WIESENTHAL, Helmut. **Situação e redução da jornada de trabalho na visão do empregado.** em OFFE, Claus. **Trabalho e sociedade: Problemas estruturais e perspectivas para o futuro da "Sociedade do Trabalho"**. (trad.) Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 170.

<sup>85</sup> ENGFER, Uwe, HINRICHS, Karl, OFFE, Claus e WIESENTHAL, Helmut. **Situação e redução da jornada de trabalho na visão do empregado.** em OFFE, Claus. **Trabalho e sociedade: Problemas estruturais e perspectivas para o futuro da "Sociedade do Trabalho"**. (trad.) Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 170.

<sup>86</sup> ENGFER, Uwe, HINRICHS, Karl, OFFE, Claus e WIESENTHAL, Helmut. **Situação e redução da jornada de trabalho na visão do empregado.** em OFFE, Claus. **Trabalho e sociedade: Problemas estruturais e perspectivas para o futuro da "Sociedade do Trabalho"**. (trad.) Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 170.

autores, deve ser considerado que nesta pesquisa somente foram considerados os desejos mais urgentes de mudança, ou seja, aspectos desconfortáveis da jornada, com os quais "dá para viver" ou "arranjar-se", não foram computados nestes dados<sup>87</sup>. Importante destacar que estes aspectos, ainda que não articulados na pesquisa, possuem também uma relevância enorme diante da melhoria da qualidade de vida pretendida pela concretização do direito ao lazer.

Adianta-se também, que os dados da Tabela 2 revelam que a preferência por nenhuma mudança na jornada de trabalho está relacionada com a idade também, uma vez que *"os empregados mais velhos acomodaram-se às regulações pré-existentes da jornada de trabalho, ao longo de sua vida profissional"*<sup>88</sup>.

Não só, ainda em relação à satisfação com a jornada:

*"(...) deve ser considerado que os empregados presumivelmente 'ajustam' seus desejos de mudança com as possibilidades reconhecidas de mudanças na atual situação da jornada de trabalho assim como com as possíveis conseqüências negativas dessas mudanças."*<sup>89</sup>

Por fim, destaca-se que as maiores preferências de mudanças na jornada de trabalho foram a ampliação de quantidade de férias por ano, com 28,2%, seguida por maior liberdade na definição do horário

---

<sup>87</sup> ENGFER, Uwe, HINRICHS, Karl, OFFE, Claus e WIESENTHAL, Helmut. **Situação e redução da jornada de trabalho na visão do empregado.** em OFFE, Claus. **Trabalho e sociedade: Problemas estruturais e perspectivas para o futuro da "Sociedade do Trabalho"**. (trad.) Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 170-171.

<sup>88</sup> ENGFER, Uwe, HINRICHS, Karl, OFFE, Claus e WIESENTHAL, Helmut. **Situação e redução da jornada de trabalho na visão do empregado.** em OFFE, Claus. **Trabalho e sociedade: Problemas estruturais e perspectivas para o futuro da "Sociedade do Trabalho"**. (trad.) Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 177.

<sup>89</sup> ENGFER, Uwe, HINRICHS, Karl, OFFE, Claus e WIESENTHAL, Helmut. **Situação e redução da jornada de trabalho na visão do empregado.** em OFFE, Claus. **Trabalho e sociedade: Problemas estruturais e perspectivas para o futuro da "Sociedade do Trabalho"**. (trad.) Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 172.

de entrada e saída, com 16,5%, e a possibilidade de escolher o momento e a distribuição das férias através dos próprios critérios, com 16,3%.

A opção de menor escolha foi a de ter mais horas extras, com 2%, o que se justifica pelo fato da maioria dos entrevistados já praticarem alguma hora extra, além de que nem sempre as horas extras são pagas com o devido adicional.

Tabela 2 – Desejos de mudança na jornada de trabalho segundo flexibilidade de horário no dia e segundo grupos etários, em %<sup>90</sup>

Desejos de mudança	Todos os entrevistados	Regulação do início e do fim do trabalho			Idade			
		Rígida	Móvel	Flexível	18-28	29-30 <sup>91</sup>	39-48	49-60
Mais liberdade na definição do horário de entrada e saída	16,5	17,2	15,6	15,8	19,3	22,5	13,2	9,8
Conhecimento prévio de quanto e quando terei que trabalhar	6,9	5,4	5,9	15,1	13,4	6,6	3,4	4,1
Trabalhar em menos dias da semana, trabalhando mais nos dias restantes	6,1	6,0	10,4	2,9	8,2	7,5	5,8	2,5
Mudança na duração da jornada contratual por semana de trabalho	5,3	5,4	4,8	5,0	4,1	4,7	4,1	8,4
Ter mais pausas no trabalho	10,7	10,5	8,6	12,2	14,7	5,9	12,2	9,8
Ter menos pausas para sair mais cedo	4,1	3,9	4,8	4,3	6,9	3,3	2,2	4,1
Ter mais férias por ano	28,2	27,5	29,0	27,3	35,5	29,3	29,5	16,4
Poder escolher o momento e a distribuição das férias	16,3	14,8	20,4	14,1	20,1	12,6	17,1	15,0
Nenhuma mudança na minha jornada de trabalho, pois ela me satisfaz plenamente	42,7	42,3	41,3	40,3	29,8	38,9	46,4	54,8
Base	1.035	691	177	139	255	280	269	241

<sup>90</sup> ENGFER, Uwe, HINRICHS, Karl, OFFE, Claus e WIESENTHAL, Helmut. **Situação e redução da jornada de trabalho na visão do empregado**. em OFFE, Claus. **Trabalho e sociedade: Problemas estruturais e perspectivas para o futuro da "Sociedade do Trabalho"**. (trad.) Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 174.

<sup>91</sup> Presume-se que o autor quis dizer 29-38

Na tabela 2 acima, observa-se os desejos de mudança na jornada de trabalho segundo flexibilidade de horário no dia e segundo grupos etários.

Nesta hipótese, novamente há um número maior relacionado com a possibilidade de ter mais férias por ano, com 28,2% de todos os entrevistados. Interessante notar que, este número diminui com a idade, sendo que esta preferência por mais férias se inicia com 35,5% dos entrevistados entre 18 a 28 anos, chegando a 16,4% dos entrevistados entre 49 a 60 anos de idade.

Outro ponto a ser mencionado é que ainda que o trabalhador possua uma jornada flexível, logo após o desejo de ter mais férias, três desejos indicam a necessidade de flexibilização mais ampla da jornada, pois há 15,8% relacionados com maior liberdade na definição do horário de entrada e saída, 15,1% com a escolha do momento e a distribuição das férias, 15,1% com o conhecimento prévio de quanto e quando irá trabalhar. Estes dados são interpretados pelos autores do estudo como um desejo de superar as desvantagens em relação àqueles que possuem uma padronização cronológica da jornada de trabalho, uma vez que a sociedade é moldada para este padrão de uso do tempo.<sup>92</sup>

Em seguida, a análise da Tabela 3, revela as formas preferidas para a redução do tempo de trabalho segundo sexo, idade, grupo profissional e sindicalização, na qual os entrevistados foram indagados sobre qual forma de redução prefeririam caso ela viesse a ocorrer em um futuro imediato, dentro das opções de redução da jornada semanal, prolongação das férias e antecipação do limite de idade.<sup>93</sup>

---

<sup>92</sup> ENGFER, Uwe, HINRICHS, Karl, OFFE, Claus e WIESENTHAL, Helmut. **Situação e redução da jornada de trabalho na visão do empregado**. em OFFE, Claus. **Trabalho e sociedade: Problemas estruturais e perspectivas para o futuro da "Sociedade do Trabalho"**. (trad.) Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 175.

<sup>93</sup> ENGFER, Uwe, HINRICHS, Karl, OFFE, Claus e WIESENTHAL, Helmut. **Situação e redução da jornada de trabalho na visão do empregado**. em OFFE, Claus. **Trabalho e sociedade: Problemas estruturais e perspectivas para o futuro da "Sociedade do Trabalho"**. (trad.) Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 182.

De início, verifica-se que não existe um consenso entre as diversas formas de redução de jornada de trabalho. Em relação ao total de entrevistados, 43,8% preferem a antecipação do limite de idade, em seguida da prolongação das férias com 35,8%, sendo que por fim se encontra a redução da jornada semanal, com 20,4%.

Tabela 3 – Forma preferida para a redução do tempo de trabalho, segundo sexo, idade, grupo profissional e sindicalização, em %<sup>94</sup>

Categorias de empregados (base)	Redução da jornada semanal	Prolongação das férias	Antecipação do limite de idade
Todos os entrevistados (1.037)	20,4	35,8	43,8
Trabalhando em tempo integral (872)	21,3	34,7	43,9
- entre estes, homens (624)	18,9	36,0	45,1
- entre estes, mulheres (248)	27,5	31,5	41,0
Trabalhando em tempo parcial (160)	15,2	41,8	43,0
18-28 anos de idade (255)	33,2	45,6	21,1
29-38 anos de idade (277)	20,9	39,6	40,5
39-49 anos de idade (265)	15,9	34,9	29,5
49-60 anos de idade (240)	11,5	23,0	65,5
- Profissões acadêmicas e gerenciais (99)	25,8	29,8	44,0
- Serviços sociais (80)	27,9	40,2	32,0
- Profissões de comércio, transportes e serviços (197)	23,3	36,0	40,7
- Profissões de escritório (230)	16,0	43,3	40,8
- Profissões da manufatura e ofícios (297)	19,5	33,8	46,7
- Atividades auxiliares não especificadas (87)	17,4	24,2	58,3
Sindicalização			
- Sim (283)	19,0	30,4	50,6
- Não (754)	20,9	37,8	41,3
Em geral, quando se fala da redução do tempo de trabalho, isso quer dizer menos tempo de trabalho por semana, ou férias anuais mais longas, ou ainda redução do limite flexível de idade para aposentadoria. Qual dessas formas você preferiria e qual viria em segundo lugar, se no futuro próximo ocorresse uma redução do tempo de trabalho?			

<sup>94</sup> ENGFER, Uwe, HINRICHS, Karl, OFFE, Claus e WIESENTHAL, Helmut. **Situação e redução da jornada de trabalho na visão do empregado.** em OFFE, Claus. **Trabalho e sociedade: Problemas estruturais e perspectivas para o futuro da "Sociedade do Trabalho"**. (trad.) Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 183.

Com efeito, interpreta-se que, a forma preferida para a redução do tempo de trabalho está relacionada com aquela que oferece um maior rendimento subjetivo. Isso fica bem claro com o aumento do índice de preferência por antecipação do limite da idade de acordo com o aumento da faixa etária. Enquanto apenas 21,1% dos entrevistados entre 18 e 28 anos de idade declararam preferência pela antecipação da aposentadoria, 65,5% dos entrevistados entre 49 e 60 anos de idade declararam esta opção, o que demonstra um fato expressivo de escolha pelo rendimento subjetivo.

Mesmo dentre a categoria dos entrevistados que realizam profissão acadêmica e gerencial percebemos que, como estas profissões naturalmente contam com uma maior liberdade de tempo cotidiana, prefere-se também a antecipação do limite de idade, em prejuízo da redução da jornada semanal ou mesmo da prolongação das férias.

Por fim, outro dado importante trazido pela enquete realizada é o referente à discussão pública quanto aos diferentes motivos para as reivindicações de redução de tempo de trabalho. Nesta enquete, 28,9% dos entrevistados aprovam o argumento da redistribuição do trabalho mais intensamente do que qualquer outra fundamentação, 15,6% preferem o argumento da humanização a todos os outros, 9,8% aprovam o argumento do tempo livre mais intensamente e 3,4% preferem o argumento da insatisfação. Vale lembrar que 20,6% dos entrevistados escolheram o argumento da redistribuição do trabalho e mais uma das outras fundamentações, e 13,8% indicaram este argumento e dois outros em primeiro lugar.<sup>95</sup>

Não existe, portanto, uma manifestação expressiva em favor do tempo livre por si só. Algo que se justifica por uma série de motivos, como a falta de conhecimento da importância biológica e social do lazer, ou então pela pouca dedicação de recursos públicos para atividades relacionadas ao lazer, além do fato da maioria das atividades relacionadas ao tempo livre estarem

---

<sup>95</sup> ENGFER, Uwe, HINRICHS, Karl, OFFE, Claus e WIESENTHAL, Helmut. **Situação e redução da jornada de trabalho na visão do empregado.** em OFFE, Claus. **Trabalho e sociedade: Problemas estruturais e perspectivas para o futuro da "Sociedade do Trabalho"**. (trad.) Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 189-190.

vinculadas a um custo, ou mesmo por uma influência cultural, que privilegia o valor do trabalho e condena o lazer. Em todo caso, pode-se observar com os dados apresentados, que a redução da jornada de trabalho possui uma função social reconhecida pelo trabalhador, notadamente como forma de combate ao desemprego, vejamos a seguir alguns aspectos da redução e da flexibilização da jornada de trabalho.

### 3.5 – A REDUÇÃO E A FLEXIBILIZAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO

Pode se considerar que a redução da jornada de trabalho é uma necessidade diante da estrutura econômica atual e do crescente desemprego. A seguir, serão analisados os motivos pelos quais ocorre essa necessidade, bem como se apresentam os mecanismos de flexibilização de jornada, que é uma alternativa em defesa do direito ao lazer.

#### 3.5.1 – A NECESSIDADE DA REDUÇÃO DE JORNADA E O DESEMPREGO

A defesa do direito ao lazer muitas vezes se comunica com a necessidade da redução da jornada de trabalho como forma de redução do crescente desemprego, além de criar um modelo "*subjetivamente desejável para a organização da vida.*"<sup>96</sup>, nesse sentido, afirmam Karls Hinrichs, Claus Offe e Helmut Wiesenthal:

*"Parece que uma política de redução e flexibilização do tempo de trabalho é a única alternativa ainda razoavelmente promissora para combater o crescente desemprego maciço"*<sup>97</sup>

Esses autores, demonstram que o mercado de trabalho deve estar equilibrado para conter o desemprego. Destacam que três

---

<sup>96</sup> HINRICHS Karls, OFFE Claus e WIESENTHAL Helmut. **A disputa pelo tempo – a jornada de trabalho nos conflitos sócio-políticos e industriais.** em OFFE, Claus. **Trabalho e sociedade: Problemas estruturais e perspectivas para o futuro da "Sociedade do Trabalho"**. (trad.) Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 139.

<sup>97</sup> HINRICHS Karls, OFFE Claus e WIESENTHAL Helmut. **A disputa pelo tempo – a jornada de trabalho nos conflitos sócio-políticos e industriais.** em OFFE, Claus. **Trabalho e sociedade: Problemas estruturais e perspectivas para o futuro da "Sociedade do Trabalho"**. (trad.) Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 133.

fatores regulam este equilíbrio: a) o desenvolvimento da população potencialmente ativa; b) as taxas de crescimento da produtividade; c) as taxas de crescimento da produção." <sup>98</sup>

Existem algumas políticas possíveis para buscar a reconstrução deste equilíbrio. Uma das alternativas seria a de acelerar o crescimento econômico, e por conseqüência a demanda de trabalho, outra alternativa seria a redução da oferta de trabalho, através da diminuição do número de pessoas que buscam alguma ocupação dentro do mercado de trabalho. <sup>99</sup>

Em relação à primeira alternativa, o Estado pode realizar uma política de criação de medidas de estímulo à produção pela indução à demanda de produtos, entretanto, esta política estatal de induzir à demanda, para gerar um crescimento da produção, pode levar à inflação de preços, à saturação de bens de consumo, entre outras conseqüências. Desta forma, esta medida é observada com receio pelos empresários, uma vez que esta demanda criada, devido à sua artificialidade, nem sempre é persistente, o que impede investimentos a longo prazo e principalmente, novas contratações. <sup>100</sup>

Ademais, advertem os autores do risco pela busca de taxas de crescimento elevadas na atual configuração ambiental:

*"é necessário ponderar que mesmo retornando-se a tais taxas de crescimento (anos 50 e início dos anos 60), espontaneamente ou por 'indução política', uma tal elevação do crescimento econômico provocaria crescentes objeções e mesmo resistências em grande*

---

<sup>98</sup> HINRICHS Karls, OFFE Claus e WIESENTHAL Helmut. **A disputa pelo tempo – a jornada de trabalho nos conflitos sócio-políticos e industriais.** em OFFE, Claus. **Trabalho e sociedade: Problemas estruturais e perspectivas para o futuro da "Sociedade do Trabalho"**. (trad.) Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 134.

<sup>99</sup> HINRICHS Karls, OFFE Claus e WIESENTHAL Helmut. **A disputa pelo tempo – a jornada de trabalho nos conflitos sócio-políticos e industriais.** em OFFE, Claus. **Trabalho e sociedade: Problemas estruturais e perspectivas para o futuro da "Sociedade do Trabalho"**. (trad.) Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 135.

<sup>100</sup> HINRICHS Karls, OFFE Claus e WIESENTHAL Helmut. **A disputa pelo tempo – a jornada de trabalho nos conflitos sócio-políticos e industriais.** em OFFE, Claus. **Trabalho e sociedade: Problemas estruturais e perspectivas para o futuro da "Sociedade do Trabalho"**. (trad.) Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 135-136.

*parte da população, por causa das suas inevitáveis conseqüências (entre elas as ecológicas)." <sup>101</sup>*

Descartada, portanto, a política que preza pelo aumento da demanda por trabalho através da indução à elevação da produção, segue a análise da segunda alternativa (ou alternativa complementar), que corresponde à redução da oferta de trabalho pela exclusão de determinados grupos e categorias de pessoas.

Esta é uma política que é amplamente aplicada de forma difusa na sociedade, mas que aparenta estar superada diante da exaustão das possibilidades de transferência de pessoas a outros setores fora do mercado de trabalho.

Em relação aos trabalhadores estrangeiros antes, tradicionalmente utilizados como "massa de manobra", hoje diante da sociedade globalizada, a condução deste contingente para setores em que os trabalhadores nacionais não possuem preferência<sup>102</sup> – uma questão que ganha maior relevância nos países desenvolvidos –, se torna cada vez mais difícil, até mesmo pela facilidade ao retorno à pátria original. Ademais, não se trataria de uma verdadeira exclusão do mercado de trabalho, mas sim de uma solução paliativa onde existe um mero remanejamento de atividades.

A exclusão dos jovens do mercado de trabalho pelo prolongamento da obrigatoriedade escolar, tanto pelo ensino obrigatório, como pelos cursos de especialização para o trabalho, também chegou ao seu limite, além de encontrar uma relevante resistência<sup>103</sup>, haja vista a necessidade do jovem

---

<sup>101</sup> HINRICHS Karls, OFFE Claus e WIESENTHAL Helmut. **A disputa pelo tempo – a jornada de trabalho nos conflitos sócio-políticos e industriais.** em OFFE, Claus. **Trabalho e sociedade: Problemas estruturais e perspectivas para o futuro da "Sociedade do Trabalho"**. (trad.) Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 136.

<sup>102</sup> No caso, podemos citar o exemplo da utilização de estrangeiros em substituição aos escravos no Brasil, ou mesmo o trabalho atual de estrangeiros em países desenvolvidos, em setores onde é marcante a insalubridade ou mesmo a atividade periculosa, como na indústria, na construção civil, entre outros.

<sup>103</sup> HINRICHS Karls, OFFE Claus e WIESENTHAL Helmut. **A disputa pelo tempo – a jornada de trabalho nos conflitos sócio-políticos e industriais.** em OFFE, Claus. **Trabalho e sociedade:**

acumular capital para a independência financeira, assim como pela necessidade de reduzir a sobrecarga daqueles que suportam as necessidades econômicas destas pessoas.

Quanto à exclusão da força de trabalho dos mais idosos ou portadores de necessidades especiais, ela encontra o seu limite na capacidade de oneração financeira dos agentes securitários<sup>104</sup>. Até mesmo porque, a ampliação de pessoas nesta categoria levaria à redução dos benefícios concedidos àqueles que já se encontram sob a tutela do sistema de seguridade social.

Por fim, as mulheres, que por anos foram excluídas do mercado de trabalho, retomaram o seu legítimo direito de trabalhar, sendo qualquer alteração neste sentido, um retrocesso social sem precedentes.

Como concluem os referidos autores, não existe mais alternativas aceitáveis para uma maior exclusão de pessoas do mercado de trabalho:

*"Para todos os outros grupos da força de trabalho, a retirada do mercado de trabalho já não representa nenhuma alternativa aceitável."*<sup>105</sup>

Entretanto, prosseguem afirmando que a busca pelo equilíbrio no mercado de trabalho pode ser realizada através da redução do *tempo* de trabalho oferecido.

---

**Problemas estruturais e perspectivas para o futuro da "Sociedade do Trabalho".** (trad.) Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 136.

<sup>104</sup> HINRICHS Karls, OFFE Claus e WIESENTHAL Helmut. **A disputa pelo tempo – a jornada de trabalho nos conflitos sócio-políticos e industriais.** em OFFE, Claus. **Trabalho e sociedade: Problemas estruturais e perspectivas para o futuro da "Sociedade do Trabalho".** (trad.) Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 136-136.

<sup>105</sup> HINRICHS Karls, OFFE Claus e WIESENTHAL Helmut. **A disputa pelo tempo – a jornada de trabalho nos conflitos sócio-políticos e industriais.** em OFFE, Claus. **Trabalho e sociedade: Problemas estruturais e perspectivas para o futuro da "Sociedade do Trabalho".** (trad.) Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 137.

Conclui-se, portanto, pela necessidade de redução da jornada individual:

*"Resta então a alternativa de reduzir o volume de tempo da participação individual no mercado de trabalho, tentando melhor equilibrar esses dois aspectos (pessoal e temporal). Com isso chegamos à potencialidade do papel da política quanto ao tempo de trabalho sobre o nível de emprego – um papel que se torna mais relevante, na medida em que a teoria econômica e a experiência política evidenciam cada vez mais inequivocadamente a impropriedade e a insuficiência das formas usuais de política de emprego."*<sup>106</sup>

Nesse sentido, é importante afirmar que esta redução pretendida não busca apenas reduzir as taxas de desemprego, mesmo os autores deste estudo reconhecem que a redução *"é hoje apenas um dos motivos da discussão em torno da jornada de trabalho"*.<sup>107</sup>

Ao lado do combate ao desemprego, a redução está relacionada com uma "mudança de valores" dentro da nova estrutura social, que tende a uma valorização do trabalhador, o que no Direito se traduz – em todos os seus segmentos – através da defesa da dignidade da pessoa humana. Busca-se, atualmente, qualidade de vida o que significa, em muitas vezes, a *"soberania sobre o tempo"*<sup>108</sup>, a emancipação do regime de tempo. No entender dos autores:

---

<sup>106</sup> HINRICHS Karls, OFFE Claus e WIESENTHAL Helmut. **A disputa pelo tempo – a jornada de trabalho nos conflitos sócio-políticos e industriais**. em OFFE, Claus. **Trabalho e sociedade: Problemas estruturais e perspectivas para o futuro da "Sociedade do Trabalho"**. (trad.) Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 137.

<sup>107</sup> HINRICHS Karls, OFFE Claus e WIESENTHAL Helmut. **A disputa pelo tempo – a jornada de trabalho nos conflitos sócio-políticos e industriais**. em OFFE, Claus. **Trabalho e sociedade: Problemas estruturais e perspectivas para o futuro da "Sociedade do Trabalho"**. (trad.) Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 137.

<sup>108</sup> HINRICHS Karls, OFFE Claus e WIESENTHAL Helmut. **A disputa pelo tempo – a jornada de trabalho nos conflitos sócio-políticos e industriais**. em OFFE, Claus. **Trabalho e sociedade: Problemas estruturais e perspectivas para o futuro da "Sociedade do Trabalho"**. (trad.) Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 139.

*"(...) os novos arranjos da jornada de trabalho são incentivados nem tanto como instrumento para a superação do problema ocupacional, mas pelo contrário se baseiam em novas preferências quanto ao tempo de trabalho, especialmente em jovens, a partir da compreensão nada irrealística de que o 'trabalho vitalício em tempo integral' não é uma norma objetivamente realizável e sequer um modelo subjetivamente desejável para a organização da vida."* <sup>109</sup>

Este aspecto da qualidade de vida relacionada com a redução da jornada de trabalho foi analisado por Domenico de Masi, defensor do denominado "ócio criativo". Esta teoria defende que a redução da jornada de trabalho levaria a uma ampliação do consumo cultural. Valquíria Padilha resume este aspecto da teoria de Domenico de Masi da seguinte forma:

*"Para esse autor, a redução da jornada de trabalho não só possibilitaria mais empregos como também um novo tipo de consumo: o cultural. Ele acredita que o preenchimento de tempo livre gerado pela sociedade 'pós-industrial' deverá ser baseado no consumo da música jornal, esporte, TV, cinema e mais atividades sociais, ou seja, o tempo livre deverá ser bem vivido. Uma nova educação, na sua opinião, ajudaria o homem a não ter necessidades de coisas novas e dar valor ao que se tem; isso é o oposto da mentalidade das sociedades industriais, para a qual a sedução é maior sobre aquilo que não se tem."* <sup>110</sup>

Nesse momento é possível afirmar que a política da flexibilização da jornada de trabalho se integra de forma relevante às teorias de redução de jornada, pois ainda que não se reduza o tempo de serviço prestado, tem-se com a flexibilização da jornada, praticamente a mesma qualidade de vida buscada com a redução.

<sup>109</sup> HINRICHS Karls, OFFE Claus e WIESENTHAL Helmut. **A disputa pelo tempo – a jornada de trabalho nos conflitos sócio-políticos e industriais**. em OFFE, Claus. **Trabalho e sociedade: Problemas estruturais e perspectivas para o futuro da "Sociedade do Trabalho"**. (trad.) Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 139.

<sup>110</sup> PADILHA, Valquíria. **Tempo livre e capitalismo: Um par imperfeito**. Campinas, SP: Editora Alínea, 2000, p. 94

Para Sônia A. C. Mascaro Nascimento, a flexibilização também é um reflexo da sociedade atual que busca não só a redução do desemprego, mas também a qualidade de vida:

*"Assim se pode perceber que a flexibilização dos horários de trabalho não é decorrência apenas do desemprego e não tem por objetivo criar novos postos de trabalho, mas (...) é resultado de profundas modificações que vêm ocorrendo na sociedade, em seus modos de produção e de vida, que sobrevivem como reflexo nas mudanças das estruturas normativas, referentes aos horários de trabalho."*<sup>111</sup>

Percebe-se portanto, a função do estudo da flexibilização da jornada, pois ao lado da redução de jornada, é um importante instrumento de garantia do princípio dignidade da pessoa humana.

### **3.5.2 – OS MECANISMOS DE FLEXIBILIZAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO**

Partindo da necessidade da alteração da jornada de trabalho, tanto no aspecto quantitativo, analisado no tópico anterior, seguimos com os aspectos relacionados ao caráter posicional da jornada. A flexibilização da jornada de trabalho pode ocorrer de diversas formas.

Pode-se falar em flexibilização da jornada de trabalho através do horário flexível, através da compensação de horas, dos turnos de revezamento, ou mesmo pelo teletrabalho.

Não se pretende realizar neste momento a explicação conceitual e legislativa dos referidos institutos, trabalho este que é realizado com maior propriedade em obras específicas, objetiva-se, entretanto, uma

---

<sup>111</sup> NASCIMENTO, Sônia Aparecida Costa Mascaro. **Flexibilização do horário de trabalho**. São Paulo: Editora Ltr, 2002, p. 131.

análise dos benefícios e dos prejuízos de determinadas formas de flexibilização de jornada de trabalho à luz da função social do direito ao lazer.

### 3.5.2.1 - Horário Flexível

O mecanismo do horário flexível corresponde a uma estrutura de trabalho na qual o trabalhador estabelece a sua jornada de trabalho, dentro de limites específicos, de acordo com negociação entre as partes<sup>112</sup>, sendo caracterizado também, por horários de presença obrigatória (comum a todos os funcionários), para tarefas que demandam interação entre os funcionários, e por horários de presença opcional, que consiste na parcela móvel da jornada de trabalho<sup>113</sup>.

Esta é uma modalidade de flexibilização que permite uma melhoria no desenvolvimento social do trabalhador, uma vez que oferece possibilidades de ajustar de forma harmônica os seus compromissos pessoais com o trabalho, como destaca Sônia A. C. Mascaro Nascimento:

*"Como podemos notar, o horário flexível permite ao trabalhador dispor de sua vida ativa de maneira mais autônoma, de acordo com o arbítrio de suas outras necessidades. Dessa forma, é facultado ao empregado amortizar as exigências cada vez mais sufocantes da organização e da técnica comuns à sociedade pós-industrial."*<sup>114</sup>

Interessante notar que, a nova configuração da gestão dos modos de produção, baseada em resultados e prazos, permite o horário flexível. Mais importante que o cumprimento de horários, os empresários começaram a perceber que é mais importante para a empresa o cumprimento de tarefas de

---

<sup>112</sup> NASCIMENTO, Sônia Aparecida Costa Mascaro. **Flexibilização do horário de trabalho**. São Paulo: Editora Ltr, 2002, p. 135

<sup>113</sup> NASCIMENTO, Sônia Aparecida Costa Mascaro. **Flexibilização do horário de trabalho**. São Paulo: Editora Ltr, 2002, p. 137

<sup>114</sup> NASCIMENTO, Sônia Aparecida Costa Mascaro. **Flexibilização do horário de trabalho**. São Paulo: Editora Ltr, 2002, p. 136.

forma satisfatória<sup>115</sup>. Essa concepção teve um enorme impacto na estrutura da jornada de trabalho, permitindo a inserção do horário flexível com grande aceitação tanto por parte das empresas como pelos trabalhadores.

Imprescindível, entretanto, a responsabilidade do trabalhador com o conjunto da empresa<sup>116</sup>. Considerando que nesta modalidade é o empregado quem determina o início e o término da sua própria jornada de trabalho.

Ao que parece, este mecanismo possui mais vantagens do que o sistema de banco de horas (adiante analisado), pois referente ao banco de horas, o empregado não possui autonomia no controle da sua jornada, trabalhando de acordo com a necessidade produtiva da empresa. Já pelo sistema do horário flexível, a regra é amoldar as necessidades pessoais do empregado aos horários de trabalho.<sup>117</sup>

De acordo com Heinz Allenspach, as vantagens para o trabalhador consistem em:

*"mais liberdade de ação, supressão do controle de pontualidade, adaptação do trabalho ao ritmo de vida individual, ajustamento do trabalho a condições particulares, melhora na integração social e do ambiente de trabalho."*<sup>118</sup>

A desvantagem do sistema do horário flexível é, contudo, a falta de integração dos empregados, o que reflete em um prejuízo na coordenação das tarefas realizadas, pois a empresa não tem como saber nem com quanto e nem a que horas poderá contar com o empregado, além da necessidade

---

<sup>115</sup> NASCIMENTO, Sônia Aparecida Costa Mascaro. **Flexibilização do horário de trabalho**. São Paulo: Editora Ltr, 2002, p. 136.

<sup>116</sup> NASCIMENTO, Sônia Aparecida Costa Mascaro. **Flexibilização do horário de trabalho**. São Paulo: Editora Ltr, 2002, p 137

<sup>117</sup> NASCIMENTO, Sônia Aparecida Costa Mascaro. **Flexibilização do horário de trabalho**. São Paulo: Editora Ltr, 2002, p. 140

<sup>118</sup> ALLENSPACH, Heinz. **El horario flexible**. Genebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1975, p. 37-41, em NASCIMENTO, Sônia Aparecida Costa Mascaro. **Flexibilização do horário de trabalho**. São Paulo: Editora Ltr, 2002, p 141

de um controle maior dos registros de entrada e saída de empregados. Questões que em tese podem ser solucionadas com técnicas de gestão empresarial advindas de uma maior utilização deste sistema.

### 3.5.2.2 – Compensação de jornadas – Banco de Horas

Na compensação de horas (artigo 59, § 2º, CLT), também denominada como banco de horas, por meio de acordo ou convenção coletiva de trabalho (artigo 7º, inciso XIII, da CF), o excesso de horas trabalhadas em um ou mais dias podem ser compensadas dentro de um período máximo de um ano, sendo certo que não seja praticada jornada diária superior a 10 horas diárias.<sup>119</sup>

Em geral, a compensação é utilizada para o empregado não trabalhar aos sábados<sup>120</sup>, cumprindo estas horas de forma distribuída entre segunda e sexta-feira<sup>121</sup>, totalizando as 44 horas semanais, ou então é utilizada a favor da empresa, a fim de adaptar a jornada de trabalho às oscilações da produção e da demanda<sup>122</sup>.

Entende-se, desta forma, que a compensação de jornada de trabalho pouco contribui para o direito ao lazer. Não se nega, contudo, o benefício de permitir que o final de semana fique isento de trabalho, permitindo viagens e outras atividades prolongadas no fim de semana, mas como já explicado anteriormente, na prática, a compensação está condicionada muito mais à necessidade ou não do trabalho do empregado para atender a uma demanda da empresa, do que para atender as atividades particulares do trabalhador.

Como explica Christian Marcello Mañas:

---

<sup>119</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 447.

<sup>120</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho**. 19ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 870.

<sup>121</sup> No exemplo de Sérgio Pinto Martins "o empregado trabalha das 8 às 12 h e das 13 às 18 h, de segunda a quinta-feira, e nas sextas-feiras sai às 17 h, porém, não presta serviços aos sábados. Nesse caso não se excede o módulo semanal de 44 horas, pois temos exatamente 44 horas semanais"<sup>121</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 515.

<sup>122</sup> NASCIMENTO, Sônia Aparecida Costa Mascaro. **Flexibilização do horário de trabalho**. São Paulo: Editora Ltr, 2002, p. 163

*"No sistema brasileiro, a compensação de jornada – via banco de horas – é muito vantajosa ao empregador, pois além de não onerar a folha de pagamento com a 'eliminação de horas extras', ainda se pode utilizar de seu poder potestativo para, quando for de sua conveniência, determinar quais os dias os empregados trabalharão mais ou menos, sob a lógica da produtividade"*<sup>123</sup>

Por final, importante ressaltar a informação trazida por Sônia A. C. Mascaro Nascimento, com base nos dados obtidos junto ao Banco de Dados Sindicais/DIEESE, no qual se revela que 60% dos trabalhadores disseram em pesquisa que o "banco de horas" acaba com a vida social do trabalhador.<sup>124</sup> Christian Marcello Mañas confirma este fato:

*"É fato marcante que as variações de horários desorganizam a vida do empregado, eis que restringem a participação deste em atividades alheias ao seu trabalho. Mesmo os defensores de uma jornada flexível admitem que a 'inconsistência da duração da jornada ou períodos prolongados de redução ou aumento desorganizam a vida dos empregados'."*<sup>125</sup>

Portanto, é necessário cautela ao adotar o banco de horas que pode trazer ao mesmo tempo benefícios como prejuízos ao trabalhador.

### **3.5.2.3 – Trabalho a tempo parcial**

Trabalho a tempo parcial é aquele em que a duração não pode exceder a 25 horas semanais. Sua origem está na adoção em

<sup>123</sup> MAÑAS, Christian Marcello. **Tempo e trabalho - a tutela jurídica do tempo de trabalho e tempo livre**, 2005, p. 92.

<sup>124</sup> NASCIMENTO, Sônia Aparecida Costa Mascaro. **Flexibilização do horário de trabalho**. São Paulo: Editora Ltr, 2002, p. 164

<sup>125</sup> MAÑAS, Christian Marcello. **Tempo e trabalho - a tutela jurídica do tempo de trabalho e tempo livre**, 2005, p. 92

1944, pela OIT, da Convenção nº 175, complementada pela Recomendação nº 182, que regulava sobre o trabalho por tempo parcial, já presente em diversos países.<sup>126</sup>

Na legislação atual, o artigo 58-A da CLT, trata sobre o trabalho a tempo parcial, que determina que o salário é proporcional à sua duração ajustada, em comparação com os demais empregados na mesma função, que trabalham em tempo integral (art. 58-A, § 1º).

Como análise do instituto, Edward Amadeo, Ministro do Trabalho na época, sobre a edição da norma, afirmou que o objetivo da lei seria instituir uma jornada menor de até 25 horas semanais com o fim de valorizar o trabalho de jovens, bem como o trabalho das mulheres, principalmente daquelas que possuem filhos menores em idade escolar.<sup>127</sup> Desta forma, nota-se claramente a aplicação do direito ao lazer como um princípio orientador na constituição da norma jurídica de direito do trabalho.

Dentre vantagens e desvantagens, deve ser ressaltado que este sistema preza pela equidade na contraprestação da jornada praticada. Temos um sistema que ao mesmo tempo em que permite uma jornada reduzida, tem-se também uma contraprestação salarial reduzida também, de forma equânime. Esta característica resolve um dos principais obstáculos à redução da jornada, que é o empregador se sentir prejudicado por pagar por horas não trabalhadas, o que é, sem dúvida, injusto.

#### **3.5.2.4 – Turnos de Revezamento**

A mecânica dos turnos de revezamento permite uma certa liberdade ao trabalhador. Por força do artigo 7º, inciso XIV da Constituição Federal, os turnos de revezamento funcionam através de jornadas de seis horas, podendo haver disposição diferenciada por meio de negociação coletiva. Esta forma atende principalmente às indústrias de processo contínuo, que não podem

---

<sup>126</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 448.

<sup>127</sup> NASCIMENTO, Sônia Aparecida Costa Mascaro. **Flexibilização do horário de trabalho**. São Paulo: Editora Ltr, 2002, p 193.

interromper a produção, como por exemplo as siderúrgicas que, no caso de uma interrupção de trabalho pode ter seu equipamento danificado pelo endurecimento de metal dentro das máquinas.

Por possuir uma razão de existência muito mais funcional à natureza do trabalho realizado do que como forma alternativa de jornada, o turno ininterrupto de revezamento não pode ser considerado como uma das medidas mais efetivas para a garantia do lazer do trabalhador, uma vez que existe uma alteração constante do relógio biológico do trabalhador, que é, de fato, até mesmo reconhecida pelo legislador, que estipula jornada menor como forma de compensação.<sup>128</sup>

Existem muitos prejuízos no trabalho por turnos de revezamento, como elenca Sônia A. C. Mascaro Nascimento:

*"a) desorganização do ciclo biológico do trabalhador, com a alternância freqüente de seus horários de sono, vigília, alimentação e metabolismo; b) redução da capacidade de recuperação do desgaste físico e mental, devido à alternância do horário de sono, principalmente em função da jornada noturna; c) diminuição da segurança do trabalho, com conseqüente elevação dos riscos de acidentes, devido ao sono e cansaço; d) dificuldades na organização da vida privada, fora do local de trabalho, com graves prejuízos, no qual se refere ao convívio familiar e outras atividades sociais, educacionais ou de reciclagem profissional."*<sup>129</sup>

Desta forma, ainda que aparentemente o turno de revezamento permita que o trabalhador possua tempo de lazer em diversas situações, o prejuízo causado por não ser possível traçar uma rotina mínima, nem mesmo no aspecto biológico, torna a jornada por turnos de revezamento uma alternativa inadequada para a flexibilização da jornada de trabalho.

---

<sup>128</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 449.

<sup>129</sup> NASCIMENTO, Sônia Aparecida Costa Mascaro. **Flexibilização do horário de trabalho**. São Paulo: Editora Ltr, 2002, p. 186.

### 3.5.2.5 – Teletrabalho

Em estudo sobre o teletrabalho, Maria Helena Villela Autuori e Daniela Gregorin trazem o conceito de José Afonso Delegrave Neto, segundo o qual o teletrabalho é caracterizado:

*"pelo contato entre o prestador e o apropriador da determinada atividade de modo que o comando, a realização e a entrega do resultado do trabalho se completem mediante o uso da tecnologia da informação, principalmente telefone e computadores, substitutivas da relação humana direta."*<sup>130</sup>

Verifica-se, portanto, que estamos diante de uma relação de teletrabalho quando as comunicações do serviço prestado, tanto no recebimento da ordem de trabalho, como da entrega do resultado, ocorrem por meio de telefone, Internet, entre outros.

Existem também diversas modalidades de teletrabalho, podendo ser citado: 1) o trabalho em telecentros, ou seja, locais da própria empresa, que se situam fora da sede central; 2) o trabalho em domicílio; 3) o teletrabalho nômade, que corresponde àquele que os empregados não possuem local fixo para a prestação do serviço, passando a maior parte de tempo, fora da empresa.<sup>131</sup>

Estuda-se muito o teletrabalho nos dias de hoje, assim sendo, para verificar sua funcionalidade diante do direito ao lazer, devemos tecer algumas considerações, com maior enfoque na modalidade do teletrabalho em domicílio, por ser a forma mais diferenciada de teletrabalho, uma vez que nas outras modalidades, não existe uma presença marcante do exercício do

---

<sup>130</sup> AUTUORI, Maria Helena Villela e GREGORIN, Daniela. **O teletrabalho**. em SCHIOUERI, Luís Eduardo (org.). **Internet: O direito da era virtual**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 125.

<sup>131</sup> BARROS, Cássio Mesquita. **Teletrabalho**. em GRECO, Marco Aurélio e MARTINS e Ives Gandra da Silva (coord.). **Direito e Internet: Relações jurídicas na sociedade informatizada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 37.

direito ao lazer, haja vista a mera mudança de local de trabalho na primeira modalidade citada, e o antigo trabalho externo na terceira modalidade.

Para os trabalhadores, são apontadas as seguintes vantagens:

*"maior autonomia na forma de execução do trabalho; a redução dos gastos com transporte e locomoção; além da diminuição do stress provocado pelo tráfego intenso das grandes capitais. Como conseqüência de uma maior satisfação, inclusive em virtude de uma vida familiar e social mais intensa, haverá o aumento da produtividade."*<sup>132</sup>

No mesmo sentido, Sônia A. C. Mascaro Nascimento, as vantagens para o empregado são:

*"a) diminuição do tempo gasto com deslocamentos; b) trabalho segundo o próprio biorritmo e disponibilidade; c) aumento do tempo livre para o trabalhador; d) controle por produção; e) maior proximidade com a família e os amigos."*<sup>133</sup>

Compartilha-se também da posição de Cássio Mesquita Barros, que atenta para as vantagens do trabalho em domicílio, para portadores de necessidades especiais, mulheres, e estudantes por exemplo:

*"as possibilidades de trabalho se ampliam para os deficientes físicos, para as mulheres que podem conciliar melhor seus deveres de mãe e dona-de-casa, para o estudante, para os que aguardam o resultado de concurso público entre outros."*<sup>134</sup>

---

<sup>132</sup> AUTUORI, Maria Helena Villela e GREGORIN, Daniela. **O teletrabalho**. em SCHIOUERI, Luís Eduardo (org.). **Internet: O direito da era virtual**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 135.

<sup>133</sup> NASCIMENTO, Sônia Aparecida Costa Mascaro. **Flexibilização do horário de trabalho**. São Paulo: Editora Ltr, 2002, p 177.

<sup>134</sup> BARROS, Cássio Mesquita. **Teletrabalho**. em GRECO, Marco Aurélio e MARTINS e Ives Gandra da Silva (coord.). **Direito e Internet: Relações jurídicas na sociedade informatizada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 40.

Para as empresas, as vantagens variam desde diminuição de custos de energia elétrica, combustível, horas extras, até ausência de faltas de empregados e aumento da produtividade.<sup>135</sup> Mencionam-se também a maior motivação dos empregados, a redução de chefias intermediárias, e a agilidade da empresa frente ao mercado.<sup>136</sup>

No geral, existe uma melhoria para a sociedade, como bem explicam Maria Helena Villela Autuori e Daniela Gregorin:

*"Para a sociedade, a adoção do teletrabalho poderá significar melhoria da qualidade de vida, proporcionada pela diminuição dos problemas de tráfego e transporte; também poderá atenuar os índices de desemprego dos deficientes face às pessoas que não podem e/ou têm dificuldade de locomoção."*<sup>137</sup>

Por outro lado, não se pode ignorar as desvantagens do teletrabalho, sendo a principal delas, o isolamento da pessoa como trabalhador<sup>138</sup>. Há, de fato, o menor contato físico com os outros trabalhadores, a ausência de planos de carreira, o isolamento do ambiente normal de trabalho, o menor auxílio na execução e gerenciamento do trabalho, e redução da distinção espacial entre casa e trabalho, além do aumento de carga de trabalho devido ao acúmulo de empregos<sup>139</sup>, o que seria uma inversão completa da proposta da ampliação deste instituto como forma de promoção do direito ao lazer.

Importante destacar as críticas de Maria Helena Villela Autuori e Daniela Gregorin:

---

<sup>135</sup> AUTUORI, Maria Helena Villela e GREGORIN, Daniela. **O teletrabalho**. em SCHIOUERI, Luís Eduardo (org.). **Internet: O direito da era virtual**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 135.

<sup>136</sup> NASCIMENTO, Sônia Aparecida Costa Mascaro. **Flexibilização do horário de trabalho**. São Paulo: Editora Ltr, 2002, p 177.

<sup>137</sup> AUTUORI, Maria Helena Villela e GREGORIN, Daniela. **O teletrabalho**. em SCHIOUERI, Luís Eduardo (org.). **Internet: O direito da era virtual**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 135.

<sup>138</sup> AUTUORI, Maria Helena Villela e GREGORIN, Daniela. **O teletrabalho**. em SCHIOUERI, Luís Eduardo (org.). **Internet: O direito da era virtual**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 135.

<sup>139</sup> NASCIMENTO, Sônia Aparecida Costa Mascaro. **Flexibilização do horário de trabalho**. São Paulo: Editora Ltr, 2002, p 177.

*"Entendemos que a maior desvantagem desta modalidade de prestação de serviço seria, certamente, o isolamento do trabalhador. O fato do empregado ficar fora do ambiente de trabalho poderia 'aliená-lo' das questões do dia-a-dia, e eventualmente até de decisões estratégicas da empresa. Também são citados eventuais problemas relacionados com a saúde do empregado, em razão de inadequações dos móveis e instrumentos utilizados na execução dos serviços. Poderia haver, ainda, em razão do teletrabalho, o enfraquecimento da representação sindical, face ao isolamento e à dispersão do empregado. Tais problemas, no entanto, poderiam ser solucionados desde que se tenha em vista a busca de uma melhor condição social, com o estabelecimento das garantias individuais mínimas."*<sup>140</sup>

Resta, portanto, o empenho no desenvolvimento de soluções para estas questões, que, como já foi afirmado anteriormente, ocorrem naturalmente, com a ampliação deste modelo de jornada.

Nem todo trabalho permite a sua execução por meio de teletrabalho, como o setor das indústrias que operam com equipamentos pesados, contudo, entende-se que existe uma contribuição positiva em relação à concretização do direito ao lazer através do mecanismo do teletrabalho, apesar de apresentar as desvantagens acima descritas. Entende-se que o estímulo legislativo a esta modalidade de prestação de serviço possa ser uma solução para conciliar trabalho e lazer.

---

<sup>140</sup> AUTUORI, Maria Helena Villela e GREGORIN, Daniela. **O teletrabalho**. em SCHIOUERI, Luís Eduardo (org.). **Internet: O direito da era virtual**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 135.

## **CAPÍTULO IV – O TEMPO DE LAZER NO CONTEXTO SOCIAL ATUAL**

No capítulo anterior foi analisada a relação entre trabalho e lazer, observando também como os espaços de tempo livre são criados para o trabalhador. Nesse momento, realiza-se um corte para focar o estudo na parte referente ao tempo livre do trabalhador. Inicia-se, portanto, considerações sobre como o período de tempo livre se transforma efetivamente em lazer para as pessoas. Para tanto, buscou-se desenvolver o tema partir do global para o individual, ou seja, o estudo começa analisando a sociedade como um todo para somente ao final chegar ao seu elemento mais importante, ao seu núcleo, que é a pessoa humana – questão essa que é melhor abordada no capítulo VI e VII.

De início, é necessário contextualizar a estrutura social dos nossos dias, pois é através do modelo de sociedade iniciado no século XX que podemos definir a nossa cultura e, a partir desta, a nossa forma de utilização do tempo livre, bem como a nossa concepção de entretenimento e lazer. O recente desenvolvimento acelerado da sociedade mudou a forma de comunicação e a forma de vivenciar o lazer. Tudo isso reflete na forma de realizar a tutela ao direito ao lazer, exigindo, portanto, um maior desenvolvimento do tema.

### **4.1 – A SOCIEDADE ATUAL – A MODERNIDADE, A CULTURA E O TEMPO LIVRE**

O desenvolvimento da sociedade ocidental do final do século XX e início do século XXI foi estruturado em certas bases, que com o tempo se tornaram invisíveis para o homem comum, para população, para todas as pessoas que estão constantemente presas a determinados modelos e ações automáticas em seu dia a dia. Muitas vezes, se verifica a ausência de um espaço social – ou então, temporal – para que sejam realizados questionamentos sobre os próprios atos. Estes questionamentos constituem uma esfera de conhecimento que restou por ser desenvolvida, em especial, no âmbito acadêmico. Sociólogos, filósofos, psicólogos, realizaram com o auxílio das demais ciências o processo de análise, de fragmentação, dos diversos aspectos do comportamento do ser humano inserido em um contexto social.

Alguns padrões podem ser identificados de maneira preponderante nas diversas conclusões que se apresentam hoje. A Modernidade e o seu desenvolvimento acelerado – partindo do fim do século XIX, passando pelo século XX e chegando ao início do século XXI – trouxe uma inegável contribuição para a física, a química e a biologia, solucionando assim, uma série de questões relacionadas ao bem estar humano, contudo, a influência negativa deste modelo nas relações humanas intersubjetivas se tornou evidente.

O foco deste capítulo, é a relação da modernidade com o envolvimento das pessoas com o trabalho e demais atividades obrigatórias, automáticas, programadas, que interferem e, muitas vezes, suprimem o tempo de lazer, e por conseqüência o desenvolvimento da cultura ocidental, no tocante às relações humanas. Adiante, busca-se analisar como a garantia legal do tempo de lazer pode ser útil para efetivação de direitos fundamentais, uma vez que a dignidade humana – eixo dos direitos humanos em sua atual concepção – sofre um significativo desenvolvimento quando existe o reconhecimento do outro como igual. Por esta razão, é necessária a ampliação e a penetração do desenvolvimento da cultura no meio social.

#### **4.2 - A MODERNIDADE, A PÓS-MODERNIDADE E A EMANCIPAÇÃO LÍQUIDA**

"Moderno" é a expressão que se refere a tudo aquilo que é atual, próximo, recente, corresponde ao evolucionismo, ao progressismo. A Modernidade é um movimento que surge em oposição ao modelo social antigo, aos pensamentos tradicionais, aos clássicos. Eduardo C. B. Bittar demonstra que a modernidade é um conceito de difícil definição, mas que pode ser identificado através do relacionamento com determinados termos:

*"É permitido mesmo, ao termo modernidade, associar uma variedade de outros termos que, em seu conjunto, acabam por traçar as características semânticas que contornam as dificuldades de se definir modernidade. Esses termos são: progresso; ciência; razão; saber; técnica; sujeito; ordem; soberania; controle; unidade; Estado;*

*indústria; centralização; economia; acumulação; negócio; individualismo; liberalismo; universalismo; competição.*"<sup>141</sup>

A Modernidade se solidificou com o desenvolvimento do capitalismo como o modo de produção dominante nos países europeus do século XVI e diante. A ciência do Direito também foi influenciada pelo pensamento moderno, transformando-se em uma ferramenta para a manutenção do capitalismo, como bem define Boaventura de Souza Santos: "*Ao direito moderno foi atribuída a tarefa de assegurar a ordem exigida pelo capitalismo*".<sup>142</sup> O Direito começou a ser definido como o intercâmbio entre forças de regulação e de emancipação. Estas duas forças são compostas pela articulação de três princípios derivados de cada uma delas<sup>143</sup>.

Referente aos elementos de regulação, há a divisão entre: O Estado, estudado por Thomas Hobbes, o qual defendia a existência de um poder central, forte o suficiente para a manutenção da ordem social<sup>144</sup>; o Mercado, um conceito sobre o qual John Locke trouxe um maior desenvolvimento através da defesa do liberalismo político, seguido por Adam Smith e seus estudos sobre o liberalismo econômico; e a Comunidade, uma esfera de conhecimento que adquiriu maior relevância após as ideias de Jean-Jacques Rousseau, como o contrato social, por exemplo.<sup>145</sup>

No que se refere à emancipação, este princípio se subdivide em três aspectos relacionados à racionalidade. A primeira é a estética, relacionada às artes e à literatura, a segunda é a racionalidade moral, campo da ética e do direito, tendo por fim, racionalidade instrumental, ligada à ciência e à técnica, em outras palavras, o cientificismo.

<sup>141</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 34-35.

<sup>142</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência – vol 1 - Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002, p. 119.

<sup>143</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência – vol 1 - Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002, p. 120-139.

<sup>144</sup> HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Ed. Martin Claret: São Paulo, 2006, p.132

<sup>145</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 11ª ed. São Paulo: Cortez, 1995, p. 36.

Assim surge o panorama do direito moderno e por conseqüência da própria modernidade. A modernidade, pode ser definida como um grande projeto onde se prometia que, pela regulação, pelo equilíbrio dessas forças, pela fé na ciência e no modo capitalista de produção, teríamos um desenvolvimento social e cultural da humanidade.

Contudo, ao invés de se verificar um equilíbrio entre esses elementos, a modernidade, principalmente à luz do desenvolvimento do capitalismo – no século XIX, o capitalismo liberal; do fim do século XIX até a Segunda Guerra Mundial, o capitalismo organizado; dos anos sessenta em diante, o capitalismo financeiro –, em todas as suas fases, possuiu um princípio sobrepujando outro, seja com o Estado forte reprimindo os cidadãos e sus direitos civis, seja pela racionalidade moral e o Direito cientificamente estruturado de forma instrumental, privando a liberdade individual, seja pelo mercado regulando indiretamente todas as ações da sociedade, como vemos hoje, uma vez que a as escolhas são definidas pelos movimentos do mercado, pela mídia, pelas grandes corporações.<sup>146</sup>

Boaventura de Souza Santos afirma que as promessas da Modernidade (a emancipação, a liberdade, a paz social, a prosperidade, por exemplo) não se cumpriram, que o cientificismo não realizou seu objetivo último que seria o bem estar social. Em suas palavras:

*"No entanto, à medida que o tempo passava, tornou-se claro não só que muitas dessas promessas ficaram por cumprir, mas também que a ciência moderna, longe de eliminar os excessos e os défices, contribuiu para os recriar em moldes sempre renovados, e, na verdade, para agravar alguns deles."<sup>147</sup>*

---

<sup>146</sup> RAW, Raquel. **Pela mão de Alice por Raquel Raw**. Internet <[http://www.abordo.com.br/sat/res04\\_raquel.htm](http://www.abordo.com.br/sat/res04_raquel.htm)>. Acesso em 30.08.2008.

<sup>147</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência – vol 1 - Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002, p. 56.

Em uma análise mais aprofundada, Boaventura indica uma série de problemas que foram derivados do cientificismo, do racionalismo puro aplicado na vida social, como por exemplo, a catástrofe ecológica, a manipulação realizada pelo mercado, chegando até à comercialização de seres humanos:

*"A promessa da dominação da natureza, e do seu uso para o benefício comum da humanidade, conduziu a uma exploração excessiva e despreocupada dos recursos naturais, à catástrofe ecológica, à ameaça nuclear, à destruição da camada de ozônio, e à emergência da biotecnologia, da engenharia genética e da conseqüente conversão do corpo humano em mercadoria última. A promessa de uma paz perpétua, baseada no comércio, na racionalização científica dos processos de decisão e das instituições, levou ao desenvolvimento tecnológico da guerra e ao aumento sem precedentes de seu poder destrutivo. A promessa de uma sociedade mais justa e livre, assente na criação da riqueza tornada possível pela conversão da ciência em força produtiva, conduziu à espoliação do chamado Terceiro Mundo e a um abismo cada vez maior entre o Norte e o Sul. Nesse século morreu mais gente de fome do que em qualquer dos séculos anteriores, e o mesmo nos países desenvolvidos continua a subir a percentagem dos socialmente excluídos, aqueles que vivem abaixo do nível de pobreza (o chamado "Terceiro Mundo interior")."*<sup>148</sup>

Como se verifica, a modernidade foi responsável por um dos maiores massacres da história, uma vez que, na Segunda Guerra Mundial, Adolf Hitler, de maneira racional, sob justificativas de prosperidade Estatal, determinou a execução sistemática de mais de seis milhões de judeus, além de outras minorias étnicas e religiosas, como ciganos, deficientes físicos e homossexuais.

---

<sup>148</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência – vol 1 - Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática.** 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002, p. 56.

Portanto, o que se percebeu, é que o atual modelo social está em crise. A este movimento de questionamento do capitalismo, de revisão das relações, de reestruturação do cientificismo, dá-se o nome de Pós-Modernidade, uma nomenclatura que faz referência ao período da modernidade, uma vez que não existe um consenso geral sobre o momento atual.<sup>149</sup>

Boaventura identifica que a transformação social da modernidade capitalista se apresenta em quatro grandes possíveis interpretações: *"a de que o capitalismo e o liberalismo triunfaram (Fukuyama); de que a modernidade é um projeto inacabado (Habermas); a de que a modernidade dobrou-se ao capitalismo, assumindo uma forma pós-moderna (Daniel Bell, Lyotard, Baudrillard); e de que a modernidade colapsou como projeto epistemológico e cultural, abrindo um leque de possibilidades futuras para a sociedade, inclusive um futuro não capitalista (pós-modernidade de oposição)."*<sup>150</sup>

Segundo Zigmunt Bauman e seus estudos relacionados à sociologia pós-moderna, no atual período, as relações se tornaram "líquidas", ele alega que a liberdade conquistada pela modernidade, nos levou a uma emancipação completamente líquida, leve, fluida, que também pode ser traduzida como uma liberdade insustentável.

O autor apresenta suas ideias sobre a crescente individualidade derivada dos ideais, práticas e teorias da Era Moderna. Ele começa seu estudo com a comparação do mundo atual com as obras *Brave New World* (Admirável Mundo Novo) de Aldous Huxley e *1984* de George Orwell, uma vez que ambos os trabalhos apresentam a visão do futuro da humanidade. Ainda que o mundo de Orwell vislumbre miséria destruição e necessidade e o de Huxley abundância e saciedade, o autor encontra um ponto em comum entre eles:

---

<sup>149</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 96-108.

<sup>150</sup> NEVES, Rodrigo. **Política e democracia na pós-modernidade**. Internet <[http://rodrigofneves.blogspot.com/2007\\_06\\_01\\_archive.html](http://rodrigofneves.blogspot.com/2007_06_01_archive.html)>. Acesso em 31.08.2008.

*"O que elas compartilhavam era o pressentimento de um mundo estritamente controlado; da liberdade individual não apenas reduzida a nada ou quase nada, mas agudamente rejeitada por pessoas treinadas a obedecer ordens e seguir rotinas estabelecidas; de uma pequena elite que manejava todos os cordões."* <sup>151</sup>

Outro ponto destacado pelo autor referente à semelhança das duas obras é que: "O fato de o futuro trazer menos liberdade, mais controle, vigilância e opressão não estava em discussão. Orwell e Huxley não discordavam quanto ao destino do mundo; eles apenas viam de modo diferente o caminho que nos levaria até lá se continuássemos suficientemente ignorantes, obtusos, plácidos ou indolentes para permitir que as coisas seguissem sua rota natural." <sup>152</sup>

Assim, o problema destacado por Bauman é a ideia de homens e mulheres que não controlam mais suas próprias vidas.

"Ordem" – um dos lemas da modernidade –, significa monotonia, regularidade, repetição e principalmente, previsibilidade. Ou seja, estabelecer ordem é impedir aleatoriedade. Para obter um estado de ordem, alguém (ex: Estado) *"deve interferir nas probabilidades, manipulá-las e viciar os dados, garantindo que os eventos não ocorram aleatoriamente"*. <sup>153</sup>

Nesse sentido, Boaventura desenvolve a ideia de que, *"as infinitas promessas e possibilidades de libertação individual e colectiva contidas na modernidade ocidental foram drasticamente reduzidas no momento em a trajectória da modernidade se enredou no desenvolvimento do capitalismo"* <sup>154</sup>, ou

---

<sup>151</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. (trad.) Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 64.

<sup>152</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. (trad.) Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 65.

<sup>153</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. (trad.) Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 66.

<sup>154</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência – vol 1 - Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002, p. 119.

seja, para o autor, as vantagens da modernidade foram canalizadas para o desenvolvimento do capitalismo e não em prol da libertação humana, diretamente.

A ciência moderna também teve um papel central nesse processo. A ciência e tecnologia aumentaram a nossa capacidade de ação, mas, no entanto, a funcionalização da ciência, no sentido de sua transformação na principal força produtiva do capitalismo, diminuiu radicalmente o seu potencial para uma racionalização emancipatória, libertária, da vida individual e coletiva.<sup>155</sup>

Como exemplo, a cultura do “fordismo”, isto é, a produção em massa, mecânica, estruturada em uma linha de produção (que tem seu nome inspirado no modelo industrial criado por Henry Ford para produção de carros), obteve um grande destaque no séc. XX por ser um modelo eficiente de industrialização organizada, que logo encontrou reflexo fora da indústria. A fábrica fordista, com a meticulosa separação entre liberdade e obediência, projeto e execução, foi, sem dúvida responsável pela engenharia social planejada pela modernidade, em sua fase ‘pesada’, ‘volumosa’, ou ‘imóvel’ e ‘enraizada’, ‘sólida’<sup>156</sup>.

No período do “Capitalismo Pesado” as pessoas confiavam em seletos membros da sociedade, para chegar em um ponto de destino, aprendendo e seguindo as regras a eles destinadas e exibidas ostensivamente. Já no “Capitalismo Leve”, não há líderes, nem mesmo a orientação sobre qual o ponto aonde se chegar <sup>157</sup>.

Bauman apresenta algumas características da sociedade atual, a "*presença de muitas repartições competindo pela supremacia, nenhuma delas com grandes chances de vencer*", "*não saber os fins, em lugar da incerteza tradicional de não saber os meios*", "*a infinidade das oportunidades que*

---

<sup>155</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência – vol 1 - Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002, p. 119.

<sup>156</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. (trad.) Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 69.

<sup>157</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. (trad.) Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 70.

*preenche o espaço deixado vazio pelo desaparecimento da Suprema Repartição”, em referência à obra de Orwell. Verifica-se a presença de um sentimento de que “ ‘Achamos a solução. Vamos agora procurar o problema’. A pergunta ‘o que posso fazer?’ passou a dominar a ação, minimizando e excluindo a questão ‘como fazer da melhor maneira possível aquilo que tenho que não posso deixar de fazer?’ ”<sup>158</sup>.*

O sentimento de liquefação das relações está presente em diversos aspectos da vida em sociedade. *“Nesse mundo, poucas coisas são predeterminadas, e menos ainda irrevogáveis. Poucas derrotas são definitivas, pouquíssimos contratempos irreversíveis; mas nenhuma vitória é tampouco final. Para que as possibilidades continuem infinitas, nenhuma deve ser capaz de petrificar-se em realidade para sempre. Melhor que permaneçam líquidas e fluidas e tenham ‘data de validade’ ”<sup>159</sup>.*

Conclui-se, portanto, que as certezas da modernidade estão sendo substituídas por um conjunto de incertezas sociais, onde tudo é banal, o que leva as pessoas a viver em um imediatismo dentro de um tempo fugaz, passageiro, resumindo a emancipação, prometida pela modernidade, em uma mera questão de mercado, onde o livre é aquele que pode ter mais opções de compra.

#### **4.3 – A INDÚSTRIA CULTURAL, O CONSUMISMO, O ENTRETENIMENTO**

Uma vez identificada a forma pela qual a atual sociedade está estruturada nos dias atuais, é necessário apresentar como a cultura e o lazer se desenvolvem dentro deste modelo social.

A modernidade massificou a cultura, transformou-a em um mero produto, sujeito às regras de mercado, e não mais aos costumes populares. Do mesmo modo, o lazer das pessoas também é regulado pelo

---

<sup>158</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. (trad.) Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 72-73.

<sup>159</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. (trad.) Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 74.

mercado, uma vez que a indústria do entretenimento apenas busca o produto exato a ser vendido para atender as necessidades de lazer.

Isso tudo nos leva ao estudo do consumismo, e a forma pela qual ele está presente na sociedade, agindo como a ramificação mais forte do capitalismo e da atual modernidade. Nesse momento, em que a cultura se transforma em um produto a ser consumido, ela é colocada em linha de produção, como qualquer outro produto industrializado, bem como, é produzida de forma igual, direcionada aos consumidores, que também são manipulados para consumir mais.

Theodor W. Adorno e Max Horkheimer acusam a modernidade de ter levado a sociedade a um “*caos cultural*”, dizendo que a cultura contemporânea confere a tudo um ar de semelhança, criando assim uma “*cultura de unidade*”, ou seja, “*a falsa identidade do universal e do particular*”, uma unidade de costumes criada artificialmente por um terceiro interessado, no caso as indústrias de entretenimento e as pessoas físicas e jurídicas que as controlam.<sup>160</sup>

Para embasar esse entendimento, os autores atacam principalmente, e, diretamente, o cinema e o rádio, dizendo que, estes, não precisam mais se apresentar como arte e são, declaradamente, um negócio.

Ainda que se admita, que esse fenômeno é uma decorrência do impacto do aprimoramento tecnológico nas artes, ou seja, que a tecnologia evoluiu e a arte também, o que não se admite é que por meio do domínio da técnica, a arte seja utilizada como instrumento de poder reservado aos economicamente mais fortes, isto é, a transformação em um poder que prejudica a democracia, a soberania popular. No mesmo sentido, afirmam os citados autores, que “*A racionalidade técnica hoje é a racionalidade da própria dominação*”<sup>161</sup>.

---

<sup>160</sup> ADORNO, Theodor W. e HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos**. (trad.) Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006, p. 113-114

<sup>161</sup> ADORNO, Theodor W. e HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos**. (trad.) Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006, p. 114.

A humanidade, durante o século XX, notadamente no período próximo à Segunda Guerra Mundial<sup>162</sup>, passava por uma mudança marcante, o individual deu lugar ao coletivo, o que, sob determinados aspectos foi um avanço e sob outros abriu as portas para a dominação de mais pessoas a um só tempo.

Assim, a ideia de que os seres humanos precisam ser protegidos e tratados como uma família humana, e não mais de acordo com suas características individuais, desenvolveu-se em diversos aspectos, e, sob a ótica de Adorno e Horkheimer, essa nova noção pode ser demonstrada por diversos exemplos, um deles é a predominância do rádio sobre o telefone. Para eles, a passagem do telefone ao rádio separou claramente os papéis. *"Liberal, o telefone permitia que os participantes ainda desempenhassem o papel do sujeito. Democrático, o rádio transforma-se a todos igualmente em ouvintes, para entregá-los autoritariamente aos programas, iguais uns aos outros, das diferentes estações."*<sup>163</sup>

Esse movimento levaria, pois, a um modelo de cultura no qual perde-se a identidade, a personalidade do indivíduo, abrindo espaço para um só grupo que pensa e age igual. Atualmente se vê a perda da individualidade até mesmo através do desprezo pelo nome, sobrenome, uma vez que a atual cultura privilegia a utilização de apelidos, muitos deles, automáticos, pré-estabelecidos, baseados em modelos, estereótipos.<sup>164</sup>

As tendências sociais variam conforme as obscuras intenções subjetivas da indústria, do mercado. As palavras faladas nos rádios são repetidas por todos ainda que seu significado seja desconhecido. A

---

<sup>162</sup> Nota-se que foi nesse período que Adorno e Horkheimer escreveram, em maio 1944, a obra *Dialética do esclarecimento*, uma das maiores críticas realizadas contra a unificação proposta pela modernidade.

<sup>163</sup> ADORNO, Theodor W. e HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos**. (trad.) Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006, p. 114.

<sup>164</sup> ADORNO, Theodor W. e HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos**. (trad.) Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006, p. 154.

unidade cultural faz com que cada categoria social tenha acesso a um tipo específico de cultura para sua categoria, conformando-se com isso.<sup>165</sup>

A conseqüência disso, é que os valores da indústria cultural acabam por corromper os valores objetivos, corrompe o sentido dos produtos. Então, muitas vezes paga-se um valor econômico, que o produto não possui, em termos de valor cultural e artístico.

No momento de lazer, a sociedade age conforme essa unidade imposta pela produção em massa. Com isso, as novelas, os atores, os filmes, as músicas tocadas no rádio, os livros populares, são produzidos de uma forma cíclica, como invariavelmente fixos, tendo seu conteúdo específico, sempre o mesmo, só variando na aparência, buscando sempre uma forma fácil de memorizar. Neste modelo de produção cultural unificada, desde o começo do filme já se sabe como ele se desenvolve e termina<sup>166</sup>, os tempos de drama, piadas e romance são calculados.<sup>167</sup>

A grande vitória da indústria cultural, é a segurança que passa aos indivíduos de que nada irá mudar, e que nada surgirá que não se possa adaptar. O espectador do cinema sai às ruas e as vê como um prolongamento do filme, agindo como se nele estivesse. Nisso reside o problema da indústria cultural, o problema se encontra justamente no fato de que a imaginação e a espontaneidade do consumidor fica atrofiada. A atividade intelectual do espectador do cinema é proibida, pois os fatos e as cenas são apresentados da forma mais

---

<sup>165</sup> ADORNO, Theodor W. e HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos**. (trad.) Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006, p. 155.

<sup>166</sup> Como exemplo, podemos destacar o método descrito por Syd Field, um dos mais influentes roteiristas de Hollywood, que em seu *best-seller* "*Manual do Roteiro*", utilizado em mais de 150 universidades americanas, estipula de maneira dogmática que o roteiro de um filme deve possuir exatamente dois pontos de virada, um nos primeiros 25-27 minutos iniciais e outro ao final: "*Um ponto de virada (plot point) é qualquer incidente, episódio ou evento que 'engancha' na ação e reverte noutra direção – neste caso, os Atos I e II. Um ponto de virada ocorre no final do Ato I, cerca das páginas 25 a 27.*" (p. 6) "*Os pontos de virada (plot points) no fim dos Atos I e II seguram o paradigma no lugar. Eles são âncoras do seu enredo. Antes de começar a escrever, você tem que saber quatro coisas: final, início, ponto de virada no final do ato I e ponto de virada no final do Ato*" (FIELD, Syd, **Manual do roteiro**. 11ª ed. Editora Objetiva: Rio de Janeiro, 1995, p. 96). Isso demonstra a forma pela qual se estrutura a cultura de massas.

<sup>167</sup> ADORNO, Theodor W. e HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos**. (trad.) Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006, p. 128.

rápida possível, para que o espectador fique obrigado a prestar a máxima atenção e não questionar o que está vendo, o que lhe é imposto.<sup>168</sup>

As pessoas, seus problemas, vivências, conclusões e interpretações ficam esquecidas. O espectador não deve ter necessidade de nenhum pensamento próprio, "*o produto prescreve toda reação*"<sup>169</sup>, afirmam Adorno e Horkheimer. O pensamento autônomo é massacrado e despedaçado. Segundo os autores citados, a nossa sociedade é acostumada com o complexo, tão complexo e rápido que temos a impossibilidade do indivíduo pensar.<sup>170</sup>

Afirmam Adorno e Horkheimer que o sistema da indústria cultural provém dos países liberais, pois é neles que triunfam todos os seus meios característicos, sobretudo o cinema, o rádio, as músicas e as revistas.

Considerando que os consumidores da indústria cultural são aqueles dominados pela produção capitalista, é preciso repensar o que é realizado no tempo de lazer dessas pessoas. Alertam os autores:

*"Os consumidores são os trabalhadores e os empregados, os lavradores e os pequenos burgueses. A produção capitalista os mantém tão bem presos em corpo e alma que eles sucumbem sem resistir ao que lhes é oferecido."*<sup>171</sup>

O grande produto da indústria cultural é a diversão. Afirmam os autores que, após a Primeira Guerra Mundial, a diversão

---

<sup>168</sup> ADORNO, Theodor W. e HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos.** (trad.) Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006, p. 118-119.

<sup>169</sup> ADORNO, Theodor W. e HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos.** (trad.) Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006, p. 128.

<sup>170</sup> ADORNO, Theodor W. e HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos.** (trad.) Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006, p. 128.

<sup>171</sup> ADORNO, Theodor W. e HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos.** (trad.) Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006, p. 125.

consistiu exatamente na necessidade que o povo, arrasado pela guerra, precisava suprir <sup>172</sup>.

Hoje, a diversão, o lazer, é procurada, não por aqueles que tentam escapar da guerra, mas por quem precisa escapar do processo de trabalho mecanizado, da sociedade automatizada:

*“A diversão é o prolongamento do trabalho sob o capitalismo tardio. Ela é procurada por quem quer escapar ao processo do trabalho mecanizado, para se pôr de novo em condições de enfrentá-lo. Mas, ao mesmo tempo, a mecanização atingiu um tal poderio sobre a pessoa em seu lazer e sobre a sua felicidade, ela determina tão profundamente a fabricação das mercadorias destinadas à diversão, que esta pessoa não pode mais perceber outra coisa senão as cópias que reproduzem o próprio processo de trabalho. O pretense conteúdo não passa de uma fachada desbotada; o que fica gravado é a seqüência automatizada de operações padronizadas.”* <sup>173</sup>.

A liberdade não pode ser reduzida a uma questão de consumo, sob pena de desvalorizar a dignidade humana. Nesse sentido, constata Valquíria Padilha, o impacto do consumismo no lazer:

*“(…) indubitavelmente, o lazer como tal se apresenta hoje, é uma atividade de consumo. Essa afirmação compreende alguns pontos que poderiam ser assim resumidos:*

*1º. se as atividades de lazer são transformadas em mercadorias a serem consumidas, o lazer está perfeitamente integrado ao sistema econômico do qual ele faz parte;*

*2º. se esse sistema econômico tem o consumo de mercadorias como pilar de sustentação, e momento de realização do lucro, não só as*

---

<sup>172</sup> ADORNO, Theodor W. e HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos.** (trad.) Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006, p. 126-127.

<sup>173</sup> ADORNO, Theodor W. e HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos.** (trad.) Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006, p. 128.

*atividades de lazer se tornam mercadorias, como o próprio tempo de lazer se configura em tempo para consumir mercadorias e, 3º. se é real a tendência de aumento do tempo livre em função das transformações tecnológicas, parece provável que aumentará consideravelmente o número de serviços especializados em entretenimentos (viagens, recreação, lazer)."* <sup>174</sup>

A liberdade, tão almejada anteriormente pela modernidade, nos foi dada e tirada. Progrediu-se muito, sem dúvida, porém é urgente uma reconfiguração das estruturas sociais, a fim de que se possa formar sujeitos que consigam se realizar em plenitude com todos benefícios que foram trazidos pela modernidade.

#### **4.4 – O LAZER COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ATRAVÉS DO DESENVOLVIMENTO DE UMA IDENTIFICAÇÃO CULTURAL**

Considerando a configuração da sociedade atual, chega-se à conclusão de que existe uma grande alienação cultural. Isso significa que o homem não está produzindo a sua própria cultura, no sentido de que "cultura", abrange os traços peculiares de cada povo, seus costumes, sua identidade, sua arte, suas formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver, as criações científicas, artísticas e tecnológicas, as obras, os objetos, as construções de valor histórico, artístico, dentre outros.

O processo criativo, como fruto da cultura, só é viabilizado através das relações intersubjetivas. Ou seja, para criar uma cultura, uma identificação com os nossos semelhantes, duas coisas devem ocorrer, a primeira é o extermínio da produção da cultura de massas, da indústria do entretenimento, onde terceiros controlam o modo de agir das pessoas de acordo com os seus interesses particulares; a segunda é a proteção do tempo livre, pois uma sociedade dominada pelo trabalho, pelo consumismo e pelas ações automatizadas, não possui liberdade

---

<sup>174</sup> PADILHA, Valquíria. **Tempo livre e capitalismo: Um par imperfeito**. Campinas, SP: Editora Alínea, 2000, p. 68-69.

para que, no seu tempo de lazer, no seu tempo livre, produza cultura, estabeleça vínculos com a sua sociedade, vínculos com seus semelhantes.

Esse processo, além dos elementos apresentados, só poderá ser viabilizado com o incentivo à educação, pois este é o primeiro passo para produção cultural. A educação promove a cidadania. A disponibilidade desimpedida de conhecimento é a marca de uma sociedade livre, democrática, isenta de interesses particulares que muitas vezes visam a manutenção de desigualdades sociais que sustentam uma sistemática de controles de comportamentos, amparados pelo sacrifício de direitos e garantias fundamentais de dignidade humana.

Isso ocorre pelo fato de que, somente a educação permite um pensamento crítico e construtivo que ameace as bases de uma organização social. A educação reflete na cidadania, na atuação dentro de um grupo.

É preciso retomar a ideia de grupo, como um conjunto de pessoas que, de maneira autônoma, estabelece relações próprias, o que inclui a autopreservação, o respeito por direitos fundamentais. Nesse sentido, acredita-se que o mero desenvolvimento natural da cultura pode ser um caminho para a efetivação de direitos fundamentais, pois eles deixam de ser algo simplesmente imposto, e passam a ser algo criado, conquistado dia a dia, e essencial para a manutenção da dignidade humana nos diversos núcleos sociais, na medida de suas necessidades.

Esse conceito se opõe ao modelo unificador proposto pela modernidade. Através do impacto da indústria cultural, a consciência de grupo foi alterada, não existe mais o “nós”, atualmente “nós” não significa mais que um agregado de “eus”. Porém, a grande diferença entre o agregado e o grupo, é que o grupo constitui um novo ser, forte e consistente, pois corresponde à soma de seus componentes, enquanto o processo que forma o agregado, ao oposto do grupo, não traz algo maior do que a soma de suas partes. O grupo possui uma força diferente da força individual, pois concentra os esforços para um único objetivo, já

um agregado de pessoas possui a característica de manter os objetivos individuais, que, em geral, são difusos, não conseguindo, portanto, realizar os mesmos feitos de um grupo.<sup>175</sup>

Como esboçado anteriormente, somente com a proteção do tempo de lazer é que estes ideais de desenvolvimento dos direitos fundamentais através da cultura, poderão ser efetivados. Somente no período de não-trabalho é que as pessoas podem descansar, praticar um esporte, desenvolver-se culturalmente, estabelecendo contato com os membros da família, amigos.

Destaca-se a importância do direito ao lazer não só quanto ao bem-estar proporcionado às pessoas, mas também na formação do ser, pois a própria educação está relacionada diretamente com o lazer. O aprendizado se desenvolve com maior eficiência se for desempenhado juntamente com entretenimento, visto que quando ele é realizado de forma sistemática e impositiva não desenvolve completamente as potencialidades do ser humano.

Na obra "Lazer e Empresa", Nelson Carvalho Marcelino destaca a importância do lazer como *"forma de vivenciar a cultura, para níveis críticos e criativos, tanto de difusão quanto de criação e participação culturais, não apenas no seu sentido restrito de conteúdo artístico, mas sim como o caráter formador de uma sociedade desenvolvida e portadora de traços próprios e distintos"*<sup>176</sup>, o que demonstra a íntima relação do lazer com a produção de cultura de um povo.

Bertrand Russell, filósofo precursor da defesa ao lazer, em sua obra "O Elogio ao Ócio", publicada em 1932, já alertava quanto à subutilização do lazer, mostrando que paralelo às ações passivas, existiam também as ações ativas relacionadas ao lazer, o que inclui o exercício da cidadania:

---

<sup>175</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. (trad.) Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 78.

<sup>176</sup> MARCELLINO, Nelson Carvalho (org.). **Lazer & empresa: múltiplos olhares**. Campinas, São Paulo: Papirus, 1999, p. 33.

*"Os prazeres das populações urbanas se tornaram fundamentalmente passivos: ver filmes, assistir a partidas de futebol, ouvir rádio e assim por diante. Isso ocorre porque todas as energias ativas da população estão totalmente absorvidas pelo trabalho. Se as pessoas tivessem mais lazer, voltariam a desfrutar de prazeres em que participassem ativamente."*<sup>177</sup>

Ele destaca também, que a "classe ociosa" foi a responsável pelo desenvolvimento das ciências em geral, mas principalmente, também, pelo aperfeiçoamento das relações sociais:

*"No passado havia uma pequena classe ociosa e uma grande classe trabalhadora. A classe ociosa desfrutava de vantagens para as quais não havia base em justiça social; isto necessariamente as fez opressivas, limitou sua simpatia, e levou à invenção de teorias para justificar seus privilégios. Isto fez diminuir enormemente a sua excelência, mas apesar disto elas contribuíram com quase tudo do que chamamos de civilização. Ela cultivou as artes e descobriu as ciências; escreveu os livros, inventou as filosofias, e refinou as relações sociais. Mesmo a libertação dos oprimidos foi geralmente iniciada de cima. Sem a classe ociosa, a humanidade nunca teria emergido da barbárie."*<sup>178</sup>

Isso posto, fica evidente o quanto é necessário ampliar o tempo de lazer para que a sociedade desenvolva a sua cultura e assim, promova os direitos humanos.

A ampliação do tempo de lazer passaria por dois estágios, no primeiro, seria de esperar que o consumo e as ações passivas se intensifiquem, entretanto, em um segundo momento, o tempo livre seria utilizado

---

<sup>177</sup> RUSSELL, Bertrand. **O elogio ao ócio**. (trad.) Pedro Jorgensen Júnior. 4ª ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2002, p. 33.

<sup>178</sup> RUSSELL, Bertrand. **O elogio ao ócio**. (trad.) Pedro Jorgensen Júnior. 4ª ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2002, p. 33.

para a construção dos próprios lazeres, ou seja, a cultura intersubjetiva. Segundo Valquíria Padilha:

*"Em tal sistema hipotético, poder-se-ia trabalhar cerca de duas horas por dia, fazendo com que o tempo livre supere o tempo de trabalho. As atividades de lazer continuariam ligadas ao consumo de objetos produzidos pelas indústrias de lazer, mas esta forma de lazer não seria predominante. O lazer baseado em atividades culturais, relações pessoais ou com a natureza seria mais importante. Do consumo de objetos, passar-se-ia ao consumo do tempo livre, de forma a que os próprios indivíduos pudessem construir seus lazeres."*<sup>179</sup>

Nesse cenário é que se observa um campo fértil para a propagação dos direitos fundamentais. Everaldo Gaspar Lopes de Andrade, autor de "Direito do Trabalho e Pós-Modernidade", se manifesta também no sentido que o desenvolvimento da cultura – permitida através da tecnologia que garante o tempo livre – é responsável pela promoção da dignidade humana, até mesmo pela imediata valorização do trabalho humano.

*"ao contrário do que pensam os nostálgicos, o espaço aberto pela sociedade em redes, pelos sistemas produtivos globais, pode favorecer a constituição de uma nova ordem jurídica mundial, capaz de voltar-se para o respeito do trabalho humano em todas as suas dimensões, e como categoria imprescindível para o seu desenvolvimento pessoal, intelectual e social."*<sup>180</sup>

O lazer e a cultura possuem uma íntima relação com os direitos fundamentais, entretanto, é preciso superar a fase do consumismo e alienação para que o lazer possa ser aproveitado dentro de uma plenitude de possibilidades. Como afirma Christian Marcello Mañas, atualmente as atividades

---

<sup>179</sup> PADILHA, Valquíria. **Tempo livre e capitalismo: Um par imperfeito**. Campinas, SP: Editora Alínea, 2000, p. 69.

<sup>180</sup> ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **Direito do trabalho e pós-modernidade: fundamentos para uma teoria geral**. São Paulo: Ltr, 2005, p. 307.

relacionadas ao lazer se mostram como atividades sem sentido, que apenas preenchem espaços vazios, como uma forma de fuga, ou então como forma de mera recomposição física e mental para uma nova jornada. Fora a isso, o lazer se constitui na forma de hobbies alienantes ou do consumismo, o que gera *"uma flagrante limitação quanto à inserção do sujeito trabalhador na esfera política e cultural da sociedade, tornando-se um ser alienado e acrítico frente aos problemas sociais que o cercam."*<sup>181</sup>

Ingo Wolfgang Sarlet afirma que a dignidade humana em sua dimensão relacional corresponde ao desenvolvimento da esfera intersubjetiva, ou seja, entre sujeitos. Implica no respeito da pessoa, por ela ser pessoa. Apenas se compreende realmente a dignidade do outro, quando se interage mutuamente, quando reconhecemos a individualidade do outro, a existência de necessidades próprias, específicas, diferentes da sua.<sup>182</sup> Portanto, não é possível falar em efetivação de direitos fundamentais sem falar em desenvolvimento de cultura, sem falar em interação intensa entre os membros da sociedade, sem falar no livre desenvolvimento da personalidade, algo extremamente difícil diante do império do consumismo e da cultura de massas.

Um dos grandes prejuízos decorrentes surgimento do capitalismo e do cientificismo é o desprezo pelas diferenças humanas. A padronização de comportamentos da sociedade de consumo interfere de forma direta no exercício do livre desenvolvimento da personalidade. O capitalismo do modo que está estruturado, nos diz que é mais rentável tratar todas as pessoas como um elemento único, sendo esta a razão do entretenimento e da cultura se estruturarem de formas universais. Chegamos à conclusão, portanto, de que a modernidade perdeu o seu foco no momento em que as revoluções por direitos humanos buscaram a liberdade, sem se preocupar com a qualidade de vida dos "livres", e não só, assim sempre continuará sendo enquanto a igualdade for aplicada como um mero aspecto formal, ignorando a preciosa característica da raça humana, de que cada homem e mulher são criaturas únicas no universo.

---

<sup>181</sup> MAÑAS, Christian Marcello. **Tempo e trabalho - a tutela jurídica do tempo de trabalho e tempo livre**, 2005, p. 113.

<sup>182</sup> SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade: Ensaio de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 45-60.

Entretanto, por maiores que sejam as críticas realizadas à modernidade, antes de concluir o estudo, é importante realizar algumas ressalvas. Primeiramente, cabe lembrar que a globalização, o consumismo e outros modelos aqui analisados, também representaram um avanço social. Pensando em termos de servidão e escravidão, o século XX foi marcado também como o primeiro na história da humanidade a considerar ilegal a escravidão, ou seja, por mais criticada, foi a sociedade industrial que permitiu a libertação do homem da escravidão. Nesse sentido, Domenico De Masi realiza algumas considerações sobre a liberdade trazida pelo modelo atual da sociedade, analisando a obra "Prometeu Desacorrentado", de David S. Landes:

*"O livro se referia a um Prometeu feito de carne e osso, metáfora do homo faber aprisionado na rudez da sociedade rural e que depois se tornou desenfreado graças ao dinamismo industrial. Um Prometeu amarrado a um rochedo, torturado por uma águia que lhe roía o fígado e que, depois, graças às máquinas, é desamarrado e se torna livre para expressar-se em toda a sua plenitude. Hoje, para esse mesmo Prometeu é concedida uma segunda liberação: depois dos membros, pode finalmente liberar também o cérebro. A sociedade industrial permitiu que milhões de pessoas agissem somente com o corpo, mas não lhes deixou a liberdade para expressar-se com a mente. Na linha de montagem, os operários movimentavam apenas mãos e pés, mas não usavam a cabeça. A sociedade pós-industrial oferece uma nova liberdade: depois do corpo, liberta a alma."*<sup>183</sup>

Assim, não se pretende o fim do atual modelo de sociedade. Espera-se uma reestruturação, uma evolução, na qual o indivíduo se sobreponha ao lucro, ao capital, ou seja, conseguindo por fim, completar a emancipação humana proposta pela modernidade.

---

<sup>183</sup> DE MASI, Domenico. **O ócio criativo**. (trad.) Lea Manzi. 10ª ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2000, p. 18.

Para que esta evolução ocorra, são necessários mecanismos que limitem a cultura massificada, pois ela foi imposta e não criada pelos membros da sociedade. Somente quando o consumo irracional por esta espécie de entretenimento for banida, ou ao menos reduzida, é que haverá uma emancipação completa, sólida, consistente. Só assim serão cumpridas as promessas da modernidade, isto é, as promessas de libertação, as promessas de que o avanço científico nos trará, por fim, o bem estar social e a paz entre as pessoas.

Tudo isso significa uma maior efetivação dos direitos fundamentais. A criação de maiores espaços de tempo, a valorização da qualidade dos períodos de lazer, o rompimento com o trabalho mecanizado, a criação de uma ciência mais humanista, o fim do consumismo, e a criação de uma cultura que valorize a dignidade da pessoa humana, são as chaves para a prosperidade da sociedade.

## **CAPÍTULO V – A CULTURA E O LAZER – ASPECTOS JURÍDICOS SOBRE A FUNÇÃO CULTURAL DO DIREITO AO LAZER**

Traçado o panorama do lazer dentro da sociedade atual, neste capítulo, a abordagem social do lazer parte diretamente para os pontos que possuem maior relevância para uma sociedade que trabalha com o lazer como um instrumento de promoção social, que é a cultura e o convívio intersubjetivo.

Não é possível pensar um tempo de lazer sem falar em cultura. A cultura deve ser utilizada de forma a preencher o tempo livre com qualidade, isto é, tornando o lazer uma atividade efetivamente produtiva e criadora, responsável pela integração e convívio com os demais membros da família e da comunidade. Vejamos, portanto, alguns apontamentos referentes a cultura e lazer.

### **5.1 - PATRIMÔNIO CULTURAL**

Dentre outras funções sociais, o direito ao lazer é responsável por proporcionar o desenvolvimento da cultura, seja na criação como no usufruto da cultura. O excesso de trabalho através de prestação de horas extras habituais, ou mesmo a falta de liberdade em relação aos horários de trabalho, impedem o convívio social e familiar, que são os campos onde a cultura é melhor elaborada. As relações intersubjetivas proporcionam a criação e a manutenção daquilo que o direito denomina como patrimônio cultural. É essencial, portanto, a análise de alguns institutos do direito ambiental, haja vista que o patrimônio cultural encontra grande parte da sua tutela jurídica dentro da esfera do direito ambiental, tanto em relação ao aspecto normativo como principiológico.

O conteúdo do meio ambiente não se resume ao meio ambiente natural, entendido como "*solo, água, ar atmosférico, flora e fauna*"<sup>184</sup>, ou seja, a biota. O homem se relaciona com todo um ecossistema, a vida se desenvolve em diversas dimensões, sendo certo que, uma vez que a vida

---

<sup>184</sup> FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 8ª. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 19.

humana é caracterizada pela constituição de sociedades, comunidades, uma das mais importantes dimensões da vida humana é a própria a dimensão intersubjetiva, ou seja, a dimensão cultural.

O meio ambiente cultural se relaciona com a própria existência da vida em sociedade. É possível definir cultura como o conjunto de relações estabelecidas entre as pessoas de um grupo, isto é, a cultura corresponde ao modo de fazer, de agir, de pensar, de existir. Observa-se na cultura de um povo o reflexo do desenvolvimento da personalidade inserido em um contexto intersubjetivo.

Nicola Abbagnano define o termo cultura, em seu Dicionário de Filosofia da seguinte forma:

*"essa palavra hoje é especialmente usada por sociólogos e antropólogos para indicar o conjunto de modos de vida criados, adquiridos e transmitidos de uma geração à outra, entre os membros de determinada sociedade (...) é a formação coletiva e anônima de um grupo social nas instituições que o definem. Nesse sentido o termo foi usado pela primeira vez por Spengler, que entendeu por ela 'a consciência pessoal de uma nação inteira'; consciência que, na sua totalidade, ele entendeu um organismo vivo, que como todos os organismos, nasce, cresce e perece."*<sup>185</sup>

Disso, conclui-se que não adianta apenas proteger a fauna, a flora, a atmosfera, o solo, pois não pode se dizer que uma pessoa vive em um meio ambiente equilibrado se o seu modo de viver, de se relacionar com a natureza, com os animais, com seus próprios semelhantes não for garantido, respeitado e acima de tudo, protegido.

Se o conceito de cultura for aplicado de forma ampla, todas as criações humanas se encontram dentro do meio ambiente cultural.

---

<sup>185</sup> ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 2ª ed. São Paulo: Mestre Jou, 1982, p. 212

As obras de arte, as obras literárias, as construções, as línguas, a ciência, os saberes, a filosofia, são bens que devem ter uma proteção tão forte quanto o meio ambiente natural, pois sem estes elementos, o ser humano não tem reconhecido o seu valor intrínseco, perde o reconhecimento daquilo que se denomina como dignidade da pessoa humana. Dentre diversos outros fatores, o homem possui um valor único dentre os demais seres pois detém potências únicas que lhe concedem a capacidade criativa.<sup>186</sup> Quando se retira a capacidade criativa do ser humano, não está se reconhecendo o seu valor, a sua dignidade.

A Constituição Federal é clara em atribuir ao conceito de meio ambiente a tutela de qualquer bem que seja essencial à sadia qualidade de vida, o que inclui, sem qualquer discussão o patrimônio cultural.

*"Art. 225 - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações."*

Entende-se dessa forma que cabe ao direito ambiental a proteção, a preservação, a recuperação do meio ambiente, em todas as suas formas, materiais, imateriais, naturais, artificiais, ou seja, tudo aquilo que é importante para a vida<sup>187</sup>.

A importância dos bens culturais não se encerra na mera proteção da produção cultural propriamente dita, isto é, dos quadros em si, das construções, dos livros. O meio ambiente cultural diz muito mais respeito à proteção da *expressão cultural* humana do que os objetos materiais. Sem dúvida, estes objetos possuem um valor inestimável, até mesmo por serem insubstituíveis, mas, uma vez que direito ambiental optou por uma postura

---

<sup>186</sup> MORAES, Walter. **Concepção tomista de pessoa – Um contributo para a teoria do direito da personalidade** em: Revista de direito privado. Ano 1, nº 2, abril-junho de 2000. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 193.

<sup>187</sup> FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 8ª. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 21.

antropocêntrica<sup>188</sup>, a tutela dos objetos criados pelo homem consistem em uma decorrência da proteção da manifestação cultural humana. Isso leva à necessidade de compreender melhor o conceito de patrimônio cultural imaterial, a esfera mais relevante do meio ambiente cultural, dentro da lógica criada pela Constituição Federal.

Patrimônio cultural imaterial, corresponde ao conjunto de bens intangíveis relacionados à produção cultural. Apesar de ser aparentemente redundante esta definição, ela é a que mais se encaixa em uma visão abrangente, pois o conceito de cultura abarca tudo aquilo que é produzido pela raça humana, uma vez que nessa produção estão impressas características únicas dos seus autores, ou seja, as manifestações artísticas, festivas, folclóricas e as tradições, compõem aquilo que se denomina patrimônio cultural.

Em 2003, a Unesco aprovou a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial. Nesse documento, é trazida uma definição para o termo, que possui reconhecimento internacional:

*"Artigo 2: Definições*

*Para os fins da presente Convenção,*

*1. Entende-se por "patrimônio cultural imaterial" as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas - junto com os instrumentos, objetos, artefatos e lugares culturais que lhes são associados - que as comunidades, os grupos e, em alguns casos, os indivíduos reconhecem como parte integrante de seu patrimônio cultural. Este patrimônio cultural imaterial, que se transmite de geração em geração, é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente, de sua interação com a natureza e de sua história, gerando um sentimento de identidade e continuidade e contribuindo assim para promover o respeito à diversidade cultural e à criatividade humana. Para os fins da presente Convenção, será levado em conta apenas o patrimônio*

---

<sup>188</sup> FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 8ª. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 16-20.

*cultural imaterial que seja compatível com os instrumentos internacionais de direitos humanos existentes e com os imperativos de respeito mútuo entre comunidades, grupos e indivíduos, e do desenvolvimento sustentável."*

Destaca-se o ponto em que a Convenção explica que a cultura é aquilo que traz o sentimento de identidade de um povo. Esse é o ponto em que a cultura se mostra como um elemento primordial para a sociedade, pois identificação com o seu semelhante significa cidadania, significa democracia, significa respeito, significa a realização de uma sociedade que é orientada pela dignidade humana.

A contribuição da Unesco para a área é de extrema importância, pois questões culturais somente são pacificadas com a criação de instrumentos de proteção criados por todos aqueles que serão tutelados, pois, uma parte não fica prejudicada em relação à outra, já que previamente são realizadas discussões pacíficas sobre o tema. A Unesco consolidou uma série de entendimentos em um plano universal, um fator essencial para a diversidade cultural, além de fortalecer organizações não-governamentais e pequenas comunidades que não possuíam representatividade.

Isso tudo contribui para que exista uma moderação no avanço da globalização, uma vez que o modo capitalista de produção atualmente desenvolvido, ao lado dos seus benefícios, possui a desvantagem de exterminar culturas através da substituição por uma cultura economicamente dominante, através dos mecanismos de divulgação de cultura de massa como a televisão, o rádio, ou mesmo pela comercialização despersonalizada de um produto em relação a um grupo.

Com instrumentos internacionais de proteção cultural, pretende-se que a expansão da globalização fique reservada à sua função primária, seja ela o comércio, a comunicação, entre outras utilidades, sem que ocorra a deterioração de culturas, técnicas e manifestações locais.

Destaca-se que estes movimentos não pretendem um retrocesso nas relações internacionais. Hoje não é possível imaginar a retirada dos benefícios trazidos pela globalização, entretanto, a perda de culturas de minorias, a mudança de hábitos e tradições locais seria um efeito colateral muito prejudicial para a raça humana, uma vez que temos como exemplo as antigas civilizações que foram dizimadas culturalmente por outros povos, trazendo a inestimável perda de conhecimentos e costumes que poderiam solucionar os problemas que vivemos atualmente.

A visão unificadora de mundo, a imposição de uma só cultura, traz muitos prejuízos à humanidade. Considerando que a última tentativa de imposição de uma cultura exclusiva, de uma raça única, resultou no extermínio de milhões de vidas humanas durante a Segunda Guerra Mundial. É importante o aprendizado da valorização a dignidade da pessoa humana, o reconhecimento da singularidade de cada ser humano, do prestígio por ser algo único e insubstituível no mundo, portador de uma cultura única, de um modo próprio de pensar, e de sentir.

## **5.2 – ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO PATRIMÔNIO CULTURAL**

A questão da conceituação de patrimônio cultural é pacificada dentro do ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que o artigo 216, "caput" e incisos I a V da Constituição Federal traz o conceito em nosso sistema:

*"Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:*

*I - as formas de expressão;*

*II - os modos de criar, fazer e viver;*

*III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;*

*IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;*

*V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico."*

Como demonstrado anteriormente, o conceito nacional está em conformidade com o entendimento internacional sobre cultura e também destaca o fator identidade como um dos elementos mais marcantes do patrimônio cultural.

Celso Antônio Pacheco Fiorillo ensina que patrimônio cultural possui a natureza jurídica de bem difuso. Em suas palavras:

*"Todo bem referente à nossa cultura, identidade, memória, etc., uma vez reconhecido como patrimônio cultural, integra a categoria de bem ambiental e, em decorrência disso, difuso."*<sup>189</sup>

Uma vez entendido como um patrimônio de titularidade difusa, a Constituição Federal, nos artigos 215 e 216, parágrafo primeiro e seguintes, indica a forma como será tutelado o patrimônio cultural no Brasil:

*Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.*

*§ 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.*

*§ 2º - A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.*

---

<sup>189</sup> FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 8ª. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 180.

*§ 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à:*

*I defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro;*

*II produção, promoção e difusão de bens culturais;*

*III formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões;*

*IV democratização do acesso aos bens de cultura*

*V valorização da diversidade étnica e regional. "*

*"Art. 216 – (...)*

*§ 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.*

*§ 2º - Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.*

*§ 3º - A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.*

*§ 4º - Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.*

*§ 5º - Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.*

*§ 6º É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a fundo estadual de fomento à cultura até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, para o financiamento de programas e projetos culturais, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de:*

*I - despesas com pessoal e encargos sociais;*

*II - serviço da dívida;*

*III - qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados.*

Estes dispositivos demonstram o avanço que a esfera do direito ambiental recebeu após a Constituição Federal de 1988, no tocante ao meio ambiente cultural, uma vez que se consolidou a proteção, tanto do aspecto material, como imaterial, da cultura em nosso país.

Paulo Affonso Leme Machado entende que existe uma diferenciação entre o *caput* e os incisos do artigo 216, da Constituição Federal<sup>190</sup>. O autor demonstra que o *caput* se refere à identidade, à ação, à memória, do brasileiro, enquanto os incisos tratam de bens de natureza material e imaterial que podem ou não se relacionar com os diversos grupos da sociedade brasileira. Assim, os bens mencionados no inciso podem ser protegidos mesmo sem vinculação com a ação e a memória dos grupos formadores da sociedade brasileira

Cabe ressaltar que, a lista apresentada no referido artigo é meramente exemplificativa, pois a produção cultural humana é totalmente dinâmica, sendo impossível para o legislador prever todas as formas de expressão cultural.

Com a nova concepção de patrimônio cultural, houve uma grande conquista em relação à preservação da dignidade humana, pois existe hoje a preocupação em preservar as obras e as manifestações populares, ou seja, temos a valorização do ser humano comum. Os costumes diários de um povo tiveram seu valor inestimável reconhecido. Não só, o valor do convívio humano foi reconhecido, isto é, a grande fonte dos costumes, da cultura, está protegida constitucionalmente e reconhecida como uma das formas mais eficientes de promoção da dignidade humana.

### **5.3 – A CULTURA COMO FORMA DE GARANTIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

---

<sup>190</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 122

A Constituição Federal é um documento que possui um conjunto de princípios e normas jurídicas que são produzidas pelo poder constituinte, que traduz a soberana manifestação política de um povo organizado.

Ainda que o poder constituinte seja caracterizado por ser autônomo, ilimitado à ordem anterior e incondicionado, essas características se reservam ao momento da estipulação dos direitos previstos na Carta Constitucional. Uma vez estabelecidos, esses direitos devem seguir à lógica interpretativa localizada no início da Constituição, mais precisamente no Título I, que trata "Dos Princípios Fundamentais", que traz uma série de dispositivos que atuam como um norte, como balizas que direcionam o direito para que a sua aplicação possa satisfazer os ideais da nossa sociedade. Estes princípios trazem a forma pela qual a Constituição deve ser interpretada a fim de que se alcance o bem estar social.

Os objetivos da República Federativa do Brasil são claros e estão apresentados de forma ordenada no artigo 3º, da Constituição Federal. São eles:

*"Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:*

*I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;*

*II - garantir o desenvolvimento nacional;*

*III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;*

*IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."*

Uma vez apresentado o que se pretende alcançar com esta ordem jurídica, política e social, a Constituição também apresenta os métodos pelos quais será possível atingir estes objetivos. Por esta razão existem inúmeras leis, normas e políticas públicas, por exemplo. Entretanto, tudo isso é estruturado de uma forma lógica, ou seja, tem um início, tem um alicerce. Esses fundamentos se encontram no próprio artigo 1º da Constituição:

*"Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:*

*I - a soberania;*

*II - a cidadania;*

*III - a dignidade da pessoa humana;*

*IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;*

*V - o pluralismo político.*

*Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição."*

Para o presente estudo, é importante destacar o princípio contido no inciso III, que determina que a dignidade humana deve ser o fundamento da República Federativa do Brasil.

Que fique bem claro. Pelo nosso sistema jurídico não existe direito que não tenha como fundamento a dignidade da pessoa humana. Qualquer dispositivo que não atender a esse princípio, é considerado inconstitucional, fora do nosso ordenamento, e portanto, em última análise, nem mesmo constitui um direito.

Os seres humanos têm, de forma inerente, a percepção do que significa a dignidade humana, que em linhas gerais, pode ser traduzida de um lado como a proibição da redução do ser humano a coisa, e de outro, o dever de todos de assegurar respeito e promoção do ser humano. Ingo Wolfgang Sarlet define a dignidade humana como uma qualidade que implica direitos e deveres que assegurem condições existenciais mínimas para uma vida saudável e condizente com as capacidades humanas, além de garantir a participação ativa e responsável na vida em sociedade.<sup>191</sup>

---

<sup>191</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível.** em SARLET, Ingo Wolfgang (org.).

Imediatamente podem-se extrair duas conclusões deste conceito. Uma, é que quando o autor fala em condições existenciais mínimas, ele liga diretamente o conceito de dignidade humana com o conceito de meio ambiente, ou seja, não resta dúvida de que a proteção do meio ambiente deve ser voltada para a preservação da dignidade humana. A segunda, é que toda a parte do conceito que diz "*propiciar e promover sua participação ativa e responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos*"<sup>192</sup>, está, em verdade, estabelecendo que proteger a cultura é proteger a dignidade humana.

Quando se fala em ação, participação ativa, sob o prisma do direito ambiental, está se falando em *manifestação cultural*. Considerando que as ações das pessoas de um determinado grupo são definidas de acordo com os saberes e tradições adquiridas através da cultura deste grupo, é impossível dissociar ação humana de cultura.

Nesse sentido a Constituição Federal estipulou no artigo 216, inciso I, que um dos elementos que formam o patrimônio cultural é a própria forma de expressão, um conceito aberto que não abrange apenas festas típicas, comemorações regionais ou produções artísticas, como pode-se imaginar à primeira vista.

Forma de expressão significa tudo aquilo que é produzido, aquilo que é expresso. A palavra vem do latim *expressione*, e significa o ato de exprimir, significa a manifestação do pensamento, a maneira de exteriorizar pensamentos, comoções e sentimentos, a manifestação em si, a representação de sentimentos, ou então a personificação, a significação<sup>193</sup>.

---

**Dimensões da dignidade: Ensaio de filosofia do direito e direito constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 37.

<sup>192</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível.** em SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade: Ensaio de filosofia do direito e direito constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.37.

<sup>193</sup> MICHAELIS. **Moderno dicionário da língua portuguesa.** São Paulo: Melhoramentos, 1998, p. 438

O verbete "expressão" se apresenta no "Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa" da seguinte forma:

*"ato ou efeito de expressar, 1 manifestação do pensamento por meio da palavra ou do gesto 2 ênfase ou entonação especial com que se pronuncia uma palavra ou uma frase 3 frase, sentença ou dito 4 o modo como o rosto, a voz e/ou o gesto denotam um estado moral, emocional ou de espírito 5 vivacidade, animação, energia 6 modelo, encarnação, personificação, manifestação 7 manifestação significativa, forte 8 ação pela qual se espreme o suco de uma planta, fruta etc.; espremedura. Etimologia -lat. expressio,ónis, rad. de expressum, supn. de exprimère 'apertar com força, espremer, tirar espremendo, reproduzir, representar, retratar, exprimir, dizer, expor; enunciar claramente, declarar formalmente'." <sup>194</sup>*

Assim, para deixar dúvidas, o legislador, no inciso II do artigo 216, declarou expressamente que os próprios modo de criar, fazer e viver, estão incluídos no rol de bens que integram o patrimônio cultural brasileiro.

Portanto, como já demonstrado anteriormente, tudo que envolva ação humana, notadamente aquela que envolva um grupo, é um bem ambiental, e é, portanto, um dos principais elementos de preservação da dignidade humana.

A promoção da cultura garante a dignidade humana pois somente através do convívio social, do reconhecimento do outro como uma pessoa que possui as mesmas características, é que se desenvolvem os direitos fundamentais.

A identificação com o semelhante é um passo essencial na estruturação dos direitos fundamentais, pois do modo que, simplesmente por reconhecer o outro como um ser biologicamente igual nos leva a

---

<sup>194</sup> HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1289.

preservação de sua dignidade, seja proibindo a tortura, o tratamento degradante, ou pela manifestação de respeito, a evolução deste reconhecimento se dá pela identificação de costumes, de modos de agir, de pensar.

Isso tudo é potencializado quando se tem a identificação cultural, que gera a defesa da família, do grupo, da nação, da raça humana.

Por mais diferentes que sejam os membros de uma família, o instinto humano leva a proteger a família, o grupo. Isso se dá pela identificação cultural, como pode se verificar em grupos maiores, como um povo que compõe uma nação.

Observe-se que não se defende o nacionalismo, responsável por guerras, até mesmo porque muitas dessas guerras ocorrem por falta de reconhecimento e respeito de uma cultura diferenciada. O que se defende é a criação de uma identificação cultural de característica humanista, onde o sentimento de proteção do grupo ocorra pela mera razão do outro ser também um ser humano.

Portanto, o meio ambiente cultural deve ser compreendido de uma forma muito mais ampla do que a configuração que atualmente é percebida pela população em geral. As políticas públicas, as leis e a sociedade em conjunto deve estar atenta para esta questão, que pode, direta e indiretamente solucionar grande parte dos problemas sociais que vivemos atualmente.

#### **5.4 – A CULTURA E O DIREITO AO LAZER**

A garantia do direito ao lazer é responsável pela melhoria no convívio social e familiar. O lazer favorece o contato com os demais membros da sociedade, e por consequência incentiva a cidadania, pois naturalmente somos mais receptivos, mais amistosos, mais fraternos, mais dedicados no trato com o outro com quem se possui alguma espécie de relação pré-

existente. Um fato que é trazido pela experiência é que somos mais receptivos com membros da família, com amigos, com colegas, do que com pessoas com quem nunca tivemos qualquer relação anterior, pois a tendência natural do ser humano é favorecer a relação com aquele com quem ele possui maior intimidade, com aquele que lhe é mais próximo, com aquele em que ele se reconhece. Por isso existe afinidade entre membros de uma comunidade que compartilham de uma mesma cultura. É a própria relação empática que é responsável pelo sentimento de nacionalismo por exemplo. O convívio social é responsável pelo sentimento de necessidade de proteção daquele que se encontra na mesma posição, isto é, daquele que sofre as mesmas dores, daquele que sente o que sentimos.

Diante desta situação fática, percebe-se a importância que existe em promover o desenvolvimento da cultura entre os membros de uma sociedade. Tudo isto envolve a garantia de uma série de direitos. Direitos trabalhistas, direitos relacionados a consumo, direitos da pessoa diante da mídia, do mercado, pois como observado, o novo paradigma social do início do século XXI tende ao não favorecimento das relações sociais, seja pela centralidade do trabalho, seja pelo consumismo, gerando por fim, uma deterioração do meio ambiente cultural. Nesse sentido o direito ao lazer, pode agir como um importante instrumento jurídico para a garantia de existência destas relações intersubjetivas, pois é no período em que a pessoa está fora de uma ação mecânica é que ela possui convívio social e familiar e interage com o outro criando, por fim, o que se denomina como relação empática.

Empatia, segundo o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, possui a sua origem etimológica proveniente da língua inglesa, derivada do termo *empathy*, que por sua vez é uma tradução da palavra *einfühlung*, presente na língua alemã, que é uma derivação do grego *empátheia*, as "paixão"<sup>195</sup>. Segundo o mesmo dicionário, o termo pode ser definido como:

*"1. faculdade de compreender emocionalmente um objeto (um quadro por ex.) 2. capacidade de projetar a personalidade de alguém"*

---

<sup>195</sup> HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1125

*num objeto, de forma que este pareça como que impregnado dela 3. capacidade de se identificar com outra pessoa, de sentir o que ela sente, de querer o que ela quer, de apreender do modo que ela apreende etc. 3.1. psic. Processo de identificação em que o indivíduo se coloca no lugar do outro e, com base em suas próprias suposições ou impressões, tenta compreender o comportamento do outro 3.2. soc. Forma de cognição do eu social mediante três aptidões: para ver o ponto de vista de outrem, para ver os outros pontos de vista de outrem ou para ver os outros do ponto de vista deles mesmos." Anota-se também o termo como o antônimo de 'repulsão'." <sup>196</sup>*

Sentir o que o outro sente é algo importantíssimo quando se trata de dignidade da pessoa humana. Existem, contudo, muitos canais de interação empática<sup>197</sup>, sendo o convívio interpessoal e a identificação cultural, modos de se alcançar essa interação. Por estas razões, é que a empatia assume um papel importante na concretização dos direitos fundamentais. O princípio da dignidade da pessoa humana e o desenvolvimento da empatia estão intimamente interligados, podendo, até mesmo ser considerados um único elemento. A dignidade do outro somente é plenamente reconhecida quando se compreende as necessidades e os anseios do outro<sup>198</sup>, quando se reconhece o valor único do outro ser humano, ou seja, o que garante a efetividade do princípio da dignidade humana é, sem dúvida, o desenvolvimento do convívio social, pois ainda que existam sanções pela violação da dignidade do outro, a melhor forma de concretizar um direito é criando uma cultura de não-violação deste direito.

Tudo isso, portanto, constitui elementos indispensáveis para a sadia qualidade de vida, uma vez que são indispensáveis para

<sup>196</sup> HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1125

<sup>197</sup> ROSEMBERG, Rachel Lea (org.). **Aconselhamento psicológico centrado na pessoa**. São Paulo, EPU, 1987. p. 46

<sup>198</sup> Nesse sentido, refere-se à dimensão relacional da dignidade da pessoa humana exposta por Ingo Wolfgang Sarlet em SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível**. em SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade: Ensaio de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 22-26.

a raça humana as manifestações, imateriais ou não, os saberes, as criações, além de todo o patrimônio material artístico e histórico que existe atualmente.

Observa-se que a pluralidade cultural, que respeita a individualidade de cada ser humano é uma forma eficiente de promoção da dignidade humana, uma vez que se estabelece um elo de ligação cultural que não se relaciona por motivos de raça, crença, mas sim por uma identidade humanista, que pretende a garantia da sadia qualidade de vida pelo convívio e reconhecimento do outro como um ser único e insubstituível no mundo.

## CAPÍTULO VI – O LAZER E O INDIVÍDUO – O DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE

Uma vez estudado o reflexo que o direito ao lazer possui na sociedade como um todo, o presente estudo chega ao ponto mais importante da tutela do lazer. Passando do amplo para o específico, é necessário se voltar para o núcleo da sociedade, o ser humano. O impacto do direito ao lazer no indivíduo é responsável por garantir um desenvolvimento físico e mental indispensável para uma vida digna. De fato, diversas potencialidades humanas podem ser estimuladas através da prática do lazer, gerando assim, a efetivação de um outro direito que possui uma conexão imediata com o lazer, que é o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade corresponde a uma nova visão dos direitos da personalidade. Trata da concepção dos direitos relativos à pessoa sob o enfoque da dignidade humana.

Existe uma íntima relação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade com o princípio da dignidade humana previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal. Verifica-se que a origem de ambos é a mesma, ou seja, são direitos que se originaram através da perspectiva constitucional pós-guerra.

Esta nova perspectiva foi responsável por colocar o inquestionável valor absoluto da pessoa humana no centro do ordenamento jurídico, afastando todas as formas de concepção na qual o ser humano possa ser "coisificado", tornado objeto. Perspectiva esta, que possui sua fundamentação teórica enraizada dos estudos de Immanuel Kant que assegura que "*A humanidade em sua pessoa é o objeto do respeito de sua parte exigível de todo outro ser humano*"<sup>199</sup>. Este movimento de transformação do paradigma nos ordenamentos jurídicos mundiais é conhecido como a repersonalização do direito.

---

<sup>199</sup> KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. (trad.) Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003, p. 227

Percebeu-se que pelo fato dos ordenamentos jurídicos passados não observarem o infinito valor da pessoa humana, as constituições falharam e permitiram que, por processos legais, inúmeras vidas fossem dizimadas no início do século XX.

Seguem, portanto, algumas noções sobre o princípio da dignidade humana e posteriormente uma análise do direito ao livre desenvolvimento da personalidade no Brasil, a partir dos estudos de Marcos de Campos Ludwig, publicado sob o título "*O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no direito privado brasileiro*", na obra "*A reconstrução do direito privado – Reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*", organizada por Judith Martins-Costa.

## 6.1 – O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O homem é um fim em si mesmo, nunca devendo servir de meio para outrem<sup>200</sup>, sua dignidade representa um valor inexorável na vida em sociedade. Desde Kant tem-se a consciência de que o homem é um fim em si mesmo, que ele não possui preço e sim dignidade:

*"No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra coisa como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade."*<sup>201</sup>

Nicola Abbagnano em sua definição de "dignidade" no seu Dicionário de Filosofia, resume a teoria de Kant:

---

<sup>200</sup> MENEGHELLI, José Eduardo Neder. **Estado Democrático de Direito e a dignidade da pessoa humana**. em SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de. (org.) **Na fronteira: conhecimento e práticas jurídicas para a solidariedade**. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 322.

<sup>201</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Paulo Quintela (trad.). Lisboa: Edições 70, 2002. p. 77.

*"Como 'princípio da dignidade humana' entende-se a exigência enunciada por Kant como segunda fórmula do imperativo categórico: 'Age de forma que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre também como um fim e nunca unicamente com um meio' (...). Esse imperativo estabelece na verdade que todo homem, aliás, todo ser racional, como fim em si mesmo, possui um valor não relativo (como é, por ex., um preço), mas intrínseco, isto é, a dignidade."<sup>202</sup>*

A dignidade do homem deve estar acima de qualquer valor, por este motivo, a dignidade da pessoa humana assume o cerne do nosso ordenamento. José Eduardo Neder Meneghelli ensina:

*"Dentre os princípios constitucionais, sobreleva aquele concernente à dignidade da pessoa humana. Esse princípio embasa todos os demais, verdadeiro pressuposto para a experiência. Tal princípio, antes que a vida, preside o ápice do sistema jurídico, que existe em sua razão, e como princípio fundamental vetor exegético da Constituição e das leis."<sup>203</sup>*

Neste sentido, Rizzatto Nunes, confirma o valor supremo da dignidade dentro da estrutura jurídica atual:

*"Existem autores que entendem que é a isonomia a principal garantia constitucional, como, efetivamente, ele é importante. Contudo, no atual Diploma Constitucional, pensamos que o principal direito constitucional garantido é o da dignidade da pessoa humana. É ela, a dignidade, o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarda dos direitos individuais. A isonomia serve, é verdade, para gerar equilíbrio real, porém, visando concretizar o direito à dignidade. É a dignidade que*

<sup>202</sup> ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 2ª ed. São Paulo: Mestre Jou, 1982, p. 259.

<sup>203</sup> MENEGHELLI, José Eduardo Neder. **Estado Democrático de Direito e a dignidade da pessoa humana**. em SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de. (org.) **Na fronteira: conhecimento e práticas jurídicas para a solidariedade**. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 321.

*dá a direção, o comando a ser considerado primeiramente ao intérprete."*<sup>204</sup>

Entretanto, discriminar o que significa dignidade da pessoa humana é uma tarefa extremamente complexa. Ingo Wolfgang Sarlet inicia seu estudo sobre as dimensões da dignidade tratando sobre o problema da conceituação do próprio termo "dignidade humana". Segundo Sarlet, os problemas para a conceituação são<sup>205</sup>:

- a complexidade da pessoa humana;
- os contornos vagos e imprecisos;
- a ambigüidade;
- a natureza polissêmica do termo (vários sentidos);
- que dignidade corresponde a um valor próprio de cada ser humano.

Para trazer um conceito um pouco mais preciso sobre dignidade da pessoa humana, e para solucionar os pontos acima apresentados busca-se uma análise do processo que estrutura a dignidade, ou seja, da forma como ela se construiu.

Kurt Seelman demonstra a relação do conceito de dignidade com a filosofia, e sobre os problemas de conceituação do termo, parte do princípio de que "*nós não devemos nos surpreender demasiadamente sobre tais paradoxos e obscuridades mesmo no cerne do conceito, vez que estes já se mostram (...) na filosofia prática kantiana*"<sup>206</sup>, ou seja, o autor afirma que mesmo para Kant, que inspirou a busca pela dignidade humana, não foram resolvidas as

<sup>204</sup> NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 45

<sup>205</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível**. em SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade: Ensaio de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 16.

<sup>206</sup> SEELMAN, Kurt. **Pessoa e dignidade da pessoa humana na filosofia de Hegel**. Rita Dostal Zanini (trad.) em SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade: Ensaio de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 46.

obscuridades do termo. Prossegue, portanto, e com base na filosofia de Hegel, apresenta a ideia de que a dignidade da pessoa humana se constrói em 3 etapas<sup>207</sup>:

Em um primeiro plano, tem-se o reconhecimento dos outros como seres iguais, como "pessoas" iguais. Sendo todos iguais, todos têm igualmente essa capacidade de possuir direitos, todos são "*centros de competência iguais para a titularidade de direitos*". Explica-se que, já neste plano existe igualdade no tocante ao fato de que todas as pessoas são portadoras de direitos.<sup>208</sup>

No segundo plano, há o reconhecimento da individualidade. As pessoas reconhecem as outras como sujeitos dotados de necessidades distintas. Reconhece-se o outro como um ser único no mundo.<sup>209</sup>

Por fim, no terceiro plano, existe o "*reconhecimento recíproco que perdoa mutuamente*", que corresponde ao sentido mais profundo da dignidade humana. Reconhece-se o infinito valor do outro, não como alguém igual, mas sim como alguém idêntico. Cria-se uma auto-retratação.<sup>210</sup>

Kant afirmava que estes planos são objetos da "Doutrina da Virtude", e, por isso, não poderiam ser regulamentados pelo Direito<sup>211</sup>. Já para Hegel, os dois primeiros planos poderiam ser fomentados pelo Direito, isto é,

---

<sup>207</sup> SEELMAN, Kurt. **Pessoa e dignidade da pessoa humana na filosofia de Hegel**. Rita Dostal Zanini (trad.) em SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade: Ensaio de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 45-59.

<sup>208</sup> SEELMAN, Kurt. **Pessoa e dignidade da pessoa humana na filosofia de Hegel**. Rita Dostal Zanini (trad.) em SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade: Ensaio de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 59.

<sup>209</sup> SEELMAN, Kurt. **Pessoa e dignidade da pessoa humana na filosofia de Hegel**. Rita Dostal Zanini (trad.) em SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade: Ensaio de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 59.

<sup>210</sup> SEELMAN, Kurt. **Pessoa e dignidade da pessoa humana na filosofia de Hegel**. Rita Dostal Zanini (trad.) em SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade: Ensaio de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 59.

<sup>211</sup> SEELMAN, Kurt. **Pessoa e dignidade da pessoa humana na filosofia de Hegel**. Rita Dostal Zanini (trad.) em SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade: Ensaio de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 46.

obrigar as pessoas a estabelecer esse reconhecimento, contudo, o terceiro plano pertenceria à "Filosofia da Religião" <sup>212</sup>.

De fato, o Direito atual ao menos tenta fomentar este terceiro plano identificado por Hegel, que trata da infinita dignidade do outro, porém, os problemas para alcançar esse estágio de efetividade dos direitos de igualdade e de dignidade humana – são a<sup>213</sup>:

- Falta de compreensão da natureza humana;
- Supervalorização do particular, do subjetivo;
- Falta de autolimitação.

Limitação é base do Direito. A autolimitação é plenitude de algo maior que um sistema de normas, é a efetivação paz, da solidariedade, da fraternidade, de maneira natural e autônoma, que dispensa o Direito.

Após identificar estes elementos, Ingo Wolfgang Sarlet apresenta a sua posição do tema, identificando várias dimensões da dignidade humana para ao fim, chegar a um conceito. É importante notar que o critério é sempre o reconhecimento do outro, seja como pessoa, seja como um membro de uma sociedade, seja como a expressão de uma cultura. Podemos ver, portanto, um desenvolvimento do reconhecimento da igualdade.

Na denominada dimensão ontológica/biológica, existe o reconhecimento próprio como pessoa. Alega o autor que existe algo da própria condição humana que não pode ser retirado, nem mesmo criado, concedido. Algo que qualifica o ser humano como tal. Algo que permite o reconhecimento próprio como ser humano. Nesse plano, o reconhecimento do outro como igual, se

---

<sup>212</sup> SEELMAN, Kurt. **Pessoa e dignidade da pessoa humana na filosofia de Hegel**. Rita Dostal Zanini (trad.) em SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade: Ensaio de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 49.

<sup>213</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível**. em SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade: Ensaio de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 13-43.

dá pelo aspecto biológico, apenas. O que já é suficiente para reconhecer que o outro também possui dignidade. Por esta visão se reconhece que todos são iguais em dignidade, até mesmo o pior dos criminosos.<sup>214</sup>

A dimensão relacional se caracteriza com reconhecimento pelo outro. Traduz-se pela dimensão comunitária da mesma dignidade de cada pessoa. Corresponde a dimensão intersubjetiva, entre sujeitos, da dignidade sem sacrifícios da própria dignidade. Implica no respeito da pessoa, por ela ser pessoa. Compreende-se realmente a dignidade do outro, isto é, fica reconhecida a sua individualidade, a existência de necessidades próprias, específicas, diferentes da sua. A dignidade, assim como a igualdade, só tem sentido no âmbito da intersubjetividade e da pluralidade.<sup>215</sup>

A dimensão histórica e cultural trata do reconhecimento universal, isto é, a dignidade não deve ser considerada como algo inerente somente da natureza humana, ela também possui um sentido cultural, pois é fruto do trabalho de diversas gerações da humanidade. A dignidade varia de acordo com o local e a época. Existem diversas situações que não afetam a dignidade para uma pessoa, mas que para outras, afeta. Isso se altera com a cultura.<sup>216</sup>

A dignidade é um conceito que possui relação estreita com a cultura. Portanto, mais do que a tarefa dos direitos fundamentais de assegurar a dignidade, a sua tarefa é assegurar as condições para a sua realização, o que fica evidente na análise da dimensão cultural da dignidade humana. Em

---

<sup>214</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível.** em SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade: Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 18-22.

<sup>215</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível.** em SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade: Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 22-26.

<sup>216</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível.** em SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade: Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 26-30.

aspectos práticos, isso ocorre efetivando o direito de igualdade, ou seja, tratando todos com a mesma dignidade, ser realizar distinções entre pessoas e culturas.

Por fim, na dimensão negativa/prestacional, ocorre o reconhecimento preponderante à autonomia do indivíduo. Nesse plano, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que se reconhece a existência da dignidade humana para aqueles que nem mesmo possuem noção da perda de sua dignidade. Nesse aspecto, são protegidos os deficientes mentais, os mendigos, os escravos, que precisam do auxílio de terceiros para proteger a sua própria dignidade.<sup>217</sup>

Do mesmo modo que existe a necessidade de proteger esses grupos (negativa), cria-se também a necessidade de construir formas ativas de promoção da dignidade (prestacional), uma vez que esses grupos não possuem força para a auto-promoção. Isso justifica as ações afirmativas.

Ao final, estudados os conceitos e diferenças entre os vários aspectos da dignidade humana, Ingo Wolfgang Sarlet estabelece um conceito de dignidade humana que parece a forma mais completa para definir este conceito:

*"Tem-se por dignidade 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, nesse 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 responsável nos*

---

<sup>217</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível.** em SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade: Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 30-33.

*destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos."*<sup>218</sup>

A título de comparação e confirmação da exposição realizada, há também a definição de dignidade da pessoa humana de Alexandre de Moraes:

*"a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos."*<sup>219</sup>

Diante destes conceitos, é possível concluir que a dignidade inserida no contexto jurídico-social, é o elemento responsável por permitir que a pessoa seja o que ela realmente é, seja por proteger a sua integridade física, seja por proteção contra atos degradantes, seja por permitir a "participação ativa nos destinos da própria existência". Rizzatto Nunes afirma que todo indivíduo nasce com integridade física e psíquica, porém, ao mesmo passo que se desenvolve, sua dignidade se desenvolve junto. Chega o momento que seu pensamento, suas ações, seu comportamento, sua imagem, sua intimidade, sua convicção científica, religiosa, suas expressões em geral devem ser protegidas<sup>220</sup>, pois, tudo isso compõe o seu ser, que é digno por natureza. Tudo isso demonstra o quanto é indispensável proteger o livre desenvolvimento de um indivíduo. Não há

---

<sup>218</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível**. em SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade: Ensaio de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 37.

<sup>219</sup> MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 60.

<sup>220</sup> NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 49

como falar em proteção real da dignidade de um indivíduo que tem ceifado o desenvolvimento da sua personalidade.

## 6.2 – O DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE

Personalidade deriva do latim *persona*, que era um termo utilizado na antiguidade romana para designar a máscara teatral que ressoava o som da voz. Segundo Washington de Barros Monteiro:

*"A palavra pessoa advém do latim persona, emprestada à linguagem teatral na antiguidade romana. Primitivamente, significava máscara. Os atores adaptavam ao rosto uma máscara, provida de disposição especial, destinada a dar eco às palavras. Personare queria dizer, pois, ecoar, fazer ressoar. A máscara era uma Persona, porque fazia ressoar a voz da pessoa.*

*Por curiosa transformação no sentido, o vocábulo passou a significar o papel que cada ator representava e, mais tarde, exprimiu a atuação de cada indivíduo no cenário jurídico."* <sup>221</sup>

Em Roma, atribuíam-se personalidade<sup>222</sup> a qualquer ser humano. Considerava-se "*persona*" qualquer ser humano, inclusive os escravos. A diferença que existia era a *atribuição de capacidade jurídica*, que eram direitos reservados a apenas algumas pessoas<sup>223</sup>.

Com a evolução dos tempos, algumas culturas começaram a atribuir personalidade a objetos e animais, conforme exemplifica Pontes de Miranda, em uma decisão em Tasos, no século IV, no caso de uma

<sup>221</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil v. 1: parte geral**. 41ª ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 61

<sup>222</sup> Segundo Walter Moraes, '*O uso da palavra persona para designar o indivíduo humano foi introduzido pelo Direito Romano*'. MORAES, Walter. **Concepção tomista de pessoa – Um contributo para a teoria do direito da personalidade** em: Revista de direito privado. Ano 1, nº 2, abril-junho de 2000. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 191.

<sup>223</sup> LUDWIG, Marcos de Campos. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no direito privado brasileiro** em: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 268

estátua que caiu em cima de uma pessoa, a estátua foi condenada a ser lançada ao mar<sup>224</sup>. Enquanto isso, outras culturas começaram a considerar que nem todos os seres humanos possuíam personalidade, restringindo, desta forma, direitos.

A questão somente foi melhor definida com o esclarecimento de dois pontos: o primeiro, derivado do avanço da teologia, através da ideia de que "*somente seres humanos são pessoas*" (no que se refere às pessoas físicas), conceito trazido por São Tomás de Aquino; e o segundo com o descobrimento da América, uma vez que com o questionamento sobre se os índios eram pessoas, chegou-se à conclusão que "*todos os seres humanos eram pessoas*", pois como ensina o cristianismo, não existe diferença, não existem classes entre os seres humanos<sup>225</sup>.

Nesse aspecto, indispensável mencionar a contribuição dos estudos de Walter Moraes, no qual decompõe o conceito de personalidade através da "*Concepção tomista de pessoa – Um contributo para a teoria do direito da personalidade*", de onde extraímos que o conceito de pessoa se difere do conceito de personalidade<sup>226</sup>. No entender de Walter Moraes, sob o prisma do Direito, personalidade não se confunde com a pessoa, personalidade é a própria aptidão para ser pessoa, "*personalidade é o quid que faz com que algo seja pessoa. E isso é exato.*"<sup>227</sup>. Destaca-se que este conceito condiz com a definição de que personalidade, para o Direito, é a aptidão para ser sujeito de direito, ideia esta que não se aplica atualmente.

---

<sup>224</sup> LUDWIG, Marcos de Campos. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no direito privado brasileiro** em: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, cf. nota 8, p. 269

<sup>225</sup> LUDWIG, Marcos de Campos. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no direito privado brasileiro** em: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 269

<sup>226</sup> MORAES, Walter. **Concepção tomista de pessoa – Um contributo para a teoria do direito da personalidade** em: Revista de direito privado. Ano 1, nº 2, abril-junho de 2000. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 189-192.

<sup>227</sup> MORAES, Walter. **Concepção tomista de pessoa – Um contributo para a teoria do direito da personalidade** em: Revista de direito privado. Ano 1, nº 2, abril-junho de 2000. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 189.

Hoje, a relação do Direito com o conceito de personalidade é caracterizado pela garantia de uma série de direitos indispensáveis que possuem como finalidade assegurar valores inatos ao homem e a sua individualidade. Carlos Alberto Bittar define os direitos da personalidade da seguinte forma:

*"Consideram-se como da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e sem suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e tantos outros."*<sup>228</sup>

Diz ainda:

*"Em nosso entender, pois, os direitos da personalidade devem ser compreendidos como: a) os próprios da pessoa em si (ou originários), existentes por sua natureza, como ente humano, com o nascimento; b) e os referentes às suas projeções para o mundo exterior (a pessoa como ente moral e social, ou seja, em seu relacionamento com a sociedade)."*<sup>229</sup>

Portanto, é possível afirmar que, com inspiração no humanismo renascentista, somente no século XV, XVI, estabeleceu-se o conceito jurídico moderno de "personalidade" que é utilizado hoje, pois foi esclarecido que o suporte fático do conceito de *pessoa* é apenas a *condição humana*, algo que se mantém inalterado mesmo nas concepções atuais de personalidade, como apresentado acima.

Assim, resolvida a dimensão individual de personalidade, passou-se aos estudos da dimensão social do ser humano.

---

<sup>228</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 5ª ed., atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 01

<sup>229</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 5ª ed., atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 10.

Estudar a dimensão social do ser humano, implica em estabelecer o que é a sociedade sob a ótica do indivíduo. Este ponto central é trazido por Ludwig, que esclarece que "*a sociedade é formada pela soma dos indivíduos, que, por sua vez, dependem dela para se desenvolverem como pessoas*"<sup>230</sup>. Esta é a relação que possui relevância para a definição da personalidade inserida no meio social. Um elemento depende do outro, a sociedade necessita do indivíduo e o indivíduo necessita da sociedade. Sem o indivíduo a sociedade nem mesmo é materializada, pois ele é o seu primeiro elemento constitutivo, ao mesmo passo que sem a sociedade, a personalidade do indivíduo não se desenvolve, pois é este o meio em que a personalidade se manifesta.

Portanto, se a sociedade é formada de indivíduos, deve-se preservar o indivíduo como tal. Isso implica em reconhecer que cada indivíduo é um ser único, e que para este continue sendo um ser único, alguns pontos deverão ser preservados de forma absoluta. Estes pontos-chaves são a *liberdade e a autodeterminação*<sup>231</sup>.

A liberdade e a faculdade de autodeterminação são elementos que fazem parte da natureza do indivíduo<sup>232</sup>, sem a garantia destes direitos, não é possível falar em indivíduo, e por conseqüência, não é possível falar em sociedade. A sociedade, como já mencionado acima, é composta de um

---

<sup>230</sup> LUDWIG, Marcos de Campos. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no direito privado brasileiro** em: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 271

<sup>231</sup> Elementos extraídos do estudo de Marcos de Campos Ludwig, ainda que não ocorra menção expressa. (LUDWIG, Marcos de Campos. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no direito privado brasileiro** em: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 272-273).

<sup>232</sup> Sobre a faculdade de autodeterminação, lembramos que se trata de um elemento intrínseco da dignidade da pessoa humana, como podemos demonstrar através do conceito de dignidade elaborado por Alexandre de Moraes, já mencionado neste trabalho, a saber: "*a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida (...)*" (MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 60.) Destaca-se a sua importância, pois como podemos interpretar, a autodeterminação não só compõe o conceito, mas pode ser vista como um dos seus elementos mais importantes, pois representa a forma como a dignidade é expressa pela pessoa.

conjunto de elementos distintos entre si. Se estes elementos forem idênticos, haverá apenas um grupo, um mero agregado, e não uma sociedade propriamente dita <sup>233</sup>.

O indivíduo deve ser tratado como um ser único, pois é dotado de capacidades únicas. Este ponto é importante para a estrutura da sociedade, pois uma sociedade é diferente de um grupo de pessoas. Ela é especial, pois é formada por elementos únicos que compõem *em conjunto*, cultura, costumes, línguas, artes, ciências etc.

Destaca-se que este pensamento foi levantado no final do século XIX, através da publicação em 15 de maio de 1981, da Encíclica "Rerum Novarum", no qual a Igreja Católica, sob a tutela do Papa Leão XIII, afirmava a importância dos talentos individuais na composição de uma sociedade. Observando a pluralidade de necessidades sociais, bem como a pluralidade de personalidades, talentos e aptidões do ser humano, a Igreja defende que para a sociedade existir é imperativo que se preservem as diferenças, amparada pelo preceito bíblico no qual Deus criou todas as criaturas de forma única e as colocou em circunstâncias especiais para que exerçam funções diferentes no mundo <sup>234</sup>.

A preservação das diferenças humanas, defendida na referida Encíclica produz efeitos no conceito moderno do direito à igualdade, uma vez que para a efetivação deste direito, de forma paradoxal, valorizam-se as diferenças humanas, afirmando-se que todos são iguais na medida das suas desigualdades.

Com estes elementos, é possível perceber que uma das características que fundamentam filosoficamente os direitos de personalidade, é a sua função de assegurar o direito de *tornar-se pessoa*, através de estabelecimento de garantias de que o indivíduo possa efetivamente se *realizar como pessoa*, isto é, ser individualmente concebido dentro do meio social em que se encontra. Portanto, é essencial que os direitos da personalidade assegurem

---

<sup>233</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. (trad.) Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 78.

<sup>234</sup> LEÃO XIII, Papa. **Carta encíclica "Rerum novarum"**. 15ª ed., São Paulo: Paulus, 2005, parágrafo 11, p. 20-22.

liberdade e autodeterminação ao ser humano. A liberdade e a autodeterminação constituem a própria essência da dignidade humana. Para Nicola Abbagnano, "*Substancialmente a dignidade de um ser racional consiste no fato de que ele 'não obedece a nenhuma lei que não seja também instituída por ele mesmo'.*"<sup>235</sup>

Walter Moraes, ao tratar da natureza humana assegura que o homem é composto de corpo e psique (ou alma), o que gera determinadas potências<sup>236</sup>. Segundo o autor, essas potências podem ser enumeradas por gêneros, que adotando a Antropologia filosófica seriam: a) *potência vegetativa*, responsável pela capacidade de nutrição, crescimento e procriação (geração); b) *potência sensitiva*, que é a responsável pela percepção do mundo pelos cinco sentidos, ou seja, é a capacidade de sentir, conhecer, além de englobar também a fantasia, a imaginação e a memória; c) *potência locomotiva*, que equivale à automovimentação; d) *potência apetitiva*, que é a inclinação à apreensão das coisas; e) *potência intelectual*, que corresponde à inteligência e à vontade<sup>237</sup>. Essas potências são responsáveis pelas criações humanas, daí dizer da "capacidade criativa" do ser humano.

Estudos dentro da área da psicologia entendem que a pessoa somente possui "capacidade criativa plena" quando o indivíduo é tido como um ser de valor incondicional. Isso possui extrema relevância para o Direito, pois em outras palavras, o ser humano só consegue criar, construir, manifestar suas potências, manifestar a sua personalidade, quando possui garantida sua dignidade, sua liberdade e autodeterminação.

Como ensina Carl Rogers, psicólogo precursor da psicologia humanista e criador da Terapia Centrada na Pessoa, em sua obra "*Tornar-se pessoa*":

<sup>235</sup> ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 2ª ed. São Paulo: Mestre Jou, 1982, p. 259.

<sup>236</sup> MORAES, Walter. **Concepção tomista de pessoa – Um contributo para a teoria do direito da personalidade** em: Revista de direito privado. Ano 1, nº 2, abril-junho de 2000. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 193.

<sup>237</sup> MORAES, Walter. **Concepção tomista de pessoa – Um contributo para a teoria do direito da personalidade** em: Revista de direito privado. Ano 1, nº 2, abril-junho de 2000. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.193.

*"Como poderemos nós estabelecer as condições externas que farão germinar e desenvolver-se as condições internas acima descritas (a criatividade construtiva)? (...) Aceitação do indivíduo como um valor incondicional. Sempre que um professor, um pai, um terapeuta ou qualquer outra pessoa com uma função de facilitar o crescimento sente profundamente que o indivíduo é um valor específico e original, seja qual for a sua condição presente ou o seu comportamento, está favorecendo a criatividade. (...) O efeito no indivíduo que apreende esta atitude é o de levá-lo a sentir-se num clima de segurança. Ele aprende gradualmente que pode ser verdadeiramente aquilo que é, sem máscara nem fachada, uma vez que se sabe considerado como de valor (...) pode descobrir o que significa ser ele próprio, pode tentar realizar-se a si mesmo em novas formas espontâneas. Em outras palavras, encaminha-se para a criatividade." <sup>238</sup>*

Em resumo, para o autor, o processo de manifestação da verdadeira personalidade se inicia com o "reconhecimento do indivíduo como um valor específico e original"<sup>239</sup>, o que gera um "clima de segurança", que vai levar a um aprendizado a "ser aquilo que é, sem máscara"<sup>240</sup>. Nesse momento, inicia-se um processo de auto-conhecimento, no qual se tem a "realização da pessoa" como tal, o que leva a ela expressar sua capacidade criativa única, isto é, a manifestar a sua personalidade. Este seria, portanto, sob o prisma da ciência da psicologia, o processo do livre desenvolvimento da personalidade, como se denomina na esfera jurídica.

Deste modo, uma vez que o indivíduo só se torna verdadeiramente "ele próprio" – isto é, "pessoa" propriamente dita – quando

---

<sup>238</sup> ROGERS, Carl Ransom. **Tornar-se pessoa**. (trad.) Manuel Jose do Carmo Ferreira e Alvarado Lamparelli. São Paulo: Martins Fontes, 1977. p. 316

<sup>239</sup> Em termos jurídicos, este reconhecimento seria o próprio reconhecimento da dignidade da pessoa humana, expressão já consagrada no Direito.

<sup>240</sup> Entende-se esta etapa como a consolidação da formação da pessoa, isto é, a substância que gera posteriormente a personalidade, no entender da distinção realizada por Walter Moraes, (MORAES, Walter. **Concepção tomista de pessoa – Um contributo para a teoria do direito da personalidade** em: Revista de direito privado. Ano 1, nº 2, abril-junho de 2000. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000), p.191-192.

ele é reconhecido como um valor específico e original, cabe, portanto, ao Direito, criar condições para o livre desenvolvimento da sua personalidade, sob pena de extinguir a capacidade de criação das pessoas, isto é, extinguir a sua individualidade e suas potências, que são essenciais para a sociedade.

Os paradigmas sociais foram modificados no século XX, por isso, deve existir a preocupação do Direito em garantir a imposição do direito ao livre desenvolvimento da personalidade contra terceiros, seja este quem for, tanto mídia, como entidades comerciais, tanto como o Estado propriamente, tanto como as condições desumanas de trabalho, ou seja, contra qualquer força externa que não admita o infinito valor da vida humana.

Novamente, como ensina Rogers:

*"(...) uma pessoa que se vê envolvida num processo direcional que designei na "vida plena" é uma pessoa criativa. Com a sua abertura sensível ao mundo, a confiança na sua própria capacidade para formar novas relações com o ambiente, devia ser o tipo de pessoa de quem provêm as produções e vivências criativas. Não devia estar necessariamente "adaptada" à sua cultura com toda certeza, não devia ser um conformista. Mas, em qualquer época e em qualquer cultura, viveria de uma maneira construtiva, numa grande harmonia com o seu meio cultural para conseguir uma satisfação equilibrada das suas necessidades. Em determinadas situações culturais, poderia em alguns aspectos ser uma pessoa infeliz, mas continuaria a progredir para ser ela própria e para se comportar de tal forma que satisfizesse de um modo tão completo quanto possível as suas necessidades mais profundas.*

*Uma pessoa assim seria, segundo creio, reconhecida como o tipo mais capaz de se adaptar e de sobreviver em caso de alteração das condições ambientes. Uma pessoa assim seria capaz de se adaptar*

*devidamente, tanto às novas como às antigas condições. Estaria justamente na vanguarda da evolução humana."* <sup>241</sup>

Podemos dizer assim, que "pessoa" plenamente desenvolvida é aquela que satisfaz de forma equilibrada suas necessidades e vive de forma construtiva em qualquer tempo e cultura. Algo que somente se consegue com liberdade e autodeterminação, o que justifica a necessária interpretação extensiva do direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Ademais, quando o autor menciona "*confiança na própria capacidade*", nada mais está se fazendo do que justificando filosoficamente a necessidade do direito à autodeterminação. Reconhecer a própria capacidade é reconhecer a própria dignidade, algo que não atinge com facilidade diante dos padrões culturais impostos constantemente pela cultura de massa<sup>242</sup>. Problema esse que é agravado pelo fato de que aqueles que violam o direito não possuem contornos bem definidos.

Esta forma de violação da personalidade é pouco explorada no Brasil. Diante do exposto, questiona-se: como uma pessoa pode adquirir liberdade e autodeterminação quando ela está diariamente presa a uma jornada de trabalho onde a sua função é mecanicamente situada dentro de uma linha de produção? Como uma pessoa pode adquirir individualidade dentro de um sistema consumista onde os produtos e os consumidores são padronizados? Como uma pessoa pode desenvolver a sua personalidade dentro do sistema de comunicação em massa onde opiniões e desejos são impostos de forma técnica e sistemática? São estas as questões sob as quais o legislador do século XXI deve se dedicar, a fim de proteger o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

---

<sup>241</sup> ROGERS, Carl Ransom. **Tornar-se pessoa**. (trad.) Manuel Jose do Carmo Ferreira e Alvamar Lamparelli. São Paulo: Martins Fontes, 1977, p. 173-174.

<sup>242</sup> Nesse sentido, para maior profundidade temos sobre o assunto, Theodor W. Adorno, Max Horkheimer, Boaventura de Souza Santos, Zygmunt Bauman, e demais autores críticos da Modernidade.

Dentro de um sistema humanista do Direito, garantir o direito ao livre desenvolvimento da pessoa é algo essencial para o ordenamento jurídico.

Se o Direito pretende proteger a existência da sociedade, ele deve se voltar ao princípio da autonomia individual, decorrente da declaração dos direitos<sup>243</sup>, deve se voltar ao livre desenvolvimento da personalidade, sob pena de vivenciar um novo colapso das relações sociais.

### 6.3 – A TUTELA DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Na esfera jurídica, a tutela da personalidade sofreu graves problemas. Com destaque, como visto anteriormente, ocorre a redução da personalidade ao mero conceito de "capacidade jurídica", como verificamos no antigo Código Civil de 1916, que descrevia no artigo 2º, no tocante às pessoas naturais, apenas que "*Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil.*"

O grande erro dessa concepção é que o ser humano era colocado como um simples "*material para a construção de relações jurídicas*"<sup>244</sup>, ou seja, é tratado como "coisa" e não como um indivíduo.

Segundo Ludwig, mesmo Savigny utilizava esta concepção de pessoa. Como exemplo, não tratava da "pessoa" no singular e sim "pessoas", no plural, uma vez que são necessárias no mínimo duas pessoas para uma relação jurídica. O Direito estava preocupado com a relação jurídica e não com

---

<sup>243</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 93

<sup>244</sup> LARENZ, Karl. **Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica**, trad. Por Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1993, p. 56-57, *apud* LUDWIG, Marcos de Campos. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no direito privado brasileiro** em: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 277

a individualidade daqueles que eram os sujeitos dos direitos. A pessoa era apenas mais um instrumento dentro da ordem jurídica<sup>245</sup>.

A distinção entre direito de personalidade e capacidade jurídica só veio ocorrer efetivamente no início do século XX. Foi enunciado pela primeira vez no final do século XIX por Otto Von Gierke em 1895<sup>246</sup> como uma garantia ao seu sujeito do domínio sobre um "*setor da própria esfera da personalidade*" e como uma garantia de "*contar como pessoa*".

A ideia foi impor limites à "liberdade contratual", que estava se tornando absoluta pela ideologia liberal do século XIX. A ideologia da modernidade era aplicada sem restrições em nome de um "progresso". Como se sabe, este "progresso", esta "evolução", esta busca por "aperfeiçoamento", que colocava a pessoa em segundo plano, resultou, por fim, nas atrocidades do século XX<sup>247</sup>.

Como ressaltado por Ludwig, "*Hitler não subiu sozinho ao poder: acompanhou-o todo em arsenal teórico*"<sup>248</sup>, ou seja, a grande missão dos ordenamentos jurídicos do período pós-guerra foi impedir um novo

---

<sup>245</sup> LUDWIG, Marcos de Campos. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no direito privado brasileiro** em: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 277-278.

<sup>246</sup> Destaca-se que a sua tese só foi recepcionada pelo Código Civil suíço (Zivilgesetzbuch) em 1907, caso contrário sua teoria, como afirma Ludwig, estaria "relegada ao museu das idéias" (LUDWIG, Marcos de Campos. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no direito privado brasileiro** em: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 280)

<sup>247</sup> Vide nota nº 20.

<sup>248</sup> Nesse sentido, o arsenal teórico mencionado pelo autor corresponde principalmente no juspositivismo kelsiano e no organicismo de influência hegliana, representado por Larenz, que tinham como ponto comum a negação do direito subjetivo, ou pela separação rígida entre o Direito e a Moral na perspectiva da primeira, ou pela interpenetração entre a esfera jurídica e moral pela segunda teoria. O resultado destas teorias foi a criação da figura do *dever jurídico*, um conceito que pode ser manipulado pelo Estado autoritário. (LUDWIG, Marcos de Campos. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no direito privado brasileiro** em: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 281).

movimento totalitário – concebido em perfeitas condições legais – que resultasse na morte de milhares de seres humanos.

Nesse período os direitos de personalidade sofreram enormes prejuízos. Em 1935, o conceito de pessoa foi extirpado do ordenamento jurídico alemão. Em seu lugar foi criada a figura do *cidadão do Reich*, o "*nacional de sangue alemão ou afim, que com seu comportamento demonstre que está disposto e apto a servir com lealdade ao povo e ao Reich alemães.*"<sup>249</sup>.

Após este período, foi inevitável a criação de uma perspectiva axiológica<sup>250</sup> e humanista do Direito, baseada na dignidade da pessoa humana. Segundo Paulo Mota Pinto:

*"O reconhecimento a todo ser humano do valor da pessoa é hoje um verdadeiro postulado axiológico do jurídico, que não deve sofrer contestação relevante, pelo menos ao nível das proclamações."*<sup>251</sup>

Em verdade, como afirma Rosa Maria de Andrade Nery, citando Bruno Forte, o conceito de pessoa já existia há vários séculos, entretanto, o homem antigo não conhecia o valor e a dignidade humana, não conhecia a "dignidade irrepetível" da pessoa, nem o seu papel como sujeito "único e singular"<sup>252</sup>.

---

<sup>249</sup> LUDWIG, Marcos de Campos. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no direito privado brasileiro** em: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 283.

<sup>250</sup> Como visto, a "dignidade" é algo que não é criado pelo Direito, é algo que é apenas *reconhecido* pelo Direito. Por este motivo, tem-se um "valor" que não pode ser juridicamente contestado. A sua existência está no plano social, e não jurídico. Considera-se um axioma pois é uma preposição indispensável para a construção de toda uma teoria. O que se deriva deste pressuposto pode ser questionado, mas o axioma não.

<sup>251</sup> PINTO, Paulo Mota. **Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português** em SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000, p. 61.

<sup>252</sup> NERY, Rosa Maria de Andrade. **Noções preliminares de direito civil**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2002, p. 129.

Nesse sentido, observa-se a manifestação dos direitos da personalidade em nosso ordenamento jurídico, expresso no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, que garante a inviolabilidade da vida privada, da honra e da imagem da pessoa, além de garantir indenização por dano moral ou material pela sua violação, bem como no artigo 11 e seguintes do Código Civil.

#### **6.4 – A APLICABILIDADE DO DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE**

A aplicação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade faz parte de uma reformulação humanística do Direito, tanto no que se refere à produção de normas como na interpretação da lei.

Tanto a legislação como os tribunais responderam à experiência da guerra com a proteção especial dos "direitos fundamentais". Os juizes buscaram, até mesmo por um sentimento de culpa, destacar a proteção e a garantia dos direitos fundamentais<sup>253</sup>.

Houve um movimento de "regresso ao direito natural" dentro do sistema juspositivista da época. Isso significa que foi criado ao redor da figura da *pessoa*, um "mínimo ético" inviolável pelo Estado e pela sociedade. Uma pequena esfera de valores que foi inserida dentro de todo um sistema lógico e racional de leis, e que, por final, se tornou a base, o fundamento de todo o ordenamento jurídico<sup>254</sup>.

---

<sup>253</sup> LUDWIG, Marcos de Campos. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no direito privado brasileiro** em: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios , diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 287.

<sup>254</sup> LUDWIG, Marcos de Campos. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no direito privado brasileiro** em: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios , diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 297.

Isso trouxe um enorme destaque aos direitos da personalidade que já no início do século XX estava começando a ser entendido como uma esfera de proteção inviolável, fora das relações jurídicas comuns.

No Brasil estas mudanças só foram recepcionadas com a promulgação da Constituição de 1988, uma vez que apesar da Constituição de 1946 ter sido formulada após o fim da Segunda Guerra Mundial, o "novo constitucionalismo" que inspirou as demais constituições surgiu apenas em 23.05.1949, com a Lei Fundamental de Bonn, na Alemanha. Houve, portanto, um certo atraso no Brasil em receber, apenas em 1988, as influências de um movimento que surgiu na ordem jurídica mundial em 1949.<sup>255</sup>

Assim, observando como o direito ao livre desenvolvimento da personalidade é constituído no direito estrangeiro, é possível visualizar como ele se aplica em nosso ordenamento. O livre desenvolvimento da personalidade no ordenamento alemão é instituído no art. 2, 1, da Lei Fundamental da seguinte forma:

*"Todos tem o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outrem e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral."*

Compreende-se, portanto, que a concepção jurídica do livre desenvolvimento da personalidade trabalha com dois eixos: liberdade e igualdade. Segundo Ludwig:

*"O direito ao livre desenvolvimento da personalidade advém do reconhecimento doutrinário de dois princípios fundamentais que coexistem: a liberdade e a igualdade."*<sup>256</sup>

---

<sup>255</sup> LUDWIG, Marcos de Campos. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no direito privado brasileiro** em: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 291.

<sup>256</sup> LUDWIG, Marcos de Campos. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no direito privado brasileiro** em: MARTINS-

Trata-se de liberdade, limitada pela liberdade alheia, isto é "liberdades iguais".

Por este motivo, apesar de não possuir previsão expressa, se diz que, no Brasil, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade é um "princípio implícito"<sup>257</sup>, decorrente dos seguintes aspectos:

- a) da consagração da dignidade da pessoa humana (art. 1º. III da Constituição Federal);
- b) dos valores fundamentais enumerados no caput do artigo 5º da Constituição Federal, como vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade;
- c) até mesmo quando observamos a instituição da "ordem econômica" no artigo 170 da Constituição Federal, vemos que ela é fundada na "valorização do trabalho humano" (dignidade) e na "livre iniciativa" (liberdade) e tem por fim assegurar a todos a "existência digna" (dignidade).

Conclui-se, portanto, que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade pode e deve ser aplicado como princípio fundamental, uma vez que decorre perfeitamente da lei e dos princípios orientadores da atual perspectiva do Direito.

Entretanto, apesar da extrema relevância do princípio, praticamente não verificamos nos tribunais a aplicação expressa do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Como afirma Ludwig:

*"A jurisprudência pátria, contudo, não parece ter descoberto todas as potencialidades desse princípio implícito de nosso sistema jurídico,*

---

COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios , diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 291.

<sup>257</sup> LUDWIG, Marcos de Campos. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no direito privado brasileiro** em: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios , diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 291-292.

*como tampouco o fez em relação ao princípio expresso da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da Constituição)."*<sup>258</sup>

Portanto, conclui o autor, que não só a personalidade deixou de ser explorada no Brasil, mas também o princípio da dignidade da pessoa humana.

Encontra-se, contudo, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a expressão "livre desenvolvimento da personalidade", em alguns julgados.

No caso a seguir, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade foi utilizado para justificar a necessidade da integração do preso na sociedade, através do pernoite fora do estabelecimento penitenciário. Entende-se, que a individualização da pena do condenado representa uma grande contribuição referente à valoração dos direitos da personalidade na esfera do Direito Penal. *In verbis*:

*"AGRAVO DE EXECUÇÃO. TRABALHO EXTERNO. REGIME SEMI-ABERTO. CONDIÇÕES ESPECIAIS. A execução penal tem por objetivo "proporcionar condições para harmônica integração social do condenado e do internado" (art. 1º LEP). Trabalho do sentenciado nas lides agrícolas, no interior do município, em auxílio dos pais idosos. Autorização para pernoite apenas nas quartas-feiras e fins de semana. Contribuição ao livre desenvolvimento da personalidade do apenado, inerente ao Estado Social de Direito, exige que a individualização da pena considere as condições do condenado, a tal meta adaptando-se a situação fática. Comarca que*

---

<sup>258</sup> LUDWIG, Marcos de Campos. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no direito privado brasileiro** em: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 296.

*não dispõe de patronato agrícola ou industrial. Agravo improvido, por maioria."* <sup>259</sup>

No próximo julgado, que trata de danos morais, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade foi utilizado para coibir atos de humilhação pública, o que configura uma contribuição importante referente à forma que este direito pode ser utilizado nas relações de direito privado:

*"Ementa - Ação de reparação de danos morais c/c com tutela inibitória antecipada - ato ilícito da apelante - reparação civil (artigo 186 e 927 do Código Civil) - abuso de direito artigo 187 do CCB configurado no desligamento arbitrário do sistema de água do estabelecimento comercial e no trato não urbano com o inquilino frente a terceiros - relatividade do direito de propriedade ante o princípio standart da dignidade da pessoa humana. recurso conhecido e não provido. 1. "Impõe-se, por conseguinte, a afirmação da integridade física e espiritual do homem como dimensão irrenunciável da sua individualidade autonomamente responsável; a garantia da identidade e integridade da pessoa através do livre desenvolvimento da personalidade; a libertação da "angústia da existência" da pessoa mediante mecanismos de socialidade, dentre os quais se incluem a possibilidade de trabalho e a garantia de condições existenciais mínimas. " 2. O artigo 187 do CCB é expressivo ao denotar que comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelos seus fins econômicos ou sociais, pela boa-fé ou bons costumes. 3. No exercício de um direito, o sujeito deve manter-se nos limites do razoável, sob pena de praticar ato ilícito" e assim, se ver obrigado a indenizar. " 1 4. "O fato é que toda e qualquer manifestação que resulte em desequilíbrio ao bem - estar das pessoas representa um dano de natureza íntima. Assim, para que ocorra esse desequilíbrio*

---

<sup>259</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Agravo Nº 70004884532**, Oitava Câmara Criminal, Relator: Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, julgado em 23.10.2002 (grifamos)

*é necessário que as pessoas tenham sido alvo de lesões no seu patrimônio ideal, no que resulta em dano. Ora, a ocorrência do ato lesivo e o surgimento do dano acarretam a conseqüente necessidade de reparar."*<sup>260</sup>.

Por fim, destaca-se a brilhante atuação do judiciário neste julgado referente à identidade sexual, citado inclusive por Marcos de Campos Ludwig<sup>261</sup>, que reúne a aplicação dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e do livre desenvolvimento da personalidade:

*"Ementa: É preciso, inicialmente, dizer que homem e mulher pertencem a raça humana. Ninguém é superior. Sexo é uma contingência. Discriminar um homem é tão abominável como odiar um negro, um judeu, um palestino, um alemão ou um homossexual. As opções de cada pessoa, principalmente no campo sexual, não de ser respeitadas, desde que não façam mal a terceiros. O direito a identidade pessoal é um dos direitos fundamentais da pessoa humana. A identidade pessoal é a maneira de ser, como a pessoa se realiza em sociedade, com seus atributos e defeitos, com suas características e aspirações, com sua bagagem cultural e ideológica, e o direito que tem todo o sujeito de ser ele mesmo. A identidade sexual, considerada como um dos aspectos mais importantes e complexos compreendidos dentro da identidade pessoal, forma-se em estreita conexão com uma pluralidade de direitos, como são aqueles atinentes ao livre desenvolvimento da personalidade etc., Para dizer assim, ao final: se bem que não é ampla nem rica a doutrina jurídica sobre o particular, é possível comprovar que a temática não tem sido alienada para o Direito vivo, quer dizer para a jurisprudência comparada. Com efeito em Direito vivo tem sido*

<sup>260</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. **Acórdão nº 0354249-4**, Décima Câmara Cível, Relator: Astrid Maranhão de Carvalho Ruthes, julgado em 07.12.2006 (grifamos).

<sup>261</sup> LUDWIG, Marcos de Campos. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no direito privado brasileiro** em: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 300.

*buscado e correspondido e atendido pelos juizes na falta de disposições legais e expressa. No Brasil, aí está o art. 4o. da Lei de Introdução ao Código Civil a permitir a eqüidade e a busca da Justiça.*

*Por esses motivos é de ser deferido o pedido de retificação do registro civil para alteração de nome e de sexo."*<sup>262</sup>

Conclui-se, assim, que apesar de ser considerada a essência do livre desenvolvimento da personalidade nestes julgamentos, a jurisprudência e a legislação brasileira ainda devem trabalhar este instituto, pois se verifica que no Brasil ainda não se descobriu todo o potencial do direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

---

<sup>262</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Cível Nº 593110547**, Terceira Câmara Cível, Relator: Luiz Gonzaga Pila Hofmeister, julgado em 10.03.1994 (grifamos).

## CAPÍTULO VII – A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO AO LAZER

Uma vez observado como o direito ao lazer pode auxiliar no desenvolvimento social e individual, neste capítulo estudam-se os meios pelos quais o direito ao lazer pode assumir aspectos mais concretos, isto é, atingindo o plano da sua efetiva concretização. Norberto Bobbio esclarece que a eficácia dos direitos é o grande desafio da sociedade atual<sup>263</sup>, deixando claro, portanto, que deve haver um esforço político e jurídico no sentido de sanar as omissões legislativas e administrativas que impedem a concretização dos direitos fundamentais, como por exemplo, o direito ao lazer.

Sob estas considerações, a seguir são realizadas algumas considerações sob aspectos relacionados com a inconstitucionalidade por omissão referente ao direito ao lazer e por fim, algumas alternativas para a sua concretização dentro das relações de trabalho.

### 7.1 – A INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO REFERENTE AO DIREITO AO LAZER

A Constituição Federal, de 1988, voltada para a restauração da cidadania brasileira, preocupou-se quanto à repercussão concreta na sociedade dos direitos por ela garantidos, isto é, buscou instituir mecanismos jurídicos e políticos para que o cidadão, diretamente ou por meio de representantes, pudesse exigir contra terceiros – especialmente contra o Estado – a efetividade das normas constitucionais.

Como bem exemplifica Zeno Veloso:

*"Para que não se transformasse num patético 'catálogo de intenções', deixando de ter aplicabilidade por causa da inércia ou da resistência do legislador e das autoridades incumbidas de editar leis ou ato reguladores de normas constitucionais que careçam destas*

---

<sup>263</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. (trad.) Carlos Nelson Coutinho. 6ª reimp. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24.

*providências, a Carta Magna tem alguns preceitos e instituiu um mecanismo de defesa com vistas a garantir a obediência a seus comandos, objetivando conferir efetividade a seus propósitos e dar concretude a seus princípios. Se a Constituição formal ou escrita não se transformar numa Constituição viva e real, não terá passado de uma "folha de papel". E não são poucos os espíritos retrógrados e passadistas que sonham com isto."*<sup>264</sup>

Demonstra-se a seguir, como o mecanismo de controle jurisdicional de constitucionalidade pode atuar quando houver omissão legislativa referente ao direito ao lazer, que como visto, é concebido como norma de direito fundamental (*caput* do artigo 6º da Carta Magna), mas que possui pouca repercussão legislativa e jurisprudencial.

## **7.2 – DEFINIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO**

José Afonso da Silva define a inconstitucionalidade por omissão da seguinte forma:

*"Verifica-se nos casos em que não sejam praticados atos legislativos ou administrativos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais."*<sup>265</sup>

Desse conceito, é possível extrair que a inconstitucionalidade por omissão surge do fato de que muitas normas constitucionais dependem de lei ou de providência administrativa para que o direito se efetive na prática. Assim, uma vez que a responsabilidade pela prática destes atos é do Poder Público, a responsabilidade pela omissão pode recair tanto para o Poder Legislativo como para o Poder Executivo.

---

<sup>264</sup> VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 2ª. ed. rev. atual. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 247.

<sup>265</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 47

Em teoria, a configuração da inconstitucionalidade por omissão ocorre de maneira simples. Basta o direito não se realizar, ou por culpa do legislador que não produziu a lei necessária para tanto, ou então por culpa do administrador que não prestou a providência administrativa necessária para a aplicação do direito, para configurar a inconstitucionalidade por omissão.

Esta omissão é verificada de forma bastante objetiva quando a Constituição estipula um prazo para que determinada lei ou ato normativo seja editado para que um direito constitucional se torne aplicável, como por exemplo, a obrigação ao Congresso Nacional de elaborar o Código de Defesa do Consumidor em 120 dias, prevista no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias<sup>266</sup>. Entretanto, como bem menciona Anna Candida da Cunha Ferraz, no caso da lei não estipular um prazo específico para a edição desta lei ou ato normativo, fica muito complicado definir a partir de que momento a omissão do Poder Público pode ficar configurada, contudo, deve-se levar em conta certa razoabilidade do decurso do tempo para configurar a omissão:

*"Em se tratando de normas programáticas dirigidas, por exemplo, à ordem econômica e social em geral, e que nem sempre têm ou podem ter uma integração legislativa imediata, a caracterização de inércia legislativa, no tempo, não é de fácil solução. É claro que é necessário um lapso, por exemplo, o decurso de uma legislatura, para que tal possa ser verificado.*

*Impõe-se, portanto, a adoção de mecanismos e providências para solucionar, do modo mais eficaz possível, o problema."*<sup>267</sup>

Esta questão do lapso temporal omissivo, de maneira geral, não é resolvida de forma pacífica nem na doutrina, nem na jurisprudência, entretanto, no que se refere ao direito ao lazer, é possível demonstrar tecnicamente a sua configuração. Segue-se adiante o motivo pelo qual se entende

---

<sup>266</sup> ADCT - Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

<sup>267</sup> FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 221

que existe uma clara omissão no que se refere ao direito ao lazer, ainda que não exista prazo estabelecido pela Constituição Federal.

### 7.3 – NORMAS PROGRAMÁTICAS

Antes de abordar a inconstitucionalidade por omissão propriamente dita, é necessário realizar um breve estudo quanto às normas de aplicabilidade programática, em razão do *caput* do artigo 6º da Constituição Federal se encaixar doutrinariamente nesta categoria.

Inicialmente tratou-se o aspecto da eficácia da norma jurídica. Apesar de possuir aparente semelhança, tecnicamente, os conceitos de "aplicabilidade" e "eficácia" são distintos. Eficácia diz respeito à capacidade da norma produzir efeitos, e se divide em eficácia jurídica e eficácia social. Se a norma produz efeitos jurídicos, diz-se que ela possui eficácia jurídica, bem como, se ela é capaz de produzir efeito no mundo dos fatos, tem-se que ela possui eficácia social. Assim sintetiza Flávia Piovesan:

*"(...) a categoria de eficácia está relacionada seja ao enfoque jurídico – eficácia jurídica –, seja ao enfoque social – a eficácia social. A eficácia jurídica identifica-se com a capacidade de produção de efeitos normativos no âmbito da ordem jurídica, ou seja, designa a qualidade da norma de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos. Compreendida sob o prisma sociológico, a eficácia social, diversamente da eficácia jurídica, corresponde à idéia da norma estar sendo efetivamente observada e respeitada no mundo dos fatos."* <sup>268</sup>

Busca-se com o artigo 6º da Constituição Federal atingir tanto eficácia jurídica como eficácia social do direito ao lazer, contudo, para alcançar estas finalidades, é necessária uma produção legislativa e normativa na qual este direito seria melhor delimitado, estabelecendo assim, as

---

<sup>268</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. 2ª ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 60

bases de garantia de exigência e oponibilidade deste direito contra terceiros. Neste ponto, percebe-se, portanto, que o direito ao lazer não se configura em uma norma constitucional auto-executável. Existe, de fato, uma grande diferença entre normas constitucionais auto-executáveis (*self executing provisions*) e normas não auto-executáveis (*not self executing provisions*)<sup>269</sup>.

Flávia Piovesan, citando Maria Helena Diniz, traz esta classificação norte-americana encabeçada por Cooley e trazida para a nossa doutrina por Rui Barbosa:

*"As normas constitucionais auto-executáveis identificavam-se com os preceitos dotados de aplicação imediata, porque revestidas de plena eficácia jurídica, a disciplinar diretamente as matérias, situações ou comportamentos de que se cogitam. Já as normas constitucionais não-executáveis correspondiam às normas indicadoras de princípios, não dotadas de eficácia imediata, que exigiam providências legislativas ulteriores para sua efetivação."*<sup>270</sup>

Portanto, as normas não-executáveis em um primeiro momento, são conhecidas como normas programáticas, pois declaram a intenção do constituinte referente ao futuro do Estado. Diz-se *norma programática* pois ela traz em si um programa, isto é, um plano, uma organização, uma meta a ser executada.

Cria-se com este conceito uma dualidade, pois de um lado há uma norma que é um preceito a ser observado, sob pena de uma sanção, ainda que meramente moral, causada pelo próprio desconforto de descumprir uma ordem geral, e de outro lado, temos um plano que em princípio não pode ser executado por si só. Teríamos, assim, uma norma inócua, aparentemente dispensável, por ser muito mais uma recomendação do que uma lei propriamente dita.

---

<sup>269</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. 2ª ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 61.

<sup>270</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. 2ª ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 61.

Rui Barbosa soluciona de forma brilhante esta questão, esclarecendo que, não só inexistem normas inúteis na Constituição, mas também que toda a Constituição exige, de uma forma ou de outra, normas infraconstitucionais para que ela atinja sua plena aplicabilidade:

*"Não há numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular de seus órgãos. Muitas, porém, não revestem dos meios de ação essenciais ao seu exercício, os direitos, que outorgam, ou os encargos, que impõem: estabelecem competências, atribuições, poderes, cujo uso tem de aguardar que a Legislatura, segundo seu critério, os habilitem a exercerem. A Constituição não se executa a si mesma: antes requer a ação legislativa, para lhe tornar efetivos os preceitos."*<sup>271</sup>

Regina Maria Macedo Nery Ferrari, em seus estudos sobre as normas constitucionais programáticas, compartilha da mesma opinião:

*"Não existem normas constitucionais destituídas de eficácia, embora nem todas tenham, por si mesmas, a normatividade suficiente para gerar seus efeitos essenciais, o que depende da completude da norma, da sua densidade normativa. Dessa forma, pode-se falar em normas constitucionais de alta densidade normativa, aptas a gerar, diretamente, e sem intervenção do Poder Público, principalmente, do Legislador, os seus efeitos essenciais, ao lado de normas de baixa densidade normativa, que podem, sem a interpositio legislatoris, gerar seus efeitos principais, visto que em virtude de uma normatividade mínima que se encontra presente em toda e qualquer*

---

<sup>271</sup> BARBOSA, Rui. **Comentários à constituição federal brasileira**. 11 ed., São Paulo: Saraiva, 1933, p. 488-489, em PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. 2ª ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 62.

*norma constitucional, sempre produzem algum efeito, apresentando um certo grau de eficácia."*<sup>272</sup>

A posição de Regina Maria Macedo Nery Ferrari toca em um importante aspecto das normas constitucionais programáticas, que é a densidade normativa do direito previsto na Constituição.

Nem todas as normas estão aptas a serem aplicadas imediatamente. A Constituição de 1988 possui como característica ser excessivamente analítica, ela pormenoriza uma grande quantidade de direitos, como é o caso, por exemplo, do inciso XVI do artigo 7º da Constituição Federal, que não só estipula que o serviço extraordinário será remunerado com valor superior à hora normal de trabalho, como também fixa desnecessariamente o percentual a ser aplicado, algo incomum, ou mesmo até impróprio, para uma Constituição Federal. Portanto, podemos até mesmo afirmar que uma norma de aplicabilidade plena é, ou então, deveria ser, a exceção quando se trata de matérias constitucionais.

De fato, é a própria norma programática que caracteriza as constituições atuais. Não se pode negar a necessidade obrigatória de sua aplicabilidade, sob pena de romper com a estrutura constitucional do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, Flávia Piovesan afirma:

*"(...) as normas programáticas compõem os elementos sócio-ideológicos que caracterizam as Constituições contemporâneas, apresentando matéria eminentemente ético-social. Condicionam a atividade dos órgãos do poder público, estabelecendo verdadeiros programas constitucionais de ação social, a serem desenvolvidos mediante atuação integrativa da vontade constituinte. Apontando aos valores sociais e especialmente ao da justiça social, as normas programáticas indicam o sentido dos fins sociais e do bem comum*

---

<sup>272</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 127.

*que devem guiar o intérprete e o aplicador do direito, ou seja, traduzem sentido teleológico para a interpretação."*<sup>273</sup>

Paulo Bonavides em seu Curso de Direito Constitucional é enfático ao afirmar que a natureza das Constituições modernas é programática. Em suas palavras:

*"A face moderna das Constituições é indubitavelmente a programática".*<sup>274</sup>

Entretanto, não é a abstração e a forma genérica da norma que lhe retira a necessidade do cumprimento da Constituição, segundo o autor:

*"Tal acontece com enunciações diretivas formuladas em termos genéricos e abstratos, às quais comodamente se atribui a escusa evasiva da programaticidade como expediente fácil para justificar o descumprimento da vontade constitucional.*

*Com efeito, de todas as normas constitucionais, a programática é indubitavelmente aquela cuja fragilidade mais suscita dúvidas quanto à sua eficácia e juridicidade, servindo assim de pretexto cômodo à inobservância da Constituição."*<sup>275</sup>

Portanto, que não se engane, a inobservância da norma programática, é sim, o claro descumprimento da Constituição Federal.

Por este motivo é que não se compartilha, por melhor que seja a elaboração do raciocínio, com a posição de Celso Ribeiro Bastos, trazida por Zeno Veloso em sua obra Controle Jurisdicional de Constitucionalidade:

---

<sup>273</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. 2ª ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 68.

<sup>274</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 244.

<sup>275</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 245.

*"Celso Ribeiro Bastos diz que não se pode negar os bons intuitos de um instituto como o da inconstitucionalidade por omissão. Nada obstante, alude que o mesmo encerra simultaneamente uma falta de compreensão profunda do que sejam as normas programáticas e desconhecem a ineficácia de que um instituto com essas características sempre se ressentirá, ponderando que é um engano pensar que as normas programáticas devam ser imediatamente regulamentadas. 'Se assim fosse, o constituinte não lhe teria dado a feição de programaticidade e teria pura e simplesmente instituído um direito subjetivo', sendo 'altamente contraditório' instituir normas programáticas na Constituição e, logo a seguir, querer impor sanções ou, mais modestamente, declarar a inconstitucionalidade do legislador."*<sup>276</sup>

Tal nível de pormenorização pretendido pelo autor nem mesmo possui natureza constitucional, isto é, em tese, não se estipula direitos altamente regulamentados na Constituição por incapacidade do legislador constituinte, mas sim por não ser esta a técnica<sup>277</sup> mais adequada para a elaboração de uma Constituição Federal.

Ademais, o parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal, determina que todas as normas de direito fundamental possuem aplicabilidade imediata. Nem se diga também, que esta disposição não se aplica ao direito ao lazer, uma vez que este está previsto no *caput* do artigo 6º da Constituição Federal e aquele no artigo 5º. A melhor técnica interpretativa não exclui os demais direitos fundamentais previstos na Constituição, dos efeitos deste

---

<sup>276</sup> VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 2ª. ed. rev. atual. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 251

<sup>277</sup> Nesse sentido, Paulo Bonavides assegura que as constituições são necessariamente abstratas e genéricas, o que não lhes retira a natureza de prescrições jurídicas e eficazes: "*As declarações constitucionais, quer quando postas de maneira sistemática, com rigor técnico, quer quando esparsas ou difusas no texto do instrumento constitucional, formam indubitavelmente a categoria mais abstrata e genérica das normas programáticas, aquelas cujo teor aparentemente mais filosófico que jurídico tem provocado tenaz impugnação de alguns constitucionalistas (entre estes, na velha doutrina constitucional francesa, Esmein e Carré de Malberg), obstinados em não reconhecer-lhes natureza e eficácia de prescrições jurídicas.*" BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 246.

parágrafo 1º, uma vez que é evidente a má construção do legislador em relação à disposição dos artigos constitucionais. Nesse sentido, Flávia Piovesan esclarece:

*"Observe-se que não obstante este princípio esteja situado topograficamente como parágrafo do art. 5º da Constituição de 1988, que prevê os direitos e deveres individuais e coletivos, é objeto de seu alcance, reitere-se, de todo e qualquer preceito constitucional definidor de direito e garantia fundamental. Afasta-se aqui eventual interpretação restritiva que, baseada em argumentações topográficas, venha a sustentar a incidência deste princípio apenas sobre o aludido art. 5º. A partir da interpretação teleológica do texto, independentemente da topografia constitucional, o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais há de se expandir por todo o texto constitucional. Vale dizer: onde se encontre um preceito definidor de direito ou garantia fundamental, estará delineado o campo de incidência do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais."*<sup>278</sup>

Pode até ser inexigível a aplicabilidade instantânea da norma constitucional programática, contudo, é plenamente possível exigir ao Legislativo um plano de prestação da atividade, como observamos com a política agrícola no artigo 187, ou então da prestação de saúde pública, nos artigos 197 e 198 da Constituição Federal.

Diante da inexistência de uma normatividade mínima após 20 anos de Constituição, não se pode negar a clara omissão do Poder Público no que se refere ao direito ao lazer. Toda norma da Constituição Federal deve ser aplicada.

#### **7.4 – RELAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO COM OS DIREITOS SOCIAIS**

<sup>278</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. 2ª ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 106.

José Afonso da Silva relaciona a omissão constitucional com a omissão de prestação de direitos sociais de maneira clara e objetiva. Não havendo a prática de atos legislativos nem atos administrativos indispensáveis, tem-se a possibilidade de interposição da ação de inconstitucionalidade por omissão. *In verbis*:

*"a Constituição reconhece que a saúde e a educação são direito de todos e dever do Estado (arts. 196 e 205), mas, se não se produzirem os atos legislativos e administrativos indispensáveis para que se efetivem tais direitos em favor dos interessados, aí também teremos uma omissão inconstitucional do Poder Público que possibilita a interposição da ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103)."*<sup>279</sup>

Percebe-se, portanto, a íntima relação da omissão inconstitucional com os direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal.

Como já mencionado, a Constituição Federal necessita de concretização. Estes aspectos de concretidade das normas constitucionais encontram maior relevância no que refere aos direitos sociais, uma vez que elas possuem um forte caráter programático, isto é, elas estabelecem não só direitos mais também traçam o desígnio do Estado Democrático de Direito, o que significa que a sua concretização só poderá ocorrer após uma intensa atividade do Legislativo e do Executivo. No entender de J. J. Gomes Canotilho:

*"As normas reconhecedoras de direitos económicos, sociais e culturais, densificam o princípio da socialidade que, por sua vez,*

---

<sup>279</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 48.

*concretiza o princípio democrático na sua dimensão de democracia económica, social e política."*<sup>280</sup>

Portanto, não há que se falar em democracia, tanto no plano econômico como nos planos sociais e políticos, sem garantir a efetividade dos direitos sociais previstos pelo legislador constituinte, sob pena de violar os princípios estruturantes da Constituição, entre eles, o próprio princípio da democracia e da socialidade.

Paulo Bonavides destaca a íntima relação que existe entre as normas constitucionais e dos direitos fundamentais com os direitos sociais:

*"Não se deve por outro lado, esquecer que a programaticidade das normas constitucionais nasceu abraçada à tese dos direitos fundamentais. Os direitos sociais, revolucionando o sentido dos direitos fundamentais, conferiu-lhes nova dimensão, tendo sido inicialmente postulados em bases programáticas."*<sup>281</sup>

A interessante observação de que os direitos sociais inicialmente foram postulados em bases programáticas, traz uma importante contribuição para a compreensão do que é, efetivamente, pleitear o direito ao lazer dentro da conjectura jurídica econômica e social do início do século XXI. Se inicialmente os direitos sociais foram postulados por meio de normas programáticas e hoje estão em pleno vigor, o mesmo pode ocorrer com o direito ao lazer. Na história, percebe-se que qualquer mudança enfrenta resistências. Há pouco tempo atrás, até mesmo garantir direitos sociais poderia parecer um absurdo. Portanto, se hoje o desafio é conciliar dignidade humana, lazer, qualidade de vida e trabalho, não se deve ignorar a questão e sim avançar, iniciando pelas normas programáticas, assim como foi feito com os direitos sociais.

---

<sup>280</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6ª ed. rev. Coimbra: Almedina, 1995, p. 182.

<sup>281</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 246.

## 7.5 – CONTROLE CONSTITUCIONAL - INSTRUMENTOS

Para evitar que a violação dos direitos e garantias possa ocorrer por omissão dos Poderes, o legislador constituinte trouxe a figura da ação de inconstitucionalidade por omissão para casos de questionamento do direito em tese, bem como o mandado de injunção para casos concretos de violação do direito. A seguir, será analisado de que forma estes institutos são utilizados na proteção do direito ao lazer, bem como, ao final, algumas alternativas encontradas para a aplicação deste direito.

### 7.5.1 – AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

A ação de inconstitucionalidade por omissão é prevista em nossa Constituição Federal, ao lado da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, no artigo 103, parágrafo 2º, a seguir:

*"Art. 103, § 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias."*

Segundo José Afonso da Silva, a ação de inconstitucionalidade por omissão, atualmente concebida no ordenamento brasileiro, foi inspirada em institutos já existentes em outros países <sup>282</sup>, sendo que foi precisamente na Constituição portuguesa que inspirou o legislador nacional. A inconstitucionalidade por omissão foi inspirada no art. 283 da Constituição portuguesa que dispõe a competência do Tribunal Constitucional para julgar *"omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais."* <sup>283</sup>.

---

<sup>282</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 48

<sup>283</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 48

A sua finalidade é buscar a efetividade plena de todas as normas constitucionais, não permitindo que o legislador e o administrador atribua outro rumo ao Estado, senão aquele previsto de forma expressa na Constituição Federal. Michel Temer esclarece a finalidade da existência da inconstitucionalidade da seguinte forma:

*"A primeira afirmação que se deve fazer é aquela referente à finalidade desse controle: é a de realizar, na sua plenitude, a vontade constituinte. Seja: nenhuma norma constitucional deixará de alcançar eficácia plena. Os preceitos que demandarem regulamentação legislativa ou aqueles que simplesmente programáticos não deixarão de ser invocáveis e exequíveis em razão da inércia do legislador. O que se quer é que a inação (omissão) do legislador não venha a impedir o auferimento de direitos por aqueles a quem a norma constitucional se destina. Quer-se – com tal forma de controle – passar da abstração para a concreção; da inação para a ação; do descritivo para o realizado. O legislador constituinte de 1988 baseou-se nas experiências constitucionais anteriores, quando muitas das normas não foram regulamentadas por legislação integrativa e, por isso, tornaram-se ineficazes. Ou seja: o legislador ordinário, omitindo-se inviabilizou a vontade do legislador constituinte."*<sup>284</sup>

Como bem afirmado acima, o que se busca é que a omissão do legislador não obstrua a concretização de direitos constitucionalmente previstos. Todo direito deve ser passível de invocação e execução.

Sob o prisma histórico do Direito, esta ação, sem dúvida, trouxe uma grande contribuição para a defesa de direitos constitucionais, pois é um avanço em comparação aos ordenamentos anteriores,

---

<sup>284</sup> TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 17ª ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 51.

entretanto, é um instituto que está permeado de falhas técnicas, que infelizmente levam a uma enorme, ou mesmo, total, ausência da sua utilidade prática.

Inicialmente, a primeira crítica realizada é referente aos legitimados para propor a ação. José Afonso da Silva entende que a nossa ação ficou aquém daquela existente na Constituição portuguesa, pois não atribuiu ao cidadão o direito de ingressar diretamente com a ação, algo que ocorre em outros países como a Alemanha, que prevê a ação popular de inconstitucionalidade<sup>285</sup>.

Entretanto, o que torna esta ação ineficiente na prática, é o fato da Constituição não ter outorgado expressamente ao Supremo Tribunal Federal, o poder de obrigar o Poder Legislativo a legislar sobre o direito sob o qual a omissão legislativa foi configurada após um processo judicial. O mesmo para o Poder Executivo.

Atualmente, o resultado de uma ação de inconstitucionalidade por omissão é apenas dar ciência ao Poder respectivo, tanto Legislativo como Executivo, da omissão praticada. Isso ocorre em razão da proteção do princípio da discricionariedade do legislador<sup>286</sup>, que estabelece que o momento para a prática do ato é uma decisão política do Poder em questão<sup>287</sup>, não podendo, portanto, ser permitido que outro Poder realize esta interferência sob pena de violação do artigo 2º da Constituição Federal que estabelece os Poderes da União como harmônicos e independentes entre si.

No que se refere ao Poder Executivo, ainda que a Constituição Federal estipule a obrigação de fazer no prazo de 30 dias, ela

---

<sup>285</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 48

<sup>286</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 48

<sup>287</sup> Nesse sentido, Leonardo André Paixão ao estudar a função política do Supremo Tribunal Federal, reconhece que o poder de livre apreciação da conveniência e oportunidade configura uma das características do que se denomina como decisão política. *"Em geral, o exercício da função política não tem prazo determinado para ocorrer, prevalecendo a livre apreciação da conveniência e oportunidade para a sua efetivação"* PAIXÃO, Leonardo André. **A função política do Supremo Tribunal Federal**. Tese de doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007, p. 63.

não prevê qualquer sanção para hipótese de descumprimento da ordem judicial, o que torna igualmente ineficaz a sua decisão.

Uma solução para este impasse seria permitir que o judiciário, em sua decisão, estabelecesse a forma pela qual aquele direito seria prestado de forma efetiva aos jurisdicionados até o momento em que o Poder Legislativo elaborasse a respectiva lei<sup>288</sup>. Caso esta solução fosse aplicada, poderia ser vislumbrado o direito do cidadão de ter efetivamente uma norma constitucional exigível e exeqüível, sem que fosse violado ou retirado o direito à autonomia do legislador. Para José Afonso da Silva, sobre esta solução, e sobre a ação de inconstitucionalidade por omissão:

*"É sem dúvida um grande passo. Contudo, a mera ciência do Poder Legislativo pode ser ineficaz, já que ele não está obrigado a legislar. Nos termos estabelecidos, o princípio da discricionariedade do legislador continua intacto, e está bem que assim seja. Mas isso não impediria que a sentença que reconhecesse a omissão inconstitucional já pudesse dispor normativamente sobre a matéria até que a omissão legislativa fosse suprida. Com isso conciliar-se-iam o princípio político da autonomia do legislador e a exigência do efetivo cumprimento das normas constitucionais."*<sup>289</sup>

Isso tudo possui maior relevância quando se trata de direitos fundamentais, pois diante do § 1º do art. 5º da Constituição Federal, os direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata, o que leva à ponderação de que existe um reforço no que se refere à intenção do legislador constituinte em relação à "exigência do efetivo cumprimento das normas constitucionais" – como

---

<sup>288</sup> Em sentido contrário, temos a posição de Roger Stiefelmann Leal, que entende que apesar de ineficaz, o Judiciário realmente não pode realizar esta regulamentação: "Declarada a omissão inconstitucional por parte dos órgãos de jurisdição constitucional, adota-se como efeito ordinário, na maior parte das experiências constitucionais, a cientificação do órgão inadimplente para que adote as providências necessárias à colmatação da lacuna. Tal resolução, embora de duvidosa utilização prática, faz permanecer o entendimento de que aos órgãos de jurisdição constitucional é vedado substituí-se ao legislador e adotar as devidas medidas normativas." LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 83-84.

<sup>289</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 48-49.

mencionado por José Afonso da Silva. Ou seja, toda norma constitucional deve ser cumprida, *especialmente* as normas de direitos fundamentais. Assim, no momento de ponderação entre política e a aplicabilidade das normas fundamentais, nos parece que a intenção do legislador constituinte, foi estabelecer uma preferência para os direitos fundamentais.

Em relação à atuação do Poder Legislativo e do Poder Executivo, ainda que esta deva ser considerada livre, sob pena de violar a democracia e a tão fundamental separação dos poderes, deve-se sempre lembrar que o legislador, assim como o administrador e o judiciário, possuem uma liberdade muito relativa, pois a todo instante, suas ações estão balizadas pela Constituição Federal. Regula-se não só o que fazer, mas também o modo como se agir. A exemplo, há o processo legislativo, os critérios para a edição de medidas provisórias, os princípios da administração pública que direcionam a atuação do administrador, que deve seguir a legalidade a impessoalidade, a moralidade, a publicidade, e à eficiência, nos termos do artigo 37 da Constituição Federal. Flávia Piovesan<sup>290</sup> afirma que compete ao legislador, em razão de ser o destinatário de uma série de normas constitucionais, o dever de proceder em tempo razoável a concretização dos direitos fundamentais, sob pena de inconstitucionalidade por omissão; o dever de se mover para garantir esses direitos, sendo proibido reduzir a força normativa imediata destas normas à mera força normativa de lei, bem como, não atuar de forma a criar normas materialmente incompatíveis aos direitos fundamentais.

### 7.5.2 – MANDADO DE INJUNÇÃO

No mesmo sentido da ação de inconstitucionalidade por omissão, há no plano individual, o mandado de injunção. Assim prevê a Constituição Federal:

*"Art 5º - LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos*

---

<sup>290</sup> PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. 2ª ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 107.

*direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania."*

Cabe observar que, não se adentrará na questão da aplicabilidade imediata do mandado de injunção, uma vez que este é um tema que foge da discussão do presente trabalho, além de já existir decisão do Supremo Tribunal Federal que lhe garantiu a auto-aplicação à dispensa de lei regulamentar<sup>291</sup>.

No tocante à finalidade do mandado de injunção, percebemos a semelhança com o instituto da ação de inconstitucionalidade por omissão. Ambos pretendem garantir um direito constitucionalmente previsto, mas que não encontra exeqüibilidade diante da ausência de lei ou ato normativo.

Existem, entretanto, diferenças. A ação de inconstitucionalidade por omissão é genérica, intentada abstratamente contra o Poder Público, podendo ser proposta, em tese, apenas perante o Supremo Tribunal Federal.<sup>292</sup>

O mandado de injunção é utilizado na busca concreta da possibilidade de exercício de um direito, constitucionalmente previsto, inviabilizado por falta de norma regulamentadora, devendo existir uma decisão satisfativa<sup>293</sup>.

O melhor esclarecimento sobre as diferenças entre a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, é trazido por José Afonso da Silva, que entende absurda a tese de que o mandado de injunção visa a expedição de norma regulamentadora<sup>294</sup>. No seu entender, o contra-

---

<sup>291</sup> Mandado de Injunção nº 107, Relator Ministro Moreira Alves. RTJ 133/11, 1990.

<sup>292</sup> VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 2ª. ed. rev. atual. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 263.

<sup>293</sup> VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 2ª. ed. rev. atual. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 263.

<sup>294</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 448.

senso em considerar o mandado de injunção uma mera ação de inconstitucionalidade por omissão *subsidiária*, reside no fato da falta de sentido em existir dois institutos idênticos na mesma Constituição, bem como de ser marcante a opção do legislador em não atribuir ao cidadão a legitimidade para propor qualquer ação de inconstitucionalidade, além do fato de que seria uma incoerência o impetrante ter que passar por duas vias para ver seu direito assegurado, a primeira que seria para a obtenção da norma infra-constitucional e a segunda que seria o processo de conhecimento que se utilizaria desta referida norma.<sup>295</sup>

Portanto, o conteúdo do mandado de injunção deve ser a obtenção do direito reclamado, *independentemente de regulamentação*<sup>296</sup>. Contudo, como afirma o mesmo autor, lamentavelmente o Supremo Tribunal Federal vem dando ao mandado de injunção a função de uma ação pessoal de declaração de inconstitucionalidade<sup>297</sup>.

Assim, quanto ao resultado prático do mandado de injunção, percebe-se que, segundo a doutrina, em alguns casos o judiciário estabelece um prazo para o legislador regulamentar o direito, sob pena do judiciário aplicar imediatamente o direito, em caso de recalcitrância:

*"No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, inspirado na experiência germânica, adotou, em sede de mandado de injunção, a solução de, em determinadas hipóteses, considerar supável a omissão e, como conseqüência, estipular prazo para que o legislador dê cumprimento à imposição constitucional, removendo o estado omissivo. Na hipótese de o legislador não cumprir o dever constitucional de legislar em tempo, dar-se-á, segundo a prática legitimada pelo Tribunal, aplicação imediata ao preceito constitucional."*<sup>298</sup>

---

<sup>295</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 449.

<sup>296</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 450.

<sup>297</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 151.

<sup>298</sup> LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 85

Ocorre, portanto, em resumo, que o mandado de injunção possui apenas eficácia declaratória<sup>299</sup>, uma vez que são muito reduzidas as hipóteses em que o Tribunal concede o direito imediatamente até a superveniência da norma reguladora.

Por esta razão, assim como na ação de inconstitucionalidade por omissão, não se encontra atualmente um grande aproveitamento destes institutos na defesa do direito ao lazer. Um maior impedimento reside também na dificuldade em definir o que seria no plano individual o direito de pleitear a omissão da regulamentação do direito ao lazer. Entende-se que o proveito individual deste direito seria relacionado muito mais com um reflexo de políticas públicas, do que uma prestação direta do Poder Público ao cidadão. Em uma elaboração, é possível até imaginar uma requisição de um portador de necessidades individuais, que não vê o seu direito ao lazer efetivado em razão da falta de acesso a um parque público, por omissão da administração na construção de rampas, por exemplo. Este seu direito deveria, em tese, ser efetivado imediatamente, mas sem a vinculação da decisão à atuação da administração estabelecendo a obrigação de realizar a obra, torna impossível o seu exercício, ainda que exista decisão judicial favorável ao autor.

## **7.6 – ALTERNATIVAS PARA APLICABILIDADE JURÍDICA DO DIREITO AO LAZER**

Resta, portanto a análise de como o direito ao lazer pode ser efetivado. Poucas são as soluções concretas para esta questão, uma vez que a própria compreensão de o que é este direito fica restrita, em verdade, a poucos estudos jurídicos.

Assim, uma vez que o direito ao lazer dificilmente é exigido na prática, diante das interpretações restritivas dos institutos da ação de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção por parte

---

<sup>299</sup> VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 2ª. ed. rev. atual. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 263, p. 278

do Supremo Tribunal Federal, cabem algumas alternativas para manifestar a sua eficácia.

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 conflito com o período de descanso, deve-se privilegiar a existência do direito ao lazer e a sua força de norma fundamental.

É possível pensar também que, diante do parágrafo 1º do artigo 5º, deve-se aplicar o direito ao lazer ainda que pela forma da analogia. Em cada caso prático onde for requerido, pode-se utilizar a norma que guarde maior semelhança com a proteção do direito ao lazer. Um exemplo, é a forma de balizamento de uma eventual indenização por violação do direito ao lazer, através dos critérios de fixação valorativa do dano moral, através da legislação civil.

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. O direito ao lazer, em verdade, pode ser entendido como uma grande esfera do Direito que se subdivide em diversas áreas que compreendem todas as atividades humanas não relacionadas diretamente com o trabalho ou atividades conexas. Ao pensar em tempo livre, é possível dizer que somente garantindo a sua existência, é que se tona possível a efetivação de outros direitos. Um exemplo é a educação escolar, que somente pode ser usufruída se for garantido um espaço de tempo de lazer. O mesmo em relação aos direitos relacionados à cultura, por exemplo.

Uma outra forma de aplicar o direito ao lazer, é como forma de estabelecer prioridades fundamentais no caso de alteração de governo. Explica esta teoria Roger Stiefelmann Leal:

*"Outra hipótese a ser considerada na questão da eficácia proibitiva de retrocesso social é o caso de uma mudança de prioridades governamentais que venha a exigir o deslocamento de recursos de uma área para outra. Imagine-se, a título de exemplo, uma alternância no governo. O governo anterior tinha por prioridade a prestação de lazer, e, para isso, concretizou de modo muito pormenorizado a norma constitucional que consagra o direito ao lazer. O governo que assumiu, no entanto, tem outras prioridades como educação e assistência social. Ao que parece, seria inconcebível considerar inconstitucional a simples revogação da legislação sobre a promoção de lazer com recursos públicos de modo a transferir tais recursos para outras áreas como a educação e a assistência social. Evidentemente que, nessa hipótese, a supressão da legislação concretizadora do direito ao lazer há de ser feita, caso contrário, qualquer pessoa poderia pleitear o seu cumprimento por parte do poder público, inviabilizando a concretização de outros direitos sociais do modo pretendido pelo novo governo."* <sup>300</sup>.

Uma outra interessante aplicação do direito ao lazer, se refere à sua utilização como critério de proibição, isto é, garantir que qualquer medida que afete o direito ao lazer, seja repudiada. Por exemplo, a recentemente mudança legislativa ocorrida na Europa, que aceitou a possibilidade de jornadas de trabalho de 65 horas semanais <sup>301</sup>. No caso desta proposta, por exemplo, ser trazida ao Brasil, imediatamente ela deve ser repudiada, não só por afrontar a jornada de 44 horas semanais, que é constitucionalmente estabelecida, mas também por ofender diretamente o direito ao lazer. Ou seja, a eficácia do direito ao lazer poderá ser visualizada quando este direito se torna um dispositivo que proíbe o ingresso de normas jurídicas no ordenamento, quando elas forem incompatíveis com o direito ao lazer. Haja regulamentação normativa

---

<sup>300</sup> LEAL, Roger Stiefelmann. **Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais** Internet <<http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal2.htm>> Acesso em 11.06.08.

<sup>301</sup> Maiores informações em [http://www.jn.pt/PaginalNicial/Economia/Interior.aspx?content\\_id=957479](http://www.jn.pt/PaginalNicial/Economia/Interior.aspx?content_id=957479) e [http://www.ordemeconomistas.pt/index.php?option=com\\_content&task=view&id=13742&Itemid=751](http://www.ordemeconomistas.pt/index.php?option=com_content&task=view&id=13742&Itemid=751)

infraconstitucional ou não, o direito ao lazer pode ser aplicado diretamente nesses casos.

## **7.7 – O DIREITO AO LAZER APLICADO AO HORÁRIO DE TRABALHO E O PAPEL DO ESTADO**

Ao lado das alternativas jurídicas que garantem a aplicação jurídica do direito ao lazer, destaca-se também a sua aplicabilidade no ambiente de trabalho e os seus reflexos no contexto social, buscando desta forma a garantia da dignidade da pessoa humana. O homem mudou, suas buscas mudaram e o Direito não acompanhou esse processo. A seguir será visto o que pode ser feito em relação ao direito ao lazer, que se mostra como uma alternativa para atender as necessidades humanas contemporâneas.

Com fundamento em todas as teorias apresentadas nos capítulos anteriores, podemos concluir que uma das principais considerações a ser feita é que o primeiro passo para a efetivação do direito ao lazer é a criação de tempo livre. Primeiro, por ser a inconfundível antítese do trabalho, do tempo vinculado. Segundo por ser a forma mais simples de atender as necessidades individuais e da comunidade, pois permite ao indivíduo e ao grupo exercer o livre arbítrio em relação às suas atividades de lazer.

Destaca-se este ponto para que se estabeleça uma clara distinção entre o direito ao lazer das práticas de atividades que visam o bem estar do empregado no ambiente de trabalho, como os exercícios coletivos matinais, as festas dentro da empresa, entre outros atos que sem dúvida se interligam com o direito ao lazer, porém, não esgotam a sua efetividade.

Esclarecida esta questão, voltando a atenção à jornada de trabalho, Bertrand Russell propõe uma redução de jornada para apenas 4 horas diárias, contudo, tendo em vista as condições econômicas e sociais vigentes, é praticamente impossível ser aplicada esta teoria na atualidade. O que seria possível em um futuro próximo, seria uma transição gradual entre a jornada atual e a jornada de trabalho defendida por Russell, através da adoção de uma jornada de 6

horas diárias de trabalho, criando, desta forma, as bases para uma redução maior ainda em um futuro próximo.

Adianta-se que é impossível reduzir jornada de trabalho sem a atuação cooperativa do Estado, através de uma otimização da prestação de serviços públicos.

Também não se pode falar em redução de jornada sem realizar um questionamento sobre os encargos trabalhistas e a necessária redução da carga tributária, pois duas necessidades devem ser atendidas: uma é a dos trabalhadores, que não conseguem prover a própria subsistência na hipótese de uma redução salarial, a outra é a dos empregadores que não poderão ser prejudicados, ao contrário, devem ser estimulados economicamente para que se efetive estas medidas.

Grande parte da solução para a redução de jornada, sem prejuízo do trabalhador é a extinção do pagamento dobrado pelo mesmo serviço. Explica-se. O trabalhador brasileiro além de contribuir com impostos para pagar serviços de saúde pública, educação pública, transporte coletivo, segurança pública, entre outros, é forçado, para ter uma vida digna, a pagar por serviços particulares de saúde, pagar educação particular, custear transporte privado, segurança privada, entre outros serviços particulares.

Para se ter uma ideia mais concreta destes dados, em pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, utilizando dados da POF – Pesquisa de Orçamento Familiar do IBGE, as despesas das famílias brasileiras com impostos e contribuições que somavam em 1987 cerca de 12,62% do orçamento familiar, passaram a ocupar, em 2003, 17,24% da renda do brasileiro<sup>302</sup>. Utilizando dados da mesma pesquisa, verificamos que a média de gastos com transporte, habitação e educação chega a 37,06% da renda da família brasileira, portanto, apenas levando em conta esses três itens, 54,3% do salário é utilizado para o custeio repetido dos mesmos serviços.

---

<sup>302</sup> G1. **Brasileiro gasta mais com educação e imposto.** Internet <<http://g1.globo.com/Noticias/0,,MUI55595-5599,00.html>> Acesso em 20.06.07.

Considerando que estes gastos duplicados estão relacionados com a subsistência do indivíduo e que ocupam grande parte do orçamento familiar, defende-se que para antes de se falar em uma redução de jornada de trabalho, uma alternativa seja adotada: ou se torna facultativo o pagamento de impostos relacionados a estes serviços – o que é inviável para a sustentação da assistência social (artigo 195, CF), papel fundamental do Estado – ou então que se efetive a prestação de serviços públicos, o que não constitui qualquer inovação e não necessita de qualquer alteração legal, diante da disposição do artigo 37 da Constituição Federal, que obriga que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios a realizar a administração pública de acordo com os princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e principalmente eficiência.

Pelo lado da empresa, a solução teria de advir da participação econômica do governo na esfera federal, estadual e municipal, realizando uma efetiva redução da carga tributária e encargos sociais agregados à mão-de-obra, de tal forma que os custos operacionais dos empregadores se mantivessem na justa medida das suas possibilidades.

Portanto, uma vez esclarecido que não se pretende de forma alguma simplesmente reduzir o salário do empregado e ignorar o impacto deste procedimento na economia da empresa. Destaca-se a importância da participação do Estado nesse processo, e estuda-se como reduzir a jornada de trabalho.

Voltando agora a atenção ao papel do Poder Legislativo, a norma que for criada para a redução da jornada de trabalho para 6 horas diárias deve alterar também o sistema das horas extraordinárias de trabalho.

A consequência natural da redução de jornada de trabalho legal é a manutenção da jornada antiga do empregado, porém, com o pagamento de horas extras.

Esse resultado não é bom, nem para o empregado que não vê o seu direito ao lazer efetivado, nem para a empresa que tem um aumento de despesa sem aumento de produtividade.

A ideia é alterar o artigo 7º, inciso XVI, da Constituição Federal, bem como o artigo 61, § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho para elevar o valor do adicional de horas extras muito além dos 50% sobre a hora normal do empregado a fim de que se torne inviável a prática da sobrejornada, ou então em uma alteração mais radical, simplesmente estipular a proibição do trabalho em jornada extraordinária, bem como os bancos de horas (artigo 7º, inciso XIII da Constituição Federal).

Este procedimento visa indiretamente a criação de novos postos de trabalho, pois com jornadas menores nas empresas o empregador seria obrigado a ampliar o seu quadro de empregados de forma a manter o mesmo volume de horas de produção, medida que só poderá ser viabilizada com a redução de tributos e encargos trabalhistas como apontado acima.

Outra solução seria investir em tecnologia, o que é bom, pois gera empregos nas indústrias de base e de bem de capital, estimula a educação para a produção de novas tecnologias, estimula-se novas contratações na escola tanto no corpo docente quanto de profissionais auxiliares como limpeza, construção, manutenção, por exemplo. A mão-de-obra operária migraria da fábrica para o setor de serviços especializados. Contudo, o efeito mais direto desta medida é a criação de novos turnos para a manutenção da mesma produção, contratando mais pessoas para trabalhar no local daqueles que realizavam horas extras.

Nesse sentido, o pesquisador Cássio da Silva Calvete, economista do DIEESE, em seus estudos de Economia Aplicada pela UNICAMP demonstra a viabilidade da redução da jornada de trabalho no Brasil e explica esse processo através da falha ocorrida na Constituição Federal de 1988 que, apesar de reduzir a jornada de trabalho de 48 horas semanais prevista na Constituição de 1934 para 44 horas semanais, errou em estipular um valor relativamente baixo de adicional por hora extra de trabalho, o que permitiu que o

número de empregados que trabalham além da jornada legal chegasse em 2002, em São Paulo, por exemplo, a 44,1% no setor da indústria, em 62,2% no setor do comércio e a 38,8% no setor de serviços, segundo dados do DIEESE e SEADE. Ele descreve:

*"Conforme estudo de Dal Rosso (1998) a RJT ocorrida por ventura da nova Constituição Brasileira de 1988 deixou de gerar boa parte dos postos de trabalho em função do grande aumento da utilização das horas extras. Enquanto que na França a RJT que iniciou-se em 1998 não gerou o número de novos postos esperados, em parte, em razão da generalização da utilização de Banco de Horas (Coutrot, 2001). Portanto, concomitantemente com a redução da jornada de trabalho a legislação deverá contemplar o fim das horas extras e o fim do Banco de Horas, ou no mínimo suas limitações, para que o objetivo de geração de novos postos de trabalho alcance o mais próximo do seu potencial máximo."*<sup>303</sup>

Esta posição apenas corrobora o que foi explicitado anteriormente, sendo que no mesmo estudo, Calvete conclui que a capacidade de redução de jornada de 44 para 40 horas semanais, teria o potencial para gerar 1.817.749 novos postos de trabalho no país.

Portanto, é inegável que estas medidas a médio e longo prazo melhorariam sobremaneira as condições sociais, pois gerando mais empregos, automaticamente haveria um crescimento significativo no número de consumidores e conseqüentemente um estímulo à produção, gerando novos postos de trabalho.

## **7.8 – INDENIZAÇÃO PELA VIOLAÇÃO DO DIREITO AO LAZER**

Ainda que não exista norma específica, é possível pensar no âmbito da justiça do trabalho, na criação de uma indenização por

---

<sup>303</sup> CALVETE, Cássio da Silva. **A viabilidade da redução da jornada de trabalho no Brasil.** Internet: [www.jornada.localweb.com.br](http://www.jornada.localweb.com.br), acesso em 15.06.2007.

violação do direito ao lazer quando é exigido do empregado tanto o trabalho por mais de duas horas-extras diárias (artigo 59, Consolidação das Leis do Trabalho), como a realização de horas extras de forma habitual. Para este propósito, não se exigiria, em tese, uma norma infra-constitucional regulamentadora do *quantum* indenizatório, pois em simetria ao dano moral, o critério de valoração desta indenização dependeria do caso prático. É possível até mesmo afirmar que neste escopo, o direito ao lazer, previsto no artigo 6º da Constituição Federal é auto-aplicável.

Apesar de guardar semelhanças com o adicional de horas extraordinárias, esta indenização tutelaria um objeto jurídico diferente, o direito ao lazer propriamente dito que se difere do direito de receber uma compensação por um esforço a mais realizado pelo trabalhador. Para Otávio Amaral Calvet, existe uma distinção entre estes dois institutos, segundo o autor, os períodos de descanso devem ser indisponíveis, através da proibição da prática de horas extras habituais:

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

*Pode-se imaginar, inclusive, que um empregado sujeito a constante labor excessivo não consegue freqüentar cursos, escolas ou faculdades, nem mesmo ter disposição física para, no recesso do lar, promover a leitura ou outra atividade fomentadora do desenvolvimento intelectual, pois o cansaço físico e/ou mental determina geralmente que se faça uma rápida alimentação para,*

*após, prostrar-se o trabalhador diante de um aparelho de televisão até entregar-se ao sono.*

*E mais, tal pessoa sequer consegue manter um bom nível de relacionamento familiar, seja porque ao chegar na sua residência sua prole já se encontra dormindo, lembrando-se que na saída para o trabalho no dia que se segue as crianças não estarão acordadas; seja porque até o relacionamento conjugal resta afetado pelo estado físico e mental determinado pelo ritmo do trabalho, em que às vezes se consegue prover a subsistência material da família, mas quase sempre deixa-se de lado seu aspecto emocional, surgindo na sociedade um novo tipo de ser humano: o criado na ausência afetiva, que apresenta sérias deturpações comportamentais." <sup>304</sup>*

Prossegue Otávio Amaral Calvet, concluindo que a solução para estes casos seria a reparação pelo empregador:

*"Assim, a prática constante de horas extras, sem motivo justificador, demonstraria ser um exemplo de grave lesão ao direito social do lazer em sua perspectiva humana, demandando uma reparação pelo agente agressor." <sup>305</sup>*

Atualmente, na nossa legislação, esta indenização já seria útil para, ao menos, coibir a violação do artigo 61, parágrafo 3º da CLT que estipula que o máximo de horas extras a serem realizadas é de 2 horas, limitando-se ao número de 10 horas diárias. Pelo raciocínio inverso, as outras 14 horas do dia consistem em um espaço de não-trabalho, ainda que não exista regulação expressa nesse sentido.

Na prática, se o empregado é forçado a prestar serviço para além destas duas horas, ele recebe o mesmo adicional de 50% sobre a hora normal, que tem função de pagar o serviço extraordinário, mas não de reparar

---

<sup>304</sup> CALVET, Otávio Amaral. **Direito ao lazer nas relações de trabalho**. São Paulo: Ltr, 2006, p. 112-113.

<sup>305</sup> CALVET, Otávio Amaral. **Direito ao lazer nas relações de trabalho**. São Paulo: Ltr, 2006, p. 113

a violação do seu direito ao lazer. Com a criação desta indenização, este seu direito estaria, ao menos, sendo protegido. No mesmo sentido, esta indenização teria a função de coibir as horas extras habituais, haja vista que a Constituição Federal permite que elas sejam realizadas apenas em caráter extraordinário, e não de forma habitual, justamente para não violar o direito ao lazer.

A questão da indenização pela lesão ao direito social do lazer é bem definida por Otávio Amaral Calvet, que entende até mesmo que o artigo 59, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, pois fala em acrescentar horas normais de trabalho à jornada, quando a Constituição Federal por meio do artigo 7º, inciso XIII, consagra que a jornada normal de trabalho deve ser limitada ao máximo de oito horas diárias e quarenta e quatro semanais. Dessa forma:

*"(...) não há dúvida de que a plenitude do lazer, do ponto de vista tradicional, depende da proteção do tempo livre que goza o empregado após o cumprimento de suas atividades profissionais, donde se conclui que nada justifica uma interpretação que permita a prática excessiva de trabalho sob pena de se suprimir o gozo do lazer.*

*(...)*

*Assim, a eficácia irradiante do lazer nas relações de trabalho demonstra que não é lícito ao empregador determinar a realização de labor extraordinário de forma constante, estando não recepcionado, portanto, o art. 59, caput, da CLT.*

*Logo, verificado o trabalho extraordinário de forma habitual, além do direito pecuniário ao recebimento das horas extraordinárias com o acréscimo de 50%, caberia ao empregado, se ainda em vigor seu contrato, o direito de exigir do empregador uma obrigação de não fazer, no sentido de não exigir regime de trabalho extraordinário, bem como uma indenização pela lesão ao direito social do lazer (...)." <sup>306</sup>*

---

<sup>306</sup> CALVET, Otávio Amaral. **Direito ao lazer nas relações de trabalho**. São Paulo: Ltr, 2006, p. 94.

Por fim, pode ser apresentada uma proposta de norma mais rígida nos moldes da lei instituída na China em vigor a partir de 01.06.2007, a qual garantiu às crianças chinesas o seu direito de dormir e brincar, criada a partir da revisão da Lei de Proteção de Menores de 1991, que foi instituída em razão da forte pressão que os menores chineses recebiam por meio dos seus estudos acadêmicos<sup>307</sup>. Não se estaria criando um espaço aberto de tempo de não-trabalho, mas sim criando um espaço vinculado a atividades relacionadas ao direito ao lazer, como o descanso, o estudo.

São raras as normas que protegem diretamente o lazer, porém, leis como esta, trazida para a esfera trabalhista, como uma proposta de lei mais direta garantindo um espaço mínimo de lazer também seria válida, pois do mesmo modo que hoje se fixa um período máximo de jornada de trabalho, uma nova norma poderia fixar um período mínimo dedicado às atividades particulares, ao lazer.

---

<sup>307</sup> G1. **Nova lei garante às crianças chinesas direito de dormir e brincar**. Internet <<http://g1.globo.com/Noticias/0,,MUI45512-5602,00.html>> Acesso em 01.06.07.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final do estudo do direito ao lazer na doutrina brasileira, é possível realizar algumas considerações.

Passados muitos anos desde o surgimento do capitalismo, do cientificismo, percebeu-se que a sociedade atual ainda é muito prejudicada pelos efeitos da modernidade, e que só poderá evoluir socialmente quando determinadas providências forem tomadas.

A padronização de comportamentos da sociedade de consumo viola a personalidade, viola o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, viola a dignidade da pessoa humana.

Considerando os aspectos destacados brevemente neste trabalho, pode-se perceber que é recente a compreensão do direito ao lazer como um elemento necessário para a existência humana.

Um grande passo foi dado no período iniciado após a Segunda Guerra Mundial, uma vez que após esta tragédia, ficou evidente a necessidade de atribuir à pessoa humana a sua infinita dignidade. Esta reestruturação de paradigmas impulsionou não só o mundo jurídico, como a sociedade como um todo, para uma nova era de valorização da pessoa humana.

Ocorre, entretanto, que para garantir uma série de direitos, é imprescindível – até mesmo por dedução lógica – que seja garantida, antes, a formação da personalidade no indivíduo, a sua capacidade criativa, a sua liberdade e autodeterminação. Nesse momento é que o direito ao lazer se apresenta como um importante aliado à concretização dos direitos fundamentais.

Porém, que como a maioria dos problemas do direito na pós-modernidade, o real questionamento a ser realizado em acerca do direito ao lazer é a questão da sua falta de eficácia.

Os pensadores que inspiraram este estudo, como Paul Lafargue, Bertrand Russell e Domenico De Masi, realizaram um trabalho formidável de justificação filosófica da necessidade da alteração de valores quebrando esta supervalorização moral na virtude do trabalho, presente no imaginário coletivo do homem. Somente agora estas ideias estão encontrando repercussão social. Tudo isso reflete no Direito. Como demonstrado, a concepção do direito ao lazer como parte dos Direitos Fundamentais, é o fruto de uma série de conquistas que se iniciaram com as revoluções do século XVII e XVIII, e se consolidaram com a Revolução Industrial do século XIX, que visavam a melhoria da qualidade de vida das pessoas, que constitui em verdade, o objeto central da tutela do direito ao lazer. Ainda que a tutela do lazer não tenha atingido a repercussão merecida dentro do direito positivo, encontrando-se ainda em um complexo processo de efetivação, uma conquista do nosso tempo que merece destaque em todo esse processo histórico, é o surgimento da dignidade humana como eixo da interpretação dos direitos, que é, sem dúvida um dos instrumentos mais eficazes para a proteção do direito ao lazer.

Percebeu-se que apesar da importância do tempo livre na vida das pessoas, o legislador constituinte atribuiu poucas normas referentes ao direito ao lazer. Em resumo, apenas foi declarada a sua existência no artigo 6º, depois, em relação à sua elaboração, ele estabeleceu o direito ao lazer como um direito garantido à crianças e adolescentes, no artigo 277, e por fim, atribuiu ao poder público o dever de incentivar o lazer ligado o desporto como forma de promoção social. Conclui-se assim, que existe uma deficiência na tutela do tempo de lazer, pois lazer é um conceito amplo mas de extrema importância, pois somente nesse período da vida do indivíduo é que se pode efetivar uma série de direitos fundamentais, como a cultura, a educação, a saúde, o desporto, o convívio familiar, entre outros. O erro do legislador se mostra claro quando se percebe que existem diversos direitos garantidos, mas que não existe a garantia que se terá tempo e condições para exercê-los.

Diante da estrutura da Constituição Federal de 1988, observa-se a urgente necessidade de conferir a aplicabilidade não só do direito ao lazer, mas a todas as normas programáticas, pois a reforma social

pretendida pela nossa Constituição só se dará quando estas questões ditas *programáticas* forem, de fato, a preocupação do Legislativo, do Executivo e do Judiciário. Caso contrário, para manter as antigas estruturas, e afastar todas as novidades e conquistas, nem mesmo seria necessária uma nova Constituição.

Toda norma constitucional é válida e deve necessariamente ser aplicada. A Constituição não se presta para ser um mero texto utópico. Para isto, temos inúmeros outros textos. Como bem mencionou Rui Barbosa, Constituição não é conselho, não é aviso, não é lição. A Constituição possui um caráter vinculante e está acima de todos os Poderes da União, que devem necessariamente se curvar a ela. A concretização das normas constitucionais é algo prioritário a qualquer disputa de poder. Somente a ação integrada dos três Poderes pode levar à plenitude da Constituição e do Estado Democrático de Direito. Portanto, deve haver antes, uma alteração de ordem ética em moral, onde independentemente contra quem o direito constitucional for exigido, seja o Legislativo, seja o Executivo, seja o Judiciário, inicie-se uma busca para a aplicação daquele direito. Não se deve haver escusas, não se deve haver recalcitrância, não se deve haver ações evasivas. Não existir qualquer manifestação de qualquer um dos poderes em relação a um direito constitucionalmente previsto há mais de 20 anos é claramente uma flagrante omissão, não existe qualquer outro nome para isto.

Transferir responsabilidades para outro Poder não traz aplicação da Constituição.

O lazer já configura uma questão de complexo entendimento. A sua aplicação notadamente não é uma tarefa fácil, por isto mesmo, que toda vez que existe a recusa da sua aplicação, apenas se complica mais o problema. O que não se pode permitir é que uma norma constitucional, plenamente vigente, com plena força obrigatória de norma de direito fundamental, não seja cumprida por ninguém, deixando o cidadão brasileiro exposto a diversas violações da sua dignidade.

Portanto, ao observar o controle jurisdicional de inconstitucionalidade por omissão, referente ao direito ao lazer, percebemos que o

Judiciário está falhando reiteradamente na sua missão de garantir e executar o conteúdo normativo constitucional. O Poder Judiciário se preocupa mais em não entrar em conflito com os outros poderes do que em garantir outros direitos constitucionais que possuem igual relevância social.

É necessário, também, realizar um amplo diálogo com a sociologia, com a filosofia, com a psicologia, com a medicina, com a teologia, com a antropologia, e com quaisquer outras áreas que possam fornecer soluções para a concretização do direito ao lazer. Realmente, não existe no Direito, nada muito concreto a respeito, mas a necessidade do lazer para o ser humano diante das revoluções ocorridas nos últimos séculos, é um fato.

É imperativo maior aprofundamento referente ao direito ao lazer. Como apresentamos neste trabalho, é claramente identificável a omissão inconstitucional referente ao direito ao lazer, contudo, propor soluções concretas para o problema é realmente uma questão de difícil superação, como observamos na doutrina específica.

Não existem muitas soluções ou propostas. Por esta razão é imprescindível que se observe os anseios do cidadão em relação ao lazer. É possível obter estas informações através de pesquisas em estudos sociais, psicológicos, antropológicos, entre outros, mas no Direito, a fonte desta informação vem dos casos levados a juízo. Contudo, enquanto existir a política de negar e ignorar todos os pedidos que se referem ao direito ao lazer sob a alegação que esta é uma questão para o Legislativo ou Executivo, realmente não será possível obter uma solução nem a curto e nem a longo prazo.

Concluimos, portanto, que a nossa função na atualidade é a de criar efetivamente as condições para a vivência na plenitude de uma sociedade fundada na dignidade humana, algo que só será possível com a colaboração do Estado e com a valorização por todos os membros da sociedade dos princípios da justiça, da verdade, da honra e da igualdade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 2ª ed. São Paulo: Mestre Jou, 1982.

ADORNO, Theodor W. e HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos**. (trad.) Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006.

ALMEIDA, Fernando Barcellos de. **Teoria geral dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996.

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **Direito do trabalho e pós-modernidade: fundamentos para uma teoria geral**. São Paulo: Ltr, 2005.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. (trad.) Roberto Raposo. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

AUTUORI, Maria Helena Villela e GREGORIN, Daniela. **O teletrabalho**. em SCHIOUERI, Luís Eduardo (org.). **Internet: O direito da era virtual**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BARROS, Cássio Mesquita. **Teletrabalho**. em GRECO, Marco Aurélio e MARTINS e Ives Gandra da Silva (coord.). **Direito e Internet: Relações jurídicas na sociedade informatizada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. (trad.) Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

BÍBLIA. Português. **Bíblia sagrada - Edição pastoral**. Tradução de Ivo Storniolo e Euclides Martins Balancin. São Paulo: Paulus, 1990.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

BELTRAN, Ari Possidonio. **Direito do trabalho e direitos fundamentais**. São Paulo: Ltr, 2002.

BERLINGUER, Giovanni e GARRAFA, Volnei. **O mercado humano – a mercadoria final: a comercialização de parte do corpo humano**. 2ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

\_\_\_\_\_. **Os direitos da personalidade**. 5ª ed., atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. (trad.) Carlos Nelson Coutinho. 6ª reimp. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. **Teoria da norma jurídica**. 2ª ed. rev. Bauru, SP: Edipro, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1998.

\_\_\_\_\_. **Consolidação das Leis do Trabalho**, Decreto-Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943.

CALVET, Otávio Amaral. **Direito ao lazer nas relações de trabalho**. São Paulo: Ltr, 2006.

CALVETE, Cássio da Silva. **A viabilidade da redução da jornada de trabalho no Brasil**. Internet <[www.jornada.localweb.com.br](http://www.jornada.localweb.com.br)> Acesso em 15.06.2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6ª ed. rev. Coimbra: Almedina, 1995.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1: parte geral**. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO, Oscar de. **Gênese e evolução dos direitos fundamentais**. In: Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos: Divisão Jurídica da Instituição Toledo de Ensino de Bauru. nº 34, abril – julho de 2002. Bauru, SP: EDITE – Editora da ITE, 2002.

CHEMIN, Beatris Francisca. **Lazer e constituição – uma perspectiva do tempo livre na vida do (trabalhador) brasileiro**. Curitiba: Juruá Editora, 2002.

CLEVÈ, Clèmerson Merlin. **O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais**. In: Revista da Academia brasileira de direito constitucional. nº 3, 2003. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2003.

DE MASI, Domenico. **A economia do ócio**. (trad.) Carlos Irineu W. da Costa, Pedro Jorgensen Júnior e Léa Manzi. 2ª ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2001.

\_\_\_\_\_. **O ócio criativo**. (trad.) Lea Manzi. 10ª ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

DUMAZEDIER, Joffre. **Lazer e cultura popular**. São Paulo: Perspectiva, 1978.

ENGFER, Uwe, HINRICHS, Karl, OFFE, Claus e WIESENTHAL, Helmut. **Situação e redução da jornada de trabalho na visão do empregado**. em OFFE, Claus. **Trabalho e sociedade: Problemas estruturais e perspectivas para o futuro da "Sociedade do Trabalho"**. (trad.) Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

ESCOLA. In **Dicionário Houaiss**. Disponível em <<http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=escola&styp=K>> Acesso em 07.06.08.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERREIRA, António Gomes. **Dicionários "editora" - Dicionário de latim-português**. Porto Editora, 1976.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 8ª. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **Princípio de direito processual ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2007.

G1. **Brasileiro gasta mais com educação e imposto**. Internet <<http://g1.globo.com/Noticias/0,,MUI55595-5599,00.html>> Acesso em 20.06.07.

\_\_\_\_\_. **Nova lei garante às crianças chinesas direito de dormir e brincar**. Internet <<http://g1.globo.com/Noticias/0,,MUI45512-5602,00.html>> Acesso em 01.06.07.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. **O processo de afirmação dos direitos fundamentais: evolução histórica, interação expansionista e perspectivas de efetivação**. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 11, nº 45, outubro-dezembro de 2003. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2ª ed. rev. amp. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001.

HINRICHS Karls, OFFE Claus e WIESENTHAL Helmut. **A disputa pelo tempo – a jornada de trabalho nos conflitos sócio-políticos e industriais**. em OFFE, Claus. (org) **Trabalho e sociedade: Problemas estruturais e perspectivas para o futuro da "Sociedade do Trabalho"**. (trad.) Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. (trad.) Alex Marins. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2006.

HOBBSAWM, Eric. **Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991.** (trad.) Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** (trad.) Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2002.

\_\_\_\_\_. **A metafísica dos costumes.** (trad.) Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.

LAFARGUE, Paul. **O direito ao ócio** em DE MASI, Domenico (org.). **A economia do ócio.** (trad) Carlos Irineu W. da Costa, Pedro Jorgensen Júnior e Léa Manzi. 2ª ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2001.

LAZER. In **Dicionário Houaiss.** Internet <[http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=lazer &styp=k](http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=lazer&styp=k)> Acesso em 07.06.08.

LAZER. In **Dicionário Michaelis.** Disponível em <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=lazer>> Acesso em 07.06.08.

LEAL, Roger Stiefelmann. **Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais.** Internet <<http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal2.htm>> Acesso em 11.06.08.

\_\_\_\_\_. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2006.

LEÃO XIII, Papa. **Carta encíclica "Rerum novarum".** 15ª ed., São Paulo: Paulus, 2005.

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna.** 3ª ed. Lisboa: Gradiva, 2003.

LUDWIG, Marcos de Campos. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no direito privado brasileiro** em: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001.

MAÑAS, Christian Marcello. **Tempo e Trabalho - A tutela jurídica do tempo de trabalho e tempo livre**. São Paulo: Ltr, 2005.

MARCELLINO, Nelson Carvalho. **Estudos do lazer**. Campinas, São Paulo: Autores Associados, 1996.

\_\_\_\_\_. **Lazer e educação**. Campinas, São Paulo: Papyrus, 2000.

\_\_\_\_\_ (org.). **Lazer & empresa: múltiplos olhares**. Campinas, São Paulo: Papyrus, 1999.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MARX, Karl. **A questão judaica**. (trad.) Silvio Donizete Chagas. 2ª ed. Moraes. São Paulo, 1991.

MENEGHELLI, José Eduardo Neder. **Estado Democrático de Direito e a dignidade da pessoa humana**. em SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de. (org.) **Na fronteira: conhecimento e práticas jurídicas para a solidariedade**. Porto Alegre: Síntese, 2003.

MICHAELIS. **Moderno dicionário da língua portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, 1998.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil v. 1: parte geral**. 41ª ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais e a constituição de 1988**. In: Os 10 anos da Constituição Federal. MORAES, Alexandre de (org). São Paulo: Atlas, 1999.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Walter. **Concepção tomista de pessoa – Um contributo para a teoria do direito da personalidade** em: Revista de direito privado. Ano 1, nº 2, abril-junho de 2000. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho**. 19ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

NASCIMENTO, Sônia Aparecida Costa Mascaro. **Flexibilização do horário de trabalho**. São Paulo: Editora Ltr, 2002.

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Noções preliminares de direito civil**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2002.

NEVES, Rodrigo. **Política e democracia na pós-modernidade**. Internet <[http://rodrigofneves.blogspot.com/2007\\_06\\_01\\_archive.html](http://rodrigofneves.blogspot.com/2007_06_01_archive.html)>. Acesso em 31.08.2008.

NUNES, Rizzatto. **Manual da monografia jurídica – como se faz uma monografia, uma dissertação, uma tese**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

OCIOSIDADE. In **Dicionário Michaelis**. Disponível em <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=ociosidade>> Acesso em 21.10.08.

PADILHA, Valquíria. **Tempo livre e capitalismo: Um par imperfeito**. Campinas, SP: Editora Alínea, 2000.

PAIXÃO, Leonardo André. **A função política do Supremo Tribunal Federal**. Tese de doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007.

PINTO, Paulo Mota. **Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português** em SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. 2ª ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

RAW, Raquel. **Pela mão de Alice por Raquel Raw**. Internet <[http://www.abordo.com.br/sat/res04\\_raquel.htm](http://www.abordo.com.br/sat/res04_raquel.htm)>. Acesso em 30.08.2008.

RIPERT, Georges. **Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno**. (trad.) Gilda G. de Azevedo. Campinas: Red Livros, 2002.

ROGERS, Carl Ransom. **Tornar-se pessoa**. (trad.) Manuel Jose do Carmo Ferreira e Alvamar Lamparelli. São Paulo: Martins Fontes, 1977.

ROSEMBERG, Rachel Lea (org.). **Aconselhamento Psicológico Centrado na Pessoa**. São Paulo, EPU – Editora Pedagógica e Universitária, 1987.

RUSSELL, Bertrand. **O elogio ao ócio**. (trad.) Pedro Jorgensen Júnior. 4ª ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência – vol 1 - Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática.** 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

\_\_\_\_\_. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade.** 11ª ed. São Paulo: Cortez, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível.** em SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade: Ensaio de filosofia do direito e direito constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. **A eficácia dos direitos fundamentais,** 4ª ed. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2004.

SEELMAN, Kurt. **Pessoa e dignidade da pessoa humana na filosofia de Hegel.** (trad.) Rita Dostal Zanini em SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade: Ensaio de filosofia do direito e direito constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo.** 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SIRVINSKAS, Luis Paulo. **Manual de direito ambiental.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva 2007.

SOUZA, José Pedro Galvão de. **Dicionário de política.** São Paulo: T.A. Queiroz, 1998.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional.** 17ª ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 2001.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. **Acórdão nº 0354249-4**, Décima Câmara Cível, Relator: Astrid Maranhão de Carvalho Ruthes, julgado em 07.12.2006.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Cível nº 593110547**, Terceira Câmara Cível, Relator: Luiz Gonzaga Pila Hofmeister, julgado em 10.03.1994.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Agravo nº 70004884532**, Oitava Câmara Criminal, Relator: Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, julgado em 23.10.2002.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 2ª. ed. rev. atual. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ZAINAGHI, Domingos Sávio. **Curso de legislação social**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.