



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO STRICTO SENSU
MESTRADO EM DIREITO**

ADRIANA BRASIL VIEIRA WYZYKOWSKI

**A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO
LAZER NAS RELAÇÕES DE EMPREGO**

Salvador

2012

ADRIANA BRASIL VIEIRA WYZYKOWSKI

**A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO
LAZER NAS RELAÇÕES DE EMPREGO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação Stricto Sensu – Mestrado em Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Edilton Meireles de Oliveira Santos.

Salvador

2012

WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira.
A Concretização do Direito Fundamental ao Lazer nas Relações de
Emprego – Salvador: 2012.
238 fl. 30 cm.

Orientação Edilton Meireles de Oliveira Santos.

Dissertação (Mestrado em Relações Sociais e Novos Direitos) -
Faculdade de Direito – Universidade Federal da Bahia, 2012.

Inclui bibliografia.

1. Direito Fundamental. 2. Lazer. 3. Relações de Emprego.

I. Wyzykowski, Adriana Brasil Vieira II. Título.

TERMO DE APROVAÇÃO

ADRIANA BRASIL VIEIRA WYZYKOWSKI

A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO LAZER NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Nome: Dr. Edilton Meireles de Oliveira Santos.

Instituição: Universidade Federal da Bahia

Nome: Dr. Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho

Instituição: Universidade Federal da Bahia

Nome: Dra. Daniela Muradas Reis

Instituição: Universidade Federal de Minas Gerais

Salvador, 15 de agosto de 2012

A
Deus, sempre.

Aos
meus amados pais, Milton e Cristina, e
irmãos, Adriele e André, presença
constante e amor incondicional.

A
Társis, meu querido amor.

AGRADECIMENTOS

Numa lista de agradecimentos sempre ocorrem injustiças, afinal muitos que contribuíram demasiadamente para sua formação ficam de fora. Em verdade, tal referência pode, muitas vezes, cair na monotonia, afinal sempre são vistos os mesmos agradecimentos às mesmas pessoas.

Não me importo com isso, uma vez que desejo demonstrar todo meu amor e carinho por meio desses agradecimentos, ainda que sejam repetitivos. Ora, o amor é o sentimento mais nobre que o ser humano tem. Repetir e repetir que se ama aquele ser em especial não constitui um erro. Pelo contrário, representa uma virtude: a capacidade de amar incondicionalmente.

Por isso, correndo o risco de ser piegas, agradeço ao meu querido Deus, que me guiou nesta jornada em busca do conhecimento, sem que eu me esquecesse do eterno bordão salesiano de ser um “bom cristão e honesto cidadão, fazendo o bem sem olhar a quem”.

Agradeço ainda os meus pais, que me ensinaram os mais valiosos valores e abriram mão de diversos sonhos e desejos para promover meu sustento e educação. Sei que esse período não foi fácil para vocês, mas peço perdão por isso, esperando poder retribuir em dobro todo o investimento que vocês fizeram em mim. Obrigado por serem tão presentes em minha vida.

Agradeço aos meus irmãos, André e Adrielle, por todos os momentos de apoio, ainda que de maneira disfarçada. Agradeço a vocês, queridos irmãos, por todas as brigas e discussões que tivemos, pois foi através delas que pude me tornar o ser que sou hoje.

Agradeço ainda a Társis Silva de Cerqueira, meu amor maravilhoso, amigo de todas as horas, companheiro leal, inspiração de todos os dias. Sem você nada disso seria possível.

Aos meus queridos professores da graduação, pós-graduação e mestrado, agradeço por cada palavra, cada gesto, cada ensinamento. Agradeço, em especial, ao meu querido orientador, Dr. Edilton Meireles, pelo auxílio, ensinamentos e paciência

diante de minha ansiedade. Obrigado pelo acolhimento e por todos os momentos juntos. Igualmente, agradeço ao meu querido professor Dr. Rodolfo Pamplona Filho por todo o apoio e confiança nesta pesquisa, pelos votos de amizade, carinho e pela gigantesca contribuição na minha formação profissional.

Agradeço, ainda, aos meus queridos professores Dr. Dirley da Cunha Júnior e Dra. Roxana Borges pelos maravilhosos momentos juntos, de grande enriquecimento acadêmico e profissional durante as excelentes matérias do mestrado. Agradeço, ainda, ao professor João Alves Neto, pela lições aprendidas durante o tirocínio docente.

Não faltaria o lugar dos amigos e colegas, sempre presentes, ainda que em pensamento. Destaco meus amigos de infância do colégio Salesiano que, apesar da correria e atribulações do dia-a-dia, estão sempre dispostos a ajudar.

Também há um lugar reservado aos amigos e colegas do mestrado, por todos os momentos que passamos juntos. Agradeço, em especial, a Ariele Chagas, Carlos Romeu Salles Correa, Daniella Magalhães, Fernanda Amarante, Indaiá Mota, Leandro Fernandez, Luís Carlos Vasconcelos – o Lula, Silvia Teixeira, Tadeu Vilasboas, Vanesca Bispo e Willer Neto pelos momentos de amizade, descontração e pelos risos ao longo dessa jornada.

Também agradeço aos funcionários do mestrado, em especial a Luíza, Seu Jovino e Sara, pelo apoio, carinho e solicitude que lhe são peculiares.

Agradeço, ainda, aos meus queridos alunos, pessoas que me engrandecem a cada dia. Obrigado pelos momentos de compreensão e pelo auxílio durante essa longa caminhada.

Por fim, agradeço a todos aqueles que, ainda que indiretamente, contribuíram para minha formação. Saibam que estão guardados em meu coração.

Nenhuma diversão para passar o tempo
Sentindo a mesma velhice hoje
Nenhuma diversão para passar o tempo
Enlouquecer por mais um dia
Nenhuma diversão em estar sozinho
Caminhando por mim mesmo
Nenhuma diversão em estar sozinho
É como se não houvesse mais ninguém
Talvez deva sair
Ou ficar em casa
Chamar mamãe pelo telefone
Oh, o'man

Aborto elétrico/Legião Urbana.

Tradução livre.

Título original da música: No fun my baby, no fun

Compositor desconhecido

Interpretação: Renato Russo

RESUMO

Os direitos fundamentais surgiram com o escopo de proteger os direitos inerentes à condição humana de possíveis violações, principalmente relacionadas ao direito de liberdade, cometidas pelo Estado. Com o passar dos anos, percebeu-se que os direitos fundamentais não estão adstritos à relação entre o indivíduo e o Estado, mas também podem atuar nas relações privadas. Surgiram então teorias sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, destacando-se as teorias da *State Action* – que nega a eficácia dos direitos fundamentais às relações particulares, a teoria da eficácia imediata, que defende a aplicação dos direitos fundamentais diretamente nas relações privadas e a teoria da eficácia mediata, que adota posicionamento intermediário, de modo que os direitos fundamentais incidem mediante atuação legislativa e interpretação, pelo judiciário, de cláusulas jurídicas indeterminadas. As relações trabalhistas, como relações privadas, estão sujeitas à vinculação do particular empregador aos direitos fundamentais, uma vez que se tratam de relações marcadas pela desigualdade e pela existência de um poder social do empregador. Nesse sentido, o direito fundamental ao lazer incide nas relações trabalhistas, uma vez que consubstancia um direito consagrado no texto constitucional, advindo da luta entre trabalho, capital e tempo livre típica da Revolução Industrial. Possuindo funções caras aos trabalhadores, como recuperação do indivíduo, eliminação da fadiga e estresse e desenvolvimento da personalidade, o lazer deve ser concretizado nas relações de emprego, por meio de uma mudança na postura empresarial e de interpretação desse direito. Assim, deve-se tutelar o tempo livre para concretização do lazer, bem como instaurar políticas ativas visando promoção de atividades prazerosas dentro e fora da jornada de trabalho. Por fim, a autonomia privada, individual e coletiva, deve funcionar como aliada na promoção do lazer diante das negociações entre os indivíduos.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Lazer. Concretização. Relações de emprego.

ABSTRACT

The fundamental rights emerged to protect the rights inherent in the human condition from possible violations committed by the State, especially those concerning the right to freedom. With the passing of the years, fundamental rights did not become restricted to the relationship between private persons and the State, also operating in private-law relations. Thus, there emerged new theories binding private persons to fundamental rights, especially the *State Action* theories, which claim fundamental rights hold no sway over private-law relations; the direct third-party effect theory, which advocates fundamental rights directly affect private-law relations; and the indirect third-party effect theory, which adopts an intermediary stance, through which fundamental rights affect private-law relations through legislative action and the interpretation, by the Judiciary, of General clauses. Employment relationships, in the capacity of private-law relations, are subject to the binding of private-law employers to fundamental rights, as these relations bear inequalities, and as employers hold social powers. In this sense, the fundamental right to leisure affects employment relationships, as it empowers a Constitutional right resulting from the struggle between labor, capital and free time, typical of the Industrial Revolution. With crucial functions to laborers, such as individual recovery, fatigue and stress elimination, and personality development, leisure must be implemented in employment relationships through changes in business practices and in the interpretation of this right. Thus, in order for leisure to be implemented, free time must be provided, and active policies aimed at fostering pleasant activities inside and outside the hours of work must be established. Lastly, the private, personal and collective autonomies should operate in favor of the promotion of leisure in negotiations between private persons.

Keywords: Fundamental Rights. Leisure. Implementation. Employment relationships.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|-------|-----------------------------------|
| art. | Artigo |
| CC-02 | Novo Código Civil |
| CF/88 | Constituição Federal |
| CLT | Consolidação das Leis do Trabalho |
| CPC | Código de Processo Civil |
| DJ | Diário da Justiça |
| ED | Embargos de Declaração |
| LICC | Lei de Introdução ao Código Civil |
| MS | Mandado de Segurança |
| RE | Recurso Extraordinário |
| RESP | Recurso Especial |
| STF | Supremo Tribunal Federal |
| STJ | Superior Tribunal de Justiça |
| TRT | Tribunal Regional do Trabalho |
| TST | Tribunal Superior do Trabalho |

SUMÁRIO

| | | |
|----------|--|-----------|
| 1 | INTRODUÇÃO | 13 |
| 2 | TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS | 23 |
| 2.1 | CONCEITO E TERMINOLOGIA | 24 |
| 2.2 | BREVE HISTÓRICO SOBRE O SURGIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS | 26 |
| 2.2.1 | Primeiro momento histórico: a pré-história dos direitos fundamentais: Antiguidade e Início da Idade Média | 27 |
| 2.2.2 | Segundo momento histórico: da doutrina jusnaturalista à afirmação dos direitos naturais do homem | 29 |
| 2.2.3 | Terceiro momento histórico: constitucionalização dos direitos fundamentais | 31 |
| 2.3 | AS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS | 33 |
| 2.3.1 | Considerações iniciais | 33 |
| 2.3.2 | Os direitos fundamentais de primeira dimensão | 34 |
| 2.3.3 | Os direitos fundamentais de segunda dimensão | 35 |
| 2.3.4 | Os direitos fundamentais de terceira dimensão | 37 |
| 2.3.5 | Os direitos fundamentais de quarta dimensão | 39 |
| 2.4 | CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS | 40 |
| 2.4.1 | Historicidade | 40 |
| 2.4.2 | Universalidade | 40 |
| 2.4.3 | Inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade | 41 |
| 2.4.4 | Limitabilidade | 42 |
| 2.4.5 | Concorrência, complementaridade e interdependência | 43 |
| 2.4.6 | Proibição do retrocesso | 43 |
| 2.4.7 | Constitucionalização | 44 |
| 2.5 | OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 | 44 |
| 2.6 | A FUNDAMENTABILIDADE FORMAL E MATERIAL E O CONCEITO MATERIALMENTE ABERTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS | 46 |
| 2.7 | TITULARES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS | 50 |
| 2.7.1 | A pessoa natural como titular de direitos fundamentais | 51 |

| | |
|--|-----------|
| 2.7.2 Direitos dos estrangeiros residentes e não-residentes no país | 52 |
| 2.7.3 As pessoas jurídicas como titulares de direitos fundamentais | 56 |
| 2.8 DEVERES FUNDAMENTAIS | 57 |
| 2.9A EFICÁCIA DO ARTIGO 5º, PARÁGRAFO 1º DA CONSTITUIÇÃO | 59 |
| 2.10 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS | 64 |

3 A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

68

| | |
|---|------------|
| 3.1 PERSPECTIVA OBJETIVA E SUBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS | 70 |
| 3.1.1 A Constituição como Ordem de Valores | 73 |
| 3.1.2 A eficácia Irradiante dos Direitos Fundamentais | 78 |
| 3.2A NEGAÇÃO DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS: A DOCTRINA DA <i>STATE ACTION</i> | 81 |
| 3.3A TEORIA DA EFICÁCIA INDIRETA OU MEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS | 86 |
| 3.4A TEORIA DA EFICÁCIA DIRETA E IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS | 93 |
| 3.5 TEORIA DOS DEVERES DE PROTEÇÃO | 102 |
| 3.6 OUTRAS CONCEPÇÕES TEÓRICAS ACERCA DA VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS | 105 |
| 3.6.1 Teoria de Schwabe | 105 |
| 3.6.2 Teoria integradora de Alexy | 107 |
| 3.7A EFICÁCIA HORIZONTAL NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS | 110 |

4 O CONCEITO DE LAZER

117

| | |
|---|------------|
| 4.1 TEMPO, LAZER E TRABALHO E SUAS IMPLICAÇÕES NA VALORIZAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA | 118 |
| 4.2 O CONCEITO DE LAZER E SUAS IMPLICAÇÕES | 128 |
| 4.2.1 O conceito de lazer | 129 |
| 4.2.2 Diferenciações necessárias | 132 |
| 4.2.2.1 Lazer, tempo livre e descanso | 133 |

| | | |
|----------|---|------------|
| 4.2.2.2 | Lazer e ócio | 137 |
| 4.3 | CONTEÚDO DO LAZER | 141 |
| 4.3.1 | Lazeres físicos | 141 |
| 4.3.2 | Lazeres artísticos | 142 |
| 4.3.3 | Lazeres práticos | 143 |
| 4.3.4 | Lazeres intelectuais | 143 |
| 4.3.5 | Lazeres sociais | 144 |
| 4.3.6 | Lazeres turísticos? | 145 |
| 4.4 | AS FUNÇÕES DO LAZER | 146 |
| 5 | A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO LAZER NAS RELAÇÕES DE EMPREGO | 153 |
| 5.1 | O LAZER COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL | 154 |
| 5.2 | POSIÇÃO DO DIREITO AO LAZER NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SEUS REFLEXOS | 158 |
| 5.3 | A EFICÁCIA DO DIREITO AO LAZER NAS RELAÇÕES DE EMPREGO | 167 |
| 5.3.1 | A possibilidade de utilização da eficácia mediata do direito ao lazer na tutela do tempo livre | 171 |
| 5.3.2 | Pela eficácia imediata – a vinculação dos particulares ao direito ao lazer e suas implicações na tutela do tempo livre | 174 |
| 5.4 | MEIOS DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO AO LAZER NAS RELAÇÕES DE EMPREGO | 178 |
| 5.4.1 | A tutela do tempo livre por meio de uma postura correta do empregador na relação laboral. O respeito aos intervalos e descansos na relação de emprego | 179 |
| 5.4.2 | Postura ativa do empregador na concretização do direito ao lazer dentro e fora do estabelecimento empresarial por meio de fomento deste direito fundamental social | 186 |
| 5.4.3 | A autonomia privada como meio concretizador do direito ao lazer nas relações trabalhistas | 192 |
| 5.4.3.1 | Autonomia privada individual, relações de emprego e a concretização do direito ao lazer | 198 |

5.4.3.2 Autonomia privada coletiva e a concretização do direito ao lazer 201

6 CONCLUSÕES 211

REFERÊNCIAS 225

1 INTRODUÇÃO

Embeberando-se na doutrina de Karl Popper, que defende ser a ignorância sóbria e ilimitada, percebe-se que, a cada problema resolvido, descobrem-se outros problemas ainda não solucionados¹.

Igualmente, descobre-se que o conhecimento não começa com percepções ou observações, muito menos com coleção de fatos ou números. O conhecimento, à luz dos ensinamentos de Popper, inicia com os problemas, o que significa que o conhecimento tem origem na tensão entre o conhecido e o ignorado, na medida em que não há nenhum conhecimento sem problemas e vice-versa². É nessa senda que se dão os contornos iniciais desta pesquisa.

Há de se considerar natural o constante e progressivo reflexo dos direitos fundamentais no âmbito das relações de trabalho. Tal afirmação pode até mesmo, à primeira vista, parecer uma constatação óbvia.

Estando-se ciente do atual enquadramento preponderante nas relações trabalhistas como relações tipicamente privadas (em que pese tenha se discutido bastante e ainda se discuta a taxionomia do direito do trabalho), não se pode olvidar a diuturna intromissão do Estado nessas relações. Hodiernamente, é possível conceber-se como desprezível ou até mesmo odiosa a integral ausência da intervenção do Estado na seara das relações trabalhistas (nada obstante a recíproca também seja verdadeira, uma vez que uma ingerência exacerbada do Estado nas relações de trabalho pode gerar um obstáculo imenso na própria contratação).

Contudo, é possível perceber que tais discussões mostram-se desinteressantes. Na medida em que cresce o fenômeno da constitucionalização dos institutos de direito privado, os quais aderiram às previsões e ao Texto formalmente constitucional, gerou-se um enorme abalo no alicerce que sustenta a famosa e vetusta distinção entre o “direito público” e o “direito privado”. Noutras palavras, não se sabe ao certo o que (quais institutos e relações) pertence exclusivamente ao ramo do direito

¹ POPPER, Karl Raymund. **Lógica das Ciências Sociais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, p.13.

² POPPER, Karl Raymund. **Lógica das Ciências Sociais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, p.14-15.

privado – principalmente, se os direitos, deveres, institutos e relações referirem-se às relações trabalhistas.

Na verdade, isso não interessa muito, se tais institutos e relações receberem a mesma proteção constitucional. A Constituição incumbe ao Estado a obrigação de preservá-los, valiosos direitos e interesses, sem os discriminar como de “direito público” ou “direito privado”.

Tal raciocínio comprova-se no estudo dos direitos fundamentais, mormente quando se analisam seus reflexos sobre as relações privadas – a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Em um primeiro momento, esses direitos surgiram como forma de limitar o próprio poder do Estado. Limitava-os a partir do favorecimento e da tutela das liberdades individuais. Em seguida, os direitos fundamentais evoluíram para a imposição ao Estado de certas obrigações – eram direitos de caráter prestacional, social, que visavam a assegurar a igualdade material entre as pessoas. Nesse instante, foi reconhecida uma série de direitos trabalhistas, sendo que alguns deles, até hoje, não foram plenamente efetivados.

Naquela tenra época, não se falava de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, eficácia desses direitos sobre as relações privadas. Contudo, ninguém duvidava ou discutia que muitos dos direitos sociais (direitos fundamentais de segunda geração ou dimensão), principalmente os direitos trabalhistas, vinculavam as partes nas relações privadas, limitando o agir daquele mais forte sobre a parte hipossuficiente.

Relacionados com o progressivo reconhecimento e conformação dos direitos fundamentais, verificou-se que estes não bastavam para limitar a atuação do Estado na vida das pessoas ou impor-lhe obrigações. Observou-se que, nas relações privadas, palco privilegiado para a prática de injustiças e despautérios, os direitos fundamentais, imprescindivelmente, teriam eficácia, ao menos para moralizar essas relações ou prevenir iniquidades.

Nesse sentido, avultaram-se direitos fundamentais sociais pautados em uma atuação positiva do Estado na busca da concretização desses mesmos direitos. E tais direitos, antes vistos apenas sob a perspectiva estatal, passaram a ter

residência também no âmbito das relações privadas, bem como outros direitos fundamentais.

E, nesse sentido, sendo o lazer um direito fundamental social decorrente de lutas sociais advindas da Revolução Industrial, ele tem eficácia imediata nas relações particulares, em especial nas relações trabalhistas, marcadas pela existência de um desequilíbrio latente entre empregado e empregador.

Com efeito, o direito fundamental ao lazer encontra-se relacionado ao trabalho pelo fato de que foi mais discutido em contraposição a este, afinal, era necessário trabalhar para sobreviver e também era necessário ter tempo livre – onde o lazer se inclui – para que o indivíduo se recuperasse do labor. Nesse contexto, o direito fundamental ao lazer encontra-se como meio de promoção da dignidade da pessoa humana, uma vez que o conceito de vida digna – conceito aberto – abarca a promoção do lazer por meio de atividades que façam com o que o indivíduo atinja a sua plenitude.

Nesta oportunidade, digno salientar que a Constituição Federal (Constituição da República Federativa do Brasil) prescreve, no título dedicado aos direitos e garantias fundamentais, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5º, *caput*), bem como são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (art. 5º, inciso X). Além disso, de igual importância, especificamente quando se trata de relações de trabalho, encontra-se no rol de direitos fundamentais a liberdade do exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, desde que atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. Deve ser entendida não só como liberdade de escolha do trabalho, mas também como liberdade de prestação do trabalho dentro dos ditames legais e regulamentares, em homenagem ao princípio hermenêutico da interpretação com máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Ainda mais, a própria Constituição Federal de 1988 adota, em diversas passagens, o direito ao lazer, ora por via expressa, ora por meios indiretos. Assim, o art. 6º do Texto constitucional consagra, ao lado de outros direitos tão caros ao indivíduo, o direito ao lazer como um direito fundamental social.

Isso se dá, pois se reconhece que as atividades de lazer, com base na existência de lazeres físicos, sociais, práticos, intelectuais e artísticos, acabam por desempenhar importante papel na consagração da dignidade humana, ou seja, é por meio do lazer que o indivíduo também desenvolve sua personalidade, usufrui de recreação e pode se recuperar das mazelas do dia a dia.

Nessa senda, caso se faça conta do instrumental constitucional em prol da proteção avançada dos direitos fundamentais, ciente do preponderante entendimento acerca da ampla e irrestrita eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e considerando a perspectiva de que o direito ao lazer é um direito fundamental social caro ao indivíduo – uma vez que possui objetiva a recuperação da pessoa, eliminação do estresse e fadiga e formação da personalidade – surge, neste momento, o principal objeto deste trabalho, o qual pode ser resumido no seguinte questionamento: como concretizar o direito ao lazer nas relações trabalhistas?

Como se observa, por si só, o problema proposto justifica um estudo específico e aprofundado. No tocante à Teoria Geral do Direito, a importância do tema acima apresentado é percebida em razão dos árduos estudos e discussões travadas pela doutrina acerca de seu objeto.

A importância do presente estudo encontra-se, em primeiro lugar, na intenção de pacificar certa inquietação que vem provocando, na comunidade jurídica brasileira, a questão da aplicabilidade da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações de emprego.

Dados os entendimentos no âmbito do Supremo Tribunal Federal a respeito da eficácia horizontal, é possível buscar novos fundamentos e instrumentos no tocante à efetivação do direito ao lazer por meio de sua incidência direta na relação de emprego.

O tema em estudo, igualmente, é assunto de grande importância prática, haja vista que, conhecendo novos contornos dogmáticos e teóricos, os quais viabilizam uma concreta e inovadora análise do direito ao lazer vista a partir da perspectiva da relação de emprego, podem-se inferir novos meios de concretização desse direito fundamental.

A discussão longe está de encerrar-se – ao contrário, a cizânia ainda se encontra no começo. Torna-se, pois, necessário este estudo para amadurecimento do tema e aperfeiçoamento dos instrumentos de concretização do direito ao lazer.

Urge salientar que o tema em comento foi pensado a partir de uma pesquisa anterior referente ao estudo dos direitos fundamentais. Ao se abraçar a ideia de que os direitos fundamentais devem ter incidência nas relações de emprego objetivando a efetivação da proteção ao trabalhador, chegou-se ao cerne da pesquisa por conta da situação vivenciada pelo pai da pesquisadora, que não fruía adequadamente do seu direito ao lazer, por conta de jornadas extenuantes, prestação de horas extraordinárias continuamente, trabalhos realizados no ambiente doméstico, constante uso de celulares e *tokens* da empresa em horários de tempo livre, como descanso semanal remunerado, férias etc. A motivação para tal pesquisa foi justamente a clara impossibilidade de fruição do direito fundamental ao lazer diante de tais situações.

No tocante aos objetivos, pode-se pontuar que a principal intenção deste estudo é analisar as formas de positivação do direito fundamental social ao lazer a partir da perspectiva da eficácia horizontal imediata dos direitos fundamentais nas relações de emprego.

Para tanto, pretende-se: a) Traçar contornos do conceito de direitos fundamentais e terminologia utilizada; b) Discorrer sobre as dimensões dos direitos fundamentais, fazendo-se uma análise maior dos direitos fundamentais de segunda dimensão, os chamados direitos sociais; c) Verificar como os direitos fundamentais foram postos na Constituição Federal de 1988, analisando-se sua fundamentabilidade formal e material; d) Abordar a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, esquadrinhando-se a eficácia irradiante dos direitos fundamentais e dos deveres de proteção do Estado; e) Examinar a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais; f) Verificar quais os titulares dos direitos fundamentais; g) Delimitar o que é eficácia vertical dos direitos fundamentais; h) Definir o que conforma a eficácia horizontal dos direitos fundamentais; i) Analisar as teorias existentes acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, verificando, ainda, se a teoria da eficácia direta e imediata seria compatível com o ordenamento jurídico brasileiro e os posicionamentos dos Tribunais pátrios; j) Visualizar as relações de emprego como relações privadas, em que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais poderia ser aplicada; h)

Conceituar o lazer e analisá-lo a partir da perspectiva do tempo livre e do trabalho; i) Determinar as diferenças entre lazer, tempo livre, ócio e descanso; j) Verificar quais são os conteúdos do lazer; k) Observar quais são as funções do lazer; l) Decompor o direito ao lazer sob a ótica dos direitos fundamentais sociais; m) Estabelecer o posicionamento do direito ao lazer perante a Constituição Federal de 1988; n) Visualizar como se dá a eficácia do direito ao lazer nas relações de emprego; o) Demarcar meios de concretização do direito ao lazer nas relações de emprego.

No tocante à metodologia utilizada, partindo-se da concepção desenvolvida por Boaventura de Sousa Santos, percebe-se que a unidade metodológica não é capaz de acompanhar o desenvolvimento científico vivido nos dias atuais.

Cada método é uma linguagem e a realidade responde na língua em que é perguntada. Só uma constelação de métodos pode captar o silêncio que persiste entre cada língua que pergunta³. Assim, durante o desenvolvimento de uma pesquisa, faz-se necessária a utilização de metodologias diferenciadas, a fim de se alcançar um melhor resultado no tocante ao objeto pesquisado.

Para a realização desta pesquisa, destarte, utilizar-se-á, primordialmente, o método cartesiano desenvolvido por René Descartes⁴, segundo o qual não se deve aceitar como verdadeiro aquilo que não se conhece claramente como tal, devendo-se repartir as dificuldades analisadas em tantas parcelas quanto necessárias para um melhor deslinde do problema.

O autor defende que o pensamento deve-se encontrar ordenado, de modo a se conduzir pelos objetos mais simples e mais fáceis de conhecer, elevando-se, pouco a pouco, até o conhecimento dos mais compostos, e presumindo até mesmo uma ordem entre os que não se precedem naturalmente uns aos outros.

Infere-se desse raciocínio que a elaboração de uma pesquisa científica, pautada no método cartesiano, deve partir da análise de ideias mais gerais para, paulatinamente, realizar uma análise das questões mais específicas. E, ainda

³ SANTOS, Boaventura de Sousa. Um discurso sobre as ciências na transição para uma ciência pós-moderna. **Estudos Avançados**. São Paulo, vol. 2, n. 2, 46-71, mai/ago 1988, p. 66.

⁴ DESCARTES, René. **Discurso do Método**. 3. ed., ver. e ampl. São Paulo: Martins Fontes, 2007, P. 33-34.

segundo Descartes, não pode esquecer-se de efetuar revisões tão completas e gerais na pesquisa, de modo a se ter uma certeza de nada omitir⁵.

Ainda far-se-á a utilização do método lógico-dedutivo desenvolvido por Popper. O autor constata que todo conhecimento começa na existência de problemas, tal como ocorre na pesquisa científica, que se inicia com o problema de pesquisa⁶.

O método consiste, pois, em experimentação de possíveis soluções para problemas delimitados no início da investigação científica ou mesmo daqueles que possam vir a surgir no curso da mesma⁷. Para tanto, é de suma importância que tais possíveis soluções estejam abertas às críticas que lhes possam ser feitas. Popper, então, afirma que se tal solução tentada é refutada através do criticismo, deve-se iniciar um novo processo visando a estabelecer uma nova tentativa de solucionar o problema apresentado, o que não impede que a solução por ora aceita seja rediscutida posteriormente⁸.

Nota-se que, em uma pesquisa científica, a possibilidade de crítica e refutação a uma teoria apresentada é de extrema importância para o seu bom desenvolvimento, afinal, o criticismo inibe concepções teóricas pré-formuladas, de modo a visualizar o fenômeno sob diversas perspectivas. E isso é extremamente necessário no tocante à análise dos direitos fundamentais e seus reflexos no assédio moral.

Por fim, propõe-se ainda a utilização das propostas de Feyerabend.

Em breves linhas, sob a ótica de Paul Feyerabend, o progresso da ciência só é possível sob a perspectiva de um anarquismo metodológico. Para ele, o único princípio que não inibe o progresso é o tudo vale⁹. Isso não significa, no entanto, que Feyerabend defenda a abolição dos métodos científicos, mas sim demonstra o desejo de que a utilização de métodos imutáveis e inflexíveis seja combatida.

⁵DESCARTES, René. **Discurso do Método**. 3. ed., ver. e ampl. São Paulo: Martins Fontes, 2007, P. 34.

⁶ POPPER, Karl Raymund. **Lógica das Ciências Sociais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, p.14-15.

⁷ POPPER, Karl Raymund. **Lógica das Ciências Sociais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, p. 16.

⁸ POPPER, Karl Raymund. **Lógica das Ciências Sociais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, p. 16.

⁹ FEYERABEND, Paul. **Contra o método**. Trad. Octanny S. da Mata e Leônidas Hegenberg. Rio de Janeiro: Francisco Alves Editora, 1977, p. 27.

É necessário, na visão do autor, que o debate mantenha sua característica antecipatória, argumentativa, sob pena de se tornar um obstáculo ao progresso¹⁰. O que se percebe é um desejo do autor de manter o criticismo vivo no desenvolvimento da ciência, a fim de possibilitar um efetivo progresso. E isso é almejado no desenvolvimento desta pesquisa, como já dito alhures, pois o desenrolar argumentativo crítico sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais é crucial para uma melhor compreensão do fenômeno que este estudo busca analisar.

Conclui-se, então, que a proposta metodológica a ser utilizada baseia-se no estabelecimento de um diálogo entre os problemas apresentados e soluções críticas sugeridas a estes problemas, devendo-se iniciar a partir de problemas mais gerais, para, então, se chegar a problemas e soluções mais específicos, sem perder de vista o diálogo crítico e argumentativo dos fenômenos da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e à concretização do direito ao lazer.

Busca-se, ainda, para o desenvolvimento deste trabalho, a utilização de fontes de pesquisa diversas, optando-se pelas fontes bibliográficas e documentais, tais como códigos, leis, literatura nacional e estrangeira constante em livros, periódicos, artigos científicos etc. Neste ponto, impõem-se, igualmente, a colheita e a análise de “jurisprudência”, extraídas de fontes disponibilizadas pelos mais diversos órgãos jurisdicionais.

Concernente à viabilidade da pesquisa a ser realizada, ela se encontra demonstrada, uma vez que o tema ora proposto sempre transpassou a atividade acadêmica e profissional da pesquisadora. Ademais, o tema em tela sempre foi alvo de inquietudes na vida dos trabalhadores que, por muitas vezes, veem seu direito fundamental ao lazer ser abandonado ou desrespeitado diante da relação de emprego travada com seu empregador.

Por fim, neste momento, cabe traçar os contornos gerais dos raciocínios que serão desenvolvidos ao longo do texto. Tratar-se-á, no segundo capítulo, da teoria geral dos direitos fundamentais, de modo a se estabelecer um conceito do que sejam tais direitos, perpassando por sua evolução histórica, dimensões e características.

¹⁰ FEYERABEND, Paul. **Contra o método**. Trad. Octanny S. da Mata e Leônidas Hegenberg. Rio de Janeiro: Francisco Alves Editora, 1977, p. 30.

Nesse mesmo capítulo, será efetuada uma análise do contexto em que estão inseridos os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, trazendo à baila as discussões acerca da fundamentabilidade formal e material desses direitos e a cláusula de abertura contida no art. 5º, parágrafo 2º da Carta Magna. Identificar-se-ão, ainda, os sujeitos de direitos fundamentais, estabelecendo-se um parâmetro com a existência de deveres fundamentais. Ao fim desse capítulo, serão analisadas não apenas a eficácia contida no art. 5º, parágrafo 1º da Constituição Federal, quer seja a eficácia imediata dos direitos fundamentais, como também a questão dos direitos fundamentais sociais.

No terceiro capítulo, será feito um estudo da constitucionalização do direito privado, passando pelas perspectivas objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais e eficácia irradiante desses direitos. Concluídas tais observações, expor-se-ão as principais teorias existentes sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, quer sejam a doutrina da *state action*, a teoria da eficácia indireta ou mediata, a teoria da eficácia direta ou imediata e a teoria dos deveres de proteção.

Serão feitas ainda considerações acerca de outras teorias existentes, limitando-se à análise da teoria de Schwabe e da teoria integradora de Alexy. O referido capítulo será encerrado com a discussão da possibilidade de aplicação da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações de emprego.

O quarto capítulo tratará do conceito de lazer, diferenciações necessárias, conteúdo e funções. Para tanto, será necessário realizar uma incursão na origem do lazer, passando por sua interação com o labor, tempo livre e sua relação com o princípio da dignidade da pessoa humana. Após isso, chegar-se-á à determinação do conceito de lazer, diferenciando-o dos institutos do tempo livre, ócio e descanso.

Após tais considerações, será traçada uma delimitação daquilo que seja o conteúdo do direito ao lazer, de sorte a visualizar as ideias de lazeres práticos, sociais, intelectuais, artísticos, físicos e turísticos. Ao final desse capítulo, serão vislumbradas as funções do lazer, pretendendo-se reconhecer sua importância na vida dos indivíduos.

O quinto capítulo tratará da concretização do direito fundamental ao lazer nas relações trabalhistas, partindo-se da constatação de que o direito ao lazer possui eficácia imediata nas mencionadas relações laborais. Para tanto, será necessário

visualizá-lo como um direito fundamental social passível de tutela estatal, posicionado, com destaque, na Constituição Federal de 1988.

Ademais, verificar-se-á que o direito fundamental social ao lazer incide nas relações de emprego pelo fato de possuir eficácia imediata. Por fim, serão abordados os meios de concretização desse direito fundamental social ao lazer nas relações de emprego através da delimitação da tutela do tempo livre, posturas ativas do empregador visando a uma efetivação desse direito e por meio da autonomia privada individual e coletiva.

2 TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Alcunhar o 14 de julho de 1789 como “divisor de águas” na história da humanidade não é cair em exageros, tamanhas sejam a importância e a repercussão dos acontecimentos que o sucederam. Sem dúvida, a Revolução Francesa representa uma guinada na história da política, das ciências, da sociedade em geral e, como não poderia deixar de ser, na história do Direito.

Desta época é também o início da institucionalização dos chamados direitos fundamentais – sempre muito caros à zetética e à dogmática jurídicas. Com o nascente constitucionalismo moderno, a garantia dos direitos fundamentais é tida como imprescindível à sociedade minimamente organizada e pautada no princípio do Estado de Direito, como no célebre dispositivo da Declaração Universal dos Direitos dos Homens e do Cidadão de 1789 (Art. 16): “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.”

A temática dos direitos fundamentais é sempre intrigante e inspiradora. O homem, em sua essência, é sujeito de direitos inerentes à sua condição humana. Desde antes de Cristo, nos tempos da Bíblia, vislumbrava-se a ideia de vida digna. Adão e Eva, criados à imagem e semelhança de Deus, por exemplo, residiam no paraíso, desfrutando de uma qualidade de vida pontuada na dignidade. Para os cristãos, os homens são irmãos, iguais perante a ótica divina.

Já na Antiguidade, tanto os gregos quanto os romanos idealizavam uma dignidade formulada no fato de ser a humanidade única. Tais anseios refletiam uma tendência cultural acerca da possibilidade de uma existência humana digna, onde o homem seria sujeito de direitos naturais inalienáveis, pela condição humana, esta abraçada, posteriormente, pelo jusnaturalismo e perseguida pelos Estados Democráticos.

E foi nesse contexto que surgiram os direitos fundamentais.

2.1 CONCEITO E TERMINOLOGIA

A utilização da expressão “direitos fundamentais” traz à baila uma discussão muito profunda: a possibilidade de utilização de outras expressões também muito comuns (como “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais”, dentre outros), para se referir aos mesmos institutos. A delimitação terminológica de tal questão faz-se necessária, uma vez que ainda não há um consenso em tal esfera, como bem adverte Ingo Wolfgang Sarlet:

Não é, portanto, por acaso, que a doutrina tem alertado para a heterogeneidade, ambiguidade e ausência de um consenso na esfera constitucional e terminologia, inclusive no que diz com o significado e conteúdo de cada termo utilizado, o que apenas reforça a necessidade de obtermos, ao menos para fins específicos deste estudo, critério unificador. Além disso, a exemplo do que ocorre em outros textos constitucionais, há que reconhecer que também a Constituição de 1988, em que pesem os avanços alcançados, continua a se caracterizar por uma diversidade semântica, utilizando diversos termos ao referir-se aos direitos fundamentais.¹¹

É de suma importância que haja uma delimitação da terminologia utilizada, para, então, buscar-se uma noção conceitual mais aprofundada a respeito do tema. A Constituição Federal de 1988, por exemplo, utiliza diversas expressões ao longo de seu texto, tais como: direitos humanos (art. 4º, inciso II), direitos e garantias fundamentais (título II e art. 5º, parágrafo 1º), direitos e liberdades individuais (art. 5º, inciso LXXI), direitos e garantias individuais (art. 60, parágrafo 4º, inciso IV), quando, muitas vezes, referem-se aos direitos fundamentais propriamente ditos.

Mas o que são direitos fundamentais? Paulo Bonavides, ao citar Carl Schmitt, define direitos fundamentais da seguinte maneira:

Os direitos fundamentais propriamente ditos são, na essência, entende ele, os direitos do homem livre e isolado, direitos que possuem em face ao Estado. E acrescenta: numa acepção estrita, são unicamente os direitos da liberdade, da pessoa particular, correspondendo, de um lado, ao conceito do Estado burguês de Direito, referente a uma liberdade, em princípio ilimitada diante de um poder estatal de intervenção, em princípio limitado, mensurável e controlado.¹²

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9. ed, rev., atualiz. e ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 33.

¹² SCHMITT, Carlos. *Verfassungsrchtliche*. Reimp. Berlim, Neukoelm, 1954, p. 164 *apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 561.

Observa-se por tal conceito uma característica marcante dos direitos fundamentais. Por serem “direito em face do Estado”, o termo “direitos fundamentais” é empregado, nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, quando existem “direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado”.¹³

O autor ainda distingue a utilização da expressão “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, na medida em que defende o uso desta última no âmbito do direito internacional, haja vista que essa expressão se coaduna aos direitos inerentes ao ser humano, independentemente de positivação constitucional, pactuados em normas de direito público internacional.

J.J. Gomes Canotilho defende que a positivação dos direitos fundamentais nada mais é do que a incorporação desses direitos considerados “naturais” e “inalienáveis” do indivíduo no ordenamento jurídico no qual se inserem.¹⁴

Fábio Konder Comparato vai mais além, ao observar que:

É aí que se põe a distinção, elaborada pela doutrina germânica, entre direitos humanos e direitos fundamentais (*Grundrechte*). Estes últimos são os direitos humanos reconhecidos pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais. Segundo outra terminologia, fala-se em direitos fundamentais típicos e atípicos, sendo estes os direitos humanos ainda não declarados em textos normativos.¹⁵

Ainda mais, pode-se pensar em uma diferenciação entre os chamados “direitos do homem” e “direitos humanos”. Ingo Wolfgang faz particular distinção, atribuindo aos “direitos do homem” cunho de direito natural ou ainda não positivado. Bruno Galindo, no entanto, faz uma ferrenha crítica a tal distinção, argumentando que “direitos do homem” e “direitos humanos” são sempre direitos intrínsecos à natureza humana, podendo estes estar positivados ou não.¹⁶

Tal assertiva se faz válida, haja vista que a terminologia “direitos do homem” traz consigo uma ideia de direito inerente à pessoa humana, pertencente ao indivíduo em

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9. ed, rev., atualiz. e ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 35.

¹⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, [19--] p. 377.

¹⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 58 e 59.

¹⁶ GALINDO, Bruno. **Direitos Fundamentais: Análise de sua Concretização Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 48.

razão de sua condição humana, coincidindo com o próprio conceito de “direitos humanos” .

Em suma, as nuances conceituais apresentadas são deveras importantes para a delimitação e entendimento dos chamados “direitos fundamentais”, sendo estes, repise-se, direitos reconhecidos e assegurados no âmbito constitucional estatal. Embora tais denominações sejam limítrofes, não se pode aceitar uma infeliz generalização, utilizando-se um único conceito para a abordagem de situações diferenciadas e específicas.

2.2 BREVE HISTÓRICO SOBRE O SURGIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A análise do surgimento dos direitos fundamentais é muito relevante, uma vez que demonstra a sua importância, além de promover uma localização histórica, espacial e temporal. Todavia, projetar um *iter* do surgimento dos direitos fundamentais consiste em uma tarefa, ainda hoje, sujeita a controvérsias.

Jorge Miranda, por exemplo, sustenta que “somente há direitos fundamentais, insistimos, quando o Estado e a pessoa, a autoridade e a liberdade se distinguem e até, em maior ou menor medida, se contrapõem”¹⁷. Assim, os direitos fundamentais, como postos hoje, somente teriam sido reconhecidos com a constitucionalização e evolução dos Estados, haja vista que o exercício e a limitação do poder são reflexos dos direitos e deveres das pessoas.

Visualizam-se, então, no processo do desenvolvimento dos direitos fundamentais, duas épocas distintas. Nas palavras de J.J. Canotilho:

Em geral, costuma-se fazer um *corte histórico* no processo de desenvolvimento da ideia de direitos fundamentais, conducente a uma separação absoluta entre duas épocas: uma, anterior ao *Virginia Bill of Rights* (12-6-1776) e à *Declaration ds Droits de l’Homme et du Citoyen* (26-08-1789), caracterizada por uma relativa *cegueira* em relação à ideia dos direitos do homem; outra, posterior a esses documentos, fundamentalmente

¹⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo IV, 2. ed . Coimbra: Ed. Coimbra, 1993, p.12.

marcada pela chamada *constitucionalização* ou *positivação* dos direitos do homem nos documentos constitucionais.¹⁸

Há de se preferir, por ser mais completa, no entanto, a divisão proposta por Klaus Stern, onde se concebe a existência de uma fase pré-histórica dos direitos fundamentais que vai até o século XVI; uma fase intermediária, marcada pela doutrina jusnaturalista e afirmação dos direitos naturais do homem; e uma fase constitucionalista, iniciada em 1776, com as declarações de direitos aos novos Estados americanos e com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França.¹⁹

2.2.1 Primeiro momento histórico: a pré-história dos direitos fundamentais: Antiguidade e Início da Idade Média

A indagação acerca do surgimento dos direitos fundamentais na Antiguidade faz-se desnecessária, uma vez pacificado o entendimento de cunho negativo sobre o tema.²⁰ Não se pode deixar de analisar, contudo, a contribuição trazida por esse período no que tange ao nascimento dos direitos fundamentais.

O desenvolvimento do pensamento sofisticado, pautado na igualdade dos homens por sua natureza biológica, trouxe consigo o ideal da igualdade natural e humanidade.²¹

E é nesse pensamento filosófico da Grécia Antiga que se encontram os principais argumentos para as noções, ainda que rudimentares, de direitos inerentes ao homem. O sofista Antifonte, como relata Fábio Konder Comparato, critica a divisão

¹⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, [19--] p. 380.

¹⁹ STERN, Klaus. **Das Statsrecht der Bundersrepublik Deustchland**, Vol. III/1, München: C. H. Beck, 1998, p. 56 *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9. ed., rev., atualiz. e ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 43.

²⁰ Nesse sentido, CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, p. 380/381; MORAES, Guilherme Braga Pena de. **Dos Direitos Fundamentais: Contribuição para uma Teoria**. São Paulo: Ed. LTr, [1990 e 2005] p. 32; COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**, 6. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008, p. 11/12; SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9. ed., rev., atualiz. e ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 44; SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2008, p. 6.

²¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, [19--] p. 381.

da humanidade em gregos e bárbaros, em uma tentativa de aniquilar a superioridade de uns sobre os outros.²²

Em outro momento, ainda na Grécia Antiga, Sócrates buscou demonstrar que a essência do ser humano está na alma, de modo que a mera aparência não pode ser confundida com a essência, com as qualidades que constituem o indivíduo.

O pensamento estoico, por conseguinte, traz consigo a ideia de igualdade entre os homens, nos dizeres de Fábio Konder Comparato, baseados em “uma unidade moral do ser humano e a dignidade do homem, considerado filho de Zeus e possuidor, em consequência, de direitos inatos e iguais em todas as partes do mundo, não obstante as inúmeras diferenças individuais e grupais”.²³

Não se pode esquecer, todavia, das contribuições advindas do Cristianismo medieval no tocante aos direitos fundamentais. Nas palavras de Canotilho:

As concepções cristãs medievais, especialmente o direito natural tomista, ao distinguir entre *lex divina*, *lex natura* e *lex positiva* abriram o caminho para a necessidade de submeter o direito positivo às normas jurídicas naturais, fundada na própria natureza dos homens. (...) Ora, foi a **secularização do direito natural** pela teoria dos valores objectivos da escolástica espanhola (Francisco de Vitória, Vazquez e Suarez) que, substituindo a vontade divina pela <<natureza ou razão das coisas>>, deu origem a uma concepção secular do direito natural, posteriormente desenvolvida por Grotius, Pufendorf e Locke. Aqui são os preceitos da <<rectae rationis>> (noção explicitada logo no séc. XIV por Guilherme de Ockam) que, desvinculados do peso metafísico e nominalístico, conduzirão à ideia de *direitos naturais do indivíduo* e à concepção de *direitos humanos universais*.²⁴

Com o Cristianismo, reconheceu-se a verdadeira dignidade de cada ser humano. Bastava ser homem para ser dotado de valor, para ser igual a qualquer outro homem perante Deus. A liberdade ali pregada era a liberdade espiritual, expressa pela fé dos filhos de Deus, não se vislumbrando a liberdade política naquele momento.

Abstraindo-se as questões religiosas, nota-se que, implicitamente, a doutrina cristã trazia em sua essência uma ideia de direitos humanos, direitos presentes somente

²² COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**, 6. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008, p. 15.

²³ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**, 6. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008, p. 15.

²⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, [19--] p. 382.

pela condição natural da existência do ser humano, prelúdio dos direitos fundamentais positivados nos ordenamentos.

Por fim, vale ressaltar a importância das cartas de franquias medievais dadas pelos reis aos vassalos como precursoras de alguns, ainda que rudimentares, direitos fundamentais, em especial a *Magna Carta Libertatum seu Concordiam inter regem Johannem at barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni angliae*, de 1215, outorgada pelo Rei João Sem Terra. A Magna Carta trazia, em verdade, regras de convivência entre os reis e os barões, bem como servia como um documento de garantia e franquia dos cidadãos em troca do direito de supremacia do rei.

Ainda mais, a Magna Carta preceituava os direitos do homem, já que, em seu bojo, detectavam-se tais direitos, como o disposto no seu art. 39:

Art. 39. Nenhum homem livre será preso, aprisionado ou privado de uma propriedade, ou tornado fora da lei, ou exilado, ou de maneira alguma destruído, nem agiremos contra ele ou mandaremos alguém contra ele, a não ser por julgamento legal dos seus pares, ou pela lei da terra.

Assim, podem-se observar a garantia de um devido processo legal (na expressão *Law of Land*) e um direito à liberdade de locomoção (direitos fundamentais consagrados no ordenamento jurídico pátrio), ainda que mitigados, já naquela época, de modo a ser a Magna Carta fonte de posteriores direitos fundamentais.

2.2.2 Segundo momento histórico: da doutrina jusnaturalista à afirmação dos direitos naturais do homem

É inquestionável a importância das doutrinas jusnaturalistas surgidas a partir do século XVI no processo de desenvolvimento e posterior afirmação dos direitos fundamentais. O pensamento de São Tomás de Aquino possui grande relevância nessa ordem já que, como diz Ingo Wolfgang Sarlet, evidenciou a existência de duas ordens distintas, onde o direito natural deveria ser obedecido pelo direito positivo, justificando até mesmo o exercício do direito de resistência da população.²⁵

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9. ed, rev., atualiz. e ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 45.

Com o advento da concepção secular dos direitos naturais, estes, sendo inerentes à condição humana, não são criados e outorgados pelo legislador. O direito positivo deve, em verdade, submeter-se às normas jurídicas naturais.²⁶

Tal entendimento é decorrente, principalmente, das teorias desenvolvidas entre os séculos XVII e XVIII, justificadas, principalmente, pelas obras de Samuel Puffendorf, Hugo Grócio, John Milton e Thomas Hobbes. A noção contratualista da sociedade e o direito natural racionalista ganham corpo através da assinatura de diversas Cartas de Direitos pelos monarcas à época, com destaque à *Petition of Rights* (1628), *Habeas Corpus Act* (1679) e *Bill of Rights* (1689), que instituíram o governo parlamentar inglês, assinadas por Guilherme III.

Esses documentos trazem uma noção geral de direitos considerados como inerentes à mera condição de cidadãos ingleses, refletidos nos direitos e liberdades até então reconhecidos, tais como o direito à petição, o *habeas corpus*, a proibição das prisões arbitrárias e o devido processo legal (ainda que em fase de desenvolvimento).

Dessa maneira, diminuiu-se o poder monárquico sobre os cidadãos ingleses, consagrando direitos antes inexistentes. Isso significou, por conseguinte, um avanço no que tange à liberdade anteriormente restrita a uma parcela da sociedade inglesa.

As ideias iluministas, combatentes de um absolutismo em queda, foram de grande valia nessa fase anterior ao surgimento dos direitos fundamentais. Vale ressaltar a contribuição de John Locke nesse período, comentada por Ingo Wolfgang:

[...] primeiro a reconhecer aos direitos naturais e inalienáveis do homem (vida, liberdade, propriedade e resistência) uma eficácia oponível, inclusive, aos detentores do poder, este, por sua vez, baseado no contrato social, ressaltando-se, todavia, a circunstância de que, para Locke, apenas os cidadãos (e proprietário, já identifica ambas as situações) poderiam valer-se do direito de resistência, sendo verdadeiros sujeitos, e não meros objetos do governo.²⁷

Rousseau, por sua vez, defendia em *O Contrato Social* um estágio primário, caracterizado pela liberdade natural plena do homem. Em um segundo estágio, haveria a verificação, por parte dos homens, de um contrato social, onde se visualizaria uma sujeição do indivíduo à sociedade, estando o Poder fundamentado

²⁶ MORAES, Guilherme Braga Pena de. **Dos Direitos Fundamentais: Contribuição para uma Teoria**. São Paulo: Ed. LTr, [1990 e 2005] p. 35.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9. ed, rev., atualiz. e ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.46.

na vontade da maioria²⁸. Assim, o homem obedeceria ao Estado, pois participou da elaboração das suas normas, pensamento compartilhado por Locke e Hobbes.

A grande diferença entre Locke e Hobbes, de acordo com Oscar Vilhena Vieira, é percebida no modo como cada um destes autores descreve o ser humano. Para Hobbes, os seres humanos viveriam em um Estado de guerra contra todos e que, para serem pacificados, necessitariam de um Estado forte. Já o ser humano de Locke, sabendo diferenciar o justo do injusto, optaria pela criação de um Estado imparcial, que auxiliasse no bom relacionamento entre os indivíduos.²⁹

Encerrando essa fase iluminista de tendência jusnaturalista dos direitos humanos, uma breve consideração sobre o pensamento de Kant faz-se necessária. Ele, inspirado pelos ensinamentos de Rousseau, determinou que o homem possuísse liberdade jurídica, na medida em que expressou seu livre consentimento ao Estado na elaboração de determinada norma, devendo obedecer somente àquelas de que, efetivamente, participou, como preceitua Bobbio³⁰.

O pensamento kantiano, portanto, se baseia no estabelecimento de uma lei para todos os seres humanos racionais, para que possam julgar suas ações segundo máximas tais que sejam passíveis de eles mesmos quererem que elas sirvam como leis universais.³¹

2.2.3 Terceiro momento histórico: constitucionalização dos direitos fundamentais

Notoriamente, as ideias iluministas anteriormente expostas foram de contribuição decisiva para o nascimento dos direitos fundamentais. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, ainda há uma discussão a respeito do surgimento dos direitos fundamentais:

A despeito do dissídio doutrinário sobre a paternidade dos direitos fundamentais, disputada entre a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração Francesa, de 1789, é a primeira que marca a transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9. ed, rev., atualiz. e ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 37.

²⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais: uma Leitura da Jurisprudência do STF**. Colaboração de Flávia Scabin. [S.l.] Malheiros, 2006, p. 29/30.

³⁰ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1999, p. 86.

³¹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1999, p. 30.

fundamentais constitucionais. As declarações americanas incorporaram virtualmente os direitos e liberdades já reconhecidos pelas suas antecessoras inglesas do século XVII, direitos estes que também haviam sido reconhecidos aos súditos das colônias americanas, com nota distintiva de que, a despeito da virtual identidade de conteúdo, guardaram as características da universalidade e supremacia dos direitos naturais, sendo-lhes reconhecida a eficácia inclusive em relação à representação popular, vinculando, assim, todos os poderes públicos.³²

A Declaração de Direitos do Povo da Virgínia estabeleceu um marco histórico atinente à independência das 13 colônias americanas e, por consequência, trouxe consigo o surgimento dos direitos fundamentais. No entanto, como bem assevera Daniel Sarmento, a Constituição americana de 1787 deixou de estabelecer qualquer rol de direitos, omissão que só veio a ser suprida com a aprovação do *Bill of Rights*, que consistia de dez emendas elencando liberdades públicas e garantias constitucionais ao cidadão americano.³³

Não menos importante foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, consagração do combate ao Absolutismo através da Revolução Francesa, divisor histórico dos interesses burgueses da época. Para Jane Reis Gonçalves Pereira, a concepção jurídica instaurada pela Revolução de 1789 não só promoveu a modificação do sistema político vigente, como também modificou a estrutura social antes vislumbrada. A partir desse momento, as pessoas nasceriam livres e iguais, sendo titulares de direitos naturais protegidos pela organização da sociedade.³⁴

Contudo, algumas diferenciações entre esses dois documentos se fazem necessárias. Ingo Wolfgang Sarlet trata delas, afirmando, em primeiro lugar, que a Declaração Francesa tem intrínseca, em seu conteúdo democrático e social, a questão revolucionária e constitucional. Em segundo lugar, diz ainda que a Declaração Francesa não postulava a condição de uma Constituição, permanecendo por muito tempo virtualmente à disposição do legislador, pois não vinculava o parlamento. Por fim, ressalta o autor que o sentido revolucionário da Declaração

³² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9. ed, rev., atualiz. e ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 50. Nesse mesmo sentido, COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**, 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 50.

³³ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p.10.

³⁴ PEREIRA, Jane Reis Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares in BARROSO, Luís Roberto (Org.) **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 125.

Francesa é fundado na criação de uma nova Constituição, enquanto na Declaração Americana esse sentido era visto através da independência.³⁵

Embora latentes tais diferenças, foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que fomentou o processo de constitucionalização dos direitos fundamentais no século XIX, ao conferir aos cidadãos direitos e liberdades fundamentais, decorrentes dos ideais revolucionários insertos na Revolução Francesa – liberdade, igualdade e fraternidade, tríade de base kantiana.

2.3 AS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.3.1 Considerações iniciais

Após o surgimento dos direitos fundamentais, muitas Constituições passaram a reconhecê-los em seus textos. No entanto, os direitos fundamentais não ficaram estagnados nos Textos constitucionais. Pelo contrário, passaram por diversas mutações ao longo de sua evolução histórica. Em razão disso, observou-se a existência de dimensões³⁶ nos direitos fundamentais, fruto do natural desenvolvimento dos mesmos.

Inicialmente, falava-se em gerações de direitos fundamentais, adotando-se a ideia de que a própria história desses direitos denotaria uma ideia de gradação.

Deste modo, surgiram, primeiramente, os chamados direitos de primeira geração, dotados de um cunho negativo, resultantes de uma abstenção do Estado. Resultariam do ideal de liberdade. Logo após, surgiram os direitos fundamentais de segunda geração, chamados direitos sociais, que traziam uma atuação positiva do

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9. ed, rev., atualiz. e ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 51.

³⁶ Segundo informações de George Marmelstein, em seu livro “Curso de Direitos Fundamentais”, São Paulo: Ed. Atlas, 2008, p. 40, a teoria das dimensões dos direitos fundamentais fora criada pelo jurista tcheco naturalizado francês Karel Vasak, inspirado nos ideais da Revolução Francesa, de liberdade, igualdade e fraternidade. Em razão disso, os direitos fundamentais de primeira geração expressariam os ideais de liberdade, trazidos pelas revoluções burguesas; os de segunda geração, os de igualdade, impulsionados pela Revolução Industrial e pelos problemas dela advindos e os de terceira geração, ideais de fraternidade, que ganhou força após a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas. 2008.

Estado na efetivação dos mesmos, com atenção especial ao ideal revolucionário francês da igualdade. Em seguida, vislumbrar-se-iam os chamados direitos fundamentais de terceira geração, caracterizados pela proteção de uma coletividade, exprimindo, assim, o ideal de fraternidade.

Defende-se, por fim, a existência de uma quarta geração de direitos fundamentais, capitaneada, no Brasil, por Paulo Bonavides, onde estariam caracterizados os direitos à democracia direta e à informação pelo direito ao pluralismo³⁷.

No entanto, a adoção da terminologia “gerações de direitos fundamentais” revela-se extremamente problemática, uma vez que sugere substituição de cada geração por outra. Dessa maneira, os direitos fundamentais não estariam se cumulando e expandindo ao longo do processo histórico, mas apenas sendo substituídos por cada geração que passasse³⁸.

Em razão disso, prefere-se a utilização do termo “dimensões”, fundamentando-se na razão de que se usa esse termo para indicar dois ou mais componentes ou aspectos do mesmo fenômeno ou elemento, dando uma ideia de complementaridade, e não mais sobreposição.

2.3.2 Os direitos fundamentais de primeira dimensão

As revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII proporcionaram uma mudança efetiva na ordem política mundial, como foi dito linhas atrás. O Estado Absolutista cede lugar para o Estado de Direito, permeado pelos valores incorporados pelas declarações de direitos desse período, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e da Declaração de Direitos dos Povos da Virgínia, de 1776.

³⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 572.

³⁸ Neste sentido, BEZERRA, Paulo César Santos. **Temas Atuais de Direitos Fundamentais**. Ilhéus: Editus, 2006, p. 32; AIRES, Mariella Carvalho de Farias. O papel do Ministério Público do Trabalho na Efetivação dos Direitos Humanos Positivados *in* **Revista de Direito do Trabalho** n. 122, Ed. RT, 2006, p. 103; GALINDO, Bruno. **Direitos Fundamentais: Análise de sua Concretização Constitucional**. Curitiba: Ed. Juruá, 2003, p. 57; SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9. ed, rev., atualiz. e ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 52 e 53 e DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª Tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 34 e 35.

Inspirados no ideal de liberdade, evidenciado pela Revolução Francesa, os direitos fundamentais de primeira dimensão surgiram fundados na premissa de abstenção do Estado em face do indivíduo. Possuem como característica uma notória concepção individualista, de onde se conclui que seus titulares são os indivíduos.

Representam, para o indivíduo, o ideal de liberdade diante do poder do Estado, uma vez que, agora, os indivíduos não são mais meros telespectadores da atuação estatal, mas sim considerados cidadãos livres para exercer seus direitos tutelados pelo Estado.

Em razão disso, são apresentados como direitos de cunho negativo, pois o Estado não pode influenciar na esfera particular. Assim, são considerados direitos de oposição e resistência em face do Estado, antes opressor.

Como bem anota Paulo Bonavides, “são por igual direitos que valorizam o homem-singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil, da linguagem jurídica mais usual”³⁹.

Como exemplos de direitos fundamentais de primeira dimensão, têm-se os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. Posteriormente, são complementados por uma vasta gama de liberdades, como os direitos de opinião e expressão, direito à privacidade, à liberdade de locomoção⁴⁰.

Surge aqui também o conceito de direito de igualdade, visto em sua acepção formal, perante a lei, e garantias processuais tão noticiadas ao longo da evolução histórica dos direitos fundamentais, como o devido processo legal, direito de petição e o *habeas corpus*⁴¹.

2.3.3 Direitos fundamentais de segunda dimensão

A Revolução Industrial, ocorrida nos séculos XIX e XX, proporcionou um crescimento econômico acelerado, desconhecido para as épocas próximas, muitas vezes regidas pela agricultura e tecelaria. No entanto, a prosperidade econômica

³⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 564.

⁴⁰ AIRES, Mariella Carvalho de Farias. O papel do Ministério Público do Trabalho na Efetivação dos Direitos Humanos Positivados *in Revista de Direito do Trabalho* n. 122, Ed. RT, 2006, p. 101.

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9. ed, rev., atualiz. e ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 54.

visualizada na época não foi gozada por uma maioria. Essa grande quantidade de pessoas, em verdade, foi prejudicada pelo desenvolvimento industrial sob a ótica de que não puderam garantir a efetivação de seus direitos de liberdade e igualdade, ainda que formal, em sua plenitude.

O Estado já não era mais capaz de garantir uma harmonia nas relações sociais. Em razão disso, os séculos em questão foram palco de grandes manifestos por melhoras nas condições de trabalho enfrentadas pelos operários, por um direito à saúde, à educação, dentre outros. Segundo George Marmelstein, a própria Igreja Católica, que vinha se mantendo neutra nos conflitos entre os trabalhadores, publicou, em 1891, a encíclica *Rerum Novarum*, na qual criticava as condições de vida das classes trabalhadoras e apoiava o reconhecimento de vários direitos trabalhistas – embora consideradas ideias disseminadas de Karl Marx⁴².

Foi nesse contexto que surgiram os direitos fundamentais de segunda dimensão. O Estado não poderia mais se manter inerte diante das injustiças sociais. Deveria atuar positivamente na efetivação dos direitos que garantissem as necessidades mínimas do ser humano, proporcionando o chamado *Welfare State*, ou Estado do Bem-Estar Social.

Isso não significava que o Estado deveria abandonar o capitalismo. Pelo contrário, o Estado do Bem-Estar Social partia da premissa garantidora dos alicerces do capitalismo, como a livre iniciativa e a garantia da propriedade privada, mas não se esquecia dos direitos que garantissem uma vida digna para o indivíduo.

Embora já houvesse notícias desses direitos nas Constituições francesas de 1793 e 1848, bem como na Constituição alemã de 1849 e na Constituição brasileira de 1824, foram as Constituições mexicana de 1917 e alemã, de Weimar, que primeiro, efetivamente, positivaram esses direitos⁴³. Verificam-se, pois, os chamados direitos sociais, direitos do indivíduo perante o Estado. São típicos exemplos desses direitos os direitos trabalhistas, direito à saúde, direito à educação, direito à assistência e previdência social.

⁴² MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas. 2008, p. 49.

⁴³ Nesse sentido, TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 2. ed. São Paulo: Método, 2006, p. 89 a 92 e MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 49 e 50.

Como assevera Ingo Sarlet, a nota distintiva desses direitos é a sua dimensão positiva, já que não se cuida mais da liberdade do e perante o Estado, senão da liberdade por intermédio do Estado.

A distinção entre a primeira e a segunda dimensão, para Antonio-Enrique Pérez Luño, baseia-se no fato de que os direitos de primeira geração são considerados como direitos de defesa das liberdades do indivíduo, exigindo do Estado uma atitude passiva e de vigilância em termos de polícia administrativa, enquanto os direitos fundamentais de segunda geração – direitos de participação – exigem do Estado uma política ativa para garantir o seu exercício⁴⁴.

Vale ressaltar que os direitos de segunda geração abordam também as chamadas “liberdades sociais”, como a liberdade de sindicalização e o direito à greve, representando um caráter negativo, de abstenção por parte do Estado, bem como o reconhecimento dos direitos fundamentais dos trabalhadores⁴⁵.

2.3.4 Direitos fundamentais de terceira dimensão

Após o contexto vivido durante a Primeira e a Segunda Guerra Mundial, verificou-se o surgimento de uma terceira dimensão de direitos fundamentais, baseados no ideal francês de fraternidade entre os povos.

As guerras experimentadas à época fizeram com que surgisse nos países uma reflexão acerca de ideais de paz, de desenvolvimento, de proteção ao meio ambiente, de comunicação entre os povos e preservação do patrimônio comum da humanidade⁴⁶.

Em razão disso, surgiram, nesse período, diversos tratados internacionais fundados no claro objetivo de fomentar e propagar esses direitos fundamentais de terceira dimensão. Como exemplo, é possível elencar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto

⁴⁴ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. Las Geraciones de Derechos Humanos *In Revista del Centro de Estudios Constitucionales* n. 10. Septiembre-Diciembre 1991. p. 205/206. Disponível em: http://www.cepc.es/rap/Frames.aspx?IDS=qins0qjcsbmigxqpzog2ec55_407909&ART=15,21414,RCE_C_10_201.pdf. Acesso em: 20 de março de 2009.

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9. ed, rev., atualiz. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 55.

⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 569.

Internacional de Direitos Civis e Políticos, conhecido como Pacto de San Jose da Costa Rica.

Esses direitos destinam-se à proteção da coletividade e de grupos humanos, de maneira que possuem como característica marcante o fato de serem direitos de titularidade difusa ou coletiva (natureza transindividual). São direitos de toda a humanidade, exigindo, assim, uma mobilização não só estatal, mas também uma movimentação na ordem do Direito Público Internacional através dos Tratados. Segundo G.E. do Nascimento e Silva e Hildebrando Accioly:

Esta noção de terceira geração dos direitos é baseada no princípio de uma ordem jurídica flexível, da qual emergem as normas, que, às vezes, são o prolongamento de conceitos antigos ou então de interpretações dos aspectos da ordem social. [...] O que caracteriza esses direitos de terceira geração [...] é que são desfrutados de maneira coletiva, ou seja, pelo indivíduo, pelo Estado e por outras entidades públicas e privadas.⁴⁷

Por serem direitos desfrutados de maneira difusa⁴⁸, tendo por destinatário o gênero humano, verifica-se, na essência desses direitos, um conteúdo de cunho excludente e negativo, atuando como direitos de caráter defensivo, embora gozados de maneira universal⁴⁹. Por isso, distinguem-se dos direitos fundamentais de primeira e segunda dimensão, em razão do conteúdo humanitário e universal que permeia esse direito.

⁴⁷ SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e, ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 15. ed., rev. e atualiz. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 367.

⁴⁸ A Medida Cautelar em ADI 3540, julgada em 01/09/2005, tendo como relator o Ministro Celso de Mello, do Tribunal Pleno do STF, reconheceu o direito à preservação do meio ambiente como direito fundamental de terceira dimensão, passível de tutela por parte do Estado e por toda a coletividade, em razão de seu caráter transindividual. Assim, pode-se perceber que os direitos fundamentais de terceira dimensão são de titularidade de todos os indivíduos, por sua condição humana, como é demonstrado a seguir: E M E N T A: MEIO AMBIENTE - DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) - PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE [...] COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS - CRITÉRIOS DE SUPERAÇÃO DESSE ESTADO DE TENSÃO ENTRE VALORES CONSTITUCIONAIS RELEVANTES - OS DIREITOS BÁSICOS DA PESSOA HUMANA E AS SUCESSIVAS GERAÇÕES (FASES OU DIMENSÕES) DE DIREITOS (RTJ 164/158, 160-161) [...] - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. **Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano** (grifo nosso) (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de **caráter transindividual** (grifo nosso) (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral [...].

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9. ed, rev., atualiz. e ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 58.

2.3.5 Direitos fundamentais de quarta dimensão

Capitaneada no Brasil por Paulo Bonavides, uma corrente doutrinária defende a existência de uma quarta dimensão de direitos fundamentais, baseada na globalização desses direitos.

Para o mencionado autor, “globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. Só assim auferir humanização e legitimidade um conceito que, doutro modo, qual vem acontecendo de último, poderá aparelhar unicamente a servidão do porvir”⁵⁰.

Assim, a universalização no campo institucional corresponderia à fase de institucionalização do Estado Social – Estado criado para atender aos reclames de índole assistencial da sociedade, a qual implorava por uma intervenção estatal que assegurasse condições mínimas àqueles incapazes de prover seu próprio sustento⁵¹.

Para Paulo Bonavides, seriam de quarta dimensão os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo. Ingo Sarlet, comentando tais direitos, afirma que:

A proposta do Prof. Bonavides, comparada com as posições que arrolam os direitos contra a manipulação genética, mudança de sexo etc., como integrando a quarta geração, oferece a nítida vantagem de constituir, de fato, uma nova fase no reconhecimento dos direitos fundamentais, qualitativamente diversas das anteriores, já que não se cuida apenas de vestir com roupagem nova reivindicações deduzidas, em sua maior parte, dos clássicos direitos de liberdade⁵².

Os direitos de quarta dimensão, portanto, embora estejam longe de ser positivados, são essenciais para que se alcance uma maturidade no que tange à globalização política. Somente com a compreensão deles, a cidadania poderá se exercer em sua plenitude, promovendo, assim, a liberdade de todos os povos.

⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 571.

⁵¹ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 2. ed. São Paulo: Método. 2006, p. 58.

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9. ed, rev., atualiz. e ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 59.

2.4 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais encontram-se pautados no conceito de Estado Democrático de Direito, sendo a dignidade da pessoa humana alicerce maior do ordenamento jurídico.

Em razão disso, observam-se algumas características comuns a todos os direitos fundamentais, de modo a promover distinções entre estes e outros direitos. Afora isso, as características comuns dos direitos fundamentais servem como critérios unificadores destes, de modo a identificá-los entre si.

Seguindo a classificação de Dirley da Cunha Jr⁵³, analisar-se-ão as características adiante elencadas.

2.4.1 Historicidade

A historicidade dos direitos fundamentais reflete o fato de eles serem frutos de uma evolução histórica, como já foi analisado no item 2.2 deste capítulo. Assim, observa-se que os direitos fundamentais não foram produtos de um momento histórico isolado, mas sim de uma mutação progressiva.

Note-se que os direitos fundamentais passaram por um processo evolutivo, em que se vislumbraram notícias suas desde a Idade Antiga. Trilharam, portanto, um caminho de desenvolvimento, reconhecimento, constitucionalização e universalização através dos direitos humanos postos em tratados, de sorte que ainda estão sujeitos a transformações.

2.4.2 Universalidade

Os direitos fundamentais englobam todos os indivíduos, haja vista que são necessários ao implemento da dignidade da pessoa humana. Em razão disso, não há qualquer distinção entre os seres humanos, de maneira que eles serão atingidos

⁵³ CUNHA JR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 581 a 586.

pelos direitos fundamentais, independentemente de raça, cor, sexo, credo ou opção política.

Isso não significa que os direitos fundamentais serão uniformes em todo o mundo, uma vez que são fixados de acordo com o momento histórico que cada Estado vive⁵⁴. Não se pode crer que todos os indivíduos desfrutem de todos os direitos fundamentais existentes, pois existem direitos fundamentais que só interessam a certo grupo de pessoas, como os trabalhadores, por exemplo, ou só pertencem a poucos, como os direitos políticos⁵⁵.

2.4.3 Inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade

Não há a possibilidade de transferência dos direitos fundamentais, seja a título gratuito ou oneroso. Por isso, observa-se nesses direitos a característica de serem inalienáveis, não estando à disposição do seu titular.

Verifica-se também a notória imprescritibilidade dos direitos fundamentais, uma vez que estes não se perdem pelo decurso do prazo, sendo sempre exigíveis⁵⁶.

⁵⁴ Paulo César Santos Bezerra, em sua obra "Temas Atuais de Direitos Fundamentais" (p. 42 e seguintes) afirma ser a universalidade princípio que deve ser analisado enquanto conteúdo, forçando, assim, que houvesse um temperamento nessa universalidade. Para ele, "cerrar fileiras na universalidade absoluta de todos esses direitos reclama por uma mudança de posição crítica. Atribuir universalidade aos chamados direitos fundamentais que constam nos textos normativos é uma falácia histórica que deve ser desmistificada. E isso se dá porque ninguém, em bom juízo, pode negar a álea de discricionariedade dada ao legislador, para fazer mudar a tábua de direitos escritos nos textos, mesmo os Constitucionais". Afirma ainda que a relativização da universalidade engloba qualquer dimensão de direitos fundamentais, já que os direitos não são universais, mas sim sua proteção é absoluta. Por fim, entende que esses direitos só podem ser postos em prática de modo gradual, já que a universalidade só pode ser conhecida no plano do reconhecimento, e não no plano fático. BEZERRA, Paulo César Santos. **Temas Atuais de Direitos Fundamentais**. Ilhéus: Editus, 2006, p. 42.

⁵⁵ CUNHA JR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 582.

⁵⁶ Confirmando esse entendimento, AgRg no REsp 893725 / PR AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2006/0219140-9, Ministro Relator Humberto Martins, Segunda Turma, STJ, julgamento em 23/04/09: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – INDENIZAÇÃO – REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS – TORTURA – REGIME MILITAR – NÃO-INCIDÊNCIA DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL – ART. 1º DO DECRETO N. 20.910/1932 – IMPRESCRITIBILIDADE. 1. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que a prescrição quinquenal não se aplica aos casos de reparação de danos causados por **violações dos direitos fundamentais que são imprescritíveis** (grifo nosso), principalmente quando se fala da época do Regime Militar, quando os jurisdicionados não podiam buscar a contento suas pretensões. Precedentes. 2. Ademais, o argumento referente à afronta ao Princípio da Reserva de Plenário foi trazido, tão somente, nas razões do agravo regimental ora analisado, o que configura patente inovação da tese. "É vedado à parte inovar em sede de agravo regimental." (AgRg no Ag 875.054/SP, Rel. Min. Denise Arruda, julgado em 7.8.2007, DJ 6.9.2007). Agravo regimental improvido.

Afora isso, os direitos fundamentais não podem ser objeto de renúncias. Dessa característica, como entende Alexandre de Moraes, surgem diversas discussões, como renúncia ao direito à vida e à eutanásia, aborto e suicídio⁵⁷.

2.4.4 Limitabilidade

Não existem direitos fundamentais absolutos, logo, é possível ocorrer colisão com outros direitos fundamentais⁵⁸. Neste caso, deverá haver a proteção do núcleo mínimo dos direitos fundamentais, visando a fazer com que estes consigam se coadunar com a realidade fática apresentada. Para que os direitos fundamentais convivam em harmonia, é necessário que haja a resolução dos conflitos através da aplicação dos postulados, devendo o magistrado contar com a ponderação de interesses, proibição do excesso e concordância.

Ponderando-se os interesses diante dessa situação concreta, o magistrado conseguirá “impor compressões recíprocas sobre os interesses protegidos pelos princípios em disputa, objetivando lograr um ponto ótimo, onde a restrição a cada interesse seja a mínima indispensável à convivência com o outro”⁵⁹.

2.4.5 Concorrência, complementaridade e interdependência

⁵⁷ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**, 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 23. Contudo, é preciso chamar a atenção para o fato de que certos direitos fundamentais, chamados direitos da personalidade, podem ser objeto de parcial disposição do seu titular – por exemplo, quando o indivíduo dispõe de sua imagem para realização de uma campanha publicitária. Nada disso, porém, pode ser capaz de ensejar a renúncia ao direito fundamental ou a ofensa à dignidade da pessoa humana.

⁵⁸ A característica da limitabilidade dos direitos fundamentais é bem observada no HC 93250/MS, 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, tendo como relatora a ministra Ellen Gracie e data de julgamento em 10/06/08: PROCESSO PENAL. PRISÃO CAUTELAR. EXCESSO DE PRAZO. CRITÉRIO DA RAZOABILIDADE. INÉPCIA DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. INOCORRÊNCIA. INDIVIDUALIZAÇÃO DE CONDUTA. VALORAÇÃO DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE EM *HABEAS CORPUS* [...] 6. **Na contemporaneidade, não se reconhece a presença de direitos absolutos, mesmo de estatura de direitos fundamentais previstos no art. 5º, da Constituição Federal, e em textos de Tratados e Convenções Internacionais em matéria de direitos humanos. Os critérios e métodos da razoabilidade e da proporcionalidade se afiguram fundamentais neste contexto, de modo a não permitir que haja prevalência de determinado direito ou interesse sobre outro de igual ou maior estatura jurídico-valorativa.** (grifo nosso) 7. Ordem denegada.

⁵⁹ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 1. ed. 3ª Tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p.102.

Pela característica da concorrência, entende-se que os direitos fundamentais podem ser exercidos de maneira cumulativa, de modo que um mesmo titular pode exercer vários direitos cumulativamente⁶⁰. Partindo da concorrência, observa-se outra característica, quer seja a interdependência.

Embora as normas de direitos fundamentais sejam autônomas, elas possuem diversas ligações para atingir a sua finalidade. Tem-se como exemplo a ligação entre o direito de liberdade de locomoção e a garantia fundamental do *habeas corpus*, o direito de liberdade de manifestação do pensamento e o direito de associação, dentre outros.

Por fim, observa-se ainda que os direitos fundamentais não podem ser interpretados isoladamente, mas sim de maneira conjunta na busca da finalidade da norma⁶¹. Por isso, os direitos fundamentais possuem ainda como característica a complementaridade, que pretende alcançar os objetivos previstos pelo legislador constituinte.

2.4.6 Proibição do retrocesso

De maneira alguma, uma norma pode ser um retrocesso às conquistas obtidas ao longo do tempo. Por ser marcante a característica da historicidade dos direitos fundamentais, não há como comportar retrocessos, quer sejam por supressão desses direitos ou enfraquecimento.

Conceitua-se proibição de retrocesso, em um sentido amplo, como sendo “toda e qualquer forma de proteção de direitos fundamentais em face de medidas do Poder Público, com destaque para o legislador e o administrador que tenham por escopo a supressão ou mesmo a restrição de direitos fundamentais [...]”⁶².

⁶⁰ CUNHA JR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 585.

⁶¹ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**, 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 23.

⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves e CORREIA, Érica Paula Barcha. **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 74.

Para Canotilho, seria inconstitucional qualquer medida que seja tendente a revogar direitos fundamentais já regulamentados, sem a criação de meios alternativos de compensação⁶³.

Em razão disso, as normas de direitos fundamentais são consideradas cláusulas pétreas por força do art. 60, parágrafo 4º, inciso IV da Constituição Federal de 1988. O constituinte criou, portanto, uma barreira às retrocessões no tocante aos direitos fundamentais, fomentando a atitude estatal no sentido progressista.

2.4.7 Constitucionalização

Os direitos fundamentais consistem em uma positivação dos direitos humanos ou direitos do homem no Texto constitucional⁶⁴. Em razão disso, pode-se estabelecer como característica dos direitos fundamentais a constitucionalização.

Vale ressaltar que os direitos do homem são aqueles inerentes à sua condição humana, sendo direitos naturais. Pelo seu reconhecimento formal através dos Textos constitucionais, observa-se uma força jurídica desses direitos, elevando-os a normas constitucionais de hierarquia superior no ordenamento jurídico.

Contudo, é aceito no ordenamento jurídico direito fundamental que não esteja no Texto constitucional, em razão da cláusula de abertura contida no art. 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal, pautada na fundamentabilidade material dos direitos fundamentais. Tratar-se-á desse aspecto mais a frente.

2.5 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Primeiramente, vale considerar que a Constituição Federal de 1988 foi inovadora no que tange ao rol de direitos e garantias fundamentais ali expressos. Como assevera Flávia Piovesan:

⁶³ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, [19--] p. 336.

⁶⁴ Remonta-se essa denominação ao item 2.1 deste capítulo.

Desde seu preâmbulo, a Carta de 1988 projeta a construção de um Estado Democrático de Direito, “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)”⁶⁵

Observa-se, então, que o Estado Democrático de Direito brasileiro encontra-se pautado nos direitos fundamentais para garantir a sua plena efetividade. A amplitude conferida ao Texto constitucional reforça a impressão sobre a posição de destaque que o constituinte quis outorgar a esses direitos⁶⁶. Em razão disso, observa-se a dignidade da pessoa humana como grande alicerce do ordenamento jurídico brasileiro, já que a pessoa é vista como fundamento e fim da sociedade e do Estado⁶⁷.

Por serem os direitos e garantias fundamentais baseados na máxima da dignidade da pessoa humana, alicerces do sistema jurídico brasileiro, vê-se uma estruturação na Constituição Federal de 1988, diferenciada das outras Constituições, enfatizando-se esses direitos e garantias fundamentais por sua inserção nos primeiros capítulos da Carta Magna.

Afora isso, é importante salientar que esses direitos e garantias fundamentais são cláusulas pétreas por força do art. 60, parágrafo 4º da Constituição de 1988. Gilmar Mendes Ferreira entende que, por serem elementos integrantes da continuidade e da identidade da Constituição, qualquer reforma tendente a suprimir esses direitos fundamentais seria ilegítima, conforme o referido art. 60, parágrafo 4º da CF/88⁶⁸.

A Constituição Federal de 1988 concentra os direitos e garantias fundamentais no título II do seu texto, dividindo-o em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos e direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos. Não se almeja fazer exaustiva reflexão aqui acerca de cada um dos direitos fundamentais elencados nos referidos artigos, pretende-se, apenas, realizar uma demonstração geral deles.

⁶⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 54.

⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional. **Revista Jurídica Virtual**. Brasília, vol. 02, n. 13, junho de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_14/direitos_fund.htm. Acesso em: 03 de abril de 2009.

⁶⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo IV, 2. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1993, p. 166.

⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 1.

O capítulo I trata dos direitos diretamente ligados ao conceito de pessoa humana e sua própria personalidade⁶⁹, como o direito à vida, à liberdade, à honra, à vida privada. Vale salientar que o direito à vida corresponde a um direito fundamental à existência humana, direito que torna imune a vida da pessoa humana, vida visualizada sob o prisma da existência digna, da garantia do mínimo existencial⁷⁰.

O capítulo II consagra os chamados direitos sociais, ligados à noção de Estado Democrático de Direito. Aqui se observa a busca por uma melhoria nas condições de vida daqueles que se encontram em situação de hipossuficiência, visando à concretização da igualdade social. Tais direitos estão consagrados nos artigos sexto e seguintes da Constituição Federal de 1988, sendo exemplificados pelo direito à saúde, à educação, à moradia, ao trabalho, dentre outros.

O capítulo III trata, nos artigos doze e treze da Constituição de 1988, dos direitos de nacionalidade, compreendidos, nas palavras de Alexandre de Moraes, como o vínculo que liga um indivíduo a certo Estado, fazendo deste um componente do povo⁷¹.

No capítulo IV, observam-se os direitos políticos, que correspondem ao conjunto de regras que disciplinam a atuação da soberania popular e, por fim, no capítulo V, visualiza-se o direito à organização partidária, funcionando como instrumento apto à preservação do Estado Democrático de Direito.

2.6 A FUNDAMENTABILIDADE FORMAL E MATERIAL E O CONCEITO MATERIALMENTE ABERTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A noção de direitos fundamentais deve sempre estar conjugada com a característica da fundamentabilidade desses direitos. Em razão disso, pode-se dividi-la em formal e material.

⁶⁹ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**, 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 25.

⁷⁰ O princípio do Mínimo Existencial, ou princípio do Patrimônio Mínimo, no entendimento de Luiz Edson Fachin, é valor, conceito aberto, apto de ser construído nas vicissitudes do caso concreto. Em verdade, representa um limite mínimo patrimonial capaz de suprir as necessidades de uma vida humana digna. FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

⁷¹ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**, 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 25.

A fundamentabilidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo, sendo resultado daquilo que se encontra positivado no Texto constitucional⁷². Relaciona-se com as normas de direito fundamental constitucional. Segundo Robert Alexy, “entre el concepto de norma de derecho fundamental y el del derecho fundamental existen estrechas conexiones. Siempre que alguien posee un derecho fundamental, existe una norma válida de derecho fundamental que le otorga este derecho”⁷³.

Então, na fundamentabilidade formal, a norma válida que outorga o direito fundamental é a própria Constituição, no seu título II. Note-se que essa fundamentabilidade formal recebeu especial atenção do constituinte, como assevera Ingo Sarlet, pois se revela não apenas na hierarquia normativa superior das normas constitucionais em geral, mas, principalmente, na aplicabilidade imediata constante no art. 5º, parágrafo 1º da CF/88.⁷⁴

Já a fundamentabilidade material decorre da existência de decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade⁷⁵. Observa-se que tal fundamentabilidade é percebida cada vez que um direito fundamental protege bens e valores consagrados na ordem interna, de sorte a garantir a manutenção do Estado Democrático de Direito. Vale salientar que ela emana da relevância social (e também político-estatal) do próprio valor consubstanciado no direito.

Através do intermédio da fundamentabilidade material, compreende-se hoje o conceito materialmente aberto, em que se permite a inserção de direitos fundamentais não constantes em seu texto, mas que possuem como característica marcante o fato de serem materialmente fundamentais. Esses direitos exprimem valores sobre a estrutura do Estado e da sociedade, com base na dignidade da pessoa humana.

É o que ocorre com direitos fundamentais que não estão situados no rol dos direitos fundamentais do título II da Constituição, mas podem ser encontrados em outras

⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**, 9. ed, rev., atual. e ampl.. Porto Alegre, 2008 Livraria do Advogado, p. 86.

⁷³ ALEXY, Robert. **Teoría de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 47/48.

⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº , 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 03 de abril de 2009.

⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**, 9. ed, rev., atual. e ampl.. Porto Alegre, 2008 Livraria do Advogado, p. 87.

passagens do Texto constitucional em razão de sua materialidade. Como se observou anteriormente, o rol do título II da Constituição Federal de 1988 não é taxativo, de maneira que a fundamentabilidade material dos direitos fundamentais permitiria o reconhecimento de certos direitos que não se encontram nesse rol.

O art. 5º, parágrafo 2º da Constituição estabeleceu uma regra de abertura⁷⁶ a novos direitos fundamentais, como segue abaixo:

Art. 5º.

[...]

§2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Destarte, visualizam-se direitos fundamentais na Constituição de 1988 para além do título II da própria Carta, na medida em que fundamentais são os direitos tipificados como tal, bem como os decorrentes do regime e princípios adotados pela Constituição e os previstos em tratados internacionais sobre direitos humanos, observando-se o *quorum* estabelecido pelo art. 5º, parágrafo 3º da CF/88. De acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

O primeiro problema que a norma citada coloca é o do critério de identificação dos direitos implícitos. Ou seja, põe-se a questão da essência da fundamentalidade, portanto, dos caracteres necessários para que um direito não enumerado na Constituição seja reconhecido como fundamental. Sim, porque somente será possível reconhecer um direito como fundamental, se previamente estiverem estabelecidos os critérios da

⁷⁶ Observa-se que o REsp 811608 / RS RECURSO ESPECIAL 2006/0012352-8, Ministro Relator Luiz Fux, 1ª Turma do STJ, julgamento em 15/05/07, traz o direito à saúde como direito fundamental consagrado fora do rol do art. 5º da CF/88 em razão de sua fundamentabilidade material trazida pela cláusula de abertura do art. 5º, parágrafo 2º da CF/88, *in verbis*: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS CONCRETAS. DIREITO À SAÚDE (ARTS. 6º E 196 DA CF/88). EFICÁCIA IMEDIATA. MÍNIMO EXISTENCIAL. RESERVA DO POSSÍVEL. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE DECIDIU A CONTROVÉRSIA À LUZ DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO COLENDO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, I e II, DO CPC. NÃO CONFIGURADA. [...] Mesmo que situado, como comando expresso, fora do catálogo do art. 5º da CF/88, importante destacar que o direito à saúde ostenta o rótulo de direito fundamental, seja pela disposição do art. 5º, § 2º da CF/88, seja pelo seu conteúdo material, que o insere no sistema axiológico fundamental - valores básicos - de todo o ordenamento jurídico [...]. Com efeito, já se viu, oportunamente, que, por força do disposto no art. 5º, § 2º, da CF, diversas posições jurídicas previstas em outras partes da Constituição, por equiparadas em conteúdo e importância aos direitos fundamentais (inclusive sociais), adquirem também a condição de direitos fundamentais no sentido formal e material, ressaltando, todavia, que nem todas as normas de ordem social compartilham a fundamentabilidade material (e, neste caso, também a formal), inerente aos direitos fundamentais. Além disso, percebe-se, desde já, que as normas relativas aos direitos sociais do art. 6º da CF exercem a função precípua de explicitar os conteúdos daqueles.

fundamentalidade. Isto é, as notas materiais que o constituem. Caso contrário, esta fundamentalidade ficará ao arbítrio do intérprete⁷⁷.

Ora, seria impossível prever direitos fundamentais de forma exaustiva. Então, estabelecer um conceito materialmente aberto, baseado em valores e princípios, faz-se necessário, em razão de uma constante evolução social no tocante aos direitos fundamentais.

No entanto, questionam-se alguns aspectos dessa cláusula de abertura, como relata Ingo Sarlet. Primeiramente, a posição assumida por esses direitos materialmente fundamentais com relação aos direitos fundamentais postos no rol do título II quanto à equiparação e regime jurídico.

Outra dificuldade reside em identificar quais seriam esses direitos fundamentais existentes no Texto constitucional, ou mesmo fora dele, e suas fontes. Por fim, ainda indaga-se a abrangência da regra, haja vista que está posta no capítulo dos direitos individuais e coletivos⁷⁸. No caso do art. 5º, parágrafo 3º da Constituição Federal⁷⁹, os dilemas acerca da equiparação dos direitos existentes em tratados aos direitos

⁷⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Os Direitos Fundamentais Implícitos e seu reflexo no Sistema Constitucional Brasileiro. **Revista Jurídica Virtual**. Brasília. v. 8, n. 82, dez./jan., 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_14/direitos_fund.htm. Acesso em: 15 de julho de 2009.

⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9. ed, rev., atualiz. e ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 93.

⁷⁹ Compreendia-se da leitura do art. 5º que o simples Tratado Internacional versando sobre direitos e garantias fundamentais já daria uma esfera de direito subjetivo para qualquer um, independentemente de qualquer ato. Eles eram automaticamente incorporados ao rol dos direitos fundamentais sem a necessidade de nenhum ato posterior. O STF, à época, entendeu diferente. Entendeu que esses tratados internacionais, para serem incorporados no direito brasileiro, deveriam passar pelo trâmite da internacionalização dos tratados no direito interno. Somente após a aprovação, ele ganharia *status* de norma, ligado no direito brasileiro com a estatura de lei ordinária. Isso só foi corrigido com a Emenda Constitucional n. 45, de 2004, que acrescentou o parágrafo 3º ao art. 5º. No entanto, critica-se essa regra em razão do retrocesso que esta traz no tocante à incorporação dos direitos fundamentais por via de Tratado Internacional. Hoje, o STF tem mudado seu entendimento, como foi expresso no caso do julgamento da prisão civil por dívida, quando diz que o Pacto de San José da Costa Rica, embora não tenha sido submetido ao requisito formal do parágrafo 3º do art. 5º, como foi um tratado celebrado anteriormente à emenda 45, tendo, portanto, força de norma constitucional. Por essa razão, a prisão civil estaria derogada pelo Pacto. RE 349703 – RS, Ministro Relator Carlos Britto, publicação do Acórdão em 05/06/09: PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhe reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo *supralegal* dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão [...].

fundamentais foram diminuídos, uma vez que a Emenda Constitucional nº 45, do ano de 2004, acrescentou esse parágrafo, de modo que os tratados internacionais têm força de emenda constitucional se aprovados pelo *quorum* de três quintos dos membros do Congresso Nacional⁸⁰.

No entanto, discute-se ainda sobre a referência e o contorno para a construção de um conceito materialmente aberto dos direitos fundamentais pautados na dignidade da pessoa humana e no regime adotado pela Constituição, bem como os critérios e limites utilizados na confecção destes⁸¹.

2.7 TITULARES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Qualquer pessoa, em regra, pode ser titular de direitos fundamentais, independentemente de cor, sexo, opção política ou religiosa em razão da sua condição de ser humano. Em razão disso, o art. 1º do Pacto de San Jose da Costa Rica admite que:

Artigo 1º Obrigação de Respeitar os Direitos

1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer condição social.
2. Para efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

Consagra-se, assim, o princípio da universalidade visto no item 1.4.2 da presente pesquisa, garantindo a todo ser humano direitos fundamentais em razão da consagrada dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal de 1988, no seu art. 5º, consagra esse princípio, ainda que de maneira indireta, quando atribui a titularidade de direitos e garantias fundamentais aos brasileiros e estrangeiros residentes no País.

⁸⁰ Acerca deste assunto, ver MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 200 e seguintes e VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais: uma Leitura da Jurisprudência do STF**. Colaboração de Flávia Scabin. Malheiros, Brasil, 2006, p. 42/43.

⁸¹ Para uma análise mais aprofundada do tema, consultar SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9. ed, rev., atual. e ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 96 a 156.

De acordo com o princípio da universalidade, todas as pessoas, pelo fato de serem pessoas, são titulares de direitos e deveres fundamentais. Isso não significa, como já mencionado alhures, que a Constituição não possa restringir alguns dos direitos fundamentais a determinadas categorias de pessoas ⁸².

Ressalte-se que o princípio da universalidade se faz presente mesmo nesses casos, uma vez que a pessoa que faz parte de determinado grupo de pessoas possui aquele referido direito fundamental de maneira universal, sendo, portanto, titular daquele direito.

2.7.1 A pessoa natural como titular de direitos fundamentais

Primeiramente, deve-se observar que a Constituição Federal, no *caput* do art. 5º, garante constitucionalmente o direito à igualdade, pois que afirma que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Ainda mais, a Constituição Federal de 1988, no *caput* do art. 5º, reconhece a pessoa natural como titular de direitos fundamentais, seja ela brasileira ou estrangeira residente no País, baseada no princípio da dignidade da pessoa humana e no princípio da universalidade.

Deve-se entender como brasileiros aqueles que possuem a nacionalidade brasileira, independentemente da maneira e do momento que esta foi adquirida, não sendo critério diferenciador a nacionalidade advinda do nascimento em território brasileiro ou via naturalização⁸³. No entanto, devem ser ressalvadas as exceções existentes no próprio Texto constitucional, referentes a certos direitos do brasileiro nato, como,

⁸² Paulo Vicente e Marcelo Alexandrino trazem alguns exemplos de restrições a direitos fundamentais em razão de certas categorias. O *habeas corpus* é, por exemplo, direito fundamental universal, já que qualquer pessoa pode se valer contra ilegalidade que obste seu direito de locomoção. A ação popular, no entanto, só pode ser proposta por cidadão, de modo que o princípio da universalidade deve ser enxergado somente entre os cidadãos. Por fim, o mandado de segurança coletivo só pode ser impetrado por partido político, organização sindical, entidade de classe ou associação. Esses exemplos refletem certas mitigações ao princípio da universalidade. VICENTE, Paulo; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 15.

⁸³ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª Tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 82.

por exemplo, os direitos políticos descritos no art. 12, parágrafos 2º e 3º da Constituição Federal de 1988⁸⁴.

Aos estrangeiros naturalizados é assegurado o exercício dos cargos não reservados pela própria Constituição aos brasileiros natos, não se devendo esquecer, contudo, dos casos em que há reciprocidade de tratamento, como se observa no acordo bilateral entre Brasil e Portugal (Dec. 3927, 19/07/2001).

Segundo Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, “para que os brasileiros possam usufruir os direitos garantidos na Constituição, não é necessário que residam no território nacional nem no momento de seu exercício nem habitualmente. É suficiente a presença do vínculo jurídico da nacionalidade”⁸⁵.

Isso significa que o gozo efetivo dos direitos fundamentais por parte de brasileiros não está condicionado ao critério territorial, de sorte que basta a sua condição de possuir nacionalidade brasileira para que possa usufruir os referidos direitos.

2.7.2 Os direitos dos estrangeiros residentes e não residentes no país

O *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988 traz ainda o termo “estrangeiros residentes do país” referente à titularidade dos direitos fundamentais. Essa expressão é utilizada para os estrangeiros que se encontram no Brasil temporariamente, mas já possuem vínculos com certa duração. Como exemplo, tem-se o estrangeiro que trabalha no Brasil, possuindo passaporte para trabalho, o estudante estrangeiro que realiza intercâmbio por um lapso temporal grande, dentre outros.

⁸⁴ Art. 12 [...]

§2º A lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição.

§ 3º - São privativos de brasileiro nato os cargos:

I - de Presidente e Vice-Presidente da República;

II - de Presidente da Câmara dos Deputados;

III - de Presidente do Senado Federal;

IV - de Ministro do Supremo Tribunal Federal;

V - da carreira diplomática;

VI - de oficial das Forças Armadas;

VII - de Ministro de Estado da Defesa. (Acrescentado pela EC-000.023-1999)

⁸⁵ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª Tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 82.

Fomenta-se a dúvida se os estrangeiros residentes gozariam de proteção pelos direitos fundamentais apenas enquanto sua permanência no País fosse legal. No entanto, observa-se que o Texto constitucional não faz referência a estrangeiros legalmente estabelecidos, de sorte que a tutela dos direitos fundamentais independe da situação e das condições de permanência, bastando a vinculação ao Brasil de maneira permanente.⁸⁶

O critério temporal é utilizado para distinguir o residente do estrangeiro que se encontra no País por um curto período, como ocorre com o turista. A partir dessa afirmação, surge o seguinte questionamento: os estrangeiros não residentes no território brasileiro, mas que nele se encontrem, são ou não titulares de direitos fundamentais, já que a Constituição Federal de 1988 assegura esses direitos aos brasileiros e estrangeiros residentes?

A resposta está longe de ser pacificada. Em verdade, diversos doutrinadores teceram críticas ao legislador diante da opção, pela leitura literal do *caput* do art. 5º, em garantir somente aos estrangeiros aqui residentes direitos e garantias fundamentais⁸⁷. Essa opção legislativa é passível de críticas em razão de estarem consagrados, no Estado Democrático de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade. Assim, não se justificaria a exclusão do estrangeiro não residente no País somente por essa condição, haja vista que, no Brasil, se atribui a qualquer pessoa, por sua condição de ser humano, direitos e garantias fundamentais. Como, então, garantir a extensão desses direitos aos não residentes no País, evitando uma discriminação absurda⁸⁸?

⁸⁶ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª Tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 83.

⁸⁷ Nesse sentido, MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 212 e 213; DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª Tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 85; SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9. ed, rev., atualiz. e ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 231 e 232; SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 192 e 193; VICENTE, Paulo; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 14 e BEZERRA, Paulo César Santos. **Temas Atuais de Direitos Fundamentais**. Ilhéus: Editus, 2006, p. 38.

⁸⁸ Na Extradicação n. 986 – Bolívia, julgada em 15/08/07 pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, tendo como relator o Ministro Eros Grau, reconheceram-se direitos fundamentais básicos ao extraditando, conforme se pode observar na ementa aqui transcrita: EMENTA: EXTRADIÇÃO E NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DOS PARÂMETROS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO ESTADO DE DIREITO E DO RESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS. CONSTITUIÇÃO DO BRASIL, ARTS. 5º, § 1º E 60, § 4º. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO DELITUOSA E CONFABULAÇÃO. TIPIFICAÇÕES CORRESPONDENTES NO DIREITO BRASILEIRO. NEGATIVA DE AUTORIA. COMPETÊNCIA DO PAÍS REQUERENTE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA

Afora isso, pode-se cogitar que um estrangeiro que não esteja no território nacional seja titular de direitos fundamentais. É só imaginar a hipótese de um estrangeiro que tenha investimentos no Brasil. Seria ele titular de direitos de propriedade, direitos tributários, direitos processuais, dentre outros⁸⁹. Observa-se, ainda, um direito fundamental que é garantido exclusivamente ao estrangeiro não residente no País, o chamado direito ao asilo político.

Em razão dessa problemática, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins sintetizaram os quatro argumentos adotados pela doutrina constitucional brasileira para reconhecer aos estrangeiros não residentes a titularidade dos direitos fundamentais⁹⁰.

Uma primeira alternativa de interpretação desse dispositivo é aquela que trata a opção do constituinte como anacrônica, de modo que todos aqueles que se encontram submetidos ao ordenamento jurídico brasileiro devem ser titulares de direitos fundamentais. Nesse contexto, a escolha do constituinte deveria ser ignorada por não corresponder aos anseios da sociedade.

Outra alternativa seria a utilização do argumento de que os direitos fundamentais são inerentes ao homem, de maneira a constituírem verdadeiros direitos naturais. Aqui, não caberia ao constituinte restringir esses direitos nem negá-los a certas categorias de pessoas. No entanto, essa alternativa não seria a mais acertada, porque os direitos fundamentais constituem direitos humanos positivados

BRASILEIRA PARA O JULGAMENTO DO CRIME DE ASSOCIAÇÃO DELITUOSA. IMPROCEDÊNCIA: DELITO PRATICADO NO PAÍS REQUERENTE. FALTA DE AUTENTICAÇÃO DE DOCUMENTOS. IRRELEVÂNCIA: DOCUMENTOS ENCAMINHADOS POR VIA DIPLOMÁTICA. PEDIDO DE EXTRADIÇÃO DEVIDAMENTE INSTRUÍDO. Obrigação do Supremo Tribunal Federal de manter e observar os parâmetros do devido processo legal, do estado de direito e dos direitos humanos. [...] 3. Necessidade de se assegurar direitos fundamentais básicos ao extraditando. 4. Direitos e garantias fundamentais devem ter eficácia imediata (cf. art. 5º, § 1º); a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos deve obrigar o Estado a guardar-lhes estrita observância. 5. Direitos fundamentais são elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição (art. 60, § 4º). 6. Direitos de caráter penal, processual e processual-penal cumprem papel fundamental na concretização do moderno Estado Democrático de Direito. 7. A proteção judicial efetiva permite distinguir o estado de direito do estado policial e a boa aplicação dessas garantias configura elemento essencial de realização do princípio da dignidade humana na ordem jurídica. 8. Necessidade de que seja assegurada, nos pleitos extradicionais, a aplicação do princípio do devido processo legal, que exige o *fair trial* não apenas entre aqueles que fazem parte da relação processual, mas de todo o aparato jurisdicional. 8. Tema do juiz natural assume relevo inegável no contexto da extradição, uma vez que o pleito somente poderá ser deferido se o Estado requerente dispuser de condições para assegurar julgamento com base nos princípios básicos do estado de direito, garantindo que o extraditando não será submetido a qualquer jurisdição excepcional [...].

⁸⁹ MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas. 2008, p. 213.

⁹⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª Tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 88 e seguintes.

constitucionalmente, de sorte que esses direitos considerados naturais não têm o condão vinculativo.

Considera-se ainda o argumento da dignidade da pessoa humana, que, por possuir caráter universal, vincularia os estrangeiros não residentes. Nesse sentido, Ingo Sarlet afirma que:

[...] Sendo em homenagem aos princípios da dignidade da pessoa humana, isonomia e universalidade (fundamento aqui adotado), seja aplicando o princípio (próximo, mas não idêntico) do *in dubio pro libertate*, que impõe a interpretação mais favorável ao indivíduo em detrimento do Estado, como estrangeiros residentes são compreendidos todos os que, não sendo brasileiros natos ou naturalizados, se encontram, pelo menos temporariamente, no País, guardando, portanto, algum vínculo de certa duração⁹¹.

A problemática envolvendo esse argumento reside no fato de ser a dignidade da pessoa humana um conceito abstrato, que não impõe determinadas medidas nem engloba todos os direitos garantidos no art. 5º da Constituição Federal de 1988⁹².

Por fim, utiliza-se o argumento dos chamados direitos decorrentes dos tratados, conforme preceitua o art. 5º, §2º da Constituição, analisado no item 1.6 desta pesquisa. Para a proteção dos estrangeiros não residentes, existem normas de Direito Internacional consagradas em tratados de que o Brasil faz parte. Além disso, como fora dito linhas atrás, o Brasil subscreveu a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, o chamado Pacto de San Jose da Costa Rica, de modo a elevar a pessoa humana a uma condição supranacional, garantindo-lhe o mínimo de respeito e tratamento condigno⁹³. Assim, deve sempre ser observada a prevalência dos direitos humanos no âmbito das relações internacionais em que o Brasil atua, de sorte que o estrangeiro não residente no território nacional deve, sim, ser titular de direitos fundamentais.

⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**, 9. ed, rev., atual. e ampl.. Porto Alegre, 2008 Livraria do Advogado, p.232.

⁹² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª Tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 89.

⁹³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 193.

2.7.3 As pessoas jurídicas como titulares de direitos fundamentais

A Constituição Federal de 1988 não possui cláusula expressa onde se asseguram direitos e garantias fundamentais às pessoas jurídicas como um todo. No entanto, observam-se no Texto constitucional algumas passagens em que são expressamente garantidos, às pessoas jurídicas, direitos fundamentais, como o art. 5º, XXI, que concede às associações o poder de representar seus filiados perante os Tribunais, bem como os sindicatos, igualmente, de defender os interesses da categoria a qual representam (art. 8, III). Encontram-se, ainda, direitos que são específicos das pessoas jurídicas, como o tratamento diferenciado imposto às empresas de pequeno porte (art. 170, IX), direito à propriedade das marcas, aos nomes das empresas e a outros signos distintivos.

Em razão disso, entende-se ser vigente no ordenamento jurídico brasileiro a tese de que as pessoas jurídicas podem ser titulares dos direitos fundamentais, desde que esses direitos sejam compatíveis com sua natureza peculiar de pessoa jurídica⁹⁴, além de estarem relacionados com a finalidade desta. Destarte, os direitos fundamentais, quando estendidos às pessoas jurídicas, devem ter por finalidade maior a proteção dos direitos das pessoas físicas, de maneira que a tutela da pessoa jurídica possa facilitar essa proteção aos indivíduos⁹⁵.

Controvérsia maior reside na possibilidade de ser a pessoa jurídica de direito público titular de direitos fundamentais, uma vez que, em princípio, aparentaria ser uma contradição considerar o Estado sujeito ativo de direitos fundamentais e sujeito passivo da obrigação de tutela e promoção desses mesmos direitos fundamentais.

Ora, os direitos fundamentais são, por sua natureza, direitos de proteção contra as atitudes e arbitrariedades cometidas pelo Estado, e não em favor do mesmo, de

⁹⁴ O novo Código Civil Brasileiro, incorporando os novos paradigmas, prescreveu, no art. 52, que “Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”. No mesmo sentido, entende o STJ, conforme consubstanciado na súmula 227, que a pessoa jurídica pode sofrer danos morais.

⁹⁵ Corroboram esse entendimento SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**, 9. Ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre, 2008 Livraria do Advogado, p.236; MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 216; SILVA e VICENTE, Paulo; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 15. Em sentido contrário, SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 192, DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª Tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 98.

sorte que considerar a pessoa jurídica de direito público titular de direito fundamental de maneira absoluta seria inteiramente paradoxal.

No entanto, em algumas hipóteses, essas pessoas jurídicas de direito público poderão ser consideradas titulares de direitos fundamentais. Basta que se tenha em mente que os direitos fundamentais visam não somente à proteção da dignidade da pessoa humana, como também à limitação do poder⁹⁶.

E, em determinadas hipóteses, o Estado estará em uma circunstância de sujeição ao poder, como quando, por exemplo, a União deixa de repassar, injustificadamente, as verbas do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental⁹⁷. Neste caso, poder-se-ia alegar violação ao direito fundamental à educação, garantindo o efetivo direito às pessoas físicas através da pessoa jurídica de direito público, conforme dito alhures. Além disso, observa-se ainda o direito à ampla defesa e ao contraditório garantido às pessoas jurídicas de direito público quando integrantes em processo judicial, bem como direito de propriedade quando possuidoras desta.

Conclui-se, portanto, que estando as pessoas jurídicas de direito público em uma situação de sujeição, elas podem invocar as normas de direito fundamentais para uma efetiva tutela.

2.8 DEVERES FUNDAMENTAIS

Os deveres fundamentais são deveres instituídos constitucionalmente com o fulcro de promover a existência pacífica dos direitos fundamentais, uma vez que não se pode ter o gozo pleno de um direito fundamental se não houver o respeito e a proteção deste. Dessa maneira, os deveres fundamentais são essenciais para o desenvolvimento dos direitos fundamentais, uma vez que de nada adiantaria existir um direito fundamental se este pudesse ser livremente violado.

A Constituição Federal de 1988 consagra essa máxima ao referir-se, em seu título II, Capítulo 1, a direitos e deveres, quando trata dos direitos e deveres individuais e

⁹⁶ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 218.

⁹⁷ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 219.

coletivos. No entanto, nesse Capítulo, não se tem acesso a uma lista de deveres fundamentais consagrados por alguns motivos.

Observa-se que a Constituição Federal, no art. 5º, faz menção a diversos deveres específicos do Estado diante dos indivíduos. Analisando-se outros dispositivos constitucionais, consegue-se visualizar deveres dos cidadãos e da sociedade, como o serviço militar obrigatório (art. 143), o dever de pagar tributos, o dever do Estado e da família no tocante à educação⁹⁸.

Salvo isso, traça-se uma distinção entre deveres fundamentais autônomos e deveres fundamentais conexos ou correlatos aos direitos fundamentais. A existência de tal distinção também influencia a inexistência de um rol de deveres fundamentais, já que os deveres fundamentais conexos só existem a partir do direito fundamental ao qual eles estão vinculados⁹⁹, o que não ocorre com os deveres fundamentais autônomos.

Os deveres fundamentais conexos ou correlatos impõem uma condição de deveres-direitos ou direitos-deveres, a depender da perspectiva analisada. Como exemplo de dever fundamental conexo, pode-se citar o direito ao ensino fundamental, obrigatório e gratuito (art. 205, CF), relacionado com o dever dos pais de educar os filhos e o dever do Estado em fornecer o ensino fundamental.

Outro dever fundamental correlato é o dever de proteção ao meio ambiente, tão em voga com a Constituição Federal de 1988, com o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Os deveres fundamentais autônomos, no entanto, não estão relacionados com nenhum outro direito fundamental, possuindo existência jurídica própria. Ingo Sarlet traz como exemplo de dever fundamental autônomo o dever de votar, que é obrigatório para os maiores de 18 anos e menores ou iguais de 70 anos¹⁰⁰. Discorda-se desse exemplo, uma vez que o dever de votar está relacionado com o direito fundamental decorrente do exercício da cidadania que se realiza através do

⁹⁸ DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª Tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 77.

⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**, 9. ed, rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.241.

¹⁰⁰SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**, 9. ed, rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.242.

voto. Entende-se, portanto, que há conexão entre o direito de votar e o dever de votar.

No entanto, o dever de pagar tributos configura um legítimo dever fundamental autônomo, já que não se encontra relacionado a nenhum outro direito fundamental. O dever de prestar o serviço militar obrigatório, conjuntamente com o dever de defesa da pátria, também pode ser considerado como dever fundamental autônomo.

Por fim, utiliza-se ainda a distinção entre deveres fundamentais expressos e deveres fundamentais implícitos, sendo que, em relação aos últimos, há severa discussão no tocante à sua delimitação. Aceita-se a existência de deveres fundamentais implícitos, contudo, não se pode crer que todo direito fundamental tenha um correlato dever implícito, pois, assim, a categoria dos deveres fundamentais autônomos seria desnecessária, o que não pode ser tomado como verdade.

Dessa forma, a existência dos deveres fundamentais funciona como uma aliada na consagração dos direitos fundamentais, haja vista que serve de maneira limitadora à violação desses direitos.

Mais uma vez, repise-se, não haveria por que existirem direitos fundamentais se os mesmos pudessem ser violados constantemente. Deveres fundamentais são importantes no sentido de proteção dos direitos fundamentais consagrados pelo ordenamento jurídico.

2.9 A EFICÁCIA DO ART. 5º, PARÁGRAFO 1º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

No ordenamento jurídico brasileiro, qualquer norma constitucional possui um mínimo de eficácia¹⁰¹. Contudo, essa eficácia pode variar de acordo com o grau de

¹⁰¹ A afirmação acima não deve vir desacompanhada de algumas considerações e alertas. A primeira questão que merece comentário diz respeito à distinção, entabulada pela doutrina, entre vigência ou validade formal (algumas vezes, chamada de eficácia jurídica) e eficácia social (também chamada de eficácia fática). Estudar a questão da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais é propor uma análise acerca da chamada eficácia fática (se a norma de direito fundamental depende ou não da existência de outra norma ou ato material para sua concretização), uma vez que toda norma é dotada de eficácia jurídica – salvo se esta eficácia estivesse sobrestada (v.g por decisão do Supremo Tribunal Federal que antecipa a tutela num processo de controle concentrado de constitucionalidade). Segundo Miguel Reale, enquanto a vigência corresponde a uma propriedade normativa atrelada à competência dos órgãos ao processo de produção e reconhecimento do Direito no plano normativo,

normatividade que a própria Constituição tenha outorgado. O art. 5º, §1º da Constituição Federal de 1988 traz disposição normativa sobre a eficácia dos direitos fundamentais ao dizer que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Dessa maneira, o parágrafo primeiro traz como regra a aplicabilidade direta ou imediata das normas de direitos fundamentais. No entanto, alguns problemas surgem no que se refere à interpretação desse parágrafo.

O primeiro deles diz respeito à localização do dispositivo, que se encontra no capítulo reservado aos direitos individuais e coletivos. Nessa senda, poder-se-ia sugerir que o parágrafo 1º do art. 5º somente se aplicaria aos direitos individuais e coletivos previstos no rol do art. 5º da Constituição. Contudo, esse argumento não parece correto, pois o dispositivo, em seu texto, utiliza uma formulação genérica e abrangente para alcançar os direitos e as garantias fundamentais.

Assim, não há como se proceder com uma interpretação restritiva do dispositivo, já que este trata, genericamente, dos direitos e das garantias fundamentais¹⁰². Ingo Sarlet, no entanto, relata que houve quem propusesse, em sentido contrário:

Uma nova exegese da norma contida no art. 5º, §1º, sustentando a sua necessária interpretação restritiva quanto ao alcance (embora extensiva quanto à eficácia) já que o constituinte “disse mais do que o pretendido”, assumindo, por via de consequência, uma interpretação baseada não apenas na já amplamente questionada e questionável “vontade do constituinte”, mas num originalismo ancorado numa vontade presumidamente contrária ao teor liberal do dispositivo.¹⁰³

Afirma-se, no entanto, que o constituinte não quis excluir outros direitos fundamentais – como os direitos políticos, de nacionalidade e os direitos sociais – da aplicação da norma do art. 5º, parágrafo 1º, já que o Texto constitucional não faz distinção dessa natureza entre eles. Por isso, a aplicabilidade imediata dos direitos

esta eficácia diz respeito à aplicação ou execução da norma jurídica, ao cumprimento efetivo do Direito por parte de uma sociedade, bem como “ao ‘reconhecimento’ (*Anerkennung*) do Direito pela comunidade, no plano social, ou, mais particularizadamente, aos efeitos sociais que uma regra suscita através de seu cumprimento” (REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 114).

¹⁰² Sobre o assunto, Dirley da Cunha Jr afirma que “O princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais abrange todos os direitos fundamentais, até mesmo os não previstos no Catálogo (Título II) e os não previstos na própria Constituição, desde que, quanto a estes, ostentem a nota distintiva da fundamentabilidade material (como os decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja signatário)”. CUNHA JR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 601.

¹⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**, 9. ed, rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.279.

fundamentais é válida, mesmo que esses direitos fundamentais sejam encontrados fora do catálogo, em razão da cláusula de abertura constante no art. 5º, §2º, já discutida no item 2.6 deste capítulo.

O segundo problema que se pode observar no parágrafo 1º do art. 5º consiste no significado e alcance da norma nele contida, notadamente quanto à sua aplicabilidade e eficácia.

A primeira corrente acerca deste questionamento surgiu pautada no argumento de que a aplicabilidade imediata não poderia prevalecer em face das características normativas e estruturais de determinados direitos fundamentais. Dessa maneira, questiona-se se a norma do art. 5º, §1º, por si só, teria força suficiente para transformar todos os direitos fundamentais em normas plenamente aplicáveis, ainda que essas necessitassem de intervenção do legislador.

Para essa corrente, os direitos fundamentais alcançariam plena eficácia somente nos termos da lei¹⁰⁴, já que não se poderia atentar contra a ordem natural das coisas.

Uma segunda corrente adota uma posição intermediária alusiva à aplicabilidade imediata. Para seus defensores¹⁰⁵, o art. 5º, §1º da Constituição Federal de 1988 deve ser aplicado para todos os direitos fundamentais, excepcionando-se quando a própria Constituição determina que o direito fundamental em questão só será exercido nos termos da lei ou quando a norma de direito fundamental ainda não possui os requisitos mínimos que assegurem sua aplicação¹⁰⁶.

A terceira corrente sobre o tema é liderada por Eros Grau¹⁰⁷, na qual ele defende a inexistência de normas programáticas na Constituição Federal de 1988. Para o autor, o constituinte original criou instrumentos processuais para combater possíveis omissões do legislador e órgãos estaduais.

¹⁰⁴ Esta posição é defendida por FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 100.

¹⁰⁵ Esta corrente tem como principais defensores: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**, 9. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.279 e BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**, v. II, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 393.

¹⁰⁶ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**, v. II, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 393.

¹⁰⁷ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica e a Constituição Federal de 1988**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.329-331.

Nasceram, então, o Mandado de Injunção¹⁰⁸ (art. 5º, LXXI) e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 103, § 2º) com esse fito¹⁰⁹. Ingo Sarlet¹¹⁰ discorda dessa posição, fundamentando que o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão não conseguem, por si só, outorgar aplicabilidade direta às normas constitucionais.

Na visão do autor, tais instrumentos processuais, na realidade, fazem prova da impossibilidade de aplicação direta das normas de direitos fundamentais, já que se necessita deles para que estas possam ser aplicáveis, de modo a comprovar que existem normas na Constituição Federal que dependem de interposição do legislador. O Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão funcionariam como instrumentos de efetivação das normas constitucionais, estando a serviço da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais.

Ingo Sarlet argumenta ainda que a Constituição brasileira é um sistema aberto de regras e princípios, de maneira a comportar normas que, em virtude de sua natureza, reclamam uma atuação concretizadora aos órgãos estatais, especialmente do legislador. Disso decorrem as chamadas normas programáticas, dotadas de certo grau de eficácia e aplicabilidade. Alguns direitos fundamentais, inclusive, podem ser considerados normas programáticas, por estabelecerem certo fim e programas a serem implantados, como ocorre com determinados direitos sociais, que dependem de implementação legislativa¹¹¹.

¹⁰⁸ De acordo com Carla Pinheiro, a Constituição alemã estabelece remédio jurídico com características semelhantes ao mandado de injunção, o chamado *Verfassungsbeschwerde*. Apesar deste instituto também visar à proteção dos direitos fundamentais, sua função é muito mais abrangente, sendo considerado um recurso constitucional que garante ao cidadão o poder de fiscalizar a função legislativa no cumprimento de seu dever de proteção dos direitos aos direitos fundamentais. No art. 93, 4º, a, da Constituição tedesca, está estabelecido que cabe ao Tribunal Constitucional Federal decidir sobre recursos constitucionais que podem ser interpostos por todo e qualquer cidadão com a alegação de ter sido prejudicado pelo Poder Público no exercício de seus direitos fundamentais. PINHEIRO, Carla. **Direito Internacional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 40 e 41.

¹⁰⁹ José Afonso da Silva afirma que a declaração pura do art. 5º, §1º, por si só não bastaria se outros mecanismos não fossem criados para torná-la eficiente, destacando a importância do Mandado de Injunção e da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão nesse propósito. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 467. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 165 e 166.

¹¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**, 9. ed, rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 282 e seguintes.

¹¹¹ Aqui surge uma grande discussão acerca da Teoria da Reserva do Possível e a implementação do Direito Fundamental à saúde. Sem maiores delongas, até mesmo porque este não é o objetivo da pesquisa, cumpre salientar que se alega com essa teoria que o Poder Público possui um orçamento destinado ao atendimento dos Direitos Sociais, em especial o direito à saúde e que o atendimento de

Aqui, discorda-se do posicionamento que determina que normas programáticas não seriam dotadas de eficácia imediata, possuindo apenas eficácia limitada ou reduzida, utilizando-se a terminologia de José Afonso da Silva¹¹². Acredita-se, em verdade, que todo direito fundamental, ainda que traga em seu bojo um fim a ser implementado, tem eficácia imediata, devendo ser aplicado imediatamente ante a sua concretização, ainda que não haja uma legislação ou procedimento.

Em resumo, não se concorda com tais teorias por se acreditar que o art. 5º, §1º da Constituição Federal de 1988 estabelece uma aplicabilidade imediata a todo e qualquer direito fundamental. A eficácia daquele direito existirá ainda que não haja um procedimento ou legislação determinando como se dará a fruição de tal direito.

Pense-se na seguinte questão: se não existisse o CC-02 tratando da herança, nem o CPC tratando do procedimento para a herança, nem nenhuma outra legislação que tratasse do mesmo tema, essa deixaria de ter eficácia como direito fundamental? Todos os bens seriam do Estado se não houvesse determinação acerca da qualificação dos herdeiros? É claro que não. A herança continuaria a ser direito fundamental com eficácia imediata.

Dessa maneira, a perspectiva da eficácia imediata dos direitos fundamentais deve ser vista sempre pelo alcance da aplicabilidade imediata desses direitos, ainda que não haja um procedimento, legislação determinando como o mesmo deva se dar ou ainda que tais direitos tragam em seu bojo fins ou programas a serem alcançados.

direito social não contemplado por esse orçamento não poderia existir, haja vista que os recursos do Poder Público são escassos. Para maior aprofundamento, ver SARLET, Ingo; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, v. , p. 11-53 e BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 236 - 246.

¹¹² José Afonso da Silva traz a tradicional classificação em normas de eficácia plena, contida e limitada ou reduzida. Normas de eficácia plena incidem direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto. Já as normas de eficácia contida incidem imediatamente, contudo preveem meios ou conceitos que permitam sua restrição em sua eficácia e aplicabilidade. Por fim, as normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida dependem de intervenção legislativa para incidirem, porque o constituinte, por qualquer motivo, não lhes prestou normatividade suficiente para isso. São divididas em dois grupos: normas constitucionais de princípio institutivo ou organizativo, que se propõem a criar organismos ou entidades, e normas de princípio programático, que veiculam políticas públicas ou programas de governo, como resultado de um compromisso assumido pelas Constituições. Assim, tais normas estabelecem um dever para o legislador infraconstitucional. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

2.10 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Como já foi visto adrede, os direitos fundamentais são fruto de um processo histórico, de uma evolução histórica, como já analisado no item 2.2 desta pesquisa.

A partir de tal constatação, é fácil perceber que os direitos fundamentais não são apenas resultado de um momento histórico isolado, mas sim representam conquistas e progressos paulatinos, advindos de diversos momentos e sempre em progressão.

Ora, os direitos fundamentais passaram por um grande processo evolutivo, com notícias desde a Idade Antiga e consagração diante das revoluções ocorridas entre os séculos XVIII e XIX. Passaram, assim, por uma trilha de desenvolvimento, reconhecimento, constitucionalização e universalização, ainda estando sujeitos a evoluções.

Nessa toada, os direitos fundamentais sociais também foram provenientes de um processo histórico relacionado com a segunda dimensão de direitos fundamentais, como já visto alhures¹¹³.

No período mencionado, os direitos fundamentais eram vistos como direitos que dependiam de uma inércia do Estado, de forma que os mesmos eram consagrados em razão do exercício do direito de liberdade e igualdade.

Paulatinamente, por conta do processo histórico vivido à época, tais direitos fundamentais passaram a necessitar de uma postura ativa do Estado na consagração dos mesmos, em decorrência das violações então vividas. Por conta de tais mutações, os direitos fundamentais de segunda dimensão acabaram por ganhar força no período, de modo a dependerem de prestações estatais para a sua garantia.

¹¹³ Nas palavras de Marcus Orione Gonçalves Correia, “somente compreendendo na sua gênese os direitos sociais é possível entender as razões verdadeiras para a sua essência única e diferente dos direitos privados. [...] Da mesma forma, é indispensável a leitura dos direitos humanos a partir de uma perspectiva histórica, e não de imperativos categóricos. A visão histórica dos direitos humanos é capaz de nos devolver a nossa esperança, uma vez que somente sob essa ótica percebemos que o homem já viveu momentos melhores e piores”. CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Interpretação dos direitos fundamentais sociais, solidariedade e consciência de classe*. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves e CORREIA, Érica Paula Barcha. **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 131.

Isso não significa que os direitos fundamentais de primeira dimensão deixaram de existir. Pelo contrário, até mesmo por serem dimensões de direitos, e não gerações de direitos, não foram sobrepostos pelos direitos de segunda dimensão.

É nesse contexto que os direitos fundamentais sociais são consagrados. Eles caracterizam-se, como regra geral, por serem direitos que dependem de uma prestação estatal como meio de garantir a igualdade no sentido material:

Por último, quanto aos direitos sociais a prestações de certas categorias de indivíduos (trabalhadores subordinados, cidadãos diminuídos, idosos, etc.) ainda aqui os direitos fundamentais pretendem ser direitos de igualdade. Não, certamente, da igualdade formal, abstracta, niveladora e uniformizadora, mas da igualdade material, que exige a consideração da realidade em que as pessoas se movem e, conseqüentemente, a diversidade de tratamento e de estatuto daqueles que, pelas suas qualidades específicas ou pela situação no processo social, precisam de uma protecção (diferente) necessária e adequada à sua (igual) dignidade de pessoas. Não se trata de privilegiar castas, classes ou grupos fechados, mas de realizar efectivamente a igualdade em situações sociais específicas e, por isso mesmo, representadas em categorias abertas, que são ou podem ser preenchidas por qualquer pessoa. De todo o modo, estar-se a pensar em todos, na universalidade, e não em alguns, na particularidade¹¹⁴.

Assim, quando se garante um direito fundamental social por meio da tutela estatal, estar-se-á, em verdade, a garantir o direito de igualdade material, uma vez que, por meio da prestação estatal, consegue-se igualar aqueles que se encontravam, em princípio, em situação de desigualdade¹¹⁵.

Infere-se, portanto, que a nota distintiva entre os direitos fundamentais sociais e outros direitos fundamentais refere-se justamente à possibilidade de prestação material, objetivando a consagração do direito de igualdade em sua acepção material.

Tal afirmação, contudo, é passível de críticas. Gregorio Peces-Barba, por exemplo, afirma que tal constatação não seria verdadeira, na medida em que existem direitos de primeira dimensão, como os direitos civis e políticos, que necessitam de uma atuação do Estado para sua concretização, enquanto outros direitos de segunda dimensão não necessitariam dessa postura:

En efecto, em la evolución histórica de los derechos fundamentales se puede apreciar que existen derechos civiles y políticos donde se exige al Estado una acción positiva y que suponen, por consiguiente, um auténtico derecho de crédito frente a este por parte de su titular (por ejemplo, el

¹¹⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 131.

¹¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. 18ª tir. São Paulo: Malheiros, 2011, *passim*.

derecho civil a la asistencia letrada, situado em el ámbito del derecho a la seguridad jurídica y las garantías procesales, donde el Estado tiene que realizar la acción positiva de nombrar um abogado oficio para que defienda al procesado o inculgado que no lo haga voluntariamente).

También se puede apreciar que existen derechos llamados económicos, sociales y culturales que solo pretenden garantizar a sus titulares el ejercicio de um ámbito de autonomía e de libertad, como, por ejemplo, el derecho de huelga y la libertad sindical¹¹⁶.

Constata-se, assim, que certos direitos fundamentais pautados em um valor de autonomia e liberdade podem ter cunho prestacional, como ocorre com as garantias processuais, e que outros direitos de cunho prestacional podem exigir do Estado uma postura passiva no tocante à sua concretização, como ocorre com a liberdade sindical.

Concorda-se com tal posicionamento na medida em que, realmente, podem existir direitos fundamentais sociais que necessitem de uma abstenção estatal para serem mais bem concretizados. No entanto, percebe-se que a regra geral dos direitos fundamentais sociais é justamente a questão da prestação estatal para sua efetivação, sendo exceções casos em que tais direitos assumem um cunho relacionado à fruição de liberdades pelos indivíduos.

Assim, defende-se aqui que a regra geral consolida-se por meio do paradigma de que os direitos fundamentais sociais têm cunho prestacional, necessitando de uma atuação estatal para sua concretização, de sorte que exceções à mencionada regra podem existir.

No caso das exceções, a identificação do que sejam direitos fundamentais sociais deverá passar pela combinação do processo histórico da formação daquele direito, aliado com seu posicionamento no ordenamento jurídico.

Peces-Barba, por sua vez, defende que tal identificação seria desnecessária. Partindo-se de uma postura integradora, bastaria a afirmação de que todos os direitos fundamentais são direitos de liberdade que pretendem facilitar a autonomia das pessoas e seu desenvolvimento, criando condições de liberdade¹¹⁷.

O que importa, para o autor, é a posição do direito fundamental social como direito garantidor da liberdade, e não seu enquadramento em direitos de primeira dimensão ou de segunda dimensão.

¹¹⁶ PECES-BARBA, Gregorio. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Madrid: Ediciones de La Universidad Complutense, 1988, p. 201.

¹¹⁷ PECES-BARBA, Gregorio. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Madrid: Ediciones de La Universidad Complutense, 1988, p. 202.

Assim, os direitos fundamentais sociais estariam ligados à promoção da igualdade dos indivíduos que, sendo considerados iguais de maneira material, seriam capazes de desenvolver sua liberdade plena.

E, por ser o direito social um direito fundamental, estaria ligado à proibição do retrocesso social¹¹⁸, visto nesta perspectiva com muita força, na medida em que os direitos fundamentais sociais estão ligados aos anseios da sociedade por melhores condições de vida.

Ora, tal constatação se faz verdadeira quando a existência de direitos fundamentais sociais importa na consagração de condições mínimas para os indivíduos de uma sociedade, condições que não podem retroceder, conforme já analisado em ponto anterior nesta pesquisa.

Nesse tom, se o direito fundamental social, fruto de um amadurecimento histórico, é consagrado pelo ordenamento, não pode ter seu conteúdo reduzido, sob pena de uma involução no tocante aos direitos fundamentais.

Permite-se, contudo, que esse direito fundamental social evolua, ao ponto de abranger cada vez mais situações que possibilitem sua consagração no âmbito da sociedade.

Ademais, as prestações estatais no sentido de consagração desses direitos devem ser cada vez mais valentes, ao ponto de estarem sempre evoluindo, trazendo um progresso no tocante à consagração dos direitos fundamentais sociais.

Não obstante a atuação estatal, questiona-se se os particulares também devem atuar de modo a permitir que esses direitos fundamentais incidam nas relações privadas.

¹¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais In: CANOTILHO, J.J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves e CORREIA, Érica Paula Barcha. **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 76.

3 A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

À época do direito romano, tinha-se a noção da *summa divisio*. Pregava-se que o direito era dividido em dois blocos dicotômicos: um bloco denominado de direito público e o outro denominado de direito privado, sendo estes incomunicáveis. O constitucionalismo moderno europeu repete essa visão romana. A Constituição era vista como uma carta política, que servia de referência para as relações entre o Estado e o cidadão, ao passo que o Código Civil era o documento que regia as relações entre particulares.¹¹⁹

O código napoleônico¹²⁰ é a representação mais marcante à época da divisão dicotômica entre o direito público e o direito privado. O código de direito privado regulava todas as condutas individuais e situações de conflito que, porventura, viessem a aparecer na sociedade, não comportando interpretações em conformidade com o Texto constitucional. Já este se limitava a tratar da atuação dos Poderes Públicos, possuindo eficácia limitada.

Vale ressaltar que o código napoleônico tinha grande influência nas questões relacionadas à propriedade, esta considerada o centro do sistema. Com o passar do tempo, observou-se que mais importante do que ter algo, era a proteção do ser humano como indivíduo. O sistema, pois, começou a perder a característica patrimonialista que até então prevalecia, passando-se a observar sempre o indivíduo.

Em razão dessas mudanças ideológicas, temas de direito privado resvalaram para a esfera do direito público, fenômeno chamado de publicização do direito privado. Consequentemente, temas de direito privado também adentraram a esfera do direito público, desenvolvendo o fenômeno da privatização do direito público. Exemplificando esses fenômenos, tem-se a ideia de função social da propriedade,

¹¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 240, 1-42, abr/jun. 2005, p. 25.

¹²⁰ O código napoleônico realizava os ideais liberais burgueses no tocante à proteção da propriedade e à liberdade de contratar, protegendo as figuras do contratante e contratado. Os ideais burgueses positivados à época representaram um inegável progresso sob o prisma legislativo. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 240, 1-42, abr/jun. 2005, p. 25 e GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Vol. 1. Parte Geral, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 49.

instituto privado que sofre influência do direito público e a existência de sociedades de economia mista, instituto de direito público que sofre a influência do direito privado.

O pensamento de divisão dicotômica entre os dois grandes blocos do direito foi abrandado, de maneira a não existir mais uma incomunicabilidade entre eles, mas sim uma divisão para facilitação do estudo.

Miguel Reale defende que, em razão da interferência do Estado, ainda se justificaria a distinção entre direito público e privado, contudo, essa distinção teria uma alteração fundamental referente à concepção romana em razão da existência dos interesses da coletividade e dos particulares¹²¹.

A fase atual é marcada pela constitucionalização do direito, caracterizando não só “o reflexo de uma sensível ruptura na interpretação jurídica, como inaugura verdadeira renovação dos princípios fundantes da própria matéria”¹²². Os valores, os fins e princípios consagrados no Texto constitucional passam a servir de parâmetro para a validade de todas as normas jurídicas do direito infraconstitucional, consagrando a força normativa da Constituição no sistema democrático atual.

Segundo Luís Roberto Barroso, há razoável consenso de que o marco inicial do processo de constitucionalização do direito se deu na Alemanha, com a assertiva de que os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva, desempenham outra função, quer seja o estabelecimento de valores na sociedade, fundamento que será analisado no próximo item da presente pesquisa. O primeiro grande precedente disto foi o caso Lüth¹²³, julgado em 15 de janeiro de 1958, onde se estabeleceu que:

Os direitos fundamentais são, antes de tudo, direitos de defesa do cidadão contra o Estado; sem embargo, nas disposições de direitos fundamentais da Lei Fundamental se incorpora também uma ordem objetiva de valores, que, como decisão constitucional fundamental, é válida para todas as esferas do direito. (...) Esse sistema de valores – que encontra seu ponto central no seio da comunidade social, no livre desenvolvimento da personalidade e na dignidade da pessoa humana... – oferece direção e impulso para o legislativo, a administração e o judiciário, projetando-se, também, sobre o

¹²¹ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 342.

¹²² OLIVEIRA, Thiago Almeida de. Resenha: Moreira, Eduardo Ribeiro. Obtenção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 241p. **Revista de Direito Constitucional e Internacional 2008 – RDCI 65**. 2008, p. 354-366, p. 356.

¹²³ Falar-se-á com maiores detalhes sobre o caso Lüth no item 3.3 desta pesquisa.

direito civil. Nenhuma disposição de direito civil pode estar em contradição com ele, devendo todas ser interpretadas de acordo com seu espírito. *sic*¹²⁴

Dessa maneira, observa-se, através do fenômeno da constitucionalização do direito, que as normas integrantes da Constituição passaram a irradiar para todo o ordenamento jurídico, exprimindo valores a serem seguidos.

Os direitos fundamentais¹²⁵ incluem-se nessas normas, uma vez que transmitem valores sociais a serem defendidos através de sua perspectiva objetiva. Vale ressaltar que a constitucionalização do direito, em especial, tratando-se de direitos fundamentais, repercute sobre a atuação dos Poderes Públicos, inclusive nas suas relações com particulares. Repercute ainda mais no tocante às relações entre particulares, justificando a eficácia horizontal dos direitos fundamentais na medida em que estabelece certos limites na atuação destes. Tratar-se-á disso agora.

3.1 PERSPECTIVA OBJETIVA E SUBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A primeira concepção dos direitos fundamentais baseava-se no fato de eles serem limites impostos ao poder do Estado, infligindo-lhe um dever de abstenção. Assim, os direitos fundamentais, no constitucionalismo liberal, eram analisados somente a partir de uma perspectiva subjetiva, uma vez que tratavam exclusivamente do indivíduo, na qualidade de sujeito de direitos fundamentais, ressaltando-se sempre a postura de seu titular no tocante à resistência à intervenção estatal em sua esfera de liberdade.

A referência aos direitos fundamentais em uma perspectiva subjetiva remonta à noção de que ao titular do direito é “aberta a possibilidade de impor judicialmente

¹²⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 240, 1-42, abr/jun. 2005, p. 15.

¹²⁵ Samir José Caetano Martins afirma que, devido ao fenômeno da constitucionalização, foram geradas algumas instabilidades no âmbito normativo, já que, em razão de desconformidade com o Texto constitucional, a norma sofreria inúmeras revogações. Fora isso, alega ainda que, muitas vezes, esses debates vêm acompanhados do reconhecimento jurisprudencial da retroatividade mínima, de modo que a própria coisa julgada é posta em xeque e relativizada em situações de conflito com os direitos fundamentais. MARTINS, Samir José Caetano. Neoconstitucionalismo e seus reflexos nas relações jurídicas privadas: em busca de parâmetros de aplicação direta dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Privado 2007 – RDP 30**, 2007, p. 265-304, p. 279.

seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário (obrigado)¹²⁶. A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais consiste, portanto, na capacidade que esses possuem em gerar direitos subjetivos passíveis de proteção judicial. Note-se que a perspectiva subjetiva surge em função do anterior *status* negativo que o Estado deveria ter sobre a liberdade individual.

Nos tempos atuais, a perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais insurge-se quanto à sua positivação, conteúdo e alcance, não se limitando apenas às relações sujeito-Estado. Alguns autores¹²⁷ defendem que o direito subjetivo consagrado por uma norma de direito fundamental é visto através de uma relação trilateral, formada entre o titular, o objeto e o destinatário do direito.

Robert Alexy, tratando dos direitos subjetivos, primeiramente, divide-os em posições jurídicas diferenciadas, consistindo em direitos a algo (que englobam direitos a ações negativas e positivas do Estado face aos sujeitos de direitos fundamentais), direito de liberdade (negação de exigências e proibições) e competências¹²⁸. Tratando dos direitos a algo, exemplifica o autor essa relação trilateral, quando A tem frente a B um direito G:

Este enunciado pone claramente de manifiesto que el derecho a algó puede ser concebido como una relación triádica cuyo primer miembro es el *portador* o titular del derecho (*a*), su segundo miembro, el *destinatario* del derecho (*b*) y su tercer miembro, el *objeto* del derecho (*g*).

[...]

De este esquema surgen cosas totalmente diferentes según lo que se coloque en lugar de *a*, *b* y *G*. Según que por *a*, el titular del derecho, se coloque una persona física o una persona jurídica de derecho público, o por *b*, el destinatario, el Estado o particulares, o por *G*, el objeto, acciones positivas u omisiones, se obtienen relaciones, entre las cuales existen diferencias muy importantes desde el punto de vista de la dogmática de los derechos fundamentales. Aquí nteresará sólo la estructura del objeto del derecho a algo. El objeto de un derecho a algo es siempre una *acción* del destinatario. Esto resulta de su estructura como relación triadica entre un titular, un destinatario y un objeto. Si el objeto no fuera ninguna acción del destinatario no tendría sentido incluir al destinatário em la relación¹²⁹.

¹²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**, 9. ed, rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008, p. 168.

¹²⁷ No Brasil, é defensor desta corrente: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**, 9. ed, rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008, p. 168.

¹²⁸ Para um maior aprofundamento nestas questões, ver ALEXY, Robert. **Teoría de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 173 e seguintes.

¹²⁹ ALEXY, Robert. **Teoría de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 186 e 187.

Dessa maneira, observa-se que a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais poderá produzir efeitos jurídicos diferenciados, uma vez que, a partir da relação trilateral que se forma dela, podem existir diversas situações jurídicas que resultarão em diversos direitos subjetivos passíveis de proteção estatal.

Já a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais pauta-se na ideia de que eles consagram valores ou fins que uma comunidade propõe-se a seguir. Destarte, a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais liga-se à noção de coletividade, enquanto a dimensão subjetiva encontra-se mais relacionada aos indivíduos e posições jurídicas que esses assumem na relação trilateral.

Daniel Sarmiento¹³⁰ argumenta que, exprimindo os direitos fundamentais valores nucleares de uma ordem jurídica democrática, seus efeitos não poderiam se resumir à limitação jurídica do poder estatal, devendo se expandir para todos os campos do ordenamento jurídico. Defende-se, portanto, que os direitos fundamentais devem estar presentes na atuação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, servindo como parâmetro de interpretação¹³¹.

A perspectiva objetiva, portanto, traz consigo valores de toda uma comunidade, de sorte que os problemas existentes no tocante à efetivação dos direitos fundamentais são de todos, e não somente um problema do Estado. Toda a comunidade política deve estar colaborando com a implementação desses direitos, atuando em sua defesa conjuntamente com o Estado.

O Poder Público, ainda, não deve apenas se abster de violar direitos fundamentais. Deve o Estado atuar de maneira participativa com toda a comunidade no amparo dos direitos fundamentais, protegendo-os ativamente de possíveis violações e

¹³⁰ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 106.

¹³¹ Peter Häberle defende que a interpretação constitucional dos órgãos estatais não deve ser única, uma vez que os cidadãos, grupos de interesses e a opinião pública constituem fonte interpretativa. Dessa maneira, a interpretação constitucional da norma de direito fundamental pelo seu destinatário possui muita força no processo interpretativo, muito mais do que se pensaria pelo processo hermenêutico tradicional. Trazendo isso para o campo da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, defende-se que a norma de direito fundamental deve ser interpretada de acordo com os valores expressos pela comunidade em questão, uma vez que os valores intrínsecos desta constituem fonte interpretativa importante, devendo ser consideradas por todos os Poderes Estatais. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

ameaças advindas de terceiros¹³². Em razão disso, alicerça-se a existência de uma eficácia horizontal dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, já que a proteção aos direitos fundamentais, a partir da perspectiva objetiva, não se dá somente na relação indivíduo-Estado, mas sim transcende através dos valores de uma comunidade política.

Nas palavras de Ana Cristina Costa Meireles, “a concepção de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais leva em conta não apenas a abstenção do Estado, como, ainda, a promoção, por parte deste, dos princípios açambarcados naquelas normas e uma irradiação nas relações entre particulares”¹³³.

A violação a direito fundamental, por particular, em uma relação privada deve ser combatida justamente porque essa ofensa representaria uma ofensa ainda maior aos valores e fins da comunidade. Assim, a autonomia privada é limitada para proteger os indivíduos da opressão exercida pelos particulares na contemporaneidade. Ademais, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais serve como justificativa para certas limitações impostas a tais direitos, em detrimento do interesse da coletividade¹³⁴.

Contudo, não se pode generalizar, entendendo que o interesse da coletividade quanto aos direitos fundamentais sempre deva prevalecer sobre os direitos individuais. Em verdade, as perspectivas objetivas e subjetivas devem conviver harmonicamente, sendo o indivíduo o titular do direito subjetivo a ser reclamado, se violado, em juízo, e a coletividade, a fonte de valores e princípios relativos a direitos fundamentais na comunidade jurídica.

3.1.1 A Constituição como ordem de valores

Tratar de uma ordem de valores inseridos nos sistemas constitucionais não é uma tarefa fácil, uma vez que valores e princípios sociais vêm se modificando ao longo

¹³² SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 107.

¹³³ MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A Eficácia dos Direitos Sociais: os Direitos subjetivos em face das normas programáticas**. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 339.

¹³⁴ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 108.

dos anos nos ordenamentos jurídicos. Os direitos do homem¹³⁵ são codificados em Constituições, de modo a transformá-los em direitos fundamentais. Pelos ideais iluministas, valores advindos do direito natural, dos direitos do homem são codificados.

Assumir que um Texto constitucional moderno não contenha um mero toque de princípios éticos não é mais possível. A comunidade passa a funcionar como fonte de princípios e valores relativos aos direitos fundamentais que dela emanam, irrigando todo o ordenamento jurídico.

Daniel Sarmiento¹³⁶ afirma que o debate acerca dos valores na metodologia constitucional se projetou com destaque nos dois grandes polos da teoria constitucional: Estados Unidos e Alemanha. Nos Estados Unidos, esse debate não se relaciona com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, limitando-se a discutir a aplicação da teoria não interpretativista da hermenêutica constitucional.

Os adeptos dessa teoria¹³⁷ afirmam que é necessário o uso de valores substantivos pelo Poder Judiciário ao realizar a interpretação constitucional, justificando-se em razão da defesa dos direitos fundamentais. Em contrapartida, um expressivo segmento doutrinário afirma que tal postura seria antidemocrática, pois o Judiciário

¹³⁵ Robert Alexy afirma que os direitos do homem são reconhecidos através de cinco marcas: direitos universais, morais, fundamentais, preferenciais e abstratos. Para ele, o caráter universal compreende o fato de que a titularidade dos direitos do homem consiste justamente no fato de que esses direitos competem a todos os homens. Já os direitos morais podem ser jurídico-positivos de maneira simultânea, bastando, para sua validade, que a norma que está em sua base valha moralmente. Os direitos preferenciais relacionam-se com um direito positivo. Trata, portanto, da relação entre o direito moral ao direito positivo, devendo este último respeitar, proteger e fomentar os direitos do homem. Os direitos do homem possuem ainda relação com a fundamentabilidade na medida em que tratam de interesses e carências que devem ser fomentados pelo direito, necessariamente. Por fim, são abstratos, devendo o Estado não funcionar somente como instância de interposição, mas também como instância de decisão para a realização dos direitos do homem. Note-se, portanto, que os direitos do homem exprimem valores da sociedade, já que se baseiam em direitos de caráter universal, em direitos morais que devem ser positivados, necessários à sociedade e garantidos pelo Estado. ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 45-49.

¹³⁶ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 116-117.

¹³⁷ Daniel Sarmiento noticia que são adeptos desta teoria Laurence Tribe, Alexander Bickel e Ronald Dworkin. SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 116. Dworkin defende que as decisões judiciais civis, mesmo em casos difíceis, devem ser geradas por princípios, e não por políticas, pautando-se em argumentos da teoria política e da teoria do direito. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, p. 132.

não “teria legitimidade para infirmar as decisões dos poderes eleitos a não ser quando a Constituição claramente proibisse determinada escolha”¹³⁸.

Entende-se ser a teoria não interpretativista da hermenêutica constitucional a opção mais correta diante de uma defesa dos direitos fundamentais, uma vez que os valores da sociedade podem ser utilizados diante de uma violação a esses direitos, pelo Poder Judiciário, não implicando uma postura antidemocrática. Pelo contrário, o Poder Judiciário deve possuir uma postura ativa diante de uma violação a direito fundamental, consagrando-se, assim, uma jurisprudência incisiva e criativa diante dos arbítrios relacionados aos direitos fundamentais na Suprema Corte Americana, pautada nos ideais pós-positivistas.

A jurisprudência alemã, no entanto, desenvolveu a chamada teoria da ordem de valores¹³⁹, relacionada com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Essa teoria diferencia-se daquelas que tratam dos direitos naturais do homem, uma vez que não tratam somente da moral como valor imutável, mas sim dos valores de uma sociedade concreta e definida¹⁴⁰.

Dessa maneira, os valores sociais de cada época incorporam-se à interpretação constitucional, de modo que os direitos fundamentais contidos na Constituição devem ser interpretados com base nos mais íntimos princípios éticos e valores existentes naquela comunidade jurídica. Relacionam-se, portanto, com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, na medida em que esses exprimem os valores de uma determinada sociedade, devendo esta, em contrapartida, atuar no resguardo desses direitos.

Note-se que a teoria da ordem de valores também se relaciona com um critério coletivo, haja vista que os valores advêm dos seres que compõem aquela sociedade

¹³⁸ Ainda segundo informações de Daniel Sarmento, são defensores desta segunda corrente: Raul Berger, Robert Bork e Antonin Scalia. *Ibidem*, p. 116-117.

¹³⁹ Virgílio Afonso da Silva entende que a teoria da ordem de valores consolida a ideia de que as declarações de direitos fundamentais não são meras declarações de princípios, mas sim contêm normas jurídicas que conferem direitos subjetivos aos indivíduos. Fora isso, a ordem de valores implicaria a superação da concepção de que os direitos fundamentais seriam exigíveis somente perante o Estado, seja por abstenção ou prestação. Direitos fundamentais desempenhariam a função adicional de expressar os valores da sociedade, válidos para todo o ordenamento jurídico. Esse sistema de valores, na opinião do autor, não pode ser confundido com uma mera declaração de princípios, pois os valores representariam o ponto de partida, vinculante, para a constitucionalização do direito e ampliação da força normativa da Constituição. SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito – Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed. 2ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 76-77.

¹⁴⁰ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 118.

como um todo, devendo refletir uma época. Por isso, a teoria da ordem de valores não é mais uma teoria estática. Muito pelo contrário, essa teoria é tão dinâmica que atua ao longo dos anos, sendo o reflexo da sociedade no período.

Não se pode ser ingênuo ao ponto de achar que o Texto constitucional brasileiro de 1988 incorpora os valores da sociedade atual. Ao longo desses anos, a sociedade incorporou valores diversos daqueles existentes à época da promulgação do texto original, muitas vezes promovendo mudanças nesses valores¹⁴¹.

¹⁴¹ Como exemplo dessas mudanças dos valores sociais pode-se trazer o caso da união homoafetiva. Em 1988, a união homoafetiva não foi incluída no rol do art. 226 como entidade familiar, de maneira que somente era reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar. Hoje, a jurisprudência e a doutrina acabaram por reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar. E M E N T A: UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO - ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: POSIÇÃO CONSAGRADA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 132/RJ E ADI 4.277/DF) - O AFETO COMO VALOR JURÍDICO IMPREGNADO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL: A VALORIZAÇÃO DESSE NOVO PARADIGMA COMO NÚCLEO CONFORMADOR DO CONCEITO DE FAMÍLIA - O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE, VERDADEIRO POSTULADO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO E EXPRESSÃO DE UMA IDÉIA-FORÇA QUE DERIVA DO PRINCÍPIO DA ESSENCIAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - ALGUNS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA SUPREMA CORTE AMERICANA SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA FELICIDADE - PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA (2006): DIREITO DE QUALQUER PESSOA DE CONSTITUIR FAMÍLIA, INDEPENDENTEMENTE DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU IDENTIDADE DE GÊNERO - DIREITO DO COMPANHEIRO, NA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA, À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE DE SEU PARCEIRO, DESDE QUE OBSERVADOS OS REQUISITOS DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL - O ART. 226, § 3º DA LEI FUNDAMENTAL CONSTITUI TÍPICA NORMA DE INCLUSÃO - A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - A PROTEÇÃO DAS MINORIAS ANALISADA NA PERSPECTIVA DE UMA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL - O DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE IMPEDIR (E, ATÉ MESMO, DE PUNIR) "QUALQUER DISCRIMINAÇÃO ATENTATÓRIA DOS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS" (CF, ART. 5º, XLI) - A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O FORTALECIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ELEMENTOS QUE COMPÕEM O MARCO DOUTRINÁRIO QUE CONFERE SUPORTE TEÓRICO AO NEOCONSTITUCIONALISMO - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. NINGUÉM PODE SER PRIVADO DE SEUS DIREITOS EM RAZÃO DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL. - Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Os homossexuais, por tal razão, têm direito de receber a igual proteção tanto das leis quanto do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguale as pessoas em razão de sua orientação sexual. RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR. - O Supremo Tribunal Federal - apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) - reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em consequência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares. - A extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta

Critica-se, no entanto, que a Constituição seja vista apenas como uma ordem de valores, uma vez que se poderia criar certa insegurança jurídica, afinal, o julgamento de uma causa seria passível de ficar vinculado a um valor que, talvez, não fosse o mais adequado ao caso concreto, a um valor com o qual somente parte da sociedade concorda ou até mesmo a um valor deturpado pelo órgão julgador.

Deixar a interpretação constitucional à margem da justificativa de uma ordem de valores pode levar a sociedade ao palco de sérias abusividades pelo Judiciário, uma vez que este não terá amarras balizadoras para a realização de um julgamento. Na realidade, o Poder Judiciário poderia agir de qualquer maneira, utilizando-se da escusa de estar vinculado a certos valores para solucionar determinado conflito.

incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes, aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar. - Toda pessoa tem o direito fundamental de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou de identidade de gênero. A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas. A DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO AFETO COMO UM DOS FUNDAMENTOS DA FAMÍLIA MODERNA. - O reconhecimento do afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: um novo paradigma que informa e inspira a formulação do próprio conceito de família. Doutrina. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E BUSCA DA FELICIDADE. - O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e a democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Doutrina. - O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. - Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte americana. Positivação desse princípio no plano do direito comparado. A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROTEÇÃO DAS MINORIAS. - A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito. - Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da Constituição (o que lhe confere “o monopólio da última palavra” em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do Estado. Precedentes. Doutrina. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 477554 Agr / MG - MINAS GERAIS. AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.** Relator: Celso de Mello. D.J.16/08/2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>. Acesso em: 12 de julho de 2012.

Contudo, não se pode negar que os valores permeiam a interpretação constitucional. Deve-se encontrar uma maneira de harmonizar a segurança jurídica com a ordem de valores. Daniel Sarmiento, tratando do tema, sugere que:

As soluções hoje se encaminham para o reconhecimento de que, se por um lado as Constituições albergam valores que são relevantes na interpretação constitucional, abrindo-as para conteúdos morais, por outro lado, é necessário que a aplicação da Lei Maior se lastreie em metodologia preocupada com o estreitamento das margens do subjetivismo, incerteza e insegurança das decisões. E se o modelo lógico-subsuntivo se revela imprestável diante das características do Direito Constitucional, urge, em prol da transparência e da controlabilidade das decisões do intérprete, recuperar e promover a idéia de racionalidade prática na hermenêutica e na jurisdição constitucional, a fim de legitimá-las democraticamente¹⁴².

Assim, os valores e princípios éticos devem, sim, ser considerados paradigmas no tocante à interpretação constitucional, fazendo com que a teoria da ordem de valores seja útil no deslinde de questões envolvendo direitos fundamentais.

No entanto, o Poder Judiciário deve ser coerente em suas decisões, adotando interpretações e linhas argumentativas fundamentadas, sempre se pautando na segurança jurídica que permeia as relações entre a sociedade e o Judiciário. Este deve atuar com base nos ditames da transparência e coerência, de modo a garantir à sociedade decisões que expressem sua vontade, uma vez que é ela própria a fornecedora de valores que devem embasar as suas decisões.

3.1.2 A Eficácia Irradiante dos Direitos Fundamentais

A eficácia irradiante dos direitos fundamentais configura-se como uma consequência lógica da dimensão objetiva deles. Em verdade, é através da eficácia irradiante que os valores que norteiam a sociedade penetram por todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação legislativa a esses valores, bem como orientando a atividade do legislador ao conceber novas normas legais. Afora isso, a eficácia irradiante também atinge o Poder Judiciário e o Poder Executivo, uma vez que estes têm suas atividades intrinsecamente ligadas aos valores sociais.

¹⁴² SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 123.

A eficácia irradiante dos direitos fundamentais é, portanto, norteadora de todo o ordenamento jurídico, já que transmite os valores impregnados na sociedade para um melhor funcionamento da ordem jurídica. É através dessa eficácia que os direitos fundamentais deixam de ser apenas direitos diante do Estado e se tornam presentes em cada norma existente, balizando ainda as atividades dos Poderes Estatais.

A interpretação, conforme o Texto constitucional, é um poderoso instrumento da eficácia irradiante, uma vez que desempenha os papéis de princípio hermenêutico e mecanismo de controle de constitucionalidade¹⁴³. Em seu papel de princípio hermenêutico, a interpretação, de acordo com a Constituição, determina ao operador do direito que, diante de ambiguidade de certa disposição legal, opte pela interpretação condizente com o Texto constitucional. Dessa maneira, a norma se mantém no ordenamento jurídico, passando a ser aplicada nos ditames da Constituição Federal.

O entendimento conforme a Constituição, em seu papel de mecanismo de controle de constitucionalidade, permite que o Supremo Tribunal Federal, verificando contrariedade ao Texto constitucional, elimine-a sem reduzir seu texto, na realização do controle abstrato de constitucionalidade. No entanto, isto não significa que a atividade de interpretação segundo o Texto constitucional fique limitada à atividade do Supremo Tribunal Federal. Pelo contrário, cada juiz, diante do caso concreto, pode exercer essa interpretação, verificando se a norma jurídica em questão está em consonância com o disposto na Constituição Federal¹⁴⁴.

Destarte, a eficácia irradiante dos direitos fundamentais ainda atua nas legislações infraconstitucionais¹⁴⁵, devendo o operador do direito interpretar essas normas de

¹⁴³ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 124.

¹⁴⁴ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 124.

¹⁴⁵ Ana Cristina Costa Meireles, tratando sobre o tema, afirma que é forçoso reconhecer que o controle abstrato de constitucionalidade das normas infraconstitucionais já representa uma demonstração do reconhecimento da faceta objetiva dos direitos fundamentais. “Mas o que se quer dizer com eficácia irradiante dos direitos fundamentais é muito mais; de mero dever de abstenção, passa a existir um autêntico dever de prestação”. Discorda-se do posicionamento da autora, uma vez que a atividade jurisdicional exercida no controle de constitucionalidade abstrato de normas infraconstitucionais configura faceta da interpretação conforme o Texto constitucional, marcada pela eficácia irradiante dos direitos fundamentais. Assim, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais estaria plenamente demonstrada, haja vista que os valores da coletividade estão sendo incorporados através de uma interpretação conforme os ditames constitucionais. Discorda-se ainda da afirmação de que a eficácia irradiante dos direitos fundamentais representaria um dever de prestação, uma vez que a eficácia irradiante, em verdade, representa um distanciamento das relações de direitos

acordo com a Lei Maior, especialmente os direitos fundamentais. Isso se dá, pois a Constituição Federal de 1988 encontra-se carregada de direitos fundamentais, exprimindo ainda valores sociais. O direito infraconstitucional não poderia ficar à mercê destes novos paradigmas trazidos pelo Texto constitucional. A interpretação dessas legislações, em conformidade com a Constituição, é chamada de filtragem constitucional, em que o aplicador do direito deve assumir uma postura interpretativa compatível com o Texto constitucional.

Conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais também são interpretados através da eficácia irradiante dos direitos fundamentais. Conceitos como boa-fé, ordem pública, interesse público, abuso de direito, bons costumes, dentre outros, devem ser interpretados à luz dos direitos fundamentais em razão das dificuldades encontradas na conceituação e delimitação destes¹⁴⁶.

Por fim, cumpre destacar que a eficácia irradiante dos direitos fundamentais não se limita à atuação diante de normas procedentes do Poder Legislativo. Paula Sarno Braga complementa o posicionamento exposto, ao afirmar que:

Não é só com a legislação infraconstitucional de permeio merecerão efetividade os direitos fundamentais. Incidem eles diretamente nas situações concretas, sejam elas públicas ou privadas, independentemente de lei prévia, cabendo ao Estado protegê-los de lesões reais ou iminentes¹⁴⁷.

Dessa maneira, a eficácia irradiante justifica a incidência de normas de direitos fundamentais nas relações privadas, uma vez que elas incidem diante de relações jurídicas concretas, cumprindo a função de irrigar todo o ordenamento jurídico com valores advindos da sociedade. No entanto, a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais ainda passa por um processo exploratório, advindo deste processo inúmeras divergências doutrinárias e jurisprudenciais. É o que se verá agora.

3.2 A NEGAÇÃO DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS: A DOCTRINA DA *STATE ACTION*

fundamentais com o Estado, sejam elas relações de abstenção ou prestacionais. O que a eficácia irradiante tutela é a disseminação dos valores sociais por todo o ordenamento jurídico. MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A Eficácia dos Direitos Sociais: os Direitos subjetivos em face das normas programáticas**. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 344.

¹⁴⁶ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 127.

¹⁴⁷ BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do Devido Processo Legal nas Relações Privadas**. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 116.

A teoria da *state action* surgiu na Alemanha, em contraposição à teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, sendo defendida por Mangoldt e Forsthoff. Essa teoria nega-lhes eficácia nas relações privadas, partindo da concepção de que somente o Estado pode ser sujeito passivo desses direitos, de modo a serem os direitos fundamentais apenas direitos de defesa em face ao Estado¹⁴⁸.

Dentre os argumentos lançados por essa corrente, destacavam-se:

A tradição histórica liberal dentro da qual se cristalizaram os direitos fundamentais, o texto constitucional alemão, que prevê expressamente apenas a vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais no seu art.1.3, bem como a vontade histórica do constituinte, pois não se discutiu, durante a elaboração da Lei Fundamental alemã, a vinculação de atores privados aos direitos fundamentais, já que as atenções estavam voltadas para a proteção contra o Estado, até pela proximidade da experiência nazista. Ademais, alegava-se também que a eficácia horizontal fulminaria a autonomia individual, destruiria a identidade do direito privado, que ficaria absorvido pelo direito constitucional, e conferiria um poder exagerado aos juízes, em detrimento do legislador democrático¹⁴⁹.

A *state action* praticamente desapareceu na Alemanha, em razão do reconhecimento, pelo Tribunal Constitucional Federal, da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Contudo, os Estados Unidos surgiram no quadro internacional como os maiores defensores da *state action*¹⁵⁰, uma vez que os direitos fundamentais previstos no *Bill of Rights* impõem limitações apenas para os Poderes Públicos, e não para os particulares, com exceção da 13ª Emenda, que proibiu a escravidão.

Justifica-se a utilização da teoria da *state action* nos Estados Unidos em razão da literalidade do Texto constitucional, que se refere apenas aos Poderes Públicos em grande maioria das normas consagradoras de direitos fundamentais.

Fora isso, utilizam-se ainda os argumentos de que as *states actions* preservariam a autonomia privada e a autonomia dos Estados, uma vez que existe a imposição,

¹⁴⁸ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 7.ed, rev. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 146.

¹⁴⁹ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 188.

¹⁵⁰ Eduardo Appio noticia que a ação de Estado estará presente quando, por exemplo, uma entidade ou pessoa privada estiver no desempenho de uma função pública, quando então a ação do particular estará sujeita à proteção da Emenda 14. APPIO, Eduardo. **Direito das Minorias**. Prefácio Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 120.

pelo Pacto Federativo, de que somente os Estados legislem sobre normas de direito privado, a não ser quando a matéria envolva comércio interestadual ou internacional¹⁵¹.

Todavia, a partir da década de 40, os órgãos judiciais americanos acabaram por relativizar a teoria da *state action*, ampliando excepcionalmente o âmbito de aplicação dos direitos fundamentais da Constituição, ao dilatarem os conceitos de Poder Público e ação estatal¹⁵².

Dessa maneira, a jurisprudência americana passou a utilizar a *public function theory*, de modo que o sujeito de direito privado que pratica atividade de natureza estatal fica sujeito às limitações impostas pelos direitos fundamentais. Outrossim, quando particulares assumem funções eminentemente estatais, devem se sujeitar às normas de direitos fundamentais, respeitando-as.

Juan María Bilbao Ubillos, tratando sobre o tema, afirma que:

Los supuestos em los que se há aplicado esta doctrina jurisprudencial pueden clasificarse, pese a sua disparidad tipológica, em dos grandes apartados: por um lado, los relacionados com actividades que entrañan materialmente El ejercicio de uma 'función pública', y por outro, aquéllo em los que se detecta uma 'conexión' o 'implicación' estatal significativa em la acción impugnada por el demandante.¹⁵³

Essa teoria impede, portanto, que o Estado se abstenha de cumprir com a efetivação dos direitos fundamentais em razão da constituição de empresa privada ou delegação de suas atividades a uma empresa privada através de concessão, uma vez que, ainda que o Estado não figure diretamente no exercício da função pública, transferirá ao particular as mesmas obrigações e limites postos constitucionalmente no tocante aos direitos fundamentais.

Dessa forma, a *public function theory* é aplicável independentemente de delegação, bastando apenas que a atividade desenvolvida pelo ente privado possua natureza estatal em sua essência. No entanto, diante da falta de critério seguro e caráter

¹⁵¹ Idem. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 7.ed, rev. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 147.

¹⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 36, out./dez., 2000, p. 79.

¹⁵³ UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 318.

errático na aplicação da *public function theory*, a Suprema Corte vem restringindo sua aplicação desde a década de 70¹⁵⁴.

Outra hipótese de vinculação dos particulares a direitos fundamentais na comunidade jurídica americana se dá quando é possível estabelecer uma profunda conexão entre o ente privado e algum órgão estatal¹⁵⁵.

Um caso marcante na jurisprudência¹⁵⁶ americana, em que se observa uma conexão entre o ente privado e o Estado, é o caso *Shelley v. Kraemer*. Nesse caso, existia uma convenção de condomínio privado que proibia a venda de casas a afrodescendentes. Quando uma das casas foi vendida a um afrodescendente, em contrariedade ao estabelecido na convenção, iniciou-se uma disputa judicial para tentar anular a venda. Na Suprema Corte, a pretensão foi rejeitada, sob o argumento de que os direitos previstos na convenção contrariavam o previsto na Constituição, não podendo as autoridades judiciárias perpetuar tal segregação¹⁵⁷.

É importante salientar, no entanto, a opinião de Virgílio Afonso da Silva sobre a doutrina da *state action*. Para o autor, essa doutrina procura determinar quando um ato privado que viole direitos fundamentais, especialmente o direito de igualdade, pode ser objeto de controle judicial. Em razão disso, Virgílio critica o posicionamento de que a doutrina da *state action* corresponderia a uma não aceitação de efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, uma vez que essa doutrina

¹⁵⁴ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 7.ed, rev. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 149.

¹⁵⁵ Eduardo Ribeiro Moreira, comentando o abrandamento da doutrina da *state action*, afirma que, aos poucos, a realidade entre particulares foi amoldada para poder exigir o cumprimento e proteção das normas constitucionais sempre que houvesse a participação do Estado na violação do direito individual. Sem a verificação da participação mínima do Estado na violação do direito do particular, as normas constitucionais não poderiam ser invocadas entre particulares. Segundo ele, atribuir um grau de participação do Estado nos processos entre particulares foi tarefa dos advogados e juristas norte-americanos, que se desenvolveu em vários níveis, produzindo, em alguns casos, ligações entre Estado e particular por ficção jurídica; em outros casos, a negativa da relação entre ato estatal e particular causa espanto. MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Obtenção dos Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 97.

¹⁵⁶ Para maior conhecimento sobre a jurisprudência americana no tocante à doutrina da *state action* e *public function theory*, ver SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 7.ed, rev. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2009; SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008 e MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Obtenção dos Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

¹⁵⁷ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 7.ed, rev. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 149-150.

tem justamente o objetivo contrário, quer seja o rompimento da limitação do uso dos direitos fundamentais nas relações entre sujeito-Estado, quando tenta definir em quais situações a ação privada é equiparável à ação pública¹⁵⁸.

Discorda-se deste posicionamento, pois a origem da doutrina da *state action* remonta à Alemanha, em contrapartida à possibilidade da aplicação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Afora isso, observa-se ainda que essa doutrina representa um limite à aplicação dos direitos fundamentais, porque estes só podem ser vistos nas relações em que o Estado participa. Caso a *state action* rompesse com a limitação no uso dos direitos fundamentais, expandindo-os para as relações entre particulares, não seria necessário o desenvolvimento da *public function theory*, já que os direitos fundamentais incidiriam em relações onde o particular exercesse alguma atividade estatal.

Ainda mais, a *public function theory* veio a funcionar como um temperamento à doutrina da *state action*, estabelecendo algumas condutas, embora de maneira desorganizada e sem critérios claros, em que os direitos fundamentais poderiam incidir nas relações entre particulares. Acaso o posicionamento de Virgílio da Silva fosse o correto, a doutrina da *public function theory* iria se confundir com a própria *state action*, já que, para o autor, esta viria a trazer situações onde a ação privada é equiparada à ação pública.

Assim, essas duas doutrinas representariam a mesma coisa, o que constitui um enorme equívoco, já que a *state action* pode ser tomada como a doutrina mais extremista, onde os direitos fundamentais só incidem nas relações com o Estado, e a *public function theory* constitui, justamente, um abrandamento dessa teoria, sem lhe tirar o caráter vital, quer seja o Estado sempre estar presente nas relações que versem sobre direitos fundamentais, ainda que indiretamente, seja por uma ligação profunda com a relação particular em questão, seja por um ente privado estar exercendo uma atividade que é nitidamente sua.

Em verdade, predomina nos Estados Unidos a aplicação da *state action* nos moldes já explicados, de modo que, em se tratando de direitos fundamentais, o Estado deve

¹⁵⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito – Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed. 2ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 99-100.

ser sujeito passivo da obrigação. No entanto, algumas vozes, embora de maneira tímida e minoritária, criticam essa teoria. É o caso dos membros do movimento *Critical Legal Studies* e de alguns movimentos feministas americanos, que censuram a dicotomia entre direito público e privado, bem como a existência de liberdade, democracia e igualdade apenas na seara do direito público, de modo que, no direito privado, só existiria apenas a liberdade para comprar e vender¹⁵⁹.

Critica ainda a doutrina da *state action* Edwin Chemerinsky, afirmando que, cada vez que se reconhece a liberdade de alguém para violar um direito fundamental de terceiro, ocorre uma restrição ao direito dessa vítima. No tocante à autonomia dos Estados, o professor afirma que ela tem limites na Constituição americana e, por isso, não pode ser invocada contra ela. Por fim, propõe Edwin Chemerinsky que a doutrina da *state action* seja eliminada, devendo ser substituída por um modelo de ponderação diante do caso concreto¹⁶⁰.

Concorda-se com o posicionamento de Edwin Chemerinsky, uma vez que a doutrina da *state action* não proporciona uma proteção adequada aos direitos fundamentais. Em verdade, essa doutrina serve como palco de muitas violações a direitos fundamentais não tutelados pela ordem estatal, em razão de não estar o Estado vinculado àquela relação jurídica privada.

Muitas vezes, as violações a direitos fundamentais não são provenientes de atitudes estatais, mas sim de particulares, como empresas, pessoas individualizadas, grupos ou associações. Deixar o Estado à mercê da *state action* é fazer com que ele feche os olhos para as atrocidades no âmbito dos direitos fundamentais provenientes de particulares. Ainda mais, a existência da doutrina da *state action* pode significar, algumas vezes, um incentivo ao cometimento de tais violações, já que a impunidade poderia ser a sensação passada a esses entes particulares.

Alguns Estados americanos vêm reagindo a essa teoria. O *Statute* da Califórnia protege o direito a não ter discriminação no emprego ou no exercício profissional

¹⁵⁹ KAIRUS, D. **The Politics of Law**. New York: Pantheon Books, 1982, p. 151 *apud* SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 7. ed, rev. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 152.

¹⁶⁰ GARVEY, John H. & ALEINIKOFF, T. Alexander. **Modern Constitucional Theory: A reader**. St. Paul: West Group, 1999, p. 793-800 *apud* SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 7.ed, rev. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 152-153.

(art. 1º, secção 8). Em Nova York, está previsto o direito a não ser discriminado, seja diante de uma empresa, seja diante de qualquer particular, verificando-se isso também em Montana. O *Statute* de Illinois protege o direito a não existir discriminação por aluguéis em razão da raça ou etnia (art. 1º, secção 17). Em Louisiana, a proteção só se dá plenamente em espaços públicos (art. 1º, secção 12)¹⁶¹. Esses Estados, como se pode observar, adotam uma posição mais vanguardista do que a própria Suprema Corte, que ainda se pauta na teoria da *state action*.

No entanto, outros países também adotam a teoria da *state action*. É o caso do Canadá, revelado através do caso *Dolphin Delivery*, em que, diante de uma greve, decidiu-se na Corte Suprema Canadense que eram proibidos os piquetes, alegando-se ainda que não se aplicam à Constituição decisões do Judiciário em processos entre particulares. Na África do Sul, chegou-se à mesma conclusão quando vigia a Constituição provisória, editada após o final do regime do *apartheid*, no caso *Plessis v. Klerk*. Essa matéria, contudo, foi reformada com a vigência da Constituição definitiva, de modo a estabelecer a vinculação direta dos direitos fundamentais aos particulares¹⁶².

3.3 A TEORIA DA EFICÁCIA INDIRETA OU MEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A teoria da eficácia indireta (*mittelbare Drittwirkung*) ou eficácia mediata (*indirekte Drittwirkung*) foi desenvolvida na Alemanha por Günther Dürig, sendo hoje considerada a concepção dominante no direito germânico, principalmente em razão das decisões advindas do seu Tribunal Constitucional¹⁶³.

¹⁶¹ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Obtenção dos Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 106-107.

¹⁶² MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Obtenção dos Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 116 e SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 7.ed, rev. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 154.

¹⁶³ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 136.

Em verdade, trata-se de uma concepção intermediária entre a doutrina da *state action*, que nega a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas, e a doutrina da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais.

Para a teoria da eficácia mediata, os direitos fundamentais não são direitos subjetivos que podem ser invocados a partir do Texto constitucional nas relações privadas. Pelo contrário, incidem nas relações particulares como princípios objetivos, ou sistema de valores. A construção dessa teoria parte da premissa de que os direitos fundamentais são, em uma concepção clássica, direitos subjetivos de defesa ante o Estado. Dessa maneira, surgiria a relação jurídica entre o sujeito e o Estado, de modo a ser o indivíduo titular de direitos fundamentais, enquanto o Estado seria apenas destinatário das normas de direitos fundamentais, vinculando o poder estatal em face dos direitos de liberdade titularizados. Os direitos fundamentais não poderiam incidir imediatamente nas relações entre particulares devido às diferenças existentes na relação entre particular e particular e a relação entre cidadão e Estado¹⁶⁴. Note-se que, na relação entre particulares, todos são titulares de direitos fundamentais, enquanto na relação entre Estado e indivíduo, apenas este último é titular.

Segundo Konrad Hesse, as situações jurídicas que envolvem um ente público e um particular são tipicamente de subordinação, de modo que só caberá a proteção deste diante da preponderância do Estado, enquanto nas situações jurídicas privadas, onde predominam relações de coordenação, todos gozam igualmente da proteção que os direitos fundamentais conferem. Surgiria um conflito entre esses direitos fundamentais nas relações particulares, pois os entes privados gozariam de iguais direitos¹⁶⁵. Assim, não haveria como tutelar igualmente situações que são, em sua essência, desiguais.

Fora isso, em razão da autonomia privada¹⁶⁶, pode o particular renunciar a direito fundamental no âmbito das relações negociais travadas, o que não é possível nas

¹⁶⁴ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 140.

¹⁶⁵ HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Madrid: Editorial Civitas, 1995, p. 60.

¹⁶⁶ De maneira bem simplista, a autonomia privada consiste na liberdade que o indivíduo possui para firmar direitos e obrigações, de modo a, nas relações com particulares, autovincular-se de maneira responsável. Em verdade, os indivíduos encontram-se ligados através de uma relação denominada de relação horizontal, pois os particulares encontram-se, ainda que em tese, em situações de equilíbrio. Essa relação é baseada justamente na autonomia privada, na capacidade que os sujeitos

relações entre Estado e indivíduo¹⁶⁷. Logo, a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais nega sua aplicação imediata nas relações privadas, já que, caso fosse reconhecida a eficácia imediata, extinguir-se-ia a autonomia privada e o direito privado perderia sua força.

Ora, o direito privado é um ramo do direito autônomo. Deixar que os direitos fundamentais influenciassem tanto sua esfera, para a teoria da eficácia mediata, é negar sua independência em relação aos outros ramos do direito. Ainda mais, a eficácia imediata acabaria ou desconfiguraria a autonomia privada, já que limitaria as possibilidades de relações jurídicas negociais entre particulares.

Em razão dessas considerações é que a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais possui um núcleo básico, no qual se reconhece que os direitos fundamentais exprimem uma ordem de valores que se irradia¹⁶⁸ por todo o ordenamento jurídico. A primeira premissa desse núcleo básico da teoria da eficácia indireta reside na afirmação de que os direitos fundamentais são protegidos no campo privado não através dos instrumentos de direito constitucional, mas sim por meio dos mecanismos típicos do direito privado. No caso concreto, a interpretação-aplicação das normas de direitos fundamentais não se dá através da Constituição, mas mediante normas e parâmetros dogmáticos hermenêutico-aplicativos do direito privado¹⁶⁹.

Dessa maneira, os direitos fundamentais iriam se estender aos particulares apenas mediante a concretização, por parte do legislador privado, de normas compatíveis com valores constitucionais. E é justamente essa a segunda premissa da teoria da eficácia indireta. Cabe ao legislador privado a tarefa de legislar sobre normas de direito privado que sejam compatíveis com a ordem de valores estabelecida no Texto constitucional, em razão da dimensão objetiva dos direitos fundamentais¹⁷⁰.

têm de estabelecerem negócios jurídicos. Tal noção será mais bem aprofundada no capítulo 5 desta pesquisa.

¹⁶⁷ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 7. ed, rev. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 155.

¹⁶⁸ Sobre ordem de valores e efeito irradiante dos direitos fundamentais, vide itens 3.1.1 e 3.1.2.

¹⁶⁹ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 137.

¹⁷⁰ Andrey Borges de Mendonça e Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira defendem que, no tocante à necessidade do legislador de conformar as relações privadas de acordo com os direitos fundamentais, ela decorre da própria perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, que não se confunde com a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. A perspectiva objetiva

Assim, o legislador protegeria os direitos fundamentais na medida em que suas normas estivessem de acordo com os ditames da dimensão objetiva desses direitos, sem desconsiderar a autonomia da vontade. E mais, caber-lhe-ia realizar uma ponderação de interesses constitucionais no processo legislativo, fazendo com que a norma de direito privado correspondesse aos valores sociais arraigados à época, fixando o grau de cedência de cada bem jurídico¹⁷¹.

Em relação ao Poder Judiciário, vale ressaltar que este não aplicaria diretamente as normas de direito fundamental, constantes no Texto constitucional, nas relações privadas, haja vista que as normas de direito privado estariam impregnadas de valores sociais advindos daquele Texto.

Restariam ao Judiciário duas principais tarefas. A primeira delas consistiria na interpretação das normas de direito privado em conformidade com as normas de direitos fundamentais, de modo a refletir uma interpretação conforme a Constituição¹⁷². Isso se dá, de fato, embora o direito privado seja um ramo autônomo do direito, este está adstrito aos ditames do Texto constitucional, passível de controle de constitucionalidade. Dessa forma, a interpretação de norma de natureza privada deve estar em conformidade com o estabelecido na Constituição.

A outra tarefa pertinente ao Judiciário seria preencher as cláusulas gerais criadas pelo legislador, bem como os conceitos jurídicos indeterminados com os valores que decorrem ou alicerçam as normas de direito fundamental¹⁷³. O direito privado possui em seu corpo diversas normas que estabelecem cláusulas gerais e conceitos

destaca os direitos fundamentais como valores dentre os mais relevantes do ordenamento jurídico, em uma concepção evidentemente valorativa aplicável seja nas relações entre Poder Público e particular, seja exclusivamente entre particulares. Em razão disso, conclui os autores que este aspecto não é uma característica determinante para a aplicação da teoria da eficácia mediata, pois em nada se relacionaria com os direitos fundamentais nas relações privadas. Para esses autores, a teoria da eficácia mediata não possui conteúdo que responda adequadamente às verdadeiras questões relativas à eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas. MENDONÇA, Andrey Borges de; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 146.

¹⁷¹ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 7.ed, rev. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 157.

¹⁷² STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 145.

¹⁷³ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 7. ed, rev. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 157.

jurídicos indeterminados, como boa-fé, interesse público, abuso de direito, dentre outros¹⁷⁴. Nas palavras de Wilson Steinmetz:

No direito privado, as cláusulas gerais são havidas como recurso interpretativo-aplicativo que o legislador põe à disposição do juiz, para restrição, *in concreto*, da autonomia privada e do exercício de direitos ou interesses subjetivos legais. Ora, ao “informar” ou “constituir” o conteúdo das cláusulas gerais no caso concreto, os direitos fundamentais operam como limites à autonomia privada. Por essa via, o Poder Judiciário dá eficácia às normas de direitos fundamentais nas relações entre particulares mediante normas e critérios dogmáticos, interpretativos e aplicativos, próprios do direito privado.¹⁷⁵

O Judiciário, então, diante de tais normas, pela teoria da eficácia mediata, deve aplicá-las de acordo com as normas de direito fundamental. Essa regra permite uma única exceção. Apenas em casos excepcionais, onde se verifiquem lacunas no direito privado e inexistência de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, é que se permitirá ao Judiciário a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas¹⁷⁶.

Ressalte-se ainda que, quando o Judiciário resolve conflitos privados e interpreta suas normas sem considerar os direitos fundamentais, ele incorre em responsabilidade por uma lesão causada a tais direitos. É o que se observa no caso Lüth, de 1958. Em 1950, Eric Lüth, diretor do Clube de Imprensa de Hamburgo, sustentou um boicote público contra o filme *Unsterbliche Gelibte* (“Amante Imortal”), dirigido pela cineasta Veit Harlan. Tal boicote teve como fundamento o fato de essa diretora ter produzido filme com cunho antisemita no período nazista.

Veit Harlan obteve decisão no Tribunal de Justiça de Hamburgo no sentido de que Lüth se abstinhasse de promover o boicote, com base no art. 826 do Código Civil, que diz que aquele que causa dano a outrem, de maneira ofensiva aos bons costumes, está obrigado a repará-lo. Contra essa decisão, Lüth ingressou com uma reclamação perante a Corte Constitucional, alegando que a decisão do Tribunal de

¹⁷⁴ A existência e a interpretação desses conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais foram abordadas, ainda que de maneira rasa, no item 3.1.2.

¹⁷⁵ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 147.

¹⁷⁶ Fazem referência a esta possibilidade, na doutrina brasileira, SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 7.ed, rev. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 157; BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do Devido Processo Legal nas Relações Privadas**. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 124; MASCARENHAS, Ana Carolina Fernandes. Relações Jurídicas Privadas e direitos fundamentais: uma análise do artigo 57 do Código Civil. **Revista da Faculdade Baiana de Direito**. Salvador, n. 01, jan/jun 2008, p. 37.

Hamburgo violou sua liberdade de expressão. Este acolheu o recurso, fundamentando-se no entendimento de que as cláusulas gerais de direito privado, como os bons costumes, referidos no art. 826 do Código Civil, devem ser interpretadas de acordo com a ordem objetiva de valores que integra a ordem constitucional.

Para o Tribunal, o conteúdo dos direitos fundamentais como normas objetivas se desenvolve no direito privado por meios de seus dispositivos, de modo que a influência dos direitos fundamentais como critérios valorativos se realiza por meio, principalmente, das disposições privadas de cunho imperativo¹⁷⁷. Os direitos fundamentais funcionam como linhas diretivas, atuando na interpretação e aplicação do direito ordinário pela jurisdição e administração¹⁷⁸. Assim, estabeleceu-se que cada norma de direito privado deve ser compatível com o sistema de valores advindos da perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais, devendo ser interpretados à luz destes.

Desta forma, consolidou-se na Alemanha a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, representando uma posição intermediária entre a aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e a negação de sua eficácia nas relações entre entes privados.

Contudo, essa teoria é passível de críticas. Virgílio Afonso da Silva¹⁷⁹ aponta três censuras a essa doutrina. Primeiramente, ataca a base da teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, quer seja através das críticas ao sistema de ordem de valores. Isto se fundamenta na premissa de que considerar a Constituição como mero valor social, poderia acarretar abusividades, pelo Poder Legislativo, na elaboração das normas de direito privado, e pelo Poder Judiciário, na interpretação das cláusulas gerais conforme uma ordem de valores.

Depois, ele ataca a ordem de valores partindo da consideração de que interpretar as normas de direito privado, baseadas em ideais sociais, traria uma insegurança

¹⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 36, out./dez., 2000, p. 69.

¹⁷⁸ HECK, Luís Afonso. Direitos Fundamentais e sua Influência no Direito Civil. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 29, jan/mar, 1999, p. 45-46.

¹⁷⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito – Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed. 2ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 84.

jurídica. Discorda-se, contudo, desse argumento, pois, como já foi abordado no item 3.1.1, há como compatibilizar a inserção dos valores no ordenamento constitucional sem dar margens a abusividades ou insegurança jurídica, bastando o Legislativo e o Judiciário atuarem com base nos ditames da transparência e coerência.

Afirma ainda o autor que outra fonte de críticas a essa teoria é a insuficiência de cláusulas gerais. Dessa maneira, ocorreria uma proteção ineficaz dos direitos fundamentais nas relações privadas, uma vez que seus efeitos só as alcançariam por meio das cláusulas gerais.

Esse posicionamento é acertado justamente porque a insuficiência de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados é um fato no ordenamento jurídico. Não se pode esperar que a boa-fé ou os bons costumes tutelem uma gama de normas privadas diferenciadas. Pelo contrário, tais cláusulas são aplicadas em hipóteses bem específicas, de modo que as outras situações, não abarcadas por nenhuma cláusula geral, ficariam desprotegidas.

Por fim, Virgílio Afonso da Silva afirma que a autonomia do direito privado, no modelo de eficácia mediata, estaria comprometida devido a uma dominação da jurisdição ordinária por parte de um Tribunal Superior. A interpretação conforme uma ordem de valores, através da irradiação dos direitos fundamentais, faria com que toda e qualquer relação privada se tornasse pública, pois seria um caso de direito constitucional a ser discutido nos Tribunais Superiores. Esse não se configura como o melhor argumento, já que as normas, ainda que versando sobre direito privado, estão sujeitas à interpretação de acordo com a Constituição Federal.

No entanto, uma crítica fundada à eficácia mediata reside justamente na existência da interpretação conforme a Constituição¹⁸⁰. Não se encontraria diferença entre uma interpretação das cláusulas abertas, segundo uma ordem valorativa advinda do Texto constitucional, e uma interpretação conforme a Constituição. Ora, a interpretação de cláusula aberta consiste somente em uma mudança de terminologias, já que o resultado almejado será o mesmo se utilizada a interpretação de acordo com a Constituição: normas de direito privado serão impregnadas com valores sociais advindos do ordenamento constitucional.

¹⁸⁰ BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do Devido Processo Legal nas Relações Privadas**. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 125.

3.4 A TEORIA DA EFICÁCIA DIRETA E IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Nipperdey foi o autor que, primeiramente, defendeu a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações particulares, no início da década de 50. Para ele, os direitos fundamentais têm efeitos absolutos¹⁸¹, de modo a não carecerem de mediação legislativa para serem aplicados¹⁸². Justifica-se tal conduta devido à constatação de que as ofensas aos direitos fundamentais não provêm somente do Estado, mas também dos poderes sociais e de terceiros particulares.

Antônio Enrique Perez Luño afirma que:

Esta ampliación de la eficacia de los derechos fundamentales a la esfera privada o em relación a terceros (por ello, la doctrina alemana utiliza com referencia a este fenómeno la expresión *Drittwirkung der Grundrechte*) hace necesaria la actuación de los poderes públicos encaminada a <<promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos em que se integra sean reales y efectivas>>, así como a <<remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud>>¹⁸³.

Reconhece-se, portanto, que a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas tem devida importância, uma vez que protege os particulares de ameaças a direitos fundamentais providas de outros particulares. Os Poderes Públicos têm atuação importante nesse processo, uma vez que promovem as condições necessárias para o exercício dos direitos fundamentais.

Segundo Juan María Bilbao Ubillos, admitir a possibilidade de uma eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações particulares não implica subestimar os efeitos de irradiação desses direitos através da lei. Para ele, podem coexistir normas de direito privado com a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. A regularização, pelo legislador, de normas de direito privado, criadas com base em uma ordem de valores emanada do Texto constitucional, não exclui a possibilidade

¹⁸¹ É importante destacar que os direitos fundamentais não são absolutos, mas sim possuem efeitos absolutos, de caráter *erga omnes*. Considerar que os direitos fundamentais são absolutos levaria à falsa ideia de que esses têm conteúdo invariável no tempo ou que esses não sofrem limitações, o que não é verdade, como foi explicitado no item 2.4.4 desta pesquisa.

¹⁸² SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito – Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed. 2ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87.

¹⁸³ LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Los Derechos Fundamentales**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2007, p. 23.

de, na falta dessas, serem aplicadas as normas de direito constitucional diretamente¹⁸⁴.

A jurisprudência do Tribunal Federal do Trabalho alemão adotou algumas decisões baseadas nessa doutrina, como se pode observar do julgado de 1957, onde se reconheceu, com base em preceitos constitucionais, sem a invocação de nenhuma norma ordinária da legislação trabalhista, a invalidade de cláusula contratual que previa a extinção do contrato de trabalho de enfermeiras de um hospital privado, caso viessem a contrair matrimônio¹⁸⁵.

Daniel Sarmento¹⁸⁶ relata outro julgado, ocorrido em 1989, onde o mesmo Tribunal apreciou o caso de demissão de um químico que, invocando a liberdade de consciência, recusara-se a participar de pesquisa, conduzida pela instituição privada que o empregava, ligada ao desenvolvimento de medicação que, em caso de guerra nuclear, ajudaria os militares envolvidos no conflito a combater as náuseas. O Tribunal Federal do Trabalho deu ganho de causa ao empregado, utilizando-se diretamente do direito fundamental de liberdade de consciência para a resolução do conflito trabalhista.

No entanto, a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações particulares não é predominante na Alemanha. Em verdade, essa teoria ganhou força em países como Espanha, Portugal e Chile.

Na Espanha, observa-se claramente a defesa da teoria da eficácia imediata nas relações particulares, possuindo, em sua defesa, autores da estirpe de Antonio Enrique Perez Luño¹⁸⁷ e Juan Maria Bilbao Ubillos,¹⁸⁸ embora não haja dispositivo expreso na Constituição adotando-a.

Ubillos afirma que não são todos os direitos fundamentais, por sua natureza específica, que têm eficácia direta e imediata frente aos particulares, já que é

¹⁸⁴ UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 317.

¹⁸⁵ UBILLOS, Juan María Bilbao. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 272 *apud* SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 7.ed, rev. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 162.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 162.

¹⁸⁷ LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Los Derechos Fundamentales**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2007.

¹⁸⁸ UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

necessário ver se o direito se dirige somente ao Estado, ao Estado e particulares ou até mesmo somente ao particular, como no caso dos direitos referentes à proteção dos trabalhadores que participam de sindicato. No entanto, o autor defende que se deve ponderar, caso a caso, o direito fundamental com a autonomia privada do particular¹⁸⁹. Ele ainda afirma que a desigualdade é elemento essencial para o desenvolvimento da eficácia imediata.

Reconhece-se a condição de desigualdade existente entre as partes, de maneira que, quanto maior for a desigualdade existente, maior deve ser a proteção à parte mais fraca daquela relação, admitindo-se a incidência dos direitos fundamentais para promover o equilíbrio entre as mesmas. É, segundo Wilson Steinmetz, a versão mais fraca da teoria da eficácia imediata. Ressalte-se que Wilson Steinmetz verifica três versões desta teoria, quer seja a versão “forte”, a versão “intermediária” e a já mencionada versão “fraca”:

Segundo a versão “forte”, nas relações entre particulares, os direitos fundamentais operam eficácia geral, plena e indiferenciada; em uma expressão, eficácia absoluta. Essa versão é atribuída a Nipperdey. Conforme a versão “fraca”, os direitos fundamentais operam eficácia imediata entre particulares, *sobretudo* nas relações marcadas pela desigualdade fática, quando, de um lado, está um particular em posição de inferioridade ou subordinação e, de outro, está um particular em posição de supremacia econômica e/ou social. Por fim, há uma versão ‘intermediária’, segundo a qual a eficácia de normas de direitos fundamentais entre particulares é imediata, porém não é ilimitada, incondicionada e indiferenciada. Se o problema da eficácia de normas de direitos fundamentais entre particulares se apresenta como um problema de colisão de direitos fundamentais, então, a solução deve resultar na aplicação do princípio da proporcionalidade, de modo especial, do princípio da proporcionalidade em sentido estrito (a ponderação de bens), terceiro elemento ou *testi* do princípio da proporcionalidade¹⁹⁰.

Note-se que o autor enquadra o pensamento esposado por Uvillos na versão “fraca” da teoria, uma vez que este verifica a existência de desigualdades sociais, de modo que a eficácia horizontal estaria apta a corrigir afrontas a direitos fundamentais, promovendo um equilíbrio.

No entanto, defende-se que a intensidade dada à eficácia direta dos direitos fundamentais, de acordo com essas teorias, faz-se desnecessária, uma vez que

¹⁸⁹ UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 316 e p. 322.

¹⁹⁰ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 169.

caberá ao órgão julgador a sua mensuração¹⁹¹. Ora, não se pode ficar preso a versões de uma teoria que é considerada mecanismo de correção de desigualdades sociais, uma vez que se reconhece que violações a direitos fundamentais também emanam de particulares. Ainda mais, verifica-se que as versões “fraca” e “intermediária” podem coexistir, já que a aplicação do princípio da proporcionalidade diante da colisão de direitos fundamentais irá se embasar no caso concreto, analisando suas peculiares e, conseqüentemente, a situação de desigualdade experimentada.

Por essas razões, entende-se que a teoria da eficácia imediata deve ser utilizada para prevenir e reprimir as desigualdades sociais, pouco importando sua intensidade, como bem defende a doutrina espanhola.

De fato, o grande avanço da doutrina espanhola, no tocante à eficácia imediata, deve-se à existência do chamado recurso de amparo, julgado por Tribunal Constitucional. O recurso de amparo é um instrumento de defesa de direitos fundamentais, previsto inicialmente para violações ou ameaças por parte dos Poderes Públicos. No entanto, esse recurso foi utilizado nas questões envolvendo direitos fundamentais e relações privadas através da construção de que a ofensa tutelada não é proveniente da conduta do particular, mas sim do Poder Judiciário, quando este não tiver protegido adequadamente tais direitos no exercício da prestação jurisdicional¹⁹².

O fundamento para a utilização do recurso de amparo no que se refere às relações particulares é justamente a proteção dos direitos fundamentais, afinal, estes devem ter um tratamento diferenciado que os possibilite estar sempre salvaguardados. Aplica-se, portanto, a teoria da eficácia imediata nas relações privadas, pelo fato de que se possibilita o julgamento destas questões no Tribunal Constitucional espanhol.

Também foi opção do direito português o uso da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas. Em verdade, o próprio constituinte estabeleceu isso, ainda que de maneira genérica, no artigo 18.1, que afirma, *in*

¹⁹¹No mesmo sentido, MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Obtenção dos Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 68.

¹⁹²SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 7. ed, rev. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 164.

verbis: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”¹⁹³.

Dessa maneira, é notória a opção do constituinte pela eficácia imediata, doutrina majoritária¹⁹⁴ no território português. Não é necessária, portanto, a intervenção do Poder Legislativo para que os direitos fundamentais produzam efeitos entre particulares, em razão de artigo expresso na Constituição portuguesa.

Canotilho defende a aplicação da teoria da eficácia imediata no direito português com algumas ponderações. Primeiramente, as normas de direito privado devem ser interpretadas conforme a Constituição e, se isso não for possível, a norma em questão não deve ser utilizada, devido ao controle incidental de constitucionalidade. Em ausência de norma própria, os direitos fundamentais devem ser aplicados diretamente nas relações privadas.

Destacou ainda que a desigualdade da relação jurídica privada não pode ser desprezada quando se verifica a intensidade que a eficácia imediata irá ter. Além disso, Canotilho afirma que há um núcleo irreduzível da autonomia pessoal que não pode ser abandonado por motivo da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas:

Num plano diametralmente diverso se situam os casos em que os direitos fundamentais não podem aspirar a uma força conformadora de relações privadas, dado que isso significaria um confisco substancial da *autonomia pessoal* e à qual não se pode contrapor um direito subjectivo público ou privado, cujo núcleo essencial seja sacrificado por uma utilização anormal dessa autonomia. Só aqui se pode dizer não implicar a eficácia imediata dos direitos fundamentais proibisse aos cidadãos aquilo que também é vedado ao Estado (HAMEL). É difícil, por exemplo, argumentar com o princípio da igualdade ou proibição de não discriminação no caso de um pai que favorece um filho em relação ao outro através da concessão da quota disponível, ou de um senhorio que promove acção de despejo por falta de pagamento de renda, mas abdica desse direito em relação a outro inquilino, nas mesmas circunstâncias, pelo facto de este ter as mesmas convicções políticas¹⁹⁵.

¹⁹³ PORTUGAL. Lei Constitucional 01, de 12 de agosto de 2005, que trata da sétima revisão constitucional. **Diário da República – I Série-A, N. 125**, Portugal. Disponível em: <http://dre.pt/util/pdfs/files/crp.pdf>. Acesso em: 26 de agosto de 2009.

¹⁹⁴ O principal defensor desta teoria é Canotilho, defendendo que a Constituição portuguesa traz direitos fundamentais *erga omnes*, sendo diretamente aplicáveis. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Editora Almedina, [19--], p. 1150 e seguintes, CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed., Coimbra: Almedina, 1993, p. 593 e seguintes.

¹⁹⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed., Coimbra: Almedina, 1993, p.599.

É notório que o referido autor possui argumentos semelhantes aos esposados por Juan María Bilbao Ubillos na Espanha. Concorde-se com tais argumentos, uma vez que os direitos fundamentais devem incidir nas relações privadas em consonância com a autonomia privada, de modo a garantir equilíbrio e igualdade nas relações entre particulares.

Na Itália, destaca-se a defesa da teoria da eficácia imediata através da sentença n. 122/1970, que reconheceu expressamente que existem direitos na Constituição italiana dotados de eficácia *erga omnes*, os quais protegem as pessoas não apenas das autoridades governamentais, mas também de outros atores privados¹⁹⁶. Pietro Perlingeri¹⁹⁷ defende a eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações particulares, afirmando que a norma constitucional pode, por ela mesma, ser fonte da disciplina jurídica de uma relação de direito privado, quando não houver normas ordinárias que disciplinem tal situação.

O Chile possui sistema jurídico semelhante ao espanhol no reconhecimento da eficácia imediata. Contudo, a grande aproximação entre esses países reside na existência do *recurso de protección*, uma forma mais avançada do recurso de amparo espanhol.

O *recurso de protección*¹⁹⁸ é uma ação de tutela de direitos fundamentais, proposta diretamente no Tribunal, de rápido processamento e julgamento. A grande peculiaridade deste recurso reside no fato de não haver distinção no polo passivo, podendo ser demandado em face de qualquer particular ou ente estatal, bastando, para tanto, que se comprove a violação ou ameaça a direito fundamental. Note-se que, por haver este mecanismo processual, fica comprovada a existência da eficácia imediata no ordenamento chileno. No entanto, a doutrina chilena possui vozes divergentes, que afirmam inexistir consistência no ordenamento jurídico chileno em razão do *recurso de protección*¹⁹⁹.

¹⁹⁶ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 7.ed, rev. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 169.

¹⁹⁷ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 11.

¹⁹⁸ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Obtenção dos Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 112-113.

¹⁹⁹ Para maior aprofundamento do sistema chileno no tocante à aplicação da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações particulares, vide MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Obtenção dos**

Na Argentina, a Corte Suprema reconheceu a eficácia direta dos direitos fundamentais frente aos particulares em decisão proferida em 1958. Discutia-se o direito do proprietário de uma fábrica que fora ocupada por seus empregados por um período superior a três meses, sem atitudes das autoridades policiais. O recurso foi provido, consoante ementa abaixo:

CONSTITUCION NACIONAL. Derechos y garantías. Generalidades.

La declaración de que no existe protección constitucional de los derechos humanos frente a organizaciones colectivas, que acumulan casi siempre enorme poderío material o económico (consorcios, sindicatos, asociaciones profesionales, grandes empresas), comportaría la de la quiebra de los grandes objetivos de la Constitución, cuyo espíritu liberal es inequívoco y vehemente, y con ella, la del orden jurídico fundamental del país²⁰⁰.

Dessa maneira, o julgado reconheceu a incidência da eficácia imediata dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico argentino.

No Brasil, a teoria da eficácia imediata também é aceita. Na vigência da Constituição Federal de 1988, alguns acórdãos acolheram a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações particulares.

Um deles consiste no caso referente ao Recurso Extraordinário 158215-4, julgado em 30 de abril de 1996, que se referia à exclusão de associados de cooperativa por deliberação da assembleia geral sob o fundamento de conduta contrária ao estatuto, sem a observância do princípio da ampla defesa. A segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) reformou a decisão atacada sob o argumento de que incumbia à cooperativa, uma vez instaurado o processo, dar aos acusados a oportunidade de defender-se, e não excluí-los sumariamente.

Eis a ementa:

DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se

Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 114-115.

²⁰⁰ ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. **Samuel, Kot S.R.L.** 1958 T. 241, p. 291. Disponível em: <http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/BuscadorSumarios>. Acesso em: 26 de agosto de 2009.

necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito – o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa. RE 158215 / RS - RIO GRANDE DO SUL RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 30/04/1996 Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA, STF.

Outro caso mais recente se deu no Recurso Extraordinário 201819²⁰¹, onde o STF acordou pela possibilidade de aplicação da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas.

No acórdão, decidiu-se que:

As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os Poderes Públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

Para o excelso Supremo Tribunal Federal, consoante asseverado na aludida decisão, a ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer pessoa

²⁰¹ EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os Poderes Públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. [...]. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. RE 201819 / RJ - RIO DE JANEIRO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Julgamento: 11/10/2005, Órgão Julgador: Segunda Turma – SFT.

física ou jurídica de direito privado “a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República”. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais.

Ainda de acordo com o STF, a autonomia privada não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional (direitos e garantias fundamentais).

A autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

Para fincar as bases dogmáticas de sua decisão, o Pretório Excelso percorreu as diversas teorias que rejeitaram e acolhem a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Decidindo pela aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, preocupou-se em ressaltar que “o Supremo Tribunal Federal já possui histórico identificável de uma jurisdição constitucional voltada para a aplicação desses direitos às relações privadas”²⁰².

Em apertada síntese, podem-se registrar, neste momento, algumas diretrizes acerca da eficácia imediata dos direitos fundamentais às relações privadas. Segundo o Ministro Gilmar Mendes, o caráter público ou geral da atividade legítima a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais, bem como a existência de forças sociais específicas desequilibra as relações privadas, gerando uma virtual igualdade (meramente formal).

Para o Ministro Joaquim Barbosa, a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas deverá ser feita no caso concreto, objetivando evitar limitação excessiva da autonomia privada do indivíduo em razão do paulatino rompimento da dicotomia direito público e privado, e constitucionalização do direito privado.

²⁰² “Poder-se-ia aduzir, ainda, que a existência de forças sociais específicas, como os conglomerados econômicos, sindicatos e associações patronais, enfraquecem, sobremaneira, o argumento de igualdade entre os entes privados, exigindo que se reconheça, em determinada medida, a aplicação dos direitos fundamentais também às relações privadas”, voto do Ministro Gilmar Mendes.

Por fim, para o Ministro Celso de Mello, a cláusula de proteção de liberdades e garantias constitucionais não se aplica estritamente ao âmbito das relações verticais (entre os indivíduos e o Estado).

Consoante o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal, pode-se defender com segurança a plena aplicação da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas no ordenamento jurídico brasileiro.

3.5 TEORIA DOS DEVERES DE PROTEÇÃO

Recentemente, na Alemanha, foi desenvolvida a teoria dos deveres de proteção ou imperativos de tutela, capitaneada por Joseph Isensee, Stefan Oeter, Klaus Stern e Claus-Wilhelm Canaris²⁰³. De acordo com esta teoria, não basta que o Estado se abstenha de violar direitos fundamentais. É necessário que ele promova a proteção desses direitos perante ameaça ou lesão advinda de terceiro ou particular.

Canaris, ao defender a utilização da teoria dos deveres de proteção, tece diversas considerações sobre sua eficácia perante o Estado e particulares. Para o autor, no plano das relações verticais (relações entre Estado e particular), os direitos fundamentais funcionam como proibição de intervenção, exprimindo a função de defesa desses em combinação com a proibição de excesso, aludida através do princípio da proporcionalidade. Já nas relações horizontais (entre particulares), o Poder Público está vinculado aos direitos fundamentais como imperativo de tutela, obrigando-o a fornecer proteção aos seus cidadãos diante de ameaças ou lesões a esses direitos²⁰⁴.

Consiste em dever do Poder Legislativo e do Poder Judiciário a proteção dos direitos fundamentais, ao menos, no nível mínimo exigido pela Constituição. O Poder Legislativo atenta para a proteção aos direitos fundamentais, no âmbito privado, através da disciplina do negócio jurídico, dos atos jurídicos, dos contratos e da responsabilidade civil. Já o Poder Judiciário incumbe-se da interpretação e aplicação

²⁰³ BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do Devido Processo Legal nas Relações Privadas**. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 132.

²⁰⁴ CANARIS, Claus Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 235-238.

das normas de natureza privada, conforme o que preceituam os direitos fundamentais devendo, no caso de omissão legislativa, integrar essas normas fazendo do próprio direito constitucional, de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados²⁰⁵.

Os particulares, no entanto, não se sujeitariam à vinculação aos direitos fundamentais em razão do exercício da autonomia privada, de modo que os atos privados não teriam a obrigação de se conformar com os direitos fundamentais, de acordo com o Texto constitucional. Em verdade, a conduta dos entes privados deveria se pautar nos parâmetros ditados pelo Poder Legislativo, que, no exercício do seu dever de proteção, optou pela implementação dos direitos fundamentais nas normas de caráter privado²⁰⁶.

Daniel Sarmiento revela importante decisão do Tribunal Constitucional alemão sobre a teoria dos deveres de proteção. Trata-se de um caso onde uma empresa vinícola havia rescindido contrato celebrado com representante comercial, sem pagamento de indenização, em razão de suposta falta grave cometida por ele.

No Código Comercial alemão, havia a possibilidade de as partes, no contrato de representação comercial, aventarem a proibição do ex-representante de exercer negócio no mesmo ramo, por até dois anos, sem qualquer indenização, caso seu afastamento de desse por motivo relevante.

Essa cláusula foi pactuada, mas o antigo representante comercial insurgiu-se contra ela, alegando violação ao seu direito fundamental ao livre exercício de profissão ou ofício. O Tribunal Constitucional germânico reconheceu a possibilidade de pactuar cláusula que configurasse restrição ou renúncia a direito fundamental, em razão da autonomia privada.

Contudo, a validade da cláusula pressupõe que as partes se encontrassem em situação de plena liberdade no consentimento, em uma relação equilibrada. Em razão disso, a Corte Constitucional alemã decidiu que o legislador, ao estabelecer a referida norma no Código Comercial, não levou em consideração o elemento do

²⁰⁵ STEINMETZ, Wilson. Direitos fundamentais e relações entre particulares: anotações sobre a Teoria dos Imperativos de Tutela. **Revista de Direito Privado**, n. 23, jun/set., 2005, p. 294.

²⁰⁶ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 7. ed, rev. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 172.

equilíbrio das partes na manifestação de vontade, violando o dever de proteção à liberdade de proteção²⁰⁷.

Benedita Ferreira da Silva, mencionada por Paula Sarno Braga, demonstra ainda outra decisão alusiva à utilização da teoria dos deveres de proteção estatais, referindo-se ao debate em torno da constitucionalidade da lei que legitimava o aborto em solo alemão, excluindo sanções penais. O Tribunal Constitucional alemão firmou o posicionamento, neste caso, de que o Estado tem o dever positivo de proteger a vida de todo ser humano, de modo que a exclusão de pena pelo aborto seria um desrespeito a esse dever de proteção do Estado²⁰⁸.

Em suma, conclui-se que tal teoria baseia-se na ideia de que cabe ao Legislativo, e não ao Judiciário, a realização de uma “ponderação” entre autonomia privada e direitos fundamentais. Observa-se, portanto, que a teoria dos imperativos de tutela se aproxima muito da teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais, uma vez que ambas baseiam-se em uma atuação do Legislativo, em primeiro plano, para a concretização dos direitos fundamentais. Para as duas teorias, o Judiciário deve atuar pautado na interpretação conforme a Constituição e, na impossibilidade desta, deve realizar a integração das normas de natureza privada através das cláusulas gerais. Embora a justificativa para a adoção de uma ou outra teoria seja diferente, seus efeitos são extremamente semelhantes.

Em decorrência disso, as críticas em relação à teoria dos deveres de proteção são bem semelhantes às proferidas para a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas. Também para essa teoria teme-se pela proteção adequada aos direitos fundamentais, que ficariam à mercê da vontade incerta do legislador privado²⁰⁹, bem como pela insuficiência de cláusulas gerais para tutelar as diversas situações decorrentes das relações entre particulares.

²⁰⁷ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 7. ed, rev. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 173.

²⁰⁸ MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 29 *apud* BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do Devido Processo Legal nas Relações Privadas**. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 134.

²⁰⁹ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 7. ed, rev. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 174.

3.6 OUTRAS CONCEPÇÕES TEÓRICAS ACERCA DA VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No âmbito da interação entre direitos fundamentais e relações privadas, outras teorias surgiram para justificar a incidência desses direitos nos conflitos particulares. Nesse contexto, duas teorias foram desenvolvidas sobre o tema. A primeira delas, desenvolvida por Jürgen Schwabe, na Alemanha, em obra publicada no ano de 1971, denominada de “Teoria da convergência estatista”²¹⁰. A outra teoria é sustentada por Robert Alexy, também na Alemanha, chamada de “Teoria integradora”.

3.6.1 Teoria de Schwabe

Jürgen Schwabe nega a relevância da discussão entre o uso da teoria da eficácia imediata ou mediata com referência a questões envolvendo direitos fundamentais e relações particulares. Para ele, o Estado sempre é o responsável último pelas lesões a direitos fundamentais que têm origem nas relações privadas, já que o exercício da autonomia privada é sempre oriundo de uma autorização estatal²¹¹.

Em outras palavras, a atividade dos particulares é sempre imputável ao Estado, pois decorre de uma prévia autorização explícita da ordem jurídica estatal ou de uma não proibição dessa conduta. Ora, se o Estado não proíbe certa conduta, seja por via administrativa, legal ou jurisdicional, é porque essa conduta é permitida. Se ela vier a lesar direito fundamental de outrem, a responsabilidade é estatal, haja vista que não houve proibição. O mesmo raciocínio pode ser feito em relação à autorização estatal explícita, já que, se o Estado confirma que determinada conduta é lícita e esta veio a lesionar direito fundamental de alguém, a responsabilidade será a ele imputada.

²¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 36, out./dez., 2000, p. 77.

²¹¹ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 7.ed, rev. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 174.

Para Schwabe, ao passo que o Estado tutela e disciplina as relações privadas, ele se torna responsável por possíveis atentados ou lesões a direitos fundamentais provenientes dessas relações entre particulares, uma vez que não impediu, através do legislador, atividade administrativa, ou pela prestação jurisdicional, a ocorrência daquele comportamento atentatório ou lesivo a direitos fundamentais²¹².

Note-se, portanto, que Schwabe retira as condutas lesivas ou atentatórias do âmbito das relações privadas, transferindo-as para uma relação entre Estado e particular. Por isso, essa teoria é alvo de uma série de críticas. Primeiramente, não se pode atribuir ao Poder Público toda e qualquer conduta simplesmente pelo fato de que ele não a impediu, uma vez que isso significaria que toda ação não vedada por lei seria de responsabilidade do Poder Público.²¹³

Afora isso, a teoria da convergência estatista não percebe que seria impossível que o Poder Público pudesse prever todas as condutas que resultassem em violação a direitos fundamentais. Ainda mais, Schwabe não previu que muitas condutas normalmente consideradas lícitas poderiam resultar em violação a direitos fundamentais, a depender do caso concreto, bem como condutas postas como violadoras de direitos fundamentais poderiam não ter efeito algum. Dessa maneira, seria impossível que o Estado pudesse autorizar ou não certa atividade, pois ela poderia resultar ou não em uma ameaça ou violação a direitos fundamentais, a depender do caso concreto.

O legislador, em verdade, para escapar do fator responsabilidade, atribuiria o caráter de proibição às mais variadas condutas, resultando em uma *overdose* de normas proibitivas no tocante aos direitos fundamentais e entes privados.

Critica-se ainda essa teoria em razão de uma possível irresponsabilidade do ente privado pela violação a direitos fundamentais. Nas hipóteses não subsumíveis a mandamento de proibição, os particulares, se praticassem intervenção no direito fundamental de outrem, não poderiam ser responsabilizados juridicamente. A responsabilização recairia sobre o Estado somente²¹⁴.

²¹² STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 176.

²¹³ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 175.

²¹⁴ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 177.

3.6.2 Teoria integradora de Alexy

A teoria de Robert Alexy é chamada de teoria integradora em razão da reunião de três correntes aparentemente divergentes: teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, teoria da eficácia direta e imediata e a teoria dos deveres de proteção estatais. Para Alexy, as três teorias podem levar a resultados equivalentes, pois conduziriam a uma imagem correta dos efeitos dos direitos fundamentais, embora possuam premissas diferentes²¹⁵.

Para ele, essas correntes possuem em comum o fato de que, diferentemente do que ocorre na relação entre Estado-particular, nas relações entre particulares ambos são titulares de direitos fundamentais. Ademais, as três teorias reconhecem que a gradação da eficácia de um direito fundamental em uma relação privada decorre de uma ponderação de interesses.

Em razão disso, Alexy conjuga essas três teorias, dividindo-as em três níveis de efeito: o nível de deveres do Estado, o nível dos direitos frente ao Estado e o nível da relação entre sujeitos privados²¹⁶.

A teoria da eficácia mediata está situada no primeiro nível. Segundo Alexy, “el hecho de que las normas jusfundamentales, en tanto principios objetivos (orden objetivo de los valores), valgan para todos los ambitos del derecho implica que el Estado esta obligado a tenerlas en cuenta tanto en la legislacion civil como en la jurisprudencia civil”.²¹⁷ Dessa maneira, estariam o Judiciário e o Legislativo obrigados a levar em consideração os direitos fundamentais no processo jurisdicional e no processo legislativo, afinal, a incidência desses decorre de uma ordem objetiva de valores.

No segundo nível, encontra-se a teoria dos deveres de proteção, em que se prega que o Judiciário, ao dirimir conflitos entre particulares, deve levar em consideração os direitos fundamentais. Se isto não é observado, ele viola um direito fundamental

²¹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 515.

²¹⁶ Ibidem, p. 516.

²¹⁷ ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 516.

do cidadão em razão da não observância do dever de proteção que exerce sobre os direitos fundamentais nas relações particulares.

Por fim, no terceiro nível, incide a teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações particulares. Aqui, Alexy reconhece que os direitos fundamentais incidem diretamente nas relações entre particulares, fazendo-se valer do caso *Blinkfuer*²¹⁸ para embasar seu posicionamento.

Alexy ainda rejeita o argumento de que a eficácia direta nas relações privadas exterminaria a autonomia privada, pois não se trata de desaparecer com ela do ordenamento jurídico, mas sim ponderá-la diante de um direito fundamental. O autor ainda critica o argumento de que o direito privado, com a eficácia imediata, tornar-se-ia inócuo. Para ele, as normas de direito fundamental trazem diversas soluções para dirimir conflitos particulares, de modo que o legislador, ao editar norma de direito privado, tem a opção por qualquer dessas, sendo esta opção vinculativa para o juiz. Assim, o direito privado continuaria sendo necessário para a resolução de conflitos em razão de suas normas vincularem a atividade jurisdicional. Caso o legislador desejasse o afastamento de norma de direito privado para a resolução de um caso, tal atitude seria possível, desde que fundamentada, pautando-se no fato

²¹⁸ *Blinkfuer* era um semanário pró-comunista. Em 1961, a *Springer-Verlag*, distribuidora de publicações periódicas, pressionou outras empresas para instalar um boicote às publicações que versassem sobre os programas de radiodifusão das emissoras da República da Alemanha Oriental. O editor da *Blinkfuer* ajuizou ação contra o grupo *Springer*, alegando concorrência desleal e pedindo indenização, que foi rejeitada pelo Tribunal Superior Federal. Recorreu *Blinkfuer* ao Tribunal Constitucional Federal invocando o direito à liberdade de expressão, de modo a possibilitar uma não adesão ao boicote. Entendeu o Tribunal Constitucional que se deve proteger a instituição da livre imprensa e da independência dos seus órgãos em face às pressões econômicas. Para Alexy, esse caso revelaria seu modelo integrador na medida em que Tribunal Constitucional Federal “comienza con la constatación de que el orden objetivo de valores que subyace a la sección de derechos fundamentales influye en la cuestión de saber qué es contrario a derecho en el sentido del § 823 párrafo 1 BGB. Esto responde a la **teoría del efecto mediato en terceros**. La Corte de Justicia Federal había llegado a la conclusión de que el llamado a boycott de la Editorial Springer no era contrario a derecho. Esto significaba que El editor de "Blinkfuer" no tenía frente a la Editorial Springer ningún derecho a que ésta omitiera su llamado a boycott. Como se ha mostrado más arriba, este no-derecho del 'editor de "Blinkfuer" a la omisión es equivalente a una permisión de la Editorial Springer a llevar a cabo el llamado a boycott. De acuerdo con el Tribunal Constitucional Federal, los principios iusfundamentales exigen justamente el resultado opuesto.” Alexy, então, reconhece que o Judiciário, ao solucionar conflitos entre particulares, deve levar em consideração os direitos fundamentais, sob pena de ofendê-los, como ocorreu com a decisão da Corte Federal de Justiça. Verificando a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, diz Alexy “Por lo tanto, los principios iusfundamentales conducen a derechos y deberes en relaciones entre iguales que, debido a la vigencia de estos principios relativa a la Constitución, son necesarios pero que, sin su vigencia no lo serían. Este es un efecto inmediato en terceros. ALEXY, Robert. **Teoría de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 521-522.

de que a norma idealizada pelo legislador não respeitou devidamente a fundamentabilidade daquele direito²¹⁹.

Defende-se, por fim, que a teoria integradora de Robert Alexy pode ser enquadrada na teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações particulares, uma vez que cada nível de eficácia defendido pelo autor se refere a um aspecto da mesma coisa, conduzindo a um mesmo resultado, quer seja, a eficácia imediata. Segundo Daniel Sarmento:

O fato de ele não excluir a eficácia indireta dos direitos fundamentais na esfera privada, nem tampouco a existência de deveres de proteção do Estado, em relação às ameaças a tais direitos provenientes de terceiros, não nos parece, nesse sentido, de maior relevância. Com efeito, a teoria da eficácia direta e imediata, como já se destacou acima, não é incompatível com os efeitos decorrentes das outras duas teorias, mas apenas agrega àqueles efeitos um outro, de indiscutível valor prático: permite-se – seja-nos consentido repetir – a aplicação direta das normas constitucionais consagradoras de direitos fundamentais sobre as relações privadas, independentemente da mediação do legislador ou da atividade de qualquer outro poder estatal²²⁰.

Observe-se, portanto, que uma compatibilização entre essas teorias é possível, já que podem atuar nos diversos níveis da relação entre particulares. Contudo, repise-se, o efeito almejado será sempre o mesmo, consagrando o fato de que as normas de direito fundamental podem ser aplicadas diretamente nas relações privadas.

3.7 A EFICÁCIA HORIZONTAL NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS

Pode-se, inicialmente, sustentar que os direitos fundamentais encontram-se presentes nas relações individuais e coletivas de trabalho. Tal assertiva é verificada devido à previsão constitucional de inúmeros direitos relacionados ao trabalhador, muitos deles voltados à sua proteção frente ao particular empregador. Neste sentido,

²¹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 522-524.

²²⁰ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 7. ed, rev. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 177.

o art. 7º da Constituição Federal de 1988 enumera diversos direitos trabalhistas, buscando garantir uma melhoria na condição social dos trabalhadores.

Dessa maneira, é necessário que se reflita acerca da inserção dos direitos fundamentais nas relações de emprego, para que, então, se possa compreender a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais nessas relações.

Primeiramente, no tocante à aplicação dos direitos fundamentais nas relações de emprego, faz-se mister destacar que esses direitos funcionam tanto como postulados que conformam a atuação do Estado, como vetores interpretativos da Constituição e da legislação ordinária, incluindo a legislação trabalhista²²¹. Ora, tal afirmativa não poderia ser diferente, uma vez que os direitos fundamentais impregnam todo o ordenamento jurídico através de sua dimensão objetiva, de modo a garantir a dignidade humana sempre que esta se encontrar em situação de perigo.

Na realidade, a própria estrutura brasileira demanda uma atuação efetiva na proteção dos direitos fundamentais, haja vista que o País ainda sofre com os problemas relacionados à desigualdade social. Fator importante relacionado a essa desigualdade é o trabalho. Não existe emprego para todos e, quando há, não são capazes de garantir o mínimo existencial para uma vida digna.

Sarmiento salienta que as instituições brasileiras ainda preservam um ranço escravocrata²²², favorecendo ainda mais as desigualdades no âmbito das relações trabalhistas. O trabalhador, muitas vezes, não contesta tal postura por parte do empregador em razão da real necessidade que possui de estar empregado, de possuir uma renda, ainda que mínima.

A própria estrutura do contrato de trabalho demonstra necessidade de atuação dos direitos fundamentais no âmbito desse tipo de pacto, pois o trabalhador, ao celebrar o contrato, cede ao empregador sua força de trabalho, de modo a gerar uma relação de “dependência” entre eles²²³. O empregador depende da força laborativa do empregado para a realização de sua atividade, enquanto o empregado depende daquele emprego para sua subsistência.

²²¹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direitos Fundamentais e o contrato de trabalho**. São Paulo: LTr, 2005, p. 15.

²²² SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 7. ed, rev. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 179.

²²³ AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2007, p. 81.

Evidentemente, essa relação encontra-se desequilibrada. No Brasil, faltam empregos e sobram pessoas que querem trabalhar. Para o empregador, a situação é bem conveniente, uma vez que tem a opção de substituir o empregado. Já para o trabalhador, a situação é desesperadora. Ele se submete a diversas ofensas aos seus direitos fundamentais em razão da necessidade do emprego.

Observa-se que, em decorrência dessa relação de “dependência”, surgem diversas limitações à liberdade pessoal do trabalhador, bem como ofensas aos seus direitos fundamentais. Contudo, tais limitações e ofensas não podem ficar à mercê da vontade do empregador, devendo ser tuteladas pelo direito do trabalho. É a partir dessa constatação que surgem:

derecho al trabajo con sus diferentes derechos especiales, tales como la libre elección de la profesión, los derechos a un puesto de trabajo, a un salario justo, a condiciones de trabajo adecuadas, a la protección para determinados grupos de personas (mujeres, adolescentes). al descanso, a un subsidio por desempleo, el derecho de coalición y de huelga, como así también el derecho de cogestión²²⁴.

Verifica-se, portanto, que o obreiro é titular de direitos fundamentais individuais na condição de trabalhador. Contudo, também se observa que o empregado é portador de direitos fundamentais na condição de cidadão, reconhecendo-se não apenas os direitos elencados na seara trabalhista (art. 7º da CF), como aqueles direitos inerentes aos demais cidadãos previstos no Texto constitucional²²⁵.

Dessa maneira, garante-se a dignidade do trabalhador na qualidade de cidadão, evitando-se que o sujeito seja tratado como mera mercadoria integrante do contrato de trabalho. O empregado é muito mais do que somente uma força laborativa, que pode ser substituída a qualquer tempo. É um ser humano e, como ser humano integrante do ordenamento jurídico, deve ser tratado como tal, de maneira a serem assegurados direitos inerentes ao seu *status* de cidadão, bem como os direitos trabalhistas.

Por conseguinte, a inserção dos direitos fundamentais nas relações de emprego funcionaria como meio de driblar as desigualdades promovidas no ordenamento brasileiro, principalmente no tocante às injustiças sociais cometidas contra o

²²⁴ ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, 429.

²²⁵ GÓES, Maurício de Carvalho. Os direitos fundamentais nas relações de emprego: da compreensão às novas tendências. **Revista Magister de direito trabalhista e previdenciário**. Porto Alegre, nº 37, Nov/dez, 2008, p. 53.

trabalhador. Este deve ser visto como sujeito de direitos trabalhistas, sem que seja esquecida sua condição de cidadão, ainda que no âmbito laboral.

Por isso, defende-se que o direito do trabalho deve ser visto como um direito fundamental em um todo, permitindo que “qualquer posição jurídica, passível de ser a ele reconduzida, adquira fundamentabilidade material necessária à sua proteção contra as maiorias eventuais”²²⁶.

Essa afirmativa ganha maior força quando se trata de contrato de trabalho, pois os sujeitos da relação trabalhista estabelecem uma relação juridicamente igual, mas faticamente desigual, pois o empregador detém o poder econômico. Esse pode ser traduzido em um poder social que advém de uma supremacia capaz de interferir na autodeterminação do empregado, tanto no momento de contratar, como durante a prestação do contrato de trabalho, já que o empregado é parte hipossuficiente²²⁷, necessitado, a qualquer custo, daquele labor para seu sustento e de sua família²²⁸.

Outra justificativa para a inserção dos direitos fundamentais nas relações de emprego é a existência de subordinação jurídica como elemento da relação de emprego, de modo a conferir ao empregador certas faculdades para alcançar os fins desejados no âmbito da relação de emprego.²²⁹

O art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) confere ao empregador a prerrogativa de poder dirigir, fiscalizar e sancionar a relação de emprego. Tais faculdades representam o conjunto de prerrogativas concentradas no empregador, dirigidas à organização e estruturação empresarial, incluindo o processo de trabalho

²²⁶ GOMES, Fábio Rodrigues. Direito Fundamental ao trabalho: uma miragem discursiva ou uma norma efetiva? In: SARMENTO, Daniel; PEREIRA, Cláudio (Org.). **Direitos sociais fundamentais, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 929.

²²⁷ É em razão da hipossuficiência do trabalhador que o princípio protetor surge no ordenamento jurídico brasileiro. Nas palavras de Plá Rodriguez, o “legislador não pôde mais manter a ficção de igualdade existente entre as partes do contrato de trabalho e inclinou-se para uma compensação dessa desigualdade econômica desfavorável ao trabalhador com uma proteção jurídica a ele favorável.” Note-se que o autor reconhece existir uma desigualdade fática no contrato de trabalho, capaz de ensejar uma proteção jurídica das normas de direito material favoráveis ao empregado, que é, repise-se, hipossuficiente na relação de emprego. RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. trad. Wagner Giglio São Paulo: LTR, 1978, p. 16.

²²⁸ AIRES, Mariella Carvalho de Farias. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais no contrato de trabalho. **Revista de Direito do Trabalho 2007 – RDT 128**, p. 125-154.

²²⁹ Diante do aspecto ativo da subordinação jurídica, observa-se a existência das faculdades relacionadas à direção, fiscalização e sanção, chamadas pela doutrina trabalhista de Poder Diretivo, Poder de Fiscalização e Poder de Punição. A atividade do empregado consiste em se deixar guiar e dirigir, de modo que suas energias convoladas no contrato sejam conduzidas segundo os fins desejados pelo empregador. GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 133.

adotado na empresa, com estabelecimento de regras e orientações no tocante às condutas dos empregados dentro do estabelecimento²³⁰.

Em síntese, a faculdade de direção é a prerrogativa que o empregador tem de dar ordem de serviço ao empregado. Contudo, essas ordens devem obedecer aos limites morais, legais e contratuais, devendo ser inspecionadas, de maneira a ensejar a faculdade de fiscalização. A faculdade de punir, por fim, é conferida ao empregador para que ele estabeleça sanções diante de determinadas condutas praticadas pelo empregado.

O exercício dessas prerrogativas, aparentemente, não traria malefício algum ao empregado. Contudo, as formas de controle e fiscalização, o modo como essas são exercidas e o estabelecimento de certas punições de caráter vexatório ou ilegal podem extrapolar a proporcionalidade esperada, de modo a atentar ou violar direitos fundamentais.

É pelas razões expostas que se verifica que os direitos fundamentais têm incidência nas relações trabalhistas. A grande celeuma, no entanto, consubstancia-se na eficácia que estes devem possuir em relação ao particular empregador. Seria o caso de vinculação do empregador aos direitos fundamentais?

Entende-se que esta é a melhor hipótese. Partindo-se da premissa de que o direito do trabalho é ramo do direito privado, o contrato de trabalho estaria respaldado pela autonomia privada. As partes desse contrato possuem ingerência nas normas a serem estabelecidas durante o vínculo empregatício. No entanto, essas normas não podem ficar à vontade do empregador, uma vez que a relação empregatícia é marcada pela hipossuficiência de uma das partes. Nas palavras de Ingo Sarlet:

Há que se partir da premissa de que os direitos fundamentais geram efeitos tanto no plano verticalizado das relações entre particulares e o poder estatal, quanto no plano (igualmente verticalizado) das relações entre particulares que não são detentores de um efetivo poder social e outros que detêm parcelas expressivas de poder social, bem como das relações entre particulares em situação de tendencial igualdade fática, ainda que não se possa aplicar, de modo geral e de modo igual, as mesmas categorias dogmáticos-argumentativas, por conta de um maior impacto da autonomia privada²³¹.

²³⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 629.

²³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, "mínimo existencial" e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre

Observa-se, portanto, que o contrato de trabalho é marcado por uma relação aparentemente horizontal, pois, em verdade, os sujeitos participantes encontram-se em situação de desigualdade fática, em que o empregador detém o poder social. Essa afirmação justificaria, por si só, sua vinculação aos direitos fundamentais, uma vez que a incidência desses promoveria um equilíbrio na relação contratual estabelecida.

Entretanto, ainda que não se tratasse de uma relação desequilibrada, a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais seria possível, uma vez que a autonomia privada não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias fundamentais de terceiros.

O direito do trabalho não pode ignorar a existência dos poderes privados como detentores de poderes sociais em relação aos trabalhadores. Deve-se combater, portanto, o uso indiscriminado da autonomia privada como justificadora de condutas atentatórias ou ofensivas aos direitos fundamentais da parte hipossuficiente.

E, tratando-se de uma relação que nasce desigual, a melhor forma de combater tal desproporcionalidade seria através de uma eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações de emprego.

O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido, em alguns acórdãos, a eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas, ainda que não utilize os termos “eficácia direta” ou “imediata”.

No Recurso Extraordinário n. 160222-8- RJ, datado de 11 de abril de 1995, a questão foi abordada pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, de maneira indireta. O recurso foi proposto no bojo da ação penal que o Ministério Público propôs ao Diretor da Empresa Millus S.A, fabricante de peças íntimas, por crime de constrangimento ilegal, ao submeter as operárias da empresa à revista íntima, sob ameaça de dispensa. O Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro absolveu o acusado, sob o argumento de que as empregadas assinaram contrato de trabalho, sendo este lei entre as partes. Interposto Recurso Extraordinário, o STF não pôde adentrar no mérito em razão da ocorrência de prescrição. Contudo, vale registrar passagem do voto do Ministro Sepúlveda Pertence sobre a questão:

Lamento que a irreversibilidade do tempo decorrido faça impossível enfrentar a relevante questão de direitos fundamentais da pessoa humana que o caso suscita, e que a radical contraposição de perspectivas entre a sentença e o recurso, de um lado e o exacerbado privalismo do acórdão, de outro, tornaria fascinante²³².

Logo depois, o Supremo Tribunal Federal enfrentou nova questão relacionada à vinculação dos particulares a direitos fundamentais, no Recurso Extraordinário n. 161243-6, do Distrito Federal. O caso diz respeito a um funcionário brasileiro da *Air France*, ao qual não tinham sido estendidos alguns benefícios que o plano de carreira da empresa previa, pois esse plano diferenciava franceses e não franceses. O STF decidiu que o princípio da igualdade deve ser respeitado em qualquer relação particular, como demonstra a ementa do julgado:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, *caput*. I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, *caput*). II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846 (AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrente no caso. IV. - R.E. conhecido e provido²³³.

Percebe-se, pela interpretação do julgado, que os direitos fundamentais estão presentes nas relações trabalhistas, inclusive no que se refere à inserção de direitos dos cidadãos nessa relação, como é o caso do direito à igualdade.

Em razão de tais peculiaridades, entende-se que a melhor forma de proteção dos direitos fundamentais nas relações de emprego seria através da eficácia imediata, de modo que esses direitos devam incidir diretamente nessas relações.

Os direitos fundamentais trabalhistas e os direitos do cidadão devem sempre ser respeitados, a fim de que a autonomia privada só incida se não caracterizar limitação ou ofensa a esses direitos.

²³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário RE 160222 / RJ - RIO DE JANEIRO, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE Julgamento: 11/04/1995, Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA.

²³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário RE 161243-6/ DF – Distrito Federal, Relator: Min. CARLOS VELLOSO Julgamento: 29/10/1996, Órgão Julgador: Segunda Turma.

Tratando-se de uma relação marcada pela desigualdade, as teorias da eficácia mediata e deveres de proteção estatal não seriam suficientes para coibir as condutas desenfreadas dos empregadores. Isto se dá, pois uma atuação legislativa por parte do Poder Público não é suficientemente forte para impedir que o empregador aja em afronta aos direitos fundamentais. Deve-se sempre lembrar que ele é o detentor do poder social. É o empregador que decide se o empregado continua trabalhando para ele ou não. E o empregado, como parte hipossuficiente, não pode abrir mão do emprego que garante o seu sustento e de sua família.

Na prática, mesmo com a adoção de medidas legislativas e atuação judiciária na interpretação de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas abertas em favor do trabalhador, o empregador não deixaria de utilizar esse poder social que possui. Somente uma eficácia direta, imediata, conseguiria coibir práticas atentatórias a direitos fundamentais, pois não haveria ao empregador escusa na sua conduta, já que esta violaria o Texto constitucional. Dessa maneira, entende-se que a vinculação direta é a solução mais plausível diante da desigualdade marcante que ronda o contrato de trabalho.

4 O CONCEITO DE LAZER

Decorrentes da luta por melhores condições de trabalho diante da Revolução Industrial nos séculos XIX e XX, os direitos fundamentais sociais, como já visto, consubstanciam uma posição ativa do Estado à sua concretização.

Nessa senda, não bastaria mais ao Estado abster-se de uma atuação relacionada aos direitos fundamentais. Era necessário, também, que o Estado participasse das relações travadas pelos indivíduos, de sorte a garantir a salvaguarda dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, o direito fundamental social ao lazer ganha seus primeiros contornos. A situação vivida à época da Revolução Industrial fez surgir os mais variados questionamentos. Um trabalhador fatigado produz bem? A concessão de

períodos de descanso facilitaria a recuperação do trabalhador, que passaria a produzir mais? Haveria necessidade de períodos de descanso para todos os trabalhadores? Como esses descansos deveriam ser fruídos? Bastaria o descanso ou o trabalhador necessitaria de algo mais? Seriam os períodos de descanso também períodos de lazer? O que é o lazer? O que é o ócio? O que é tempo livre?

Esses e outros questionamentos são deveras importantes para delimitar a definição do direito ao lazer e seus reflexos. Nota-se, por meio de tais questionamentos, que as discussões em torno do lazer partem da perspectiva do mesmo aliado ao trabalho.

Assim, diante de uma classe operária que lutava por melhores condições de trabalho, questões como tempo livre, lazer, ócio e descanso²³⁴ foram sendo trabalhadas e discutidas, de sorte que certos parâmetros mínimos laborais foram desenvolvidos para que o obreiro, detentor de direitos fundamentais na qualidade de trabalhador e cidadão, pudesse gozar de um padrão considerado satisfatório no tocante ao lazer.

No entanto, tal transformação não foi rápida nem pacífica. Mudar uma concepção empresarial já inculcida na sociedade industrial dos séculos XIX e XX demandou tempo, lutas, conquistas, retrocessos e novas conquistas. Demandou, principalmente, uma mudança na concepção da própria estrutura do trabalho.

Trabalho não poderia mais ser visto como pena, sofrimento, dor. Trabalho agora deveria ser visto como meio de dignificar a existência do homem. Trabalhar deixaria de ter a conotação pejorativa advinda da escravidão para ser um meio de concretização da tão aclamada dignidade humana.

E homem digno não tem direito somente ao trabalho. A dignidade engloba as mais diversas esferas de efetivação das potencialidades e direitos do sujeito, incluindo-se o lazer neles. Assim, tempo, trabalho e lazer estão intimamente ligados à valorização da dignidade humana. Mas como esta ligação se dá? É o que se verá a seguir.

²³⁴ Tais expressões são, muitas vezes, tratadas como sinônimos. Não é isso que esta pesquisa defende, conforme exposto no item 4.2 do presente capítulo.

4.1 TEMPO, LAZER, TRABALHO E SUAS IMPLICAÇÕES NA VALORIZAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA

Tem-se, hoje, o termo “trabalho” empregado no sentido de aplicação das forças e faculdades humanas para se alcançar um determinado fim, como atividade coordenada que visa à realização de uma tarefa, serviço ou empreendimento. Assim, a expressão “trabalho” é, nos dias atuais, vista sob uma perspectiva positiva por meio de sinônimos populares, como serviço remunerado, emprego, atividades físicas ou intelectuais etc.²³⁵

No entanto, nem sempre o trabalho foi visto sob uma ótica positiva. Em verdade, esse termo nasceu sob um prisma depreciativo, possuindo em seu conteúdo a característica de penalidade²³⁶.

A primeira concepção de trabalho é aquela que o determina como uma pena, um exemplo de sofrimento dado a determinados seres humanos por conta de certas condições. Uma grande demonstração desse fato é a passagem bíblica da criação do homem, na qual Adão, expulso do paraíso por ter descumprido as determinações de Deus, foi punido com o trabalho. Adão deveria agora retirar da terra seu sustento por meio de sua força laborativa.

O conceito de trabalho como algo depreciativo foi visualizado por Aristóteles, na medida em que o mesmo trabalhou a concepção de escravidão na sociedade. A natureza do escravo e sua função mostram que ele é um ser não pertencente a si mesmo, e sim um bem de outro. A utilidade dos escravos, para Aristóteles, não diferia da utilidade dos animais. A intenção era ter as necessidades da vida prestadas tanto por escravos como por animais domésticos. E aqueles que

²³⁵ FERREIRA, Aurélio B. de Hollanda. **Minidicionário da língua portuguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 541.

²³⁶ A autora Aldacy Rachid Coutinho verificou que, em diversas línguas, a expressão “trabalho” estava atrelada ao significado da dor. Em suas palavras, “de um lado, o português trabalho, o francês *travail* e o espanhol *trabajo*, remontam à sua origem latina no vocábulo *trepalium* ou *tripalium*, um instrumento de tortura composto de três paus ferrados, ou, ainda, um aparelho que servia para prender grandes animais domésticos enquanto eram ferrados. Por denotação, do seu emprego na forma verbal – *tripaliare* –, passa a representar qualquer ato que represente dor ou sofrimento [...] De outro lado, a expressão italiana *lavoro* e a inglesa *labour* derivam de labor, que, em latim, significava dor, sofrimento, esforço, fadiga, atividade penosa. Seu correspondente em grego era *ponos*, que deu origem à palavra pena”. COUTINHO, Aldacy Rachid. Trabalho e Pena. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Paraná, v. 32, 1999, p. 7-23. Disponível em: ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/1872/1567. Acesso em: 02 de julho de 2012.

nasceram para ser escravos, assim nasceram por ter corpos fortes para atividades servis, não sendo injusta a sua condição de escravo.²³⁷

Ainda segundo Aristóteles, as pessoas ricas que não queriam se sujeitar a situações desagradáveis teriam empregados escravos que assumissem essa função, enquanto elas se dedicariam à política ou filosofia²³⁸.

Assim, escravos, seres humanos, nasceriam para servir, para laborar para outros seres humanos que não nasceram com tal predisposição. Os humanos que nascessem fortes para servir seriam, então, penalizados com trabalho, de modo a perder sua liberdade. Os seres humanos que nascessem ricos poderiam ter escravos para que não precisassem se indispor trabalhando.

O trabalho, percebido como pena, também era visto como costume político de transformar inimigos vencidos em escravos, nos tempos antigos²³⁹. Assim, como meio de trazer sofrimento e dor ao inimigo, este era transformado em escravo e levado para a casa do vencedor, a fim de que prestasse serviços para o seu próprio sustento, ao vencedor e à sua família.

Tal concepção de trabalho perdurou durante quase todo o período medieval. Exemplo disso foi o conceito de servidão instituído na Idade Média. Servos deveriam cultivar a terra, plantar e colher, enquanto os vassallos apenas aguardariam os produtos advindos de tal atividade. Os servos não seriam remunerados com dinheiro ou produtos: sua “recompensa” era a possibilidade de morar e desenvolver seus trabalhos naquele feudo. Mais uma vez, o trabalho era considerado algo depreciativo, como meio de penalizar aqueles que estariam em condições econômicas e sociais inferiores.

Em contrapartida, Hanna Arendt afirma que o labor e o trabalho não eram vistos com desdém na Antiguidade. Para ela, era necessário ter escravos em razão da natureza servil de todas as atividades de manutenção da vida. Laborar significava ser escravizado pela necessidade. Escravidão era, para a autora, inerente às condições da vida. Logo, não era uma forma de se conseguir mão de obra barata nem obter

²³⁷ ARISTÓTELES. **A política**. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985, p. 1254-b e 1255-a.

²³⁸ ARISTÓTELES. **A política**. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985, p. 1255-b.

²³⁹ ARENDT, Hanna. **A condição Humana**. Trad. Roberto Raposo. Postfácio de Celso Lafer. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 91.

lucro, mas sim consistia na tentativa de excluir o labor das condições da vida humana²⁴⁰.

Hanna ainda diferencia labor de trabalho. Para a autora,

A palavra << labor>>, como substantivo, jamais designa o produto final, o resultado da ação laborar; permanece como substantivo verbal, uma espécie de gerúndio. Por outro lado, é da palavra correspondente ao trabalho que deriva o nome do próprio produto, mesmo nos casos em que o uso corrente seguiu tão de perto a evolução moderna que a forma verbal da palavra <<trabalho>> se tornou praticamente obsoleta²⁴¹.

Desta forma, o labor era necessário nas sociedades antigas em razão de uma premente necessidade de exclusão do mesmo da condição da vida humana. Escravizar, para Hanna Arendt, não era meramente penalizar, mas sim uma forma de manutenção das atividades da vida²⁴². E laborar seria diferente de trabalhar, afinal, o labor, de fato, consubstancia a atividade de laborar, a ação de laborar, enquanto o trabalho apenas designa o produto final daquela atividade, e não o labor.

Não se discorda do posicionamento de Hanna Arendt, afinal, o fato de a escravidão ser necessária ao desenvolvimento das atividades da vida naquele período é nítido. Ademais, tal posição não conflita com a posição do labor como pena, até mesmo porque, quando um ser tenta excluir o labor da condição da vida, o faz incluindo-o na vida de outrem.²⁴³

Somente com a Revolução Francesa e conseqüente mudança de paradigmas no tocante aos direitos fundamentais sociais, a concepção de trabalho como pena foi sendo abandonada, dando lugar à concepção de trabalho como direito fundamental capaz de dignificar o homem, concepção atribuída ao pensamento religioso. O ser

²⁴⁰ ARENDT, Hanna. **A condição Humana**. Trad. Roberto Raposo. Postfácio de Celso Lafer. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 94 e 95.

²⁴¹ ARENDT, Hanna. **A condição Humana**. Trad. Roberto Raposo. Postfácio de Celso Lafer. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 91.

²⁴² Valquíria Padilha, comentando a distinção feita por Arendt, afirma que o labor tem um caráter negativo vinculado ao trabalho escravo e ao conceito de animal *laborans*. O *homo faber* é o homem que fabrica e o processo de fabricação nada mais é do que o trabalho. Assim, todo labor não deixa nada atrás de si, sendo rapidamente consumido o resultado do seu esforço. O labor de alguns seria bastante para a vida de todos. PADILHA, Valquíria. **Tempo livre e capitalismo: um par imperfeito**. São Paulo: Editora Alínea, 2000, p. 33.

²⁴³ Embora a diferenciação entre labor e trabalho seja pertinente, de sorte a concordar-se com a autora supracitada, sabe-se que, na linguagem atual, labor e trabalho são utilizados como sinônimos, embora não o deveriam ser. Alerta-se, então, que os termos labor e trabalho são utilizados, nesta pesquisa, como sinônimos.

humano, criado à imagem e semelhança de Deus, é dotado de um valor próprio que lhe é inerente, não podendo ser transformado em mero objeto²⁴⁴.

Com a Revolução Protestante, esse ser humano, criado à imagem e semelhança de Deus, precisaria trabalhar para ser considerado digno de um lugar no céu. Tal conceito vinha atrelado à concepção capitalista de trabalho, em que trabalhadores deveriam sujeitar-se a diversas condições laborais para manter o funcionamento do sistema em questão. Com o labor, surgiria a possibilidade de o trabalhador usufruir de bens de consumo que levariam à movimentação da economia e que, conseqüentemente, conduziria à percepção de lucros pelas empresas onde esses trabalhadores laboravam.

Tratando da ética protestante e suas implicações com o capitalismo, Max Weber analisa o fato da ligação entre trabalho e dignificação do homem, perpassando pela questão do descanso:

Em lugar dos pecadores humildes a quem Lutero promete a graça quando, em fé penitente, recorrem a Deus, disciplinam-se dessa forma aqueles "santos", autoconfiantes, com os quais toparemos outra vez na figura dos comerciantes puritanos da época heróica do capitalismo, rijos como aço, e em alguns exemplares isolados do presente. E, de outro lado, distingue-se o trabalho profissional sem descanso como o meio mais saliente para se conseguir essa autoconfiança. Ele, e somente ele, dissiparia a dúvida religiosa e daria a certeza do estado de graça²⁴⁵.

Assim, o valor do trabalho era difundido pela sociedade diante de uma perspectiva religiosa, afinal, a Igreja não condenaria aqueles que trabalhavam para usufruir de bens, e sim aqueles que não trabalhavam e queriam usufruir dos mesmos bens. Somente o trabalho levaria tais homens a um lugar no Reino dos Céus.

Salienta Weber que somente o trabalho sem descanso daria aos homens a autoconfiança necessária para sanar possíveis dúvidas religiosas. Revela-se, então, o pensamento difundido nos primórdios do capitalismo: era preciso trabalhar cada vez mais para ser digno da condição de filho de Deus.

As revoluções industriais acabaram por determinar que o modelo ideal de trabalho era aquele em que o labor deveria ser excessivo, com apenas momentos de tempo

²⁴⁴ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 132.

²⁴⁵ WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. Trad. José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p.101.

livre²⁴⁶. A única fonte de subsistência deveria ser aquele labor, de maneira que o empregado dependesse daquele salário para manter a si e a sua família.

Destroem-se as condições de independência econômica advindas de outros meios, como produção agrícola e familiar, para se impor um método no qual a dependência daquele empregador é inevitável. A oferta da força de trabalho que não encontra uma demanda torna-se sem valor algum, de modo a sujeitar o obreiro à aceitação de qualquer condição imposta pelo empregador, principalmente no tocante aos salários e tempo livre²⁴⁷.

A verdade é que o trabalhador sujeitava-se a qualquer condição para ter seu meio de subsistência garantido. A verdade é que jornadas extenuantes, horas extraordinárias habituais, períodos mínimos de folga e férias faziam parte da rotina de um trabalhador no auge do capitalismo. A verdade é que esse trabalhador cansou.

Cansou não só no sentido de insatisfação com as condições impostas. Esse trabalhador passou a não suportar mais tal rotina de labor em decorrência do desgaste físico.

No entanto, o homem continuou a ser torturado no seu ambiente de trabalho por conta do processo produtivo com máquinas. O ritmo do trabalho determinado pelas máquinas era sempre mais ávido para a produção em massa. A sociedade industrial, ligada à crença no lema “tempo é dinheiro”, valorizava muito mais a produção exacerbada do que o bem-estar do trabalhador²⁴⁸.

Nas palavras de Domenico De Masi:

O homem não é uma máquina predisposta pela natureza para ser veloz, repetitiva e precisa. Isto é, não é uma máquina. Pelas suas exigências de velocidade, repetitividade e precisão, ele criou aparelhos de grande alcance, mais eficazes do que ele mesmo. Para si deixou intacto o monopólio da criatividade, da ambiguidade, da ideia vaga, da ironia, do imprevisto, da mudança, da descontinuidade, da complexidade, do riso, do pranto, de tudo aquilo que o torna humano²⁴⁹.

²⁴⁶ FRIEDMANN, Georges. O lazer e a Civilização tecnicista. In: OLIVEIRA, Paulo de Salles (org). **O Lúdico na Cultura Solidária**. São Paulo: Hucitec, 2001, p. 115-130, p.116.

²⁴⁷ OFFE, Claus. **Capitalismo desorganizado**. Trad. Wanda Caldeira Brant. Revisão da tradução Laura Teixeira Mota. 2. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1994, p. 28.

²⁴⁸ PADILHA, Valquíria. Se o trabalho é doença, o lazer é remédio? In: Müller, Ademir e Dacosta, Lamartine Pereira. **Lazer e Trabalho: um único ou múltiplos olhares**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003, p. 243-266, p. 245.

²⁴⁹ DE MASI, Domenico. **O futuro do trabalho: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial**. Trad. Yadyr A. Figueiredo. 7. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2003, p. 232.

A máquina, ao revés do exposto por De Masi, funcionava como uma inimiga do trabalhador, que deveria estar subordinado ao controle da mesma no tocante à produção durante sua jornada.

Outra constatação do período é a de que a jornada de trabalho coletiva, ou seja, ligada a um sistema produtivo, produzia maiores quantidades de valores de uso, diminuindo o tempo de trabalho necessário para a produção de um determinado efeito útil. Assim, produzia-se mais em menos tempo, o que levava o trabalhador a sofrer um desgaste ainda maior²⁵⁰.

Fácil é a constatação de que as jornadas de trabalho no período relatado eram consideradas, para os padrões atuais, absurdas. A utilização de maquinário só fazia com que a jornada de prolongasse ainda mais, afinal, a cultura instaurada no período era a que determinava o maior número de produção possível. Isso se confirma por meio do pensamento de Marx, relatado a seguir:

Se a máquina é o meio mais poderoso de aumentar a produtividade do trabalho, isto é, de abreviar o tempo de trabalho necessário à produção de uma mercadoria, ela se torna o instrumento do capital, o meio mais potente de prolongar a jornada além de qualquer limite natural²⁵¹.

A jornada de trabalho envolvia períodos de dez, doze, quatorze ou até mais horas seguidas, não havendo diferenciação entre mulheres, idosos, homens e crianças²⁵².

O tempo livre dos trabalhadores, basicamente, servia para que somente houvesse repouso, visando à reposição de energias para que, no dia seguinte, pudesse laborar novamente. Direitos hoje difundidos como lazer e convivência familiar eram deixados de lado em busca da satisfação da produção e aumento de capital.

Esse ritmo, por óbvio, era prejudicial à saúde dos trabalhadores. O índice de mortalidade era imenso à época, principalmente de crianças operárias, pelo fato de

²⁵⁰ MARX, Karl. **O Capital**: edição resumida. Resumo dos três volumes por Julian Borchardt. Trad. Ronaldo Alves Schmidt. 7. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982, p. 61.

²⁵¹ MARX, Karl. **O Capital**: edição resumida. Resumo dos três volumes por Julian Borchardt. Trad. Ronaldo Alves Schmidt. 7. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982, p. 95.

²⁵² Paul Lafargue tem passagem interessante sobre a quantidade de jornada de trabalho das pessoas do período: “Doze horas de trabalho por dia, esse é o ideal dos filantropos e moralistas do Século XVIII. Como nós ultrapassamos esse *Nec plus ultra!* As fábricas modernas tornaram-se as prisões ideais nas quais são encarceradas as massas de operários, condenadas a trabalhos forçados durante doze ou quatorze horas. E não apenas homens, mas também as mulheres e crianças! É dizer que os filhos dos heróis do Terror, durante a Revolução Francesa, se deixaram degradar pela religião do trabalho a ponto de aceitar, após 1848, como se fosse uma conquista revolucionária, a lei que limitava a doze horas o trabalho nas fábricas. Proclamavam, como se fosse um princípio revolucionário, o direito ao trabalho”. LAFARGUE, Paul. O direito ao ócio. In: DE MASI, Domenico. **A economia do ócio**. Trad. org. e intr. de DA COSTA, Carlos Irineu W.; JORGENSEN JÚNIOR, Pedro e MANZI, Léa. Rio de Janeiro: Sextante, 2001, p. 148.

que seus corpos ainda estavam em formação. Homens e mulheres sofriam com doenças variadas, em razão da estafa causada pela inexistência de descanso adequado²⁵³. Lazer e tempo livre eram palavras consideradas inexistentes na vida daqueles trabalhadores.

A luta pelo tempo livre, então, ganhou novos contornos com a difusão do pensamento da redução de jornada. Para os empregadores, a redução de jornada poderia ser compensada se houvesse um aumento no ritmo do trabalho. Ainda assim, ela não seria vista a partir da perspectiva do trabalhador, mas sim da produtividade, já que um trabalhador descansado poderia produzir ainda mais.

No entanto, os críticos da época, como Marx e Lafargue, posicionaram-se em sentido oposto. A redução de jornada deveria ocorrer, sim, mas deveria ter como motivo principal a tutela do tempo livre do trabalhador. Dessa maneira, a redução de jornada operaria como uma forma de fazer com que aquele trabalhador pudesse gozar, em algum momento, de um tempo só seu, onde poderia descansar, exercer atividades lúdicas, esportivas etc.

Cita-se um trecho do pensamento de Marx nesse sentido, a fim de aniquilar as possíveis concepções errôneas de que o autor seria um defensor do trabalho à luz de um capitalismo desenfreado:

Um fato é certo. Desde que a lei impediu qualquer prolongamento da jornada de trabalho, o capital tenta compensar isso aumentando sistematicamente o grau de intensidade do trabalho, e transforma qualquer aperfeiçoamento da maquinaria num meio de exploração mais rigoroso da força de trabalho; ele se acha dessa forma num ponto crítico, em que uma nova diminuição das horas de trabalho se torna inevitável²⁵⁴.

Infere-se de tal pensamento que o autor condena a exploração do trabalho diante da atividade empresarial de obter lucro²⁵⁵. Por esse fato, jornadas de trabalho menores seriam necessárias diante da impossibilidade de fruição do tempo.

²⁵³ Marx faz menção ao relatório dos comissários de 1863, onde o médico chefe do Hospital Staffordshire relata que os obreiros, homens e mulheres, constituem uma população física e moralmente desgastada. O índice de mortalidade e doenças das crianças era devastador. M. Charles Pearson, cirurgião do mesmo hospital, relatou, em carta mencionada por Marx, que não conseguia ver pobres crianças sacrificadas, basicamente sem saúde, para satisfazer a avidez dos patrões. Para ele, as causas dos males eram notórias: as longas horas de trabalho. MARX, Karl. **O Capital**: edição resumida. Resumo dos três volumes por Julian Borchardt. Trad. Ronaldo Alves Schmidt. 7. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982, p. 101.

²⁵⁴ MARX, Karl. **O Capital**: edição resumida. Resumo dos três volumes por Julian Borchardt. Trad. Ronaldo Alves Schmidt. 7. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982, p. 112.

²⁵⁵ Marx defende que a dimensão abstrata do trabalho, aquela que transforma o mesmo em mercadoria, deve ser extirpada da sociedade. No entanto, o trabalho concreto, pautado em valores

Lafargue também defende que jornadas menores seriam necessárias para o trabalhador fruir de um tempo para si:

A grande experiência inglesa, a experiência de alguns capitalistas inteligentes está aí, demonstrando irrefutavelmente que, para potencializar a produtividade humana, é necessário reduzir as horas de trabalho e multiplicar os feriados. Ainda assim, o povo francês não se convenceu disso. Mas, se uma mísera redução de duas horas aumentou a produção inglesa em quase um terço ao longo de dez anos, que ritmo vertiginoso não traria à produção francesa uma redução legal da jornada de trabalho para três horas? Será possível que os operários não compreendam que, sobrecarregando-se de trabalho, esgotam suas forças e as de seus filhos?²⁵⁶

A sugestão de jornada de três horas diárias seria a solução para os problemas postos com a relação trabalho e tempo para Lafargue. Jornada menor levaria o trabalhador a ter mais tempo livre e, com isso, poderia se exercer o que o autor chama de direito ao ócio ou preguiça²⁵⁷.

Assim, lazer e trabalho deveriam ser vistos com o mesmo grau de importância, fosse por conta do sistema produtivo, como queriam os empregadores, fosse por conta das reivindicações por melhores condições laborais dos empregados e sociedade pensadora.

Tal fato aliava-se à concepção de dignidade humana por resultar em condições favoráveis ao desenvolvimento do trabalhador, que agora teria, aliado ao trabalho, tempo.

A ideia de dignidade humana tem seu substrato maior justamente com a concepção jusnaturalista do século XVIII²⁵⁸, de sorte a constatar que o homem, apenas por sua

essenciais, deve, sim, existir, a fim de que o homem possa se sentir digno por fazer parte de uma empresa. O trabalho criativo, com períodos de descanso e lazer, sem jornadas extenuantes, é parte do que Marx considera como ideal para a sociedade. Nesse sentido vide: MARX, Karl. **O Capital**: edição resumida. Resumo dos três volumes por Julian Borchardt. Trad. Ronaldo Alves Schmidt. 7. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982 e PADILHA, Valquíria. Se o trabalho é doença, o lazer é remédio? In: Müller, Ademir e Dacosta, Lamartine Pereira. **Lazer e Trabalho: um único ou múltiplos olhares**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003, p. 243-266, p. 251.

²⁵⁶ LAFARGUE, Paul. O direito ao ócio. In: DE MASI, Domenico. **A economia do ócio**. Trad. org. e intr. de DA COSTA, Carlos Irineu W.; JORGENSEN JÚNIOR, Pedro e MANZI, Léa. Rio de Janeiro: Sextante, 2001, p. 170.

²⁵⁷ Essas duas expressões encontram-se consagradas nas traduções aos livros de Paul Lafargue. Nesse sentido: LAFARGUE, Paul. O direito ao ócio. In: DE MASI, Domenico. **A economia do ócio**. Trad., org. e intr. de DA COSTA, Carlos Irineu W.; JORGENSEN JÚNIOR, Pedro e MANZI, Léa. Rio de Janeiro: Sextante, 2001 e LAFARGUE, Paul. **O direito à preguiça**. Trad. J. Teixeira Coelho Netto. São Paulo: Editora Kairós, 1980.

²⁵⁸ Não se nega que noções de dignidade humana tenham se desenvolvido ao longo de outros períodos históricos. A título exemplificativo, sabe-se que o pensamento antigo clássico tratava de questões relacionadas à dignidade, trazendo para a mesma uma quantificação. Os pensamentos de Cícero, em Roma, trazem a desvinculação da dignidade a conceitos de posição social apenas, trazendo à tona um sentido moral de dignidade. Apenas na Idade Média, Kant desenvolve um

condição, seria titular de direitos e garantias fundamentais. A condição humana é o requisito essencial para se ter direito à dignidade, de sorte que esta não está relacionada a comportamentos, condição financeira, crenças etc²⁵⁹.

Definir dignidade humana seria uma ousadia²⁶⁰, afinal, tal conceito possui natureza ampla. Aqui, deseja-se determinar que a consagração do ser humano advém do trabalho digno, que tenha por base direitos e garantias fundamentais e que respeite o tempo do trabalhador. Somente assim a relação tempo e trabalho seria vista sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana.

Fato infelizmente consagrado hoje é a relação trabalho – tempo²⁶¹ exercida de maneira desvirtuada. Ainda hoje se enxergam situações de trabalho exacerbado, com horas extraordinárias habituais e privação dos momentos de lazer, sem o adequado tempo livre ao trabalhador. O contrário de tal situação seria o correto.

Com o avanço tecnológico, a descoberta de novas fontes de energia e automação, a era do trabalho deveria ser substituída pela era do lazer²⁶². O progresso científico deveria, sim, mobilizar os empregadores para a consagração do lazer diante da maior existência de tempo livre ao trabalhador, pois, agora, a máquina produz muito

conceito de dignidade a partir de uma autonomia ética do ser humano, abandonando a concepção ligada ao pensamento da Igreja. Assim, a doutrina reconhece o pensamento kantiano como base de fundamentação da dignidade humana. SARLET, Ingo. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed, rev e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 31-43.

²⁵⁹ GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação: sua aplicação às relações de trabalho**. São Paulo: LTR, 2010, p. 31.

²⁶⁰ Maria Celina Bodin de Moraes afirma que, do ponto de vista hermenêutico, delimitar contornos e limites do princípio da dignidade humana é dizer que este alcança toda a ordem jurídica. Para ela, uma vez que a noção de dignidade é ampliada a diversas conotações que enseja, corre-se o risco da generalização. Assim, o princípio teria um grau de abstração tão intenso que seria impossível a sua aplicação. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 84.

²⁶¹ Para Guy Aznar, o trabalho encontra-se desnaturado, porque há o desaparecimento do liame entre causa e o efeito, entre o gesto e o objeto, entre a energia e a matéria. Desapareceu o objeto da produção e pôs-se no mercado o próprio tempo do trabalhador. Não se vende mais um objeto, vende-se seu tempo e, portanto, vende-se a si mesmo, pago por mês. AZNAR, Guy. **Trabalhar menos para trabalharem todos**. Trad. Louise Ribeiro e Xerxes d'Almeida. São Paulo: Editora Página Aberta, 1995. A constatação de Aznar é forte, mas verdadeira. Hoje, o trabalhador coloca seu tempo à disposição da empresa de sorte a se vender, o que engloba todos seus direitos trabalhistas, inclusive o lazer. No entanto, não se quer dizer que este fato deve ser imputado ao trabalhador. Pelo contrário, este apenas é vítima da sociedade capitalista, pautada no consumo vivido nos dias atuais.

²⁶² DUMAZEDIER, Joffre. **Vers une civilisation du loisir?** Tradução livre da autora. Paris: Éditions du Seuil, 1962, p. 45.

mais em menos tempo, não sendo necessária jornada de trabalho tão extenuante, nem horas extras e, tampouco, supressão de intervalos de descanso²⁶³.

O progresso científico, repise-se, deveria estar vinculado à elevação maior do princípio da dignidade da pessoa humana dentro da relação de emprego, afinal, o trabalhador é titular de um arcabouço axiológico relacionado à sua condição humana.

Nesse sentido, “o lazer constitui um fato social de alta importância, condicionado, evidentemente, pelo tipo de trabalho que, por sua vez, exerce influência sobre ele. Ambos formam um todo. O trabalho só será humano se permitir ou suscitar um lazer humano”²⁶⁴.

Em suma, compreende-se que a relação tempo, trabalho e dignidade deve ser vista sob uma perspectiva de consagração desta última, porque, por meio da dignidade, o trabalhador verá seu tempo livre ser respeitado em contrapartida aos momentos de trabalho. Contudo, tempo livre não se relaciona apenas com o trabalho, mas também com quesitos outros, como o direito ao lazer.

Neste momento, uma série de questionamentos faz-se necessária. Os mais importantes são aqueles que almejam saber se tempo livre, lazer e descanso são sinônimos, faces da mesma moeda ou são excludentes, bem como o significado de cada expressão tão mencionada ao longo desta exposição. Tratar-se-á disso a seguir.

4.2 O CONCEITO DE LAZER E SUAS IMPLICAÇÕES

²⁶³ Paulo de Salles Oliveira, criticando certos conceitos sociológicos, fala da questão que se refere à máquina e criação de tempo livre. Com ela, foram criados tempo e espaços novos que passaram a ser objeto de disputa por outros tipos de obrigações: domésticas, religiosas e escolares. Restou, porém, um tempo destinado a uma atividade voluntária, liberada e marcadamente pessoal. Esse tempo é o tempo de lazer que pode introduzir mudanças nas relações familiares contra o machismo, nas liturgias religiosas com as missas aos sábados e músicas ajustadas ao ritmo de hoje e na educação, contra o formalismo. O autor critica isso, na medida em que o tempo restante não tem sentido de lazer, pois este não é gerado pela produtividade. Na verdade, o tempo restante, ainda hoje ínfimo, acaba por ser preenchido com períodos de descanso, sendo minúsculos os espaços de lazer e convivência familiar, isso quando existem. OLIVEIRA, Paulo de Salles. Trabalho, não trabalho e contradições sociais In: BRUHNS, Heloisa Turini (org.) **Temas sobre o lazer**. Campinas: Autores associados, 2000, p. 46-63, p. 53.

²⁶⁴ DUMAZEDIER, Joffre. **Lazer e Cultura Popular**. Trad. Maria de Lourdes Santos Machado. 3. ed., 1ª reimp. São Paulo: Editora Perspectiva, 2001, p. 110.

Sabe-se que conceituar um instituto não constitui tarefa das mais fáceis, afinal, conceitos podem variar no tempo e no espaço, determinando-se de acordo com culturas locais ou pensamentos da época.

Ademais, conceitos podem ainda sofrer divergência doutrinária, de sorte que alguns autores manifestam certo posicionamento, enquanto outros acabam por ir em direção diametralmente oposta.

Em razão disso, não se almeja aqui estabelecer um conceito fechado ou hermético de lazer, ainda que se corram riscos. Deseja-se, ao contrário *sensu*, conceituar lazer de maneira aberta ou ampla, de maneira que tal conceito possa se amoldar a diversos locais, épocas ou pensamentos. No entanto, também não se deseja que o conceito de lazer seja levado a uma generalização, tal qual se poderia pensar.

Nesta senda, não há que se falar em lazer apenas em contraposição ao trabalho exatamente para não se incorrer em generalização. Lazer, trabalho e tempo livre apresentam diversas relações, tal como fora tratado no item 4.1. Contudo, tais conceitos existem de maneira independente e detalhada. Mas, finalmente, o que é o lazer?

4.2.1 O conceito de lazer

Não se visualiza, atualmente, um consenso sobre o que seja lazer, uma vez que tal palavra é utilizada em diversas acepções. Hoje, de maneira vulgar, se veem pessoas falando em lazer referente a descanso, referente a férias, referente ao turismo, referente às atividades lúdicas ou recreativas etc.

Será que tudo isso é lazer? Utilizando-se o pensamento de Joffre Dumazedier, uma definição sociológica do lazer deveria apresentar, pelo menos, quatro propriedades:

Lógica, ela deve permitir situar seu objeto no gênero mais próximo em que este se insira e distingui-lo dos outros objetos do mesmo gênero pela diferença específica menos ambígua. Deve ser válida em relação aos problemas maiores da sociedade. Deve esforçar-se por ser operatória com

respeito aos comportamentos sociais correspondentes. Deve, igualmente, ter em conta a divisão do trabalho sociológico entre os diferentes ramos especializados: trabalho, política etc., definindo seu objeto da maneira mais clara possível em relação ao dos outros²⁶⁵.

Assim, o autor distingue o lazer dentro do conjunto de atividades relacionadas ao trabalho profissional, obrigações familiares, obrigações socioespirituais e sociopolíticas e as atividades exteriores às obrigações institucionais, evocadas anteriormente e orientadas à realização pessoal.

O lazer não poderia se contrapor apenas ao trabalho, pois tal pensamento acabaria por aniquilar as realidades atuais das sociedades industriais mais avançadas no tocante à realização desse lazer²⁶⁶. Assim, a contraposição entre lazer e trabalho seria infeliz, uma vez que a confusão somente levaria ao entendimento de que lazer é igual a tempo livre, o que não é verdade. Tal conceito também acabaria por suscitar outro questionamento, segundo o pensamento de Dumazedier: de que adiantaria um tempo livre cheio de obrigações familiares?

A segunda definição de lazer excluiria as obrigações doméstico-familiares que ocorreriam durante o tempo livre. A vantagem seria a redução do trabalho profissional e familiar ao mesmo tempo. No entanto, também acabaria por excluir obrigações socioespirituais e sociopolíticas.

Para o autor, tais exclusões levariam a confundir o conceito verdadeiro de lazer, porque se reuniriam no termo “lazer” questões que são caras à sociologia religiosa, à sociologia familiar e à sociologia do lazer. Assim, na visão do mesmo, tais situações deveriam estar dentro do conceito de tempo livre, e não do conceito de lazer:

²⁶⁵ DUMAZEDIER, Joffre. **Sociologia empírica do lazer**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1979, p. 87-88.

²⁶⁶ Segundo o pensamento de E. P. Thompson, o lazer poderia ser visto sob o âmbito das tradições e costumes das sociedades pré-industriais e pelo ângulo da administração do tempo de descanso que complementa o trabalho disciplinado nas fábricas. Lazer seria, então, percebido dentro dos interstícios do sistema da fábrica como espaços e parcelas de tempo não administrados pelo capitalismo, como pode, também, ser visto pelo ângulo da administração do tempo livre como complementação do capital. Lazer, então, seria visto pela ótica da acomodação e pela ótica da resistência. Discorda-se do pensamento de Thompson no sentido de que lazer não pode ser visto apenas em contraponto ao sistema capitalista. Lazer e trabalho não devem se contrapor apenas no sentido de que o lazer está a favor do trabalho e da manutenção do sistema industrial. DE DECCA, Edgar Salvadori. E. P. Thompson: tempo e lazer nas sociedades modernas In: BRUHNS, Heloisa Turini. **Lazer e ciências sociais**: diálogos pertinentes. São Paulo: Chronos, 2002, 59-73, p. 61.

Acrescentemos que a tal definição do lazer, descobrindo as obrigações socioespirituais e as obrigações sociopolíticas, terminaria por confundir a sociologia política e a sociologia religiosa com a sociologia do lazer, por confiar às duas primeiras o tratamento de problemas no tocante aos quais elas seriam incompetentes. Para designar a parcela do tempo liberado deste duplo trabalho profissional e familiar, incluindo as obrigações socioespirituais e sociopolíticas, preferimos adotar, como A. Szalai e seus colegas de equipe, a expressão tempo livre²⁶⁷.

Assim, para o supracitado autor, o conceito de lazer seria aquele que expressasse um único conteúdo do tempo orientado para a realização da pessoa com fim último. Tal tempo seria gozado quando o indivíduo estivesse livre de suas obrigações com o trabalho, familiares, socioespirituais e sociopolíticas.

Logo, o conceito sociológico de lazer, para Dumazedier, estaria relacionado à inexistência de ações relacionadas a um cunho obrigacional, de sorte a permitir que a pessoa desenvolvesse suas potencialidades, visando ao seu próprio bem-estar.

Nesse sentido, *in verbis*, lazer seria:

O conjunto de ocupações às quais o indivíduo pode entregar-se de livre vontade, seja para repousar, seja para divertir-se, recrear-se e entreter-se ou, ainda, para desenvolver sua informação ou formação desinteressada, sua participação social voluntária ou sua livre capacidade criadora, após livrar-se das obrigações profissionais, familiares ou sociais²⁶⁸.

O lazer, assim, englobaria as necessidades do corpo e do espírito dos interessados, partindo-se do pressuposto da existência de lazeres artísticos, intelectuais, sociais, culturais, físicos, dentro dos limites de cada sociedade.²⁶⁹

Na conceituação citada alhures, percebe-se que o lazer possui caráter liberatório, resultante de uma livre escolha desinteressada. Lazer, por conseguinte, não estaria sujeito a condicionamentos sociais, de modo a se tratar de um momento do indivíduo consigo mesmo²⁷⁰.

O lazer ainda aparece como realidade integrante da vida pessoal, semelhante a outros setores já descritos anteriormente – trabalho, obrigações religiosas, socioeconômicas etc. Destarte, o lazer comporia o cotidiano humano, ou seja, pobreza ou riqueza não garante seu gozo de maneira melhor ou pior²⁷¹.

²⁶⁷ DUMAZEDIER, Joffre. **Sociologia empírica do lazer**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1979, p. 90.

²⁶⁸ DUMAZEDIER, Joffre. **Lazer e Cultura Popular**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1973, p. 34.

²⁶⁹ DUMAZEDIER, Joffre. **Sociologia empírica do lazer**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1979, p. 92.

²⁷⁰ MARCELLINO, Nelson Carvalho. **Lazer e humanização**. Campinas: Papiurus, 1983, p. 25.

²⁷¹ ANDRADE, José Vicente de. **Lazer – princípios, tipos e formas na vida e no trabalho**. Belo Horizonte: Autêntica, 2001, p. 42.

Note-se, ainda, que o autor supramencionado inclui na concepção de lazer os períodos de descanso, excluindo apenas as obrigações de caráter familiar, religioso, sociopolítico e aquelas relacionadas ao trabalho.

Discorda-se de tal posicionamento, afinal, descanso não consubstancia ações afirmativas do indivíduo para si mesmo. Descanso, em verdade, reflete uma tendência do modelo capitalista visando à recuperação do indivíduo para que pudesse laborar cada vez mais, realizando uma quantidade maior de tarefas em menos tempo²⁷².

Assim, defende-se neste trabalho que o conceito de lazer não poderia abarcar os períodos de descanso, sob pena de se retornar à concepção de que lazer apenas serviria para munir os empregados de energia, objetivando o labor excessivo.

Descanso, conceito que será trabalhado mais adiante, revela, de fato, períodos em que o indivíduo tenha a chance de se recuperar da fadiga e estresse referentes às obrigações desenvolvidas. Descanso e lazer estão inclusos dentro do tempo livre. É nesse tempo disponível para o indivíduo que as atividades relacionadas à recuperação do corpo e mente e relacionadas ao desenvolvimento do lazer serão desenvolvidas.

Em resumo, defende-se que o conceito de lazer deve estar associado a um tempo do indivíduo e para o indivíduo, visando ao seu pleno desenvolvimento. Devem, portanto, ser excluídas desse mesmo tempo obrigações relacionadas ao trabalho, família, religião, política e descanso.

Assim, o conceito de lazer aqui delimitado é aquele que o define como o desenvolvimento de atividades prazerosas pelo indivíduo, almejando seu desenvolvimento pessoal. Para tanto, excluem-se o labor, as obrigações familiares, políticas, religiosas e os períodos de descanso. Nesta senda, o lazer traz em seu bojo uma noção ativa, em busca de plena realização individual em contraposição a uma postura passiva, como ocorre no descanso e ócio.

Defende-se, ainda, que lazer, tempo livre, descanso e ócio revelam conceitos diferenciados. Tal delimitação é de suma importância para que se tenha uma maior clareza do conceito de lazer. Passar-se-á a elas.

²⁷² Conforme já exposto no item 4.1 desta pesquisa.

4.2.2 Diferenciações necessárias

Estabelecer as diferenciações entre lazer, tempo livre, descanso e ócio é algo demasiadamente importante à procura de um claro conceito de lazer, afinal, embora o lazer se aproxime dessas figuras, com elas não se confunde.

Nessa toada, é importante salientar que tais diferenciações são necessárias, já que, muitas vezes, tais expressões culminam em confusões. Isso se dá, pois se tem hoje, na linguagem popular, um uso indiscriminado de tais concepções como sinônimas ou semelhantes, isso quando não se transformam em antônimas.

É comum a confusão entre lazer, descanso e tempo livre. Como dito acima, tais expressões são utilizadas, em certas situações, como sinônimas. Em sentido oposto vem o ócio, usado, na maioria das vezes, com conotação pejorativa, indicando aqueles que não desejam fazer absolutamente nada.

Por conta disso, uma diferenciação mais detalhada faz-se necessária. É o que se verá agora.

4.2.2.1 Lazer, tempo livre e descanso

Conceituou-se lazer, no item anterior, como “um tempo do indivíduo e para o indivíduo”, que visa ao seu pleno desenvolvimento, sendo excluídas desse mesmo tempo obrigações relacionadas ao trabalho, família, religião, política e descanso.

Para tanto, foi necessário perpassar pelas justificativas da exclusão de tais obrigações e descanso. Assim, excluíram-se do conceito de lazer as obrigações relacionadas ao trabalho, por serem conflitantes com o que se espera do lazer.

Também foram eliminadas as obrigações familiares, religiosas e políticas. Estabelecer que obrigações familiares fossem incluídas no conceito de lazer, seria transformar o momento daquele empregado em outra jornada de trabalho, já que, agora, ele deveria laborar em seu ambiente de trabalho e em casa sem direito ao lazer.

Também não haveria como incluir no lazer as obrigações religiosas e políticas pelo fato de estas não estarem ligadas ao momento prazeroso do empregado no exercício do lazer. Dessa maneira, ficou definido que as concepções de obrigações familiares, religiosas e políticas estariam inclusas no que se chama tempo livre, e não no lazer.

Também se defendeu que lazer não se confundiria com descanso, nem mesmo com tempo livre, sob pena de se retornar aos primórdios da Revolução Industrial, onde o trabalhador apenas tinha períodos de intervalo para recuperação de energia, visando à satisfação do empregador no desempenho da tarefa.

Tempo livre e lazer são conceitos diferenciados, na medida em que tempo livre representa todo momento disponível que o empregado tem que não esteja relacionado ao labor. O tempo livre ganhou contornos históricos em meio às tensões do movimento capitalista, repete-se, onde se encontravam, de um lado, pressões por redução de jornada e de outro, o impulso do empresário por maior rentabilidade com o labor.

Nesse contexto, tempo livre se resumiria a todo tempo que o empregado tivesse disponível, em contraposição ao trabalho, não se lhe atribuindo qualquer conteúdo especial. Assim sendo,

o surgimento, a extensão e a concentração do trabalho no espaço funcional abstrato do capital dominaram a vida de tal forma que o assim chamado tempo livre apenas restou como uma espécie de resíduo, um tempo vago, sem conteúdo ou significado próprios. Em princípio, este tempo tinha por função apenas regenerar as forças do trabalho, tendo em vista a própria finalidade capitalista em si²⁷³.

Dessa maneira, não havendo trabalho, surgiria o tempo livre ou disponível. Em princípio, a única coisa que se enxergava no tempo livre era o descanso, necessidade inerente ao corpo humano que era essencial aos olhos do empregador, para que aquele obreiro pudesse ser mais produtivo durante o trabalho²⁷⁴.

No entanto, observou-se que o tempo livre utilizado apenas para descanso consubstanciaria um tempo vazio, um tempo sem um emprego efetivo, pois descanso apenas se relaciona com a recuperação da fadiga humana.

²⁷³ KURZ, Robert. A ditadura do tempo abstrato. In: DAMINELLI, Mario (coord. Editorial). **Lazer numa sociedade globalizada: leisure in a globalized society**. Editores: Erivelto Busto Garcia e Francis Lobo. Trad. Mario Bresighello. São Paulo, SESC/WLRA, 2000, p. 41.

²⁷⁴ Sant'Anna, Denise Bernuzzi de. **O prazer justificado: história e lazer** (São Paulo, 1969/1979). São Paulo: Editora Marco Zero, 1994, p. 19.

Tal constatação acaba por reafirmar a ideia de que o lazer não é simplesmente tempo livre, uma vez que carrega consigo uma atividade construtiva, de enriquecimento pessoal, que não se determina através de um tempo vazio. Lazer é tempo preenchido com atividades lúdicas, físicas, sociais etc, como será visto mais adiante. Por isso, na visão de Celso Barroso Leite, “talvez não seja correto entender como lazer o tempo em si, os períodos de folga, as horas disponíveis, o tempo livre. Estaria faltando o emprego dessa folga, dessas horas, sem o que se trataria de tempo, apenas”²⁷⁵.

Dessa forma, lazer não se confunde com tempo livre, afinal, o tempo livre sem nenhum emprego finalístico em relação ao empregado seria somente tempo em contradição ao trabalho, um chamado tempo à disposição do trabalhador para que este pudesse fazer o que bem entendesse²⁷⁶.

Interessante é a concepção que divide os tempos em três: tempo produtivo, tempo não produtivo e tempo de lazer. O tempo produtivo seria aquele relacionado estritamente ao labor, visto somente pela perspectiva econômica. Já o tempo não produtivo seria o tempo em antítese ao trabalho, relacionado com a satisfação de necessidades biológicas, como descanso, recuperação da fadiga etc. Por fim, o tempo de lazer refletiria a possibilidade de escolha e de engajamento das pessoas em atividades prazerosas²⁷⁷.

Discorda-se da divisão esposada pela supramencionada autora, na medida em que tempo produtivo e não produtivo poderiam ter tempo de lazer embutido neles. Explique-se: o lazer, como fruto de atividade prazerosa para o indivíduo, não estaria apenas associado a um tempo à parte, mas poderia, sim, ocorrer durante a jornada de trabalho ou mesmo em períodos ditos como “à disposição” do mesmo.

Conforme tal classificação, o tempo de lazer que acontece dentro da jornada de trabalho seria esquecido, o que poderia levar a crer que ele não existe, o que não é

²⁷⁵ LEITE, Celso Barroso. **O século do lazer**. São Paulo: LTR, 1995, p. 14.

²⁷⁶ Denise de Sant’Anna demonstra uma preocupação no tocante à diminuição de jornadas, com consequente aumento do tempo livre. Reduzir a jornada de trabalho poderia significar a munição do trabalhador de uma parcela de tempo da qual o mesmo pudesse fazer uso segundo a sua livre escolha. No entanto, isso não traria garantias seguras de que o trabalhador utilizaria seu tempo livre para atividades relacionadas ao lazer, podendo o mesmo utilizar seu tempo para atividades consideradas ilícitas, consoantes às normas e leis preestabelecidas numa determinada sociedade. Sant’Anna, Denise Bernuzzi de. **O prazer justificado: história e lazer** (São Paulo, 1969/1979). São Paulo: Editora Marco Zero. 1994, p. 19.

²⁷⁷ CHEMIN, Beatris Francisca. **Constituição e lazer: uma perspectiva do tempo livre na vida do (trabalhador) brasileiro**. 1. ed, 4ª reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 187.

verdade²⁷⁸. Ademais, tal classificação caracteriza como tempo livre o tempo não produtivo, entendimento considerado aqui como incorreto.

Tempo livre abarcaria todo o tempo em que o indivíduo não estivesse laborando, ainda que esteja desenvolvendo atividades familiares, religiosas, sociopolíticas, de descanso ou de lazer. Dentro do tempo livre, podem-se verificar, pelo entendimento aqui exposto, os períodos de descanso e de lazer, além de outros, como já citado.

Assim sendo, o tempo livre acaba por englobar lazer e descanso²⁷⁹. Mas qual a diferença entre esses dois períodos?

Lazer²⁸⁰, como dito alhures, refere-se ao tempo que o indivíduo possui destinado à sua promoção e prazer, excluindo-se, porventura, os períodos relacionados às obrigações, como já enfatizado ao longo deste item.

Descanso, por sua vez, está relacionado aos períodos de recuperação da fadiga. Orlando Gomes e Elson Gottschalk, analisando a questão dos repousos, afirmam que estudos relacionados à fisiologia determinam que o organismo humano sofre desgastes quando posto ao trabalho, desgaste não apenas muscular, mas também relacionado a alterações físicoquímicas no organismo:

Consideradas, pois, as limitações inerentes ao organismo humano em face da fisiologia do trabalho, e as conseqüentes alterações físicoquímicas que este produz sobre aquele, não poderia o legislador permanecer indiferente diante do problema da duração do trabalho. A sua primeira investida foi no terreno da duração diária, estabelecendo a jornada máxima legal e, logo a seguir, instituindo o descanso semanal. Comprovou-se, porém, com o correr dos anos, que essas limitações não eram suficientes. O organismo precisava alijar dos músculos e do cérebro todos os resíduos da combustão, e, com eles, a fadiga. Um período de descanso assaz curto não produzia o

²⁷⁸ Vide item 4.6 desta pesquisa.

²⁷⁹ Em sentido contrário, Inezil Penna Marinho, que afirma que horas de lazer devem ser entendidas como horas livres daquele que trabalha. MARINHO, Inezil Penna. **Raízes etimológica, histórica e jurídica do lazer**. Brasília: Empresa Gráfica e Jornalística Horizonte Ltda., 1979, p. 17.

²⁸⁰ Faz-se interessante reproduzir uma passagem do conceito de tempo livre para Domenico De Masi: "Para cada um de nós, tempo livre significa viagem, cultura, erotismo, estética, repouso, esporte, ginástica, meditação e reflexão. Significa, antes de tudo, nos exercitarmos em descobrir quantas coisas podemos fazer, desde hoje, no nosso tempo disponível, sem gastar um tostão: passear sozinhos ou com amigos, ir à praia, fazer amor com a pessoa amada, adivinhar os pensamentos, os problemas e as paixões que estão por trás dos rostos transeuntes, admirar os quadros expostos em cada igreja, assistir a um festival na televisão, ler um livro, provocar uma discussão com um motorista de táxi, jogar conversa fora com os mendigos, admirar a sábia beleza de uma garrafa, de um ovo ou das carruagens antigas que passam pelas ruas". No entanto, acredita-se que a passagem está por definir lazer, e não tempo livre, uma vez que acaba por excluir obrigações do dia a dia em troca de atividades prazerosas. Ademais, percebe-se que o autor inclui no conceito de tempo livre o descanso. Se se pensar que Domenico De Masi está a tratar de lazer, e não de tempo livre, estar-se-á pensando que o conceito de lazer engloba o descanso, tese não defendida nesta pesquisa. DE MASI, Domenico. **O ócio criativo**: entrevista a Maria Serena Palieri. Trad. Léa Manzi. Rio de Janeiro: Sextante, 2000, p. 314-319

efeito desejado, porque ficavam “restos de fadiga” das tarefas anteriores, que iriam diminuir a capacidade de trabalho e rendimento do empregado durante as tarefas seguintes. [...] Impunha-se, assim, um descanso mais longo, mais restaurador, que pudesse eliminar do organismo humano todas as toxinas da fadiga remanescentes do trabalho anual²⁸¹.

Note-se que os períodos de descanso surgem, visando à recuperação pelo desgaste que o organismo sofre ao exercer a atividade laborativa. E, segundo passagem supracitada, o descanso está relacionado também a uma melhora no desempenho das funções laborais, que ficam comprometidas em razão dos períodos de fadiga.

O posicionamento aqui adotado coaduna-se ao exposto: lazer e descanso não se confundem, afinal, o lazer não é visto a partir da perspectiva de recuperação do indivíduo no tocante à fadiga laboral, embora possa trazer tal resultado, principalmente quando se trata de uma recuperação mental. Lazer é visto por uma perspectiva positiva, relacionada a atitudes que culminem no desenvolvimento pessoal do indivíduo por meio de atividades consideradas prazerosas. Nesse sentido, é oportuno salientar que atividades de lazer, muitas vezes, são cansativas, como ocorre, por exemplo, com os lazeres relacionados à atividade física ou turística.

Descanso, por sua vez, encontra-se na vertente da recuperação das energias para um maior e melhor rendimento do trabalhador diante da produção empresarial. Assim, os períodos de descanso guardam o ranço da Revolução Industrial, ávida por uma produtividade exacerbada. O lazer segue no sentido contrário, pois estimula o empregado a desfrutar de atividades prazerosas, seja dentro ou fora da jornada de trabalho.

Repise-se, o lazer pode também culminar em uma recuperação mental e da fadiga laboral, uma vez que um indivíduo entretido, em pleno gozo de atividades que lhe dão retorno prazeroso, será um indivíduo recuperado mentalmente e apto ao labor. No entanto, esta não é a principal característica do lazer, que possui em seu conteúdo atividades de caráter ativo.

O lazer ainda não se confunde com questões obrigacionais justamente por refletir uma postura ativa do sujeito em busca de uma satisfação pessoal. Por conta disso, lazer se refere a atividades lúdicas, físicas, sociais etc., afinal, lazer traz em seu bojo uma questão prazerosa embutida.

²⁸¹ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 19. ed. atual. por José Augusto Rodrigues Pinto e Otávio Augusto Reis de Sousa. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 312.

Em suma, lazer, tempo livre e descanso não se confundem, já que o tempo livre constitui todo o tempo que o empregado tem à sua disposição, enquanto lazer e descanso possuem funções diferenciadas, como visto. Nesta senda, o tempo livre contém o lazer e o descanso, mas estes não se confundem.

Insiste-se, o descanso está relacionado à recuperação de energia, almejando-se que o indivíduo possa ter forças laborais compatíveis com o desenvolvimento industrial, ainda marcado por alguns ideais da Revolução Industrial, enquanto o lazer está condicionado ao desenvolvimento do indivíduo perante atividades que possam lhe trazer satisfação pessoal, excluindo-se as de cunho obrigacional.

4.2.2.2 Lazer e ócio

Viu-se que lazer não se confunde com tempo livre, tampouco com descanso. Em verdade, o conceito de lazer também não se confunde com a figura do ócio, embora, muitas vezes, tais palavras sejam usadas como sinônimos ou antônimos.

Mais uma vez é importante salientar que tal confusão é bastante comum. O dicionário Aurélio, por exemplo, determina que o significado de ócio é “aquele tempo de descanso do trabalho, folga ou tempo de lazer”²⁸².

A terminologia “ócio” também é utilizada em um sentido bastante pejorativo, determinando que a sua prática seria, em verdade, um culto referente ao não fazer nada, a viver em estado de vadiagem. Nesse sentido: “[...] o ócio é característico do que não trabalha, de onde advém ociosidade, vício de gastar o tempo inutilmente. Entre os romanos, quando alguém se retirava da vida pública, tinha direito ao *otium cum dignitate*, equivalente a nossa aposentadoria”²⁸³.

Note-se que a passagem citada acima vem no sentido de determinar o ócio como um vício, relacionado a uma postura negativa daqueles que não almejam trabalhar, de desperdício do tempo²⁸⁴.

²⁸² FERREIRA, Aurélio B. de Hollanda. **Minidicionário da língua portuguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 389.

²⁸³ MARINHO, Inezil Penna. **Raízes etmológica, histórica e jurídica do lazer**. Brasília: Empresa Gráfica e Jornalística Horizonte Ltda, 1979, p. 17.

²⁸⁴ Segundo Domenico De Masi, quem abre um dicionário vê que a palavra ócio possui alguns significados, alguns positivos relacionados ao lazer, trabalho mental suave e repouso, outros neutros,

Na verdade, o sentido de ociosidade não deve ser visto sob um ângulo pejorativo, mas sim a partir de uma visão de necessidade humana. O ser humano necessita de períodos de descanso, de lazer e de ócio. Ócio, assim, seria visto como um aspecto da necessidade humana, e não como algo relacionado à vadiagem ou ao desperdício de tempo, assim como o lazer é uma necessidade humana e os descansos.

Ócio, portanto, seria o período de que o ser humano precisa, sem haver aí uma finalidade específica. Seu conceito, então, formular-se-ia pelo critério finalístico: se a atividade desenvolvida não possui uma finalidade específica, seja esta laboral, obrigacional, de descanso ou lazer, tal atividade estaria relacionada ao exercício do ócio.

Assim, o ócio poderia ser visto a partir de uma perspectiva residual: o que não fosse labor, descanso, lazer ou obrigação seria ócio²⁸⁵. Dessa maneira, defende-se um ponto de vista positivo, ou, ao menos, neutro, mas nunca negativo, tal como almejam aqueles que tratam o ócio como sinônimo de vadiagem.

Exemplo de ócio seria a situação em que o indivíduo encontra-se a divagar sobre algum aspecto de sua vida. Este não está exercendo trabalho, logo, não desenvolve atividade laborativa ali; não estará exercendo descanso, afinal, não está recuperando as forças; não estará exercendo lazer, pois não está desenvolvendo uma atividade artística, intelectual, social, prática ou física e também não estará desenvolvendo nenhuma obrigação religiosa, política, familiar ou social.

tratando o mesmo como inércia, inatividade, inação e divagação e outros de significado negativo, relacionados a mandria, debilidade, acídia, preguiça, negligência, improdutividade e desocupação. Pesquisando-se os sinônimos dos sinônimos, descobriu o autor que outros significados positivos surgirão, como distração, alívio, paz, recreio e descanso, ainda mais significados neutros como passatempo, vacância, desobstrução, equilíbrio e trégua e ainda mais significados de cunho negativo aparecerão, como vadiagem, desperdício, desleixo, desinteresse e tolice. DE MASI, Domenico. **O ócio criativo**: entrevista a Maria Serena Palieri. Trad. Léa Manzi. Rio de Janeiro: Sextante, 2000 p. 315-316.

²⁸⁵ Alguns autores determinam que o ócio seria, em verdade, tempo gasto em uma atividade não produtiva. Assim: “gasta-se o tempo de modo não-produtivo: primeiramente, por um sentimento de indignidade do trabalho produtivo e, em segundo lugar, para demonstrar a capacidade pecuniária de viver uma vida inativa”. VEBLEN, Thorstein. Ócio conspícuo In: OLIVEIRA, Paulo de Salles (org). **O lúdico na Cultura Solidária**. São Paulo: Hucitec, 2001, p. 115-130, p.98. No entanto, discorda-se de tal posicionamento, afinal, traz em seu bojo uma concepção extremamente pessimista daquilo que seja ócio. Ademais, considerar que o ócio é toda atividade não produtiva é dizer que o mesmo se opõe ao trabalho, apenas. Assim, lazer, descanso, obrigações familiares, sociopolíticas e religiosas estariam dentro do conceito de ócio, o que não é verdade, dadas as diferenciações já realizadas.

O exemplo dado demonstra que o ato de pensar na própria vida não se encaixa em nenhum dos conceitos anteriores, de sorte a ser considerado ócio. E tal postura não é vista a partir de uma perspectiva negativa, porque todo indivíduo passa por períodos de reflexão acerca do desenvolvimento da própria vida.

Ócio e lazer não se confundem. O lazer seria visto a partir de uma perspectiva ativa. Reforça-se a ideia de que lazer surgiria como uma postura ativa na busca de atividades de satisfação pessoal, em um verdadeiro contágio de alegria e realização do indivíduo. O ócio, por sua vez, pode vir carregado de sensações nostálgicas e prazerosas em razão de uma inércia individual. O indivíduo consegue satisfação pessoal a partir de uma perspectiva passiva, de contemplação no período de inércia.

E tal período de inércia é visto sob o ângulo da necessidade humana, afinal, o homem, no sentido geral, também possui necessidades relacionadas a um não fazer, em busca de um equilíbrio pessoal. Assim, descanso, lazer, obrigações, trabalho e ócio devem estar em perfeito equilíbrio para que o indivíduo possa desfrutar de uma vida digna.

Para o autor Domenico De Masi, esse período de ócio deveria ser utilizado para o desfrute da criatividade. Assim, estar-se-ia diante de um ócio criativo, uma vez que não haveria como equilibrar questões referentes ao trabalho e tempo livre sem que se exerça o ócio pautado na criatividade.

Para o autor, os problemas relacionados ao tempo livre foram resolvidos, afinal, existem máquinas que permitem aos indivíduos a economia do tempo. O problema real é que os indivíduos estariam se tornando portadores de dois blocos de necessidades: de poder, dinheiro e relacionadas ao consumo e necessidades inerentes às raízes do *homo sapiens*, como o afeto. Dessa maneira, os indivíduos acabam por trabalhar demais em busca das necessidades quantitativas, embora desejem alcançar suas necessidades qualitativas. Então, para ele, o trabalho não deveria ser visto sob uma perspectiva negativa, mas sim realizado nas modalidades de brincadeira²⁸⁶.

²⁸⁶ DE MASI, Domenico. Perspectivas para o trabalho e o tempo livre. In: DAMINELI, Mario (coord. Editorial). **Lazer numa sociedade globalizada: leisure in a globalized society**. Editores: Erivelto Busto Garcia e Francis Lobo. Trad. Mario Bresighello. São Paulo, SESC/WLRA, 2000, p. 136.

Note-se que o trabalho só se tornaria algo interessante se conseguisse aliar as questões do lúdico ao exercício do labor e isso seria o ócio criativo defendido pelo autor.

Exemplo de ócio criativo, para o referido autor, é o carnaval brasileiro nas suas diversas variações locais. A organização do evento, pautado no labor, realiza-se de maneira perfeita por conta da existência de motivação e do lúdico. Se não existisse a motivação na realização do carnaval, este necessitaria de diversos funcionários recrutados e selecionados para desempenhar as atividades, o que iria de encontro ao ócio criativo²⁸⁷.

Contudo, a defesa do ócio criativo, esposada por De Masi no exemplo acima, nada mais é do que a ideia de que o lazer possa ocorrer também dentro da jornada de trabalho, de sorte a motivar aquele trabalhador no desenvolvimento de suas tarefas.

Nota-se, dessa forma, que a concepção de ócio criativo adotada pelo autor acaba também por se confundir com o conceito de lazer aqui admitido. O conceito de lazer defendido nesta pesquisa engloba as questões lúdicas e criativas que ocorrem tanto dentro quanto fora da jornada, tal como será mais bem trabalhado no item seguinte.

4.3 CONTEÚDO DO LAZER

Partindo-se da ideia de que o lazer deve ser visto por meio do desenvolvimento de atividades prazerosas, resta saber quais são essas atividades e como contribuem para o desenvolvimento pessoal.

Joffre Dumazedier afirma que o lazer acaba por sofrer uma classificação cultural pautada em critérios de necessidades do corpo e do espírito do indivíduo. Por meio de tal classificação, o conteúdo do lazer é formado, uma vez que determina quais são os lazeres vistos na sociedade e como estes devem ser fruídos.

Lazer, então, constitui atividade humana enquadrada no conceito amplo de cultura, pois seu exercício promove um desenvolvimento social considerado indispensável para a tutela da dignidade humana²⁸⁸.

²⁸⁷ DE MASI, Domenico. **O ócio criativo**: entrevista a Maria Serena Palieri. Trad. Léa Manzi. Rio de Janeiro: Sextante, 2000 p. 320.

²⁸⁸ FERRARESI, Camilo Stangherlim. **O direito ao lazer da portadora de necessidades especiais na Constituição Federal**. São Paulo: Porto das Ideias, 2012, p. 77.

E sendo cultura, visto sob a perspectiva de promoção do indivíduo, Joffre Dumazedier colaciona que o lazer se divide em cinco esferas concretizadoras de seu conteúdo: lazeres físicos, artísticos, práticos, intelectuais e sociais²⁸⁹. Ressalte-se que o autor se utiliza de tal divisão no contexto do direito ao lazer, considerado por ele a parcela da sociedade que melhor o frui. Analisar-se-ão tais lazeres por agora.

4.3.1 Lazer físico

O lazer físico seria aquele relacionado com o movimento do corpo, seja por meio de caminhadas, seja por meio de esportes em geral, ginástica etc. Todo lazer que envolvesse a movimentação do corpo humano em busca de uma satisfação pessoal poderia se encaixar no conceito de lazer físico. Dessa maneira, “as práticas desportivas, os passeios, a pesca, a ginástica e todas as atividades onde prevalece o movimento, ou o exercício físico, incluindo as diversas modalidades esportivas, constituem o campo dos interesses físicos”²⁹⁰.

Assim, a busca pelo bem-estar do corpo humano acabaria por refletir o direito ao lazer físico: o indivíduo estaria, diante de uma postura ativa, buscando a melhora de sua qualidade de vida por meio de atividades como a prática desportiva, por exemplo.

4.3.2 Lazer artístico

Os lazeres artísticos estariam associados à vivência de situações culturais, que estejam relacionadas a funções de entretenimento. Conforme tal compreensão, tem-se que os interesses artísticos acabam por se ligar ao imaginário humano, ao seu

²⁸⁹ DUMAZEDIER, Joffre. **Sociologia empírica do lazer**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1979, p. 123-129.

²⁹⁰ MARCELLINO, Nelson Carvalho. **Estudos do lazer: uma introdução**. 3. ed. Campinas: Autores Associados, 2002, p. 18.

conteúdo estético na busca por um encantamento, beleza, de sorte a abranger todas as manifestações artísticas²⁹¹.

Nesse sentido, as férias e as viagens podem ser consideradas como funções de espetáculo, segundo Dumazedier, já que ocorrem nelas a contemplação de paisagens, visitas a museus, monumentos etc²⁹².

Não obstante, o lazer artístico não se encontra apenas ligado a manifestações culturais voltadas para uma classe média alta, mas sim acaba por abarcar toda a manifestação cultural capaz de levar ao entretenimento do indivíduo por meio de sua satisfação pessoal. Corroborando o exposto:

Os lazeres artísticos compreendem a contemplação das paisagens, obras de artes e da vivificação da cultura, que não se prende apenas, por exemplo, à visitação de um museu, mas engloba também uma visita a um ensaio de escola de samba, uma vez que este não deixa de ser uma manifestação cultural²⁹³.

Defronte de tal entendimento, defende-se que o lazer artístico encontra-se ao alcance de todos, seja no ato de se assistir a um desfile de escola de samba, a um *show* de pagode ou forró, uma ópera ou balé clássico ou mesmo contemplar paisagens.

4.3.3 Lazerres práticos

Os lazeres práticos, por sua vez, relacionam-se a atividades cotidianas realizadas dentro de casa. Eles encontram-se firmados por meio de atividades manuais, capazes de manipulação de objetos ou sua transformação, como artesanato e costura²⁹⁴.

Nesta senda, os lazeres práticos acabam por revelar atividades, muitas vezes, tidas como caseiras, no sentido da realização dentro do lar. Demonstram, ainda, sua importância, uma vez que auxiliam o indivíduo na busca de satisfação pessoal

²⁹¹ MARCELLINO, Nelson Carvalho. **Estudos do lazer: uma introdução**. 3. ed. Campinas: Autores Associados, 2002, p. 18.

²⁹² DUMAZEDIER, Joffre. **Sociologia empírica do lazer**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1979, p. 125.

²⁹³ FERRARESI, Camilo Stangherlim. **O direito ao lazer da portadora de necessidades especiais na Constituição Federal**. São Paulo: Porto das Ideias, 2012, p. 79.

²⁹⁴ MARCELLINO, Nelson Carvalho. **Estudos do lazer: uma introdução**. 3. ed. Campinas: Autores Associados, 2002, p. 18.

dentro de sua própria residência. Assim, atividades como jardinagem, tricô, crochê, *scrapbook* e artesanatos em geral são tidas como extremamente importantes no desenvolvimento pessoal do indivíduo, na busca de uma satisfação pessoal.

De maneira exemplificativa, poder-se-ia falar ainda nos lazeres práticos a partir de uma atividade prazerosa no âmbito doméstico, como ocorre com a culinária por prazer. Muitas pessoas divertem-se cozinhando em sua residência, sendo que tal ato não teria relação com uma obrigação familiar no tocante à realização de um almoço ou jantar, por exemplo. Aqui, a culinária seria uma atividade prática, realizada de forma manual, capaz de transformar ingredientes em uma refeição.

Neste aspecto, qualquer atividade residencial que esteja ligada à manufatura ou produção pode ser considerada como lazer prático.

4.3.4 Lazer intelectual

Tratando dos lazeres intelectuais, é de suma relevância que se ressalte sua relação com questões referentes ao raciocínio humano. Nas palavras de Marcellino: “Nos interesses intelectuais, o que se busca é o contato com o real, as informações objetivas e explicações racionais. A ênfase é dada ao conhecimento vivido, experimentado. A participação em cursos ou leitura são exemplos”²⁹⁵.

Dumazedier correlaciona esse conteúdo do lazer principalmente com a leitura, trazendo, inclusive, dados acerca do tempo de leitura de acordo com a faixa etária do indivíduo. Ele cita que, nos Estados Unidos, o tempo de leitura, sob todas as formas, é de 0,8 hora entre os homens de 20 e 49 anos e de 1,3 hora entre os homens de 50 anos ou mais. Entre as mulheres, o tempo de leitura é de 0,7 hora entre a faixa etária dos 20 aos 49 anos e de 1,4 hora aos 50 anos ou mais. Ressalte-se que tal pesquisa, no entanto, foi realizada na década de 50, de sorte que a realidade atual acaba por refletir outros parâmetros²⁹⁶.

²⁹⁵ MARCELLINO, Nelson Carvalho. **Estudos do lazer: uma introdução**. 3. ed. Campinas: Autores Associados, 2002, p. 18.

²⁹⁶ DUMAZEDIER, Joffre. **Sociologia empírica do lazer**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1979, p. 127.

No Brasil, por exemplo, atualmente, a leitura de livros, jornais e revistas vem sendo deixada de lado em razão da existência da televisão e da Internet²⁹⁷. Assim, os brasileiros preferem assistir ao noticiário na televisão ou ler notícias nas páginas da Internet, o que revela uma nova forma de gozo do lazer na perspectiva intelectual.

4.3.5 Lazer social

Por fim, o lazer ainda pode ter seu conteúdo associado à perspectiva social, pautado na interação com outras pessoas. Assim, o lazer social permite a interação entre indivíduos, de sorte a motivar uma condição de integração social.

Exemplos de lazeres sociais são aqueles relacionados a casas de *shows*, bailes, festas, encontros realizados na própria casa do indivíduo, em parques, em estabelecimentos de associações, em restaurantes etc. Todo encontro que promova uma integração do indivíduo com outros indivíduos pode ser visto sob a perspectiva do lazer social, afinal, o indivíduo, motivado pelo convívio social, desenvolve atividades prazerosas, consagrando o lazer neste sentido.

É importante salientar que os lazeres sociais acabam por promover a inclusão social, já que desenvolvem uma sociabilidade nos indivíduos e rompem com o fundamento da sociedade atual, pautado no individualismo e na fragmentação²⁹⁸.

4.3.6 Lazer turístico?

Além da classificação do conteúdo do lazer apontada por Dumazedier, Marcellino ainda inclui como conteúdo do lazer as atividades turísticas. Para ele, “a quebra da rotina temporal e espacial, pela busca de novas paisagens, de novas pessoas e

²⁹⁷ INSTITUTO PRÓ-LIVRO. **Pesquisa Retratos da Leitura no Brasil**. Apoio ABRELIVROS, CBL, e SNEL. 3. ed. Brasília, 2012.

²⁹⁸ FERRARESI, Camilo Stangherlim. **O direito ao lazer da portadora de necessidades especiais na Constituição Federal**. São Paulo: Porto das Ideias, 2012, p. 84.

costumes, é a aspiração mais presente nos interesses turísticos. Os passeios e as viagens constituem exemplos”²⁹⁹.

Inferese de tal concepção que as atividades relacionadas ao turismo e à visitação de locais por meio de passeios também deveriam ser vistas como conteúdo do lazer. No entanto, observa-se que tal classificação não vai de encontro à classificação proposta por Dumazedier. Em verdade, o autor francês também inclui as atividades relacionadas ao turismo no conteúdo do lazer. A diferenciação ocorre na categorização. Enquanto Dumazedier inclui tais atividades nos lazeres artísticos e sociais, Marcellino acaba por constituir uma nova classificação para as mesmas atividades.

O que não se pode esquecer, portanto, é que o conteúdo do lazer engloba atividades turísticas, sejam elas encaixadas em classificação própria ou na classificação de lazer artísticos e sociais.

De posse daquilo que forma o conteúdo do lazer, resta saber quais as funções que esse lazer exerce na vida dos seres humanos.

4.4 AS FUNÇÕES DO LAZER

Verificou-se, no capítulo anterior, que o lazer teria seu conteúdo ligado a questões referentes a atividades físicas, artísticas, práticas, intelectuais e sociais. Nesta senda, determinaram-se, por vias transversas, os meios pelos quais o lazer é usufruído pelos indivíduos, uma vez que, ao delimitar o conteúdo do mesmo, acabou-se por transcrever atividades consideradas como lazer.

Assim, o indivíduo em gozo de lazer pode estar realizando diversas atividades em prol de beneficiamento próprio na sua busca por prazer, de modo a contribuir para o seu desenvolvimento pessoal e, por conseguinte, consagrar a dignidade humana.

²⁹⁹ MARCELLINO, Nelson Carvalho. **Estudos do lazer: uma introdução**. 3. ed. Campinas: Autores Associados, 2002, p. 18.

Pois bem, o conceito de lazer não delimita seu conteúdo, até mesmo porque definir todas as atividades tidas como lazer seria basicamente impossível. O conceito de lazer acaba por excluir as obrigações, descanso e trabalho, no sentido de que essas atividades estariam ligadas ao tempo livre, com exceção do trabalho.

O conceito de lazer também não consagra suas funções, afinal, nada sobre aquilo que o lazer traria de benefícios para o ser humano. Nesta ordem, e partindo-se de tal constatação, faz-se necessário delimitar aquilo que seria função do lazer, sempre a coadunando ao seu conteúdo.

Determinar as funções do lazer significa muito mais do que dizer que diversão faz bem para a saúde física e mental ou que, com o lazer, o estresse do dia a dia é aliviado. Tais concepções, advindas de concepções populares, não se encontram erradas. Contudo, as funções de lazer perpassam não somente por aspectos físicos e psíquicos do ser humano no sentido de sua saúde, como adentram em outras questões igualmente importantes.

Bárbara Iwanovicz, partindo da concepção de pesquisadores poloneses, em especial Roykiewickz, afirma que o lazer possui algumas funções básicas:

- a) as funções educativas caracterizadas pelo interesse próprio dirigido para a ampliação dos horizontes mentais, busca de novas experiências e de novo conhecimento.
- b) as funções de ensino que compreendem a assimilação ou aprendizagem das normas culturais, de ideais filosóficos ou políticos, das normas de convivência social ou de comportamento.
- c) as funções integrativas, que têm por objetivo formar ou solidificar os grupos, principalmente os familiares, de amizade-companhia, de interesses comuns, os quais poderiam estar satisfazendo a necessidade de pertencer a alguém ou de realizar as metas, de ser reconhecido.
- d) as funções recreativas compreendem a atividade relacionada com o descanso psicológico e físico.
- e) as funções culturais referem-se à compreensão e assimilação dos valores culturais ou à criação de novos.
- f) as funções compensadoras seriam as atuações que, de alguma forma, nivelariam as insatisfações das outras áreas de vida, levando a pessoa a uma atitude de "viver a toda" aquilo que, nas outras situações, não pôde ser realizado³⁰⁰.

Nesse rol, há uma valorização dos conteúdos apresentados como integrantes do lazer, porque consagram os meios educacionais, integrativos, recreativos e culturais.

Dessa forma, as funções educativas e de ensino acabam por se relacionar com o conteúdo do lazer intelectual e artístico, uma vez que determinam que os indivíduos

³⁰⁰ IWANOVICZ, Bárbara. Aspectos psicológicos do lazer In: BRRUNS, Heloisa Turini (org.). **Introdução aos estudos do lazer**. Campinas: Unicamp, 1997, p. 95-96.

praticantes dessa maneira de lazer encontram-se em busca de uma satisfação pessoal relacionada com o raciocínio ou o lúdico, por meio do descobrimento de novos horizontes.

Já as funções integrativas vêm a se assemelhar com o conteúdo do direito ao lazer na perspectiva social, haja vista que estão firmadas na existência de relacionamentos interpessoais em busca de interesses comuns, consagrando a sociabilidade no seio do indivíduo.

As funções recreativas e compensadoras, por sua vez, estão muito próximas do conteúdo do lazer como um todo. Isso se dá, pois as atividades recreativas e compensadoras trazem em sua essência a base da recuperação psicológica do indivíduo que se encontra em situação de estresse diário com obrigações e labor. Aqui, discorda-se do posicionamento de que as funções recreativas acabariam por incluir o descanso, afinal, pelo próprio significado da palavra, recreação não pode se confundir com descanso.

O descanso objetiva que o corpo humano recupere as forças despendidas com o labor diário e obrigações familiares, sociopolíticas e religiosas a partir de uma perspectiva negativa: durante o período de descanso, o corpo ficaria em repouso para que a recuperação fosse bem sucedida. Desse modo, o descanso atuaria como estabilizador das forças humanas, no sentido de recuperação física e psicológica por uma inatividade do indivíduo.

O lazer também atua na recuperação física e psicológica do indivíduo, mas tal atuação aparece de maneira ativa, relacionada ao desenvolvimento de uma atividade prazerosa. Assim, a recuperação da mente e do corpo dar-se-ia em razão da entrega do indivíduo ao lúdico, aos esportes, a interações sociais, a atividades intelectuais ou manuais, e não por uma postura de inatividade.

As funções culturais, por sua vez, relacionam-se perfeitamente com o conteúdo social de lazer, afinal, este se encontra vinculado a uma perspectiva de aproveitamento cultural em diversos níveis, seja através do mais simples ao mais sofisticado. Por conta disso, as funções culturais do lazer devem ser vistas a partir da perspectiva do conteúdo social do lazer em razão da perfeita identidade entre as mesmas.

Dito isto, faz-se necessário o apontamento de que tal classificação ainda não abarca todas as funções do lazer. Relata-se ainda a função de formação da personalidade em que o lazer:

exerce função regeneradora da força psíquica e física abaladas pelas tensões encontradas nas outras situações da vida, principalmente a de trabalho. Por outro lado, o divertimento leva à liberação do cansaço causado pela monotonia do processo de trabalho ou pelos comportamentos habituais reforçados pela automação do processo de produção moderno, protegendo, assim, o organismo da formação de comportamentos estereotipados³⁰¹.

Neste sentido, o lazer atuaria a serviço da diferenciação dos indivíduos na sociedade por meio da liberação do cansaço e atividades de cunho prazeroso, de maneira que estes poderiam se desenvolver sem levar em consideração comportamentos estereotipados.

Destarte, o lazer, ao fomentar novas atitudes em face da sociedade, faz com que o indivíduo acabe por desenvolver sua personalidade individual. Participação em grupos esportivos ou em reuniões sociais leva aquele indivíduo a ter um senso de coletividade capaz de atuar na formação do seu ser. Ademais, uma fala de um personagem, um filme, peça de teatro ou viagem podem despertar no indivíduo um sentimento novo, capaz de fazer com que descubra algo que antes não sabia ou se identifique com tal situação. Nessa mesma direção, o indivíduo que experimenta novos lazeres acaba por se desenvolver, uma vez que vislumbra em seu ser um autoconhecimento³⁰².

Diante de tais aspectos, fica notório que o lazer também possui a importante função de desenvolver a personalidade do indivíduo, na medida em que é capaz de exercer um poder de transformação sobre ele, através de uma tomada de consciência, prevenindo a utilização de estereótipos sociais.

Outra função não incluída na mencionada classificação é aquela que afirma que o lazer contribui para o desenvolvimento psicológico da consciência de poder dispor, como quiser, do seu tempo livre, exercendo a atividade de lazer que bem lhe aprouver em busca de uma satisfação pessoal³⁰³.

³⁰¹ IWANOVICZ, Bárbara. Aspectos psicológicos do lazer In: BRRUNS, Heloisa Turini (org.). **Introdução aos estudos do lazer**. Campinas: Unicamp, 1997, p. 96.

³⁰² REQUIXA, Renato. **Sugestão de diretrizes para uma política nacional de lazer**. São Paulo: SESC, 1980, p. 48-49.

³⁰³ IWANOVICZ, Bárbara. Aspectos psicológicos do lazer. In: BRRUNS, Heloisa Turini (org.). **Introdução aos estudos do lazer**. Campinas: Unicamp, 1997, p. 96.

O lazer, então, estaria funcionando como meio de promoção da liberdade por garantir que o indivíduo seja livre para escolher o desenvolvimento de suas atividades, sejam elas relacionadas ao físico, social, artístico, manual ou intelectual.

Entretanto, sabe-se que a função do lazer mais explorada é a função de recuperação psicossomática ou função reparadora. É através dela que o indivíduo poderá gozar atividades que o levem à recuperação física ou mental. Tal função acaba por ser aliada do labor, na medida em que consagra o lazer que culminará em um indivíduo mais produtivo e mais satisfeito com as atividades desenvolvidas.

Não é errada tal função do lazer, visto que há no indivíduo a necessidade de labor para seu sustento e de sua família. Aqui, o que se almeja é que tal função do lazer seja respeitada independentemente dos resultados obtidos dentro do trabalho desempenhado. O desejo é que a função reparadora reflita no labor, de maneira interessante ao desenvolvimento da atividade, sem precisar estar atrelada a ele.

Renato Requixa, comentando uma pesquisa feita pelo SESC junto à população comerciária da capital de São Paulo, constatou que as horas de lazer eram fruídas, basicamente, aos finais de semana:

Pesquisa realizada pelo SESC, junto à população comerciária da capital de São Paulo, revelou que, além das horas dedicadas ao trabalho nos dias úteis, 34,4% dos entrevistados dedicavam até duas horas por dia a outras obrigações; 17,5%, de duas a três horas; e 17,8% gastavam de três a quatro horas em outras obrigações que não as de trabalho propriamente dito. Portanto, apenas 34,3% dispõem um tempo relativamente curto com as demais obrigações; o restante dispõe mais de duas horas nos dias úteis. A mesma pesquisa confirmou que o tempo ideal para o lazer ainda é o fim de semana, em que o acúmulo de horas livres permite programações mais tranquilas e de maior duração³⁰⁴.

A pesquisa, embora seja da década de 80, revela uma situação que ocorre ainda nos dias atuais: os momentos de lazer acabam por se restringir, essencialmente, aos finais de semana, em que a possibilidade de tempo livre é maior.

Todavia, tal situação não deveria ser a realidade, afinal, o lazer do indivíduo traz consigo a ideia de recuperação psicossomática, de libertação do estresse vivido em razão das obrigações e trabalho, por meio de atitudes, repise-se, ativas, relacionadas com o gozo de atividades lúdicas, sociais, intelectuais, físicas ou práticas.

³⁰⁴ REQUIXA, Renato. **Sugestão de diretrizes para uma política nacional de lazer**. São Paulo: SESC, 1980, p. 44-45.

Neste mesmo sentido, o lazer deve explorar a função de recuperação na medida em que se constata que, cada vez mais, o trabalho exercido é considerado monótono, repetitivo e frustrante.

Não se nega que as condições de trabalho melhoraram muito desde os períodos da Revolução Industrial. Naquela época, não havia condições mínimas de dignidade. No entanto, com o aumento de maquinário e a automatização da produção, cada vez mais se tem exercício de trabalho monótono, sem o uso da criatividade.

E, nos dias atuais, pautados em demandas massificadas, cada vez mais o labor se torna algo frustrante e desestimulante, uma vez que não há diversificação daquilo que se realiza, tampouco real desenvolvimento das potencialidades dos indivíduos. Isso, contudo, não é uma realidade absoluta. Certas empresas contribuem para que o lazer possa influenciar a vida do trabalhador de maneira que ele consiga, realmente, usufruir a função de recuperação que possui³⁰⁵.

Infelizmente, no entanto, tal realidade não é vivenciada por todos os indivíduos. Muitos acabam por laborar em locais que não oferecem uma qualidade criativa e intelectual. Tal situação deveria ser a exceção, e não a regra, sob pena de corrupção do indivíduo pela situação desestimuladora.

Tal corrupção tanto pode ser vista pelo âmbito do desleixo ou descaso com o labor, como pela ocupação do tempo livre com atividades ilícitas ou imorais, dada a frustração que ronda a vida do indivíduo.

Desse jeito:

o lazer impõe-se, então, como uma contingência, uma necessidade de diversificação, a fim de que o indivíduo possa liberar ou recuperar energias perdidas ou contidas. A ruptura pode caminhar ou em direção a atividades antissociais, como infrações morais ou legais, ou pode ser dirigida para ocupações de lazer chamadas compensatórias. Estas podem ser atividades reais, através do esporte, jogos, viagens, com mudança de ritmo, de estilo e de paisagem, ou atividades fictícias, sob a forma de projeção e identificação, através do cinema, do teatro e da leitura. São estes os fatores que ajudam a suportar a disciplina e as imposições obrigatórias da vida social, pela ocupação do tempo livre em atividades equilibradoras, socialmente aceitas e moralmente corretas³⁰⁶.

Tal função que o lazer exerce na vida das pessoas, por meio de um aspecto de prevenção e correção do indivíduo que acabou desvirtuado dos comportamentos

³⁰⁵ Exemplos encontram-se no item 5.4.2 desta pesquisa.

³⁰⁶ REQUIXA, Renato. **Sugestão de diretrizes para uma política nacional de lazer**. São Paulo: SESC, 1980, p. 47.

sociais aceitáveis, pode ser chamada de função psicocorretiva do lazer, através de uma perspectiva psicológica.

A psicocorreção auxilia a diminuição ou eliminação da intensidade ou frequência de comportamentos tidos como indesejáveis para o indivíduo. Este setor da psicologia pode ser exercido por meio de psicoterapias leves, trabalhos de reabilitação, de organização do divertimento etc³⁰⁷.

No tocante ao lazer, a psicocorreção é realizada através de ocupações e recreações capazes de diminuir ou evitar tais comportamentos conflitantes, orientadas no sentido de recuperação devido aos desgastes sofridos com o labor e obrigações diárias, e também pelo desenvolvimento do indivíduo. Assim, a psicocorreção acaba por passar pela função de recuperação do indivíduo, pois, o ser humano, para desenvolver bem suas potencialidades, precisa estar motivado por meio do lazer.

Ademais, o lazer é muito visto sob a percepção da função recreativa, de divertimento e entretenimento do indivíduo. Como ele é associado ao desenvolvimento de atividades prazerosas, que tragam satisfação ao indivíduo, a função recreativa ou de divertimento acaba por ganhar importância especial.

Uma pessoa que desenvolve atividades que lhe proporcionem felicidade por meio de lazer é uma pessoa protegida dos males da fadiga e estresse mental, tendo menores chances de desenvolver comportamentos considerados pela sociedade como reprováveis.

Nessa direção, a função recreativa – de divertimento ou entretenimento –

³⁰⁷ IWANOVICZ, Bárbara. Aspectos psicológicos do lazer In: BRRUNS, Heloisa Turini (org.). **Introdução aos estudos do lazer**. Campinas: Unicamp, 1997, p. 99.

acha-se diretamente ligada à função de recuperação, desenvolvimento da personalidade e à função de psicocorreção exposta anteriormente. Um indivíduo que realiza atividades divertidas recupera-se mais facilmente dos problemas do dia a dia e também apresenta tendência menor aos comportamentos antissociais decorrentes de um desvio da personalidade, por exemplo.

Inferre-se de tal entendimento que a função de recreação que o lazer possui demonstra sua grande importância na sociedade, possuindo ligação com outras funções tão importantes quanto as do lazer com referência à proteção do indivíduo.

Tal objetivo da recreação é visualizado por meio das atividades tidas como conteúdo do lazer, já que resultam na satisfação individual. Ante o exposto, atividades relacionadas a viagens, esportes, cinema, mostras de artes etc. são consideradas exemplificativas diante da gama de atividades que o lazer pode assumir no divertimento do indivíduo. Nesse sentido:

A exemplificação apresentada engloba diversas atividades ligadas a várias formas de comportamento humano, alargando as possibilidades de lazer para o indivíduo, como, por exemplo, viagens, esportes, atividades físicas ou, ainda, cultura no sentido amplo, acobertando as representações de massa, como cinema, televisão e, também, apresentações culturais ligadas às artes plásticas, literatura³⁰⁸.

O que se percebe de tal pensamento é que a função de recreação acaba-se ligando a qualquer atividade de lazer, haja vista que se destina à proteção do indivíduo contra as pressões sociais diárias referentes ao labor e questões obrigacionais, bem como promovem seu desenvolvimento por meio de um culto ao lazer.

Nesse campo, as funções do lazer refletem a promoção pelo bem-estar do indivíduo em diversos níveis por se tratarem de ações que concretizam o conteúdo do direito ao lazer, de sorte a contribuir com a tão cara dignidade humana.

5 A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO LAZER NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

³⁰⁸ FERRARESI, Camilo Stangherlim. **O direito ao lazer da portadora de necessidades especiais na Constituição Federal**. São Paulo: Porto das Ideias, 2012, p. 74.

Ao longo desta pesquisa, defendeu-se que o lazer deve ser visto como meio de consagração da dignidade da pessoa humana, ante seu conteúdo físico, prático, social, intelectual e artístico e funções relacionadas à promoção do bem-estar social, desenvolvimento da personalidade e recuperação do indivíduo.

O lazer, nesse sentido, é percebido a partir da perspectiva dos direitos fundamentais, uma vez que constitui direito capaz de garantir a dignidade humana por meio de concretizações capazes de levar o indivíduo ao pleno desenvolvimento de suas potencialidades.

No entanto, o mundo contemporâneo, marcado pela desvirtuação de valores éticos e morais, é palco de deturpações comuns no tocante aos direitos fundamentais. Seria ingenuidade acreditar que, há pouco tempo, essa desvirtuação não existia. Pelo contrário, a sociedade humana sempre foi marcada pelos desvios.

Vive-se, hoje, em uma era onde os valores éticos e morais não são importantes para a sociedade. Nos dias atuais, muitos buscam sucesso e dinheiro sem observar os direitos fundamentais dos outros que participam dessa relação. Abusa-se do poder que muitos, aparentemente, possuem em detrimento da condição humana do outro que lhe rodeia, na busca desenfreada por uma situação econômica melhor, aumento de riqueza e, obviamente, por mais poder.

Dessa maneira, os direitos fundamentais terminam sendo tratados, em certos casos, como meros pedaços de papel sem valor algum no desenvolvimento da relação ali travada. E o lazer, como direito que é, acaba por adentrar nesse sistema de esquecimento, desconsideração ou violação dos direitos fundamentais.

Local onde tal constatação é latente é a relação de emprego, palco de diversos abusos no seu desenrolar. Quando se abordam direitos fundamentais na relação de emprego, não se está a falar do trabalho altamente sofisticado, mas, como assevera Maurício Godinho Delgado, do trabalho das grandes massas de população que “ingressam na vida econômico-social por meio da oferta subordinada, pessoal, não eventual e onerosa de seus serviços”³⁰⁹. Fala-se do trabalhador hipossuficiente, que se mantém no emprego com o mínimo necessário à sua sobrevivência.

³⁰⁹ DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. **Revista LTr**. São Paulo, v. 70, p. 657-667, junho de 2006, p. 663.

E é justamente em razão da fragilidade do trabalhador nas relações de emprego que se verificam esses abusos, por assim dizer, no conteúdo destas. Um dos abusos está na tutela do lazer, direito que se encontra desrespeitado sob a prerrogativa de que o mesmo não teria eficácia diante das relações particulares.

Contudo, defende-se nesta pesquisa que este direito ao lazer deve ter, sim, eficácia diante das relações trabalhistas, sob o risco de se transformar em um direito sem efetividade alguma, letra morta diante de relações nas quais os abusos no tocante ao seu conteúdo são marcantes.

Não se almeja que o lazer seja apenas um direito consagrado no Texto constitucional, mas sem efetividade alguma. A ideia é que o lazer possa ser concretizado de diversas maneiras, de sorte a garantir que seu conteúdo e suas funções possam ser respeitados. Nessa senda, defende-se que a postura ideal é a de consagração desse direito ao lazer, de sorte que a situação atual de desrespeito por parte de alguns entes seja expurgada da sociedade.

E assim sendo, faz-se necessário que tal direito seja capaz de vincular os empregadores, considerados particulares, nas relações de emprego. Somente por meio de tal postura, o lazer poderá ser concretizado na seara trabalhista como direito fundamental social que é.

5.1 O LAZER COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

A Constituição Federal de 1988 consagrou o direito ao lazer como um direito fundamental social passível de tutela estatal, estando ao lado de direitos outros, tão caros à consagração da dignidade humana, como trabalho, saúde, educação, moradia, alimentação etc.

Por conta de tal posicionamento constitucional, o direito ao lazer pode ser observado como direito fundamental social. No entanto, não é só isso que o torna um direito fundamental de 2ª dimensão.

Recordando o nascimento dos direitos sociais, tem-se a seguinte constatação: não é incorreto afirmar que sua origem confunde-se com a própria história do direito do trabalho, afinal, este nasce do confronto entre as disparidades sociais e o labor do

período industrial. Ao mesmo tempo, tem-se o nascimento dos direitos sociais, pautados em uma possibilidade de exercício dos direitos garantidos pelo Estado³¹⁰.

Nessa toada, os direitos fundamentais sociais surgem a partir da perspectiva do labor existente no período da Revolução Industrial, por conta de uma busca por melhores condições de trabalho.

O lazer, como já tratado, relaciona-se com o labor na medida em que seu desenvolvimento está baseado na luta por melhores condições de trabalho, com especial atenção às jornadas exorbitantes, em contrapartida de um posicionamento empresarial de maiores lucros em menor tempo.

A Revolução Industrial proporcionou um crescimento econômico acelerado para aqueles que detinham o capital relacionado ao maquinário. No entanto, tal situação não foi fruída pelos demais membros da sociedade, que se viam diante de condições sociais deploráveis por conta de um capitalismo exagerado.

As condições de labor, com especial atenção à jornada de trabalho, foram sendo alvo de reivindicações por essa parcela da sociedade que não obtinha os mesmos ganhos que aqueles controladores do maquinário industrial. Pensadores, inclusive, lançaram livros defendendo jornada de trabalho muito menor do que aquelas praticadas no período de busca de uma tutela do tempo livre.

Empregadores, por sua vez, apenas diminuían a carga horária de labor em razão do pensamento disseminado na época, isto é, de que o empregado que fruía de um bom descanso poderia laborar ainda mais em menos tempo.

Ainda assim, diante de manifestações por melhores condições de trabalho, aliadas a melhoras pautadas em um sistema capitalista desenfreado, o lazer não era respeitado. O empregador não queria um empregado feliz, satisfeito, praticante de atividades prazerosas não ligadas ao labor ou obrigações. O empregador desejava que aquele empregado fosse produtivo, que pudesse satisfazer sua necessidade de capital.

O lazer, então, também era fruto de uma reivindicação social à época, assim como a melhoria dos salários, exclusão das crianças das jornadas de trabalho, condições de higiene e segurança etc. O relato da época era o seguinte:

³¹⁰ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direitos Humanos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 93.

Em todos eles “o aumento de riqueza e de poder exclusivamente restrito às classes possuidoras” foi deveras “extasiante”. Em todos eles, como na Inglaterra, uma minoria do operariado recebeu um pequeno aumento de seu salário real; mas, na maioria dos casos, o aumento nominal dos salários não representa um aumento real do bem-estar.

[...]

Após uma luta de 30 anos, travada com notável perseverança, o operariado inglês, aproveitando uma ruptura momentânea entre os latifundiários e os capitalistas, conseguiu que fosse aprovada a lei da jornada de dez horas³¹¹.

Inferre-se de tal excerto que a situação vislumbrada à época era de reivindicações em grande quantidade, em busca de um melhor bem-estar dos indivíduos que laboravam nas condições degradantes. Em contraposição, não havia uma postura de auxílio dos empresários, que continuavam a praticar situações avassaladoras com os trabalhadores. Exemplo disso é uma luta de trinta anos para conseguir uma jornada de trabalho de 10 horas, considerada alta para os padrões atuais.

Por conta da situação de revolta dos trabalhadores em relação aos seus empregadores, com especial atenção para o tempo livre, não houve como o Estado não participar do apaziguamento de tais relações. Nesse contexto, os direitos fundamentais de segunda dimensão surgem, visando a um controle maior do Estado diante de tais situações iníquas.

Não havia mais como o Estado se manter inerte diante da prática de injustiças sociais. Ele teria que atuar de maneira positiva para garantia das necessidades mínimas dos indivíduos, com o intuito de promover a dignidade humana.

E como trabalho e lazer andavam lado a lado, nada mais normal do que a garantia dos dois como direitos fundamentais sociais. O ser humano, então, passaria a ver consagrados os direitos trabalhistas que deveriam ser respeitados. Veria também o direito ao lazer surgindo, com base na ideia de que o indivíduo possui a necessidade de recuperação das energias por meio de atividades prazerosas, tal como já foi visto no capítulo 4 desta pesquisa.

Isso não significava que o Estado deveria abandonar o capitalismo. Pelo contrário, o Estado do Bem-Estar Social partia da premissa garantidora dos alicerces do capitalismo, como a livre iniciativa e a garantia da propriedade privada, mas não se esquecia dos direitos que asseguravam uma vida digna para o obreiro.

³¹¹ ISHAY, Micheline R.(org.) **Direitos humanos: uma antologia** – Principais escritos políticos, ensaios, discursos e documentos desde a bíblia até o presente. Trad. Fábio Duarte Joly. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2006, p. 345-346.

Desta forma, é fácil visualizar os direitos trabalhistas como direitos fundamentais sociais. Não basta que o Estado se abstenha de violar os direitos trabalhistas, mas deve, sim, garanti-los, de forma participativa, a fim de permitir o exercício desses direitos.

No momento em que o Estado passou a intervir, de uma forma ou de outra, no processo econômico e nas relações laborais, garantindo direitos trabalhistas de cunho social, inaugurou-se uma nova fase da história do trabalho, rompendo com o paradigma tão conhecido e disseminado na Revolução Industrial³¹².

A intervenção estatal ganha força ao constatar que a relação de emprego é, em sua gênese, desequilibrada. Tem-se, de um lado, o empregador, que detém poder social e econômico e, de outro, o trabalhador, parte débil da relação de emprego. A necessidade de expandir a legislação trabalhista no sentido protetivo vem do ideal marxista – o proprietário era quem massacrava o operário e não lhe repassava o total daquilo que era seu por direito, colocando-o em situação de inferioridade e carente de proteção estatal³¹³.

A legislação trabalhista vem justamente para equilibrar a relação de emprego, tradicionalmente desigual. Com isso, o direito do trabalho desenvolve alguns princípios, buscando a proteção do trabalhador e melhoras na prestação laboral. Exemplo disso é o princípio protetor.

Em contrapartida, a garantia do lazer ganha novos contornos por meio de uma promoção estatal na busca da dignidade humana. Pelo fato de o lazer possuir diversas funções³¹⁴, ele é consagrado junto à categoria de direito social, em razão da necessidade de uma postura ativa do Estado para a sua promoção, *in verbis*:

Mas não é pelo simples fato de estar elencado no rol do art. 6º que o lazer é considerado direito social. Como observamos anteriormente, os direitos sociais, em regra, são prestações positivas do Estado, visando à melhoria da qualidade de vida da sociedade e protegendo a dignidade humana em todas as suas vertentes.

O lazer tem como funções a recuperação da fadiga, o entretenimento e o desenvolvimento humano, de forma que a recuperação do cansaço acumulado é de suma importância para a qualidade de vida da população e está diretamente ligado ao direito à saúde, uma vez que não seria possível

³¹² HERKENHOFF, João Baptista. **Gênese dos Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Santuário, 2002, p. 186.

³¹³ MOLINA, André Araújo; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Renúncia e Transação no direito do trabalho – uma nova visão constitucional à luz da teoria dos princípios. **Revista LTr – Legislação do Trabalho**. São Paulo, v. 74, n. 02, Fev.190-224, 2010, p. 191.

³¹⁴ Vide item 4.4 desta pesquisa.

sua efetivação se os indivíduos não tivessem oportunidade de recuperar suas forças desgastadas pelo trabalho³¹⁵.

Não obstante, defender-se-á nesta pesquisa que o lazer não deve ser consagrado apenas pelo Poder Público, mas também deve incidir nas relações particulares, com especial atenção à relação trabalhista, ainda marcada pela desigualdade fática existente entre seus sujeitos.

5.2 POSIÇÃO DO DIREITO AO LAZER NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SEUS REFLEXOS

Viu-se que o lazer deve ser percebido como um direito fundamental social digno de tutela estatal, mediante ações positivas visando à sua concretização. E não poderia ser diferente, afinal, o lazer, como conjunto de atividades livres relacionadas ao intelecto, cultura, desporto e diversão em geral, tem como objetivo maior a proteção da dignidade humana por meio do desenvolvimento pessoal.

Assim, o indivíduo é capaz de desenvolver todas as suas potencialidades quando frui de um lazer adequado e isso somente confirma a posição de destaque que o lazer possui como um direito fundamental social³¹⁶.

Não obstante, o direito ao lazer foi consagrado expressamente no rol dos direitos sociais do art. 6º da Constituição Federal de 1988³¹⁷, juntamente com direitos outros,

³¹⁵ FERRARESI, Camilo Stangherlim. **O direito ao lazer da portadora de necessidades especiais na Constituição Federal**. São Paulo: Porto das Ideias, 2012, p. 95-96.

³¹⁶ No plano internacional, o direito fundamental social ao lazer tem destaque digno de nota. Tem-se, exemplificativamente, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, que determina, em seu art. XV, que “toda pessoa tem direito ao descanso, ao recreio honesto e à oportunidade de aproveitar utilmente o seu tempo livre em benefício de seu melhoramento espiritual, cultural e físico”. A Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, também traz, em seu art. XXIV, o direito ao lazer como um direito fundamental do indivíduo, o que evidencia o posicionamento aqui adotado: “Todo ser humano tem direito a repouso e lazer, inclusive à limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas”. Por fim, e sem a intenção de esgotar o tema (afinal, não é objeto da presente pesquisa a análise internacional do Direito ao Lazer), outro dispositivo que reconhece o direito ao lazer como direito fundamental social passível de tutela estatal é o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966: art. 7º - Os Estados-partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente: [...] d) o descanso, o lazer, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, assim como a remuneração dos feriados. BRASIL. **Legislação de Direito Internacional Privado**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva, com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Lívia Céspedes e Juliana Nicoletti. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 379, 384 e 416.

³¹⁷ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos

tão caros ao indivíduo, como educação, saúde, previdência, alimentação, trabalho e moradia.

Em primeiro lugar, faz-se necessário tecer o seguinte comentário: a Constituição, seguindo a tendência exposta no item 4.1 desta pesquisa, traz o direito ao lazer no mesmo patamar do direito ao trabalho, o que somente revela que esses institutos tiveram seu desenvolvimento histórico concomitante.

Isso não significa, ressalte-se mais uma vez, que esteja o direito ao lazer atrelado ao direito ao trabalho. A Constituição, em verdade, enumera alguns direitos sociais no mesmo artigo, evidenciando a importância e a força que possuem diante do Estado Democrático de Direito. Tanto é assim que lazer e trabalho encontram-se juntos com outros direitos, que dependem de uma ação positiva estatal, tal como saúde e educação.

Dito isto, é importante salientar que a Constituição Federal de 1988 preocupa-se com o lazer em outras passagens, ainda que não utilize expressamente a nomenclatura “lazer”. É que, conforme já visto linhas atrás, o conteúdo do direito ao lazer engloba muito mais que somente diversão no sentido popular.

O art. 7º da Constituição traz o direito ao lazer dentro do conteúdo da norma que trata do salário mínimo. Assim, *in verbis*:

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

[...]

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

Note-se que o artigo citado linhas atrás destaca o lazer, colocando-o ao lado de direitos considerados como necessidades vitais dos indivíduos na qualidade de trabalhadores e cidadãos. Ademais, o artigo eleva o lazer a direito da família, e não somente do trabalhador, o que ressalta sua condição de fundamental ao desenvolvimento humano³¹⁸.

desamparados, na forma desta Constituição (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010).

³¹⁸ CHEMIN, Beatris Francisca. **Constituição e lazer: uma perspectiva do tempo livre na vida do (trabalhador) brasileiro**. 1. ed, 4ª reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 187.

Além disso, é importante salientar que o salário mínimo também deve garantir o direito ao lazer juntamente com outros direitos fundamentais sociais como educação, saúde, alimentação, moradia etc. Assim, o lazer faz parte do conteúdo do mínimo existencial da pessoa, conceito aberto que representa as condições mínimas que um ser humano deve possuir para viver dignamente³¹⁹.

O lazer também pode ser associado ao direito à saúde e ao direito à previdência social, pertinente ao bem-estar físico e psíquico do cidadão. A Carta Magna consagra, também no art. 6º, o direito à saúde e o direito à previdência social como direitos fundamentais sociais dignos de tutela pelo Estado. Sabe-se que um cidadão que não usufruiu do lazer adequado fica mais vulnerável a doenças físicas e psíquicas, por conta de uma redução na imunidade do corpo pelo estresse. Assim, quando o Texto constitucional fala na promoção da saúde e da previdência social, também fala de lazer, pois, com a devida garantia do direito ao lazer, certos casos de doenças ocupacionais, por questões físicas ou psíquicas, serão reduzidos³²⁰.

³¹⁹ Segundo Luiz Edson Fachin, o mínimo é sempre um conceito complexo. Utilizando-se o exemplo do salário mínimo, determina o autor que, em um sentido estrito, a noção de mínimo é precária. O salário deveria atender às necessidades dos trabalhadores e de sua família no tocante à moradia, alimentação, educação, lazer, saúde, vestuário, higiene, transporte e previdência social. Nas palavras do autor: “Se o mínimo é aquele cujo valor é extremo, seu valor não pode ser menor do que é, porque, se o for, salário não será. O salário mínimo não atende às necessidades vitais básicas do trabalhador e família com o menor valor possível, o que recomenda ver de outro modo, não apenas individual”. FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 274.

³²⁰ De acordo com o Manual de procedimento para os serviços de saúde de doenças relacionadas ao trabalho, são fatores de risco para a segurança e saúde do trabalhador os fatos ergonômicos e psicossociais. Estes decorrem da organização e gestão do trabalho, possuindo como exemplo a monotonia ou ritmo de trabalho excessivo e exigências de produtividade. O excesso de produtividade afeta a vida dos trabalhadores que se veem obrigados a laborar mais e de maneira exacerbada, de forma a atingir seu direito ao lazer, o que também é causa para a existência de certas doenças ocupacionais. BRASIL. Ministério da Saúde. **Doenças relacionadas ao trabalho – manual de procedimento para os serviços de saúde**. Brasília, 2001, p. 29. Em certos casos, a falta de lazer, aliada à inexistência do tempo livre, leva a consequências devastadoras na vida do trabalhador, de sorte a não afetar apenas os hospitais públicos ou privados asseguradores da saúde ou previdência social no tocante aos benefícios previdenciários. Líbia Martins Carreiro trata da morte por excesso de trabalho, o chamado Karoshi em japonês. Relata a autora que, no Brasil, casos de morte por excesso de trabalho já foram relatados com cortadores de cana no interior do Estado de São Paulo, sendo inclusive investigados pela Relatoria Nacional para o Direito Humano ao Trabalho, com apoio do Ministério Público do Trabalho da 15ª Região. A avaliação do relatório foi a de que, com as péssimas condições de trabalho e pagamento proporcional, os trabalhadores estavam mais suscetíveis a mutilações, paradas cardíacas e acidentes cerebrais hemorrágicos. Tais incidentes estariam relacionados ao aumento da jornada além dos limites físicos, aliados à inexistência de lazer. A autora ainda relatou a existência de ação civil pública do Ministério do Trabalho de Minas Gerais, distribuída na 3ª Vara do Trabalho de Betim/MG sob o número 00648.2006.028.03.00-9, visando à melhoria das condições de saúde e segurança do trabalho após a morte de um empregado por conta do excesso de jornada, realização de horas extras diárias e falta do descanso semanal remunerado. CARREIRO, Líbia Martins. Morte por Excesso de Trabalho (Karoshi). **Revista do TRT da 3ª Região**, Belo Horizonte, ed. 76, jul/dez 2007. Disponível em:

O lazer ainda é visto pela Constituição como forma de o indivíduo promover-se socialmente, conforme anuncia o art. 217, §3º: “O Poder Público incentivará o lazer como forma de promoção social”.

Dessa forma, o Texto constitucional revela que o Poder Público deve, sim, promover o lazer como direito fundamental social, de sorte que este possa funcionar como fator de desenvolvimento das potencialidades humanas. Nesse sentido:

Podemos observar que, para o constituinte de 1988, o direito ao lazer e, conseqüentemente, seu exercício estão diretamente ligados às funções de proteção da dignidade, em busca de garantir qualidade de vida para toda a população, uma vez que se encontra consagrado como direito social e, por outro lado, como vetor de transformação e promoção social. Extraíndo-se de tal assertiva a possibilidade de desenvolvimento pessoal e social, possibilitando a efetiva inclusão por meio do lazer, haja vista que as práticas de lazeres em quaisquer de suas atividades implica interação entre as pessoas, facilitando a eliminação e o rompimento de preconceitos e barreiras³²¹.

Discorda-se do autor supracitado quando diz que nem sempre as práticas de lazer envolvem interação de pessoas. O lazer pode, obviamente, ser usufruído por uma pessoa apenas, como ocorre, por exemplo, com a leitura de um livro, como já exposto alhures.

Contudo, concorda-se com a afirmação de que o lazer, como vetor de promoção social, atua no sentido de garantir a dignidade humana por meio da melhora na qualidade de vida e transformação social. Dessa maneira, o art. 217, §3º, funciona como mais um vetor em busca da dignidade humana.

A interpretação que deve ser dispensada ao art. 217, § 3º, é que esta norma, ainda que inserida no contexto do desporto, deve ter aplicabilidade imediata a todos os setores em que o lazer possa incidir³²².

www2.trt3.jus.br/escola/revista/paginas_rev/ver_76.htm

³²¹ FERRARESI, Camilo Stangherlim. **O direito ao lazer da portadora de necessidades especiais na Constituição Federal**. São Paulo: Porto das Ideias, 2012, p. 101.

³²² Segundo Alexandre Lunardi, tal dispositivo é de suma importância para a promoção do lazer. Em suas palavras: “De todos os dispositivos, destaca-se a importância do §3º do art. 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 – esta norma não está só 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, que envolve muito mais opções que somente a prática de esporte”. LUNARDI, Alexandre. **Função social do direito ao lazer nas relações de trabalho**. São Paulo: LTR, 2010, p. 30.

Tal referência é importante na medida em que, pelo contexto trazido pela norma, estar-se-ia estabelecendo que a promoção do lazer é dever do Estado como um todo, e não somente relacionado à prática de esportes. No entanto, ao se pensar que os direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata diante do art. 5º, §1º da Constituição³²³, vê-se que tal artigo funcionaria apenas como um reforço diante da já estabelecida eficácia do direito ao lazer.

Poder-se-ia pensar em garantia do direito ao lazer nas passagens que o Texto constitucional faz alusivas à prática de esportes. Embora lazer não se resume à prática de esportes, sabe-se que a prática de atividades físicas está relacionada ao conteúdo do direito ao lazer, conforme já exposto anteriormente.

Destarte, quando o art. 217 determina ser dever do Estado o fomento a práticas desportivas, também está se estabelecendo que o direito ao lazer deve ser fomentado e garantido pelo Estado³²⁴.

Assim, quando o Texto constitucional faz constar um capítulo para tratar do desporto, educação e cultura, ele está se posicionando a favor da consagração do direito ao lazer em um âmbito difuso.

Perscrutando-se o mesmo capítulo, observa-se que a Carta Magna ainda contempla o direito à cultura. Tal constatação revela que o direito ao lazer também se verifica através do meio cultural, porque o lazer artístico traz em seu bojo vivências culturais tais como mostras de pinturas, esculturas, desfrute de livros, filmes, peças teatrais etc.

Note-se que o lazer artístico, abordado no item 4.3, está ligado à busca de atividades artísticas e culturais associadas ao encantamento, a questões imaginativas relacionadas com um mundo ideal, diferenciado. O lazer artístico também foi visto sob a perspectiva festiva e popular, não somente sendo associado a uma cultura direcionada às classes mais altas da sociedade. Assim, lazer artístico

³²³ Vide item 2.9 desta pesquisa.

³²⁴ Nas palavras de Camilo Stangherlim Ferraresi, “as práticas desportivas, amoldadas ao conceito de atividade física de lazer, demonstram os benefícios que a efetividade do direito ao lazer traz ao indivíduo, pois, como citado, melhora a qualidade de vida, ligada diretamente ao direito à saúde, e possibilita o desenvolvimento associativo, forma direta de inclusão e convívio em sociedade, permitindo, ainda, a contemplação de momentos de solidão, protegendo a intimidade e a liberdade de cada um”. FERRARESI, Camilo Stangherlim. **O direito ao lazer da portadora de necessidades especiais na Constituição Federal**. São Paulo: Porto das Ideias, p. 103.

está permeado de cultura como um todo, repise-se, e não somente como uma cultura elitizada.

Quando a Constituição consagra a cultura como direito a ser garantido pelo Estado, também consagra o lazer de maneira indireta, afinal, as manifestações culturais de todo o gênero estão incutidas dentro do que se entende por lazer artístico.

Ademais, o art. 215 da CF/88 não se limita apenas a garantir o exercício do direito à cultura dos cidadãos, mas também determina o acesso a fontes de cultura nacionais e sua valorização e difusão. Assim, exige-se do Estado uma postura ativa, típica dos direitos fundamentais sociais, reafirmando-se o entendimento de que o Estado, ao garantir a cultura, também viabiliza o direito ao lazer.

Seguindo esta linha, o Corpo constitucional ainda retrata o direito ao lazer no *caput* do art. 227, inserido no capítulo sobre a família, a criança, o adolescente e sobre o idoso, ao afirmar que:

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 a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A norma exposta alhures apenas revela uma preocupação do ordenamento jurídico com o direito ao lazer da criança e do adolescente, de sorte a extirpar a conclusão errônea de que lazer está vinculado ao trabalhador.

Tratando da temática do trabalhador, alguns autores ainda associam a garantia do direito ao lazer nas passagens constitucionais referentes aos períodos de descanso dos obreiros³²⁵. Discorda-se de tal posicionamento, pois, quando a norma fundamental do País fala em períodos de descanso – como intervalos, repouso semanal remunerado, férias, feriados e faltas justificadas – ela está, em verdade, tutelando o tempo livre, e não o lazer propriamente dito.

³²⁵ Nesse sentido: LUNARDI, Alexandre. **Função social do direito ao lazer nas relações de trabalho**. São Paulo: LTR, 2010 e CALVET, Otávio Amaral. **A eficácia horizontal imediata do direito social ao lazer nas relações privadas de trabalho**. 2005. 175 p. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005.

Reconhece-se, no entanto, que, com a tutela do tempo livre, o lazer acaba por ser garantido de maneira reflexa, isto é, quanto mais tempo livre tiver o trabalhador, mais tempo terá para fruir do lazer fora da empresa³²⁶.

Por fim, poder-se-ia pensar que a CF/88 garante o direito ao lazer por meio da garantia do direito de liberdade consagrado no art. 5º³²⁷. Tal constatação, aparentemente óbvia, levaria à seguinte conclusão: alguns direitos fundamentais, de certo modo, acabam por garantir o direito ao lazer.

A pessoa detentora de liberdade é capaz de fruir do seu direito ao lazer pelo simples fato de poder escolhê-lo. Se há direito à vida, há direito ao lazer, pois só tem lazer quem está vivo e vivendo de maneira digna. Se há proteção ao direito de reunião e associação, há direito ao lazer, afinal, quando a pessoa encontra-se associada a alguma instituição, está junto de semelhantes, podendo fruir de lazeres sociais. Se a pessoa encontra-se reunida, também estará fruindo de lazeres sociais por conta da interação com o grupo.

Tais reflexões não podem ser levadas ao extremo, ao ponto de associar todo e qualquer direito ao lazer. Em verdade, certos direitos têm alguma conexão com o direito fundamental social ao lazer e a Constituição, quando garante os mesmos, está, ainda que por vias indiretas, garantindo o lazer. No entanto, nem todo direito funciona dessa maneira. Qual seria, por exemplo, a relação do lazer com o direito de propriedade?

Somente de maneira muito remota – se é que esta existiria – poder-se-ia ver uma relação entre lazer e propriedade. Então, não se deve generalizar um direito tão caro à sociedade como o lazer. Relações existem, mas não devem ser extremadas.

Por fim, é importante salientar que a Constituição demonstra uma preocupação com o direito ao lazer, embora seja esta insuficiente. De fato, quando a própria Carta Magna garante o lazer, no *caput* do art. 6º, elevando-o a categoria de direito

³²⁶ Ressalte-se que o direito ao lazer na seara trabalhista não é concretizado apenas quando o trabalhador deixa seu ambiente de trabalho. Em verdade, este trabalhador pode gozar do direito ao lazer durante a jornada de trabalho, situação ainda rara, como será visto posteriormente.

³²⁷ Coaduna tal entendimento FERRARESI, Camilo Stangherlim. **O direito ao lazer da portadora de necessidades especiais na Constituição Federal**. São Paulo: Porto das Ideias, p. 105. Para o mencionado autor, “os lazeres sociais, que são aqueles motivados pela sociabilidade e integração social com determinado grupo, descaracterizando a individualização presente na sociedade, podem ser divididos em duas situações, a primeira, que seria o caráter associativo, garantido pelo direito à reunião e associação, consagrados no art. 5º, e a segunda, o direito de realizar eventos ou receber visitas em sua casa, que está tutelado pelo direito à liberdade, à felicidade”.

fundamental social, está afirmando que ele não pode ser desconsiderado na vida da coletividade.

Contudo, apenas tal menção e certas passagens no Texto constitucional não são suficientes para garantir a concretização do direito ao lazer como um todo. Políticas públicas³²⁸, posturas ativas da sociedade e dos governantes, bem como políticas educacionais são necessárias para difundir esse direito fundamental social na comunidade.

Mas como se implementaria uma política do lazer? Lino Castellani Filho, ao tratar da política do lazer e gestão municipal, traz uma fórmula para determinar essa política. Comparando-o à elaboração de um plano diretor municipal, afirma o autor que se devem realizar três perguntas para a confirmação da política a ser proposta: a) que lazer se tem? b) que lazer se deseja? c) quais acordos podem ser firmados para se alcançar a situação desejada?³²⁹

Partindo-se desse pressuposto, seria mais fácil visualizar as reais necessidades de cada população. A gestão municipal do lazer torna-se interessante justamente por conta da proximidade da população com o Município, que seria capaz de identificar as reais necessidades de lazer daquele local específico³³⁰. Isso, no entanto, não exclui a possibilidade de atuação de outras esferas estatais no cuidado e promoção do lazer³³¹.

³²⁸ Telma Menicucci conceitua políticas públicas como sendo aquelas ações das autoridades públicas na sociedade, referindo-se àquilo que os governos produzem, para alcançar determinados resultados, através de alguns meios. Assim, políticas públicas relacionadas ao lazer remeteriam a um conjunto de decisões e a um conjunto de ações para implementar as mencionadas decisões diante da concretização do lazer. MENICUCCI, Telma. Políticas Públicas de lazer: questões analíticas e desafios políticos. In: ISAYAMA, Hélder Ferreira; LINHARES, Meily Assbú (Org.). **Sobre lazer e política**: maneiras de ver, maneiras de fazer. Belo Horizonte: editora UFMG, 2006, 136-164, p. 141.

³²⁹ CASTELLANI FILHO, Lino. Gestão municipal e política de lazer. In: ISAYAMA, Hélder Ferreira; LINHARES, Meily Assbú (Org.). **Sobre lazer e política**: maneiras de ver, maneiras de fazer. Belo Horizonte: editora UFMG, 2006, 119-135, p. 124.

³³⁰ Ações de impacto social devem ser planejadas a pequeno, médio e longo prazos, de acordo com a potencialidade e a vocação de cada localidade, como forma de propiciar o desenvolvimento local integrado e sustentável.

³³¹ No caso do lazer, é importante salientar a atuação do Governo Federal diante da criação das entidades SESI (Serviço Social da Indústria) e SESC (Serviço Social do Comércio) em 1946, representando uma solução para a prestação de serviços e promoção de atividades de lazer para a população formada pelos trabalhadores da indústria e comércio e de suas famílias. REQUIXA, Reinaldo. **O lazer no Brasil**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1977, p. 31 e 32. Segundo informações de Johanne E. Hald Madsen, o Sesc cumpriu importante papel de fomento ao lazer, promovendo o debate e a reflexão e editando títulos fundamentais. Programações diversificadas, como competições esportivas, festivais, mostras de teatro, dança e música, comemoração de eventos, como festa junina e Dia do Trabalho servem para consagrar o lazer no âmbito dessas instituições. MADSEN, Johanne E. Hald. Lazer na empresa e lazer pela empresa: a associação da marca da empresa ao lazer e à

Também é necessário que haja uma educação para ele, no sentido de que as crianças e adolescentes possam desenvolver o lúdico na escola e saibam distinguir tempo livre de obrigações, de trabalho e de lazer³³². Somente através da educação do povo, as políticas públicas de lazer podem vir a ser implementadas.

E, no tocante às relações particulares, como o direito ao lazer deveria ser percebido, uma vez que este é direito fundamental social voltado à tutela estatal? Como visto no capítulo anterior desta pesquisa, defendeu-se que os direitos fundamentais possuem eficácia horizontal direta ou imediata, já que as relações privadas encontram-se, no seu desenrolar, desequilibradas³³³.

E, sendo o direito ao lazer direito fundamental social, nada mais natural é do que o mesmo ter aplicabilidade imediata nas relações particulares, vinculando os entes privados diante de uma situação que envolva sua tutela.

Isso não exclui a relação de emprego, relação tipicamente privada, conforme visto alhures, que comporta incidência dos direitos fundamentais nela. A interação entre lazer e trabalho demonstra que a vinculação dos particulares ao direito fundamental ao lazer consubstancia uma temática deveras interessante, recentemente explorada.

Tratar-se-á dela agora.

qualidade de vida. In: **Lazer e empresa: múltiplos olhares**. MARCELLINO, Nelson Carvalho (org.). Campinas: Papyrus, 1999, 95-111, p. 103.

³³² Nas palavras de Gustavo Luís Gutierrez, “uma política de lazer, nesta perspectiva, deveria procurar somar-se aos esforços que apontam para um maior conhecimento do mundo e autoconhecimento [...]. O processo de crescimento pessoal, em todos os sentidos, está vinculado à sociabilidade espontânea na qual se constitui a cultura e se desenvolve a prática da tomada comunicativa de decisões. Há um relativo consenso quanto à importância do lúdico na formação das crianças”. Nota-se que, para o autor, as políticas de lazer, associadas à educação, servem para o aprendizado no que se refere à preservação de valores, desenvolvimento pessoal e cultural. Assim, o lazer ganharia o aspecto de concretizador de valores fundamentais da sociedade, dado o fato de que atuaria como vetor educacional na consagração dos direitos fundamentais. GUTIERREZ, Gustavo Luís. **Lazer e Prazer: questões metodológicas e alternativas políticas**. Campinas: Autores associados, chancela editorial CVCE, 2001, p. 103-104.

³³³ Tal posicionamento já foi defendido no capítulo 3 desta pesquisa. Reafirma-se que, no direito brasileiro, pode-se concluir, no tocante à aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, que compreensão que os direitos fundamentais aplicam-se somente no que se refere às relações Estado-cidadão está ultrapassada, de modo a ser aplicada, de qualquer sorte sempre que haja uma situação carente de tutela. Indo além e utilizando-se os ensinamentos de João Bosco Maciel Junior, é imprescindível, diante de uma situação de violação de direitos fundamentais nas relações particulares, que haja uma tutela processual – inibitória, anulatória ou ressarcitória – adequada. Não se deve esquecer, no entanto, que os meios de proteção dos direitos fundamentais nas relações particulares também devem ser preventivos, de sorte que as tutelas processuais sejam aplicadas como uma *ultima ratio*. MACIEL JÚNIOR, João Bosco. **Aplicabilidade do princípio do contraditório nas relações particulares**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 15.

5.3 A EFICÁCIA DO DIREITO AO LAZER NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

O direito ao lazer, como direito fundamental social que é, tem aplicabilidade nas relações de emprego ao ser analisado a partir da perspectiva da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

Aqui se defende que, em razão da existência da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas, o lazer incide diretamente nas relações entre empregado e empregador, vinculando-o no que se refere à promoção desse lazer.

Logo, o direito ao lazer vincula o empregador no sentido de que ele deve respeitá-lo e ainda determina mais. O empregador também deve promovê-lo, afinal, o direito fundamental ao lazer é um direito de cunho prestacional, que necessita de uma concretização por meio de prestações, sejam estas estatais, como ocorrem nas relações verticais, ou particulares, como é o caso das relações de emprego, que são horizontais.

Nesse sentido, o empregador deve promover o lazer por meio de uma abstenção na violação do mesmo, bem como por meio de atitudes positivas visando à sua efetivação.

Questiona-se, neste momento, como se dá a eficácia desse direito ao lazer nas relações de emprego, pois de nada adiantaria possuir a tutela do direito se este ficasse inviabilizado diante de sua positivação ou mesmo diante de uma violação.

Tal como ocorre com o lazer promovido por meio de políticas públicas governamentais, deve-se pensar em uma atuação educacional alusiva ao lazer dentro da relação de emprego. Educação e conhecimento são as palavras-chave para que tal direito seja concretizado.

Note-se que, quando o empregado consegue reconhecer que tem direito ao lazer e sabe como agir diante de sua consolidação e de possíveis violações, confirma-se esse direito na relação de emprego.

Pode-se pensar, para promover essa conscientização, em políticas privadas, direcionadas a tornar concreto o direito ao lazer. Atualmente é possível visualizar algumas campanhas educativas sobre o lazer e a importância do tempo livre, como

a elaboração de cartilhas e palestras sobre o tema. Os jornais e revistas também vêm atuando no que se refere à informação das pessoas sobre a existência e meios e concretização desse direito.

Contudo, tais condutas ainda não são suficientes para coibir o mal que uma possível violação do direito ao lazer gera. A sociedade clama por mais informação, educação e conhecimento sobre o assunto, uma vez que este é o caminho mais seguro para se defender das condutas violadoras dos seus direitos fundamentais³³⁴.

Afora isso, no âmbito empresarial, deve ser implementado um sistema de prevenção às possíveis violações de direitos fundamentais. Tal conduta, além de preservar a saúde física e psíquica do trabalhador que sofre com a supressão do lazer, ainda consegue coibir futuros problemas decorrentes da sua falta.

A garantia do direito ao lazer no âmbito preventivo pode se dar ainda com a atuação do Ministério Público do Trabalho (MPT), que, no exercício de suas funções, deve combater qualquer conduta que viole ou ameace a dignidade da pessoa do trabalhador.

Nesta senda, o MPT pode atuar de forma preventiva, com adoção de procedimentos extrajudiciais, como na celebração de termos de ajustamento de condutas (TAC) para a solução do problema na empresa e através de palestras e cartilhas sobre o tempo livre e direito ao lazer.

O Ministério Público do Trabalho, além desta função, pode atuar de forma repressiva, através de inquéritos, para que se possa apurar se realmente existem as condutas violadoras do direito ao lazer ou com legitimidade ativa em referência a ações judiciais, caso em que o dano já estará instalado.

Exemplo disso é o labor com uso de aparelhos celulares, *bips*, *paggers* e outros instrumentos que limitam a convivência familiar dos trabalhadores e seu lazer. Nestes casos, se não é inerente à profissão e houver uma imposição do empregador de maneira coletiva, o Ministério Público deverá atuar, não para pleitear possíveis

³³⁴ Exemplo interessante de Programa de Acesso ao Lazer é o proposto pelo Projeto de Lei n. 5798, de 2009, que visa a determinar a existência de um vale-cultura ao trabalhador. Este seria quantificado em um certo patamar aos trabalhadores que recebessem até 5 salários mínimos mensais. A empresa vinculada também possuiria benefícios com a distribuição do vale-cultura, como a dedução de 1% sobre o imposto de renda da pessoa jurídica devido. BRASIL. **Projeto de Lei n. 5.798/2009**. Institui o Programa de Cultura do Trabalhador, cria o Vale-Cultura e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=445427>. Acesso em: 05 de julho de 2012.

indenizações devidas a cada um dos trabalhadores, mas sim para exigir a imediata suspensão da exigência quanto ao uso do aparato eletrônico³³⁵.

No entanto, tais atitudes não são suficientes diante da problemática que gira em torno da concretização do direito ao lazer. Sabe-se que, cada vez mais, empregados têm seu direito ao lazer violado por meio de uma atuação positiva do empregador diante do aumento de jornadas, visto na tutela do tempo livre.

A autonomia privada e a liberdade contratual devem viver hoje sob o parâmetro do respeito aos direitos fundamentais e, principalmente, sob a vertente da dignidade da pessoa humana. Somente a defesa do particular contra o Estado não é mais suficiente para pacificar a sociedade, afinal, ofensas podem ser geradas pelo próprio particular. Deseja-se, agora, proteger o cidadão contra o próprio cidadão³³⁶.

E nada melhor para que haja uma efetiva tutela dos direitos fundamentais diante do direito ao lazer do que a possibilidade de utilizar a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais nas relações de emprego.

Dessa maneira, é de suma importância que se conclua que o direito ao lazer incide, sim, nas relações de emprego, trazendo aos empregadores uma obrigação alusiva ao respeito e à garantia de sua aplicabilidade na mesma relação.

Sabe-se, conforme já exposto no item 4.2, que lazer e tempo livre não se confundem. Enquanto o tempo livre abarca todas as situações em que não haja labor efetivo, incluindo os períodos de descanso existentes na relação de emprego – intervalos, repouso semanal remunerado, férias, feriados, faltas justificadas –, períodos de lazer, de convivência familiar etc, o lazer refere-se ao conjunto de ações, visando aos interesses individuais relacionados a questões físicas, artísticas, práticas, intelectuais e sociais.

No entanto, deve-se ressaltar que, toda vez que se tutela o tempo livre, por vias indiretas estar-se-á tutelando o direito ao lazer, já que esse acaba por também ser concretizado durante o tempo livre do trabalhador, não obstante o lazer possa ocorrer durante a prestação laboral.

³³⁵ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direitos Fundamentais e o contrato de trabalho**. São Paulo: LTr, 2005, p. 94.

³³⁶ COELHO, Luiz Eduardo de Toledo. Os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana aplicados às relações privadas. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Ltr. Ano 16, n. 62, jan-mar, 216-239, 2007, p. 226.

Assim, atitudes referentes à proteção da jornada de trabalho, intervalos e descansos de um modo em geral acabam por influenciar no direito ao lazer daquele trabalhador. Saliencia-se, mais uma vez, que a tutela do tempo livre não é suficiente para a garantia do direito ao lazer do obreiro. Em verdade, por meio dela, facilita-se a fruição desse direito fundamental social, mas isso não significa que apenas o respeito ao tempo livre seja o ideal para se garantir o lazer.

Também aqui não se defende que o empregador apenas tem a obrigação de pagar um salário que garanta a fruição do direito ao lazer, tal como o art. 7º, inc. IV da Constituição poderia deixar transparecer. A obrigação referente ao salário também acaba por concretizar o lazer, porque é por meio de uma fruição monetária que o empregado terá acesso a certos tipos de lazer, como frequentar exposições, cinemas etc.

No entanto, não é apenas o pagamento do salário que concretiza o lazer. Na verdade, por estar o empregador vinculado diretamente a esse direito fundamental, deve ele promover políticas de promoção do lazer dentro e fora do âmbito empresarial, como meio de concretização de tal direito.

O pagamento de salários mostra-se muito pouco diante da importância do lazer na vida do trabalhador. Ora, o lazer gera obrigação ao empregador na medida em que o mesmo possui funções caras ao indivíduo, ligadas, inclusive, à sua saúde mental.

Nesse caso, a promoção do lazer deve se dar por meio de um arcabouço de posturas referentes à tutela do tempo livre, políticas empresariais, promoções na relação de emprego e até mesmo por meio da autonomia privada, dada a sua importância fundamental na vida do trabalhador.

Adianta-se, por agora, que ainda será defendido nesta pesquisa que o direito ao lazer também deve ser garantido por meio da autonomia privada das partes, existente dentro da relação de emprego, e não só pela tutela do tempo livre, quesito tratado em item subsequente.

Por agora, faz-se necessário trazer à baila as questões referentes ao tempo livre e suas garantias como forma de concretizar o direito ao lazer nas relações particulares.

5.3.1 A possibilidade de utilização da eficácia mediata do direito ao lazer na tutela do tempo livre

Viu-se no item 3.3 desta pesquisa que a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas defende a extensão desses direitos aos particulares de maneira mediata, através da concretização, por parte do legislador privado, de normas compatíveis com valores constitucionais, uma vez que essas irradiam por todo o ordenamento jurídico³³⁷.

Observou-se que a premissa básica da teoria da eficácia indireta residia na afirmação de que os direitos fundamentais são protegidos no campo privado não através dos instrumentos de direito constitucional, mas sim através dos mecanismos típicos do direito privado, através das normas compatíveis com o Texto constitucional e pelo preenchimento dos conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais.

Caberiam ao Judiciário a interpretação das normas de direito privado em conformidade com as normas de direitos fundamentais e o preenchimento das cláusulas gerais criadas pelo legislador, bem como os conceitos jurídicos indeterminados, com os valores que decorrem ou lastreiam as normas de direito fundamental³³⁸.

Percebeu-se, ainda, que as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados são típicos do direito privado, de modo a serem exemplificados através da boa-fé, interesse público, abuso de direito, dentre outros.

O abuso de direito encontra-se elencado no rol de cláusula geral e conceito jurídico indeterminado, uma vez que a norma não traz previsão do que seja tal abuso. Cabem à doutrina e à jurisprudência a interpretação e o preenchimento desse termo diante do caso concreto.

Com isso, construiu-se, a partir da doutrina e da jurisprudência, o entendimento de que a teoria do abuso de direito surgiu a partir da constatação de que não se pode ter a prevalência de um direito em face do outro se os atos, aparentemente em

³³⁷ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 136.

³³⁸ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 7.ed, rev. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2009.

consonância com a lei, não se harmonizam, na essência, com o espírito e a finalidade dessa mesma lei³³⁹.

Note-se que a violação do direito ao lazer enquadra-se perfeitamente nessa delimitação teórica do abuso de direito, uma vez que o empregador, agindo aparentemente no exercício do seu direito, utiliza-se de atos que inviabilizam a fruição adequada do direito ao lazer, tais como: estabelecimento de jornadas excessivas, com conseqüentes horas extraordinárias; uso de aparelhos celulares, *bips*, *paggers* e outros instrumentos de comunicação; labor excessivo àqueles que não possuem controle de jornada etc., de maneira a extrapolar os limites permitidos pela boa-fé e bons costumes, embora o mesmo esteja realizando o pagamento das horas extraordinárias conforme o ordenamento legal, por exemplo³⁴⁰.

Vale lembrar, ainda, que o legislador do Código Civil, no art. 187, através de uma série de conceitos abertos como “fim econômico ou social”, “boa-fé” e “bons costumes”, atribuiu ao julgador a possibilidade de integrar o sentido da norma jurídica que trata do abuso de direito no momento da apreciação do caso concreto. Tal afirmativa reflete a possibilidade de aplicação da teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações de emprego.

Ao fazer um paralelo entre a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações de emprego e a violação do direito ao lazer por meio da inviabilização do tempo livre, percebe-se que, sendo a conduta do empregador um abuso de direito, que, por sua vez, consiste em uma cláusula geral, seria admissível a utilização da referida teoria na tutela do tempo livre pela via judicial.

Isso ocorre ao se constatar que a teoria da eficácia mediata prega que as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados sejam integrados através das normas de direitos fundamentais. Ora, a violação ao direito ao lazer é um abuso de direito que representa uma violação aos direitos fundamentais do trabalhador.

³³⁹ MARTINS, Pedro Baptista. **O abuso do direito e a ato ilícito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.7.

³⁴⁰ Nas palavras de Domenico De Masi: “Há cem anos, a idolatria do cansaço era indispensável para que nos liberássemos da miséria, mas hoje, na maioria dos casos, ela representa apenas uma escravidão psicológica. [...] Em outras palavras, nos anos passados foi o trabalho que colonizou o tempo livre; nos anos futuros, será o tempo livre a colonizar o trabalho”. E, mais adiante, arremata o autor: “O trabalho oferece, sobretudo, a possibilidade de ganhar dinheiro, prestígio e poder. O tempo livre oferece, sobretudo, a possibilidade de introspecção, de jogo, de convívio, de amizade, de amor e de aventura. Não se entende por que o prazer ligado ao trabalho deveria acabar com a alegria do tempo livre”. DE MASI, Domenico. **O ócio criativo**: entrevista a Maria Serena Palieri. Trad. Léa Manzi. Rio de Janeiro: Sextante, 2000 p. 314-319.

É possível, portanto, que, diante do caso concreto de inviabilização do tempo livre, o Poder Judiciário atue de maneira a preencher o conceito de abuso de direito, permitindo a incidência dos direitos fundamentais nessa relação privada.

Dessa maneira, haveria uma tutela do tempo livre por via judicial, sem que haja necessidade de legislação específica tratando sobre o tema. No entanto, a aplicação dessa teoria tem suas desvantagens.

Primeiramente, uma crítica fundada à eficácia mediata, como já foi exposto anteriormente, reside na existência da interpretação conforme o Texto constitucional. Bastaria que o conceito de abuso de direito fosse interpretado à luz da Constituição para se ter uma tutela via direitos fundamentais, não se necessitando de uma teoria diferenciada para tanto.

Entende-se, ainda, que, para que haja uma tutela do tempo livre através dos direitos fundamentais, é necessária a existência de legislação contendo um conceito jurídico indeterminado ou cláusula geral. Tal afirmativa ganha peso diante da constatação da insuficiência de cláusulas gerais no ordenamento jurídico brasileiro.

A Consolidação das Leis do Trabalho, por exemplo, não traz disposição acerca do abuso de direito, de modo a necessitar da complementação da legislação cível para que a eficácia mediata dos direitos fundamentais funcione para combater os abusos decorrentes da inviabilização do tempo livre.

A dependência de uma cláusula geral para a tutela do tempo livre por via dos direitos fundamentais pode ser considerada como grave, haja vista que tal fenômeno social influencia diretamente a integridade física e psíquica do trabalhador, deteriorando sua capacidade laborativa e prejudicando os demais ramos de sua vida.

A integração da tutela do tempo livre por via da teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais, além de estar adstrita à existência de um conceito jurídico indeterminado ou cláusula geral, fica à margem da interpretação que o Poder Judiciário irá estabelecer diante do caso concreto, o que traz forte insegurança jurídica ao empregado, que é a parte mais fraca e ainda vítima de abuso no âmbito de seu trabalho.

Considera-se, portanto, que a eficácia mediata dos direitos fundamentais, embora plausível, não é suficiente para a tutela do tempo livre.

5.3.2 Pela eficácia imediata – a vinculação dos particulares ao direito ao lazer e suas implicações na tutela do tempo livre

No item 3.4 desta pesquisa, constatou-se que as ofensas aos direitos fundamentais não provêm somente do Estado, mas também dos poderes sociais e de terceiros particulares. Em razão disso, verificou-se que a teoria da eficácia imediata tem devida importância, uma vez que protege os particulares de ameaças a direitos fundamentais provindas de outros particulares.

Segundo tal teoria, os direitos fundamentais incidem nas relações privadas diretamente, sem necessitar de legislação específica para tanto. Isto não significa que os Poderes Públicos não tenham atuação nesse processo. Pelo contrário, promovem as condições necessárias para o exercício dos direitos fundamentais.

Admitiu-se ainda, no referido item, a possibilidade de uma eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações particulares em consonância com os efeitos de irradiação desses direitos através da lei, partindo da premissa de que a criação de normas, pelo Legislador privado, pautadas no Texto constitucional, não exclui a possibilidade de, na falta destas, serem aplicadas diretamente as normas de direito constitucional.

Reconheceu-se que a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais tem aplicabilidade, nas relações privadas, quando há uma desigualdade entre os sujeitos nelas envolvidos. Com base nessa premissa, o item 3.7 desta pesquisa traz a possibilidade de utilização dessa teoria nas relações de emprego, já que o empregado representa não apenas mera força laborativa, mas sim sujeito de direitos fundamentais na sua condição de cidadão e de trabalhador.

Isso se dá, pois a relação de emprego é juridicamente igual, mas faticamente desigual, em razão da detenção, por parte do empregador, do poder econômico. Nada melhor do que a inserção dos direitos fundamentais na relação privada trabalhista, com o intuito de promover um reequilíbrio nessa relação.

Por conseguinte, a inserção dos direitos fundamentais nas relações de emprego funcionaria como meio de driblar as desigualdades promovidas no ordenamento brasileiro, principalmente no tocante às injustiças sociais e violências cometidas

contra o trabalhador. O direito ao lazer, como já foi abordado, representa um direito fundamental social do trabalhador, como trabalhador e cidadão, e seu desprezo revela a notória violação aos direitos fundamentais do obreiro, atingindo seus bens jurídicos mais valiosos.

Acredita-se que a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais tem aplicabilidade em casos de garantia do direito ao lazer, pelo fato de este ser fruto da desigualdade existente na relação entre empregador e empregado, merecedor de reparação. Isso se dá, pois, como já mencionado alhures, a relação lazer e trabalho sempre esteve atrelada ao capital, com conseqüente majoração de lucros e desrespeito ao trabalhador.

Em verdade, uma das vantagens da utilização dessa teoria em casos de tutela do direito ao lazer é a desnecessidade de legislação para coibir as atitudes violadoras de tal direito. Destarte, é dispensável legislação tratando da temática do direito ao lazer para que haja a incidência dos direitos fundamentais, visando a tutelar o mesmo.

Ademais, no plano repressivo do combate às iniquidades cometidas diante da violação do direito ao lazer, a eficácia imediata dos direitos fundamentais funciona como balizadora das violações a esses direitos cometidas naquela relação, de modo que possa promover a respectiva reparação.

Essa é uma grande diferença entre a eficácia imediata e mediata, pois a aplicabilidade da teoria da eficácia mediata demanda a existência de norma jurídica de direito privado que contenha cláusula geral ou conceito jurídico indeterminado, o que não ocorre com a eficácia imediata.

Segundo Virgílio Afonso da Silva:

Essa é uma diferença fundamental, já que, mesmo sem o material normativo de direito privado ou, ainda mais, a despeito desse material, os direitos fundamentais conferem, diretamente, direitos subjetivos aos particulares em suas relações entre si. Essa diferença fica ainda mais clara com a segunda tese que compõe o modelo, que é a que sustenta a desnecessidade de artimanhas interpretativas para que os direitos fundamentais produzam efeitos nas relações interprivadas. (sic)³⁴¹

³⁴¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito** – Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 89.

Dessa maneira, a tutela do direito ao lazer é mais eficaz pela aplicação imediata dos direitos fundamentais. A desnecessidade de legislação não deixa a conduta abusiva à margem de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, como prevê a teoria da eficácia mediata.

A ofensa a direitos fundamentais deve ser reprimida de maneira efetiva e sem condicionantes, uma vez que eles representam os mais nobres direitos do cidadão. Na relação de emprego, isto ainda é mais visível, por estar muito mais sujeita a violações em razão do desequilíbrio verificado.

É necessário que a vinculação dos particulares envolvidos aos direitos fundamentais se dê de maneira imediata, sob pena de não se concretizar sua efetiva tutela no caso do direito ao lazer, como dito alhures.

Nesse sentido, a vinculação do empregador ao direito ao lazer evidencia a seguinte constatação: o empregador não pode apenas se abster de violar esse direito na relação de emprego. Ele deve concretizá-lo, seja por meio de ações positivas ou negativas no tocante à sua efetivação.

Ora, o lazer é um direito de cunho prestacional, pois se caracteriza como um direito fundamental social. Não bastaria, então, apenas a abstenção do Estado ou particular com referência à garantia desse direito. Seria necessário que o ente público ou particular o concretizasse por meio de prestações, afinal, tal direito implica promoções diversas para a sua real positivação.

Nesse sentido, não basta que o empregador pague salários ou apenas respeite o tempo livre do empregado, é necessário que promova o lazer dentro e fora da relação de emprego. Não se nega, no entanto, que tais obrigações, como pagamento de salários ou respeito ao tempo livre, tenham influência na concretização do direito ao lazer.

Defende-se, por ora, que somente isso não basta. É necessário muito mais para a promoção do lazer nas relações de emprego. Devem-se utilizar todos os meios necessários e disponíveis para que esse direito fundamental social seja fruído, haja vista que tal direito é de suma importância para a vida do trabalhador.

O direito fundamental ao lazer, como visto linhas atrás, relaciona-se com o direito fundamental à saúde, já que o lazer objetiva formar a personalidade e a recuperação mental do indivíduo. Um trabalhador saudável, apto para o trabalho, deve estar

gozando de plena saúde não só física como também mental. O lazer segue na linha de garantia do direito fundamental à saúde, na medida em que promove bem-estar físico e psíquico ao indivíduo.

O direito fundamental ao lazer, assim, promove a saúde do obreiro dentro e fora da relação de emprego, porque lhe proporciona o gozo de condições que promovem sua recuperação física e mental, com conseqüente melhora no bem-estar.

Por conta de tais considerações, o direito fundamental social ao lazer deve ser visto sob a perspectiva da vinculação do empregador ao mesmo, considerando-se que tal direito se concretiza, também, por meio de prestações patronais durante e após a relação de emprego, bem como está intimamente relacionado com a promoção de outro direito fundamental social, que é a saúde do trabalhador.

Dessa maneira, percebe-se a Constituição Federal de 1988 como uma verdadeira aliada na tutela do direito ao lazer, pois é através de seu texto que os direitos fundamentais podem estar vinculados nas relações particulares entre empregado e empregador.

Contudo, acredita-se que tal direito fundamental ao lazer deve estar pautado em critérios de razoabilidade, ou seja, não haveria como o empregador promover lazeres nitidamente exagerados, como viagens internacionais para estações de esqui ou garantia de férias de seis meses, a fim de se tutelar o lazer por meio do tempo livre.

O direito fundamental ao lazer deve incidir nas relações de emprego de forma a ser realizado. No entanto, posturas desarrazoadas dos empregados também devem ser tidas como nocivas à sua efetivação. O direito fundamental social ao lazer deve ser visto na relação de emprego sob uma perspectiva de fruição por meio de atitudes do empregador, seja com a tutela do tempo livre ou por promoção ativa do lazer ou ainda por meio de negociação coletiva que atinja os trabalhadores de maneira satisfatória. Exigências não razoáveis no tocante à promoção ao lazer somente acabam por enfraquecer tal direito na relação trabalhista.

Por isso, os meios de concretização do direito fundamental ao lazer na relação de emprego devem ser vistos a partir de uma perspectiva razoável, capaz de garantir sua fruição dentro da relação laboral.

5.4 MEIOS DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO AO LAZER NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

O direito fundamental social ao lazer, sendo direito fundamental como é, tem eficácia imediata nas relações trabalhistas, dotadas, em sua maioria, de um desequilíbrio latente por possuir o empregador um poder social capaz de reduzir a vontade daquele trabalhador, que necessita daquele emprego para seu sustento e de sua família.

Partindo-se desta premissa, vê-se a necessidade de positivação desse direito fundamental social. É por meio dele que o trabalhador irá conseguir entrar em contato consigo mesmo, de sorte a fruir de um momento de recuperação, recreação e desenvolvimento pessoal.

Contudo, sabe-se que, para sua concretização real, é necessário que a relação de emprego perpassa por uma modificação no que se refere à interpretação e ao tratamento do direito ao lazer.

Nessa seara, faz-se necessária a utilização de meios de efetivação do direito ao lazer, capazes de funcionar como elementos modificadores de uma mentalidade desse direito na relação laboral. Assim, é de suma importância que o empregador assuma posturas ativas e corretas não somente para promover, de fato, o direito ao lazer, como na fruição do tempo livre por parte do empregado.

É essencial também a utilização de meios de concretização do direito ao lazer, como posturas empresariais diferenciadas e utilização da autonomia privada, individual e coletiva na relação de emprego. E é sobre esses temas que os itens seguintes versam.

5.4.1 A tutela do tempo livre por meio de uma postura correta do empregador na relação laboral. O respeito aos intervalos e descansos na relação de emprego

Falou-se, linhas atrás, que o lazer exerceria papel tão importante na vida do trabalhador que não poderia ser esquecido. Dessa forma, defendeu-se que o lazer deveria ter eficácia imediata nas relações de emprego como meio de sua tutela.

Desse modo, viu-se que a Constituição Federal de 1988 atua como aliada na concretização desse lazer quando determina que o mesmo é direito fundamental social e traz diversas passagens, ainda que indiretas, que garantem o lazer na vida do trabalhador e cidadão.

As passagens constitucionais referentes à jornada de trabalho, descanso semanal remunerado, férias, intervalos etc. não foram elencadas, *a priori*, como passagens garantidas do lazer na CF/88. Isso se deu em razão do posicionamento aqui adotado referente à constatação de que lazer e tempo livre não se confundem.

Enquanto lazer seria uma postura ativa referente ao indivíduo por meio de atividades relacionadas ao desenvolvimento físico, mental, cultural, prático etc., tempo livre seria uma expressão ampla referente a todo o tempo em que o trabalhador não estivesse laborando, ainda que esteja desenvolvendo atividades familiares, religiosas, sociopolíticas, de descanso ou de lazer³⁴².

Assim, o lazer estaria contido dentro do tempo livre, mas não se confundiria com o mesmo. E, por conta disso, com a tutela do tempo livre estar-se-ia protegendo o lazer de maneira indireta, afinal, quanto mais tempo disponível tem o trabalhador, mais esse tempo pode ser revertido às atividades de lazer.

Assim, defende-se que a tutela do tempo livre acabaria por consagrar o direito ao lazer nas relações de emprego. Mas como o empregador tutelaria o tempo livre nessa relação laboral?

Ora, a própria existência de uma jornada de trabalho, de intervalos e repousos, já demonstra a preocupação constitucional com o tempo livre. Nesse sentido:

Dentro das relações de trabalho subordinado, sendo a principal a relação de emprego, não há qualquer dúvida na doutrina acerca da consagração de uma limitação do trabalho, patente pelo simples exame do art.7º, XIII da

³⁴² Para Ricardo Carlos Gaspar, o grande problema histórico da realização humana, da reintegração do homem e de seu retorno a si mesmo passa pela solução da divisão do ser humano em tempo de trabalho e tempo de diversão. O homem deve se identificar com seu tempo de vida. O tempo livre não deve se reduzir, em uma formulação marxiana, a uma simples função do trabalho, mas, acima de tudo, possui um valor autônomo, como libertação, possibilidade concreta da expansão plena das energias espirituais da humanidade. GASPARG, Ricardo Carlos. **As fronteiras do possível: trabalho, lazer e civilização**. São Paulo: Germinal, 2003, p. 113.

Constituição Federal, sendo, inclusive, uma das primeiras conquistas sociais dos trabalhadores³⁴³.

Ressalte-se que a doutrina trabalhista traz três características fundamentais ao instituto da duração do labor na relação de emprego, quer sejam seu caráter econômico, ligado à produção, quantidade de horas laboradas e postos de trabalho; seu caráter relacionado à saúde do trabalhador e seu caráter relacionado ao tempo livre do trabalhador, por meio do qual ele pode exercer direitos, como lazer e convivência familiar³⁴⁴.

O instituto da duração do trabalho na relação de emprego revela-se, portanto, como aliado na consagração do direito ao lazer do obreiro, permitindo que tenha tempo livre, donde poderá fruir do lazer e de outros direitos fundamentais.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico brasileiro acabou por estipular períodos de intervalos e descansos, além de fixar jornada de trabalho³⁴⁵, buscando defender o tempo livre do trabalhador.

Tais institutos atuam como formas de proteção do lazer, uma vez que é no período que os mesmos ocorrem que o trabalhador pode fruir desse direito, necessário à recuperação de suas forças, à eliminação do estresse, desenvolvimento da personalidade, dentre outras funções.

No entanto, não basta que apenas a Constituição e a CLT determinem que esses direitos existam. É necessário que o empregador tenha consciência da importância deles, de modo a respeitá-los.

³⁴³ CALVET, Otávio Amaral. **A eficácia horizontal imediata do direito social ao lazer nas relações privadas de trabalho**. 2005. 175 p. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 118.

³⁴⁴ CALVET, Otávio Amaral. **A eficácia horizontal imediata do direito social ao lazer nas relações privadas de trabalho**. 2005. 175 p. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 120.

³⁴⁵ Segundo Maurício Godinho Delgado, os termos “duração do trabalho”, “jornada de trabalho”, “horário de trabalho” e “descanso” são termos correlatos para a doutrina trabalhista, mas que indicam situações diferenciadas. Duração do trabalho seria a noção mais ampla, abrangendo o lapso temporal de labor ou disponibilidade do empregado perante seu empregador em virtude do contrato de trabalho, considerados distintos parâmetros de mensuração: dia, semana, mês e ano. Jornada de trabalho é a expressão com sentido mais restrito, compreendendo o tempo diário em que o empregado tem de se colocar em disponibilidade perante seu empregador, em decorrência de contrato. Horário de trabalho traduz, rigorosamente, o lapso temporal entre início e fim de certa jornada laborativa. Já os períodos de descanso conceituam-se como lapsos temporais regulares, remunerados ou não, situados intra ou intermódulos diários, semanais ou anuais do período de labor, em que o empregado pode sustar a prestação de serviços e sua disponibilidade perante o empregador, com o objetivo de recuperação e implementação de suas energias ou de sua inserção familiar, comunitária e política. DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTR, 2009, p. 778, 779 e 851.

Neste momento, um exemplo faz-se necessário. Imagine-se uma situação em que o trabalhador labora em horas extras de maneira reiterada. Imagine-se, ainda, que o empregador cumpre com todos os deveres inerentes à existência de horas extras: encontram-se pautadas em uma das situações previstas pelo ordenamento, são pagas com o respectivo adicional – mínimo de 50% da hora normal laborada etc.

Essa situação seria, *a priori*, legitimada pelo ordenamento, pois ocorreu nos ditames legais. Contudo, tal afirmação seria uma falácia, ao se levar em conta que o direito ao lazer que o trabalhador possui – em razão da eficácia imediata na relação de emprego – estaria sendo desrespeitado. Tal empregado, por conta de um labor reiterado em horas extras, perderia parte do seu tempo livre, o que levaria, conseqüentemente, à supressão de atividades de lazer.

Nesse sentido, ainda que a CF/88 e a CLT determinem a existência de jornada, descansos e intervalos, é imprescindível a análise da fruição desse tempo livre com o lazer do trabalhador para, então, no caso concreto, determinar se essa ação se coaduna ou não com o direito fundamental social ao lazer.

Assim:

Com isso, quer-se dizer que a Constituição de 1988 apenas viabiliza a prorrogação de jornada em duas hipóteses: dentro do sistema de compensação e quando a prática do labor, além da duração normal, seja algo esporádico. Ocorre que, de uma forma geral, permanecem a doutrina e a jurisprudência trabalhistas não dando aplicabilidade ao Texto constitucional, pois se aceita, sem maiores dificuldades, a prática do labor extraordinário de forma habitual, ocasião em que o empregado simplesmente pretende receber o pagamento das horas extras e seu empregador se vê compelido apenas a tal prestação econômica, sendo raro que se efetue qualquer discussão acerca do caráter humano do instituto da duração do trabalho na prática forense.

[...]

Ora, se o lazer constitui direito fundamental, a melhor interpretação a ser dada aos institutos que podem afetar o gozo desse direito deve sempre levar em conta sua preservação. No caso, não há dúvida de que a plenitude do lazer, do ponto de vista tradicional, depende da proteção do tempo livre de que goza o empregado após o cumprimento de suas atividades profissionais, donde se conclui que nada justifica uma interpretação que permita prática excessiva de trabalho sob pena de se suprimir o gozo do lazer³⁴⁶.

Para o autor, tal violação ao direito ao lazer por meio da prestação de horas extraordinárias levaria o trabalhador a ter direito não só ao recebimento do valor

³⁴⁶ CALVET, Otávio Amaral. **A eficácia horizontal imediata do direito social ao lazer nas relações privadas de trabalho**. 2005. 175 p. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 130-132.

pelas horas prestadas em regime suplementar mais adicional de 50%, como também ter o direito referente a uma obrigação de não fazer, no tocante à prestação de labor extraordinário.

Nessa via, a prestação de horas extraordinárias, de maneira habitual, acarretaria violação do direito ao lazer por meio da supressão do tempo livre. Tal exemplo pode ser transportado para os institutos do descanso, como, por exemplo, quando ocorre supressão do intervalo intrajornada ou desrespeito ao intervalo interjornada, supressão do descanso semanal remunerado com respectivo pagamento etc.

O problema, aqui, é referente à mudança de interpretação dos institutos por parte dos empregadores. Almeja-se evitar a violação no tocante à tutela do tempo livre, uma vez que, dessa maneira, o direito fundamental ao lazer poderia ser protegido. No entanto, por diversas vezes, a violação ocorre e só resta ao empregado a via judicial para amenização do problema.

Exemplo disso é o chamado dano moral existencial, tese ainda recente inaugurada nos Tribunais trabalhistas no sentido de conferir um valor *in pecunia* referente à violação de direitos fundamentais relacionados à própria existência do trabalhador, tal como é o direito ao lazer.

Tal concepção ainda é recente nos Tribunais brasileiros. Cita-se a decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região – Rio Grande do Sul, referente a um dano moral existencial em razão da não fruição do lazer e convivência familiar pela ocorrência de horas extraordinárias:

DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXTRA EXCEDENTE DO LIMITE LEGAL DE TOLERÂNCIA. DIREITOS FUNDAMENTAIS. O dano existencial é uma espécie de dano imaterial, mediante o qual, no caso das relações de trabalho, o trabalhador sofre danos/limitações em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho em razão de condutas ilícitas praticadas pelo tomador do trabalho. Havendo a prestação habitual de trabalho em jornadas extras excedentes do limite legal relativo à quantidade de horas extras, resta configurado dano à existência, dada a violação de direitos fundamentais do trabalho que integram decisão jurídico-objetiva adotada pela Constituição. Do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana decorre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador, nele integrado o direito ao desenvolvimento profissional, o que exige condições dignas de trabalho e observância dos direitos fundamentais também pelos empregadores (eficácia horizontal dos direitos fundamentais). Recurso provido³⁴⁷.

³⁴⁷ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Acórdão n. 0000105-14.2011.5.04.0241**. Redator: José Felipe Ledur, DJ 14/03/2012. Disponível em: <http://www.trt4.jus.br>. Acesso em: 19 de julho de 2012.

Segundo o julgado supracitado, o dano existencial aparece como forma de reparação por um dano causado pelo empregador ao empregado no tocante à própria existência do indivíduo, que fica comprometida por conta da não fruição dos momentos de tempo livre de maneira adequada, de sorte a levar à supressão do direito ao lazer.

A argumentação da reclamante vinha exatamente no sentido de que a prestação habitual de horas extras a levava a não gozar de seu direito ao lazer e de seu direito à convivência familiar, por ser a jornada de trabalho extenuante e que suprimia parte do tempo livre. E, nesse tempo livre, a reclamante encontrava-se tão cansada que apenas fruía de momentos de repouso, não conseguindo, portanto, ter acesso ao direito fundamental ao lazer e a outros direitos necessários à sua condição humana por diversos anos.

Repise-se que tal julgado revela um início do tratamento do tema perante os Tribunais, mas não é suficiente, pois trata da questão da tutela do tempo livre quando houve, na verdade, uma violação patente do direito ao lazer por diversos anos. O desejo aqui é que tais posturas violadoras do direito ao lazer por parte do empregador sejam coibidas em sua origem, de sorte a não se perpetuarem na relação de emprego.

E, mais uma vez, tem-se que alertar que não basta a previsão legal de tais institutos. Faz-se necessária uma mudança de concepção empresarial da verdadeira interpretação dos períodos de descanso, intervalos e jornadas, de sorte a coadunar a existência dos mesmos ao direito fundamental ao lazer.

Ainda com referência à tutela do tempo livre, alguns autores acabam por trazer a concepção, já trabalhada no capítulo quatro desta pesquisa, de que seria necessária a redução de jornada para que o empregado pudesse fruir de seu direito ao lazer.

A redução de jornada, como visto linhas atrás, parte de uma questão histórica presente no desenvolvimento do trabalho e relação de emprego. Lutava-se pela redução dos extenuantes horários de trabalho, que variavam em torno de dez a dezesseis horas, em busca de melhores condições no labor.

Paulatinamente, foram-se conquistando certas reduções nas jornadas de trabalho em cada país. No Brasil, acabou-se por consagrar-se a jornada de trabalho padrão de oito horas diárias e quarenta e quatro semanais³⁴⁸.

O que certos autores³⁴⁹ defendem é que deve haver uma redução na jornada de trabalho para conter o problema do desemprego e da falta de lazer. Nesse sentido, se houvesse redução da jornada de trabalho, aumentaria o tempo livre e, conseqüentemente, o lazer. E, se houvesse tal redução da jornada de trabalho, novos postos de trabalho deveriam ser criados para atender à demanda das fábricas e indústrias, ávidas por uma superprodução.

Aqui, defende-se que uma redução da jornada de trabalho, embora possa trazer benefícios ao desemprego que assola a população, deve ser vista sob a perspectiva do bem-estar do trabalhador, afinal, de nada adianta que a jornada de trabalho seja reduzida se o mesmo terá salários mais baixos ou terá que laborar em um ritmo muito acelerado para compensar o horário menor³⁵⁰.

Também de nada adiantaria ver a jornada de trabalho reduzida se o trabalhador utilizasse o tempo livre para exercer outro labor em busca de melhorar sua condição financeira³⁵¹. Ora, o obreiro, nesta via, acabaria por ter seu tempo livre ainda mais

³⁴⁸ Art. 7º, XIII, da CF/88: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

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.

³⁴⁹ Nesse sentido, vide OFFE, Claus. **Capitalismo desorganizado**. Trad. Wanda Caldeira Brant. Revisão da tradução Laura Teixeira Mota. 2. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1994; GASPARI, Ricardo Carlos. **As fronteiras do possível: trabalho, lazer e civilização**. São Paulo: Germinal, 2003; AZNAR, Guy. **Trabalhar menos para trabalharem todos**. Trad. Louise Ribeiro e Xerxes d'Almeida. São Paulo: Editora Página Aberta, 1995, dentre outros autores citados ao longo desta pesquisa.

³⁵⁰ Para De Masi, a tendência, em longo prazo, revela que o desemprego vai depender, sobretudo, de uma demanda de trabalho e de uma organização social incapazes de se articularem do modo mais adequado para valorizar os recursos humanos à sua disposição. O exemplo citado é o italiano. Para o autor, a Itália nunca soube utilizar os seus profissionais de nível universitário, mesmo quando eram pouquíssimos. Em 1903, apenas quatro mil jovens conseguiram títulos universitários e a metade foi obrigada a emigrar para conseguir um trabalho. Outras vezes, subutilizam-se a tecnologia e a organização para não criar desemprego. Outras vezes ainda, retarda-se a libertação do esforço ou do trabalho pela simples incapacidade de tirar da tecnologia e das ciências organizativas todas as vantagens que elas podem oferecer. A isso, se junta a incapacidade de reprojeter o sistema social, tornando o jovem capaz de valorizar o lazer por meio da criatividade, idealização etc. Assim, o problema do desemprego não está ligado apenas à questão da jornada de trabalho, mas é fruto de diversos outros pontos referentes à economia, que não são objeto desta pesquisa. DE MASI, Domenico. **O futuro do trabalho: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial**. Trad. Yadyr A. Figueiredo. 7. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2003, p. 293.

³⁵¹ Segundo o Dieese, na nota técnica n. 91, de setembro de 2010, alguns países já passam por um processo de redução de jornada. Em nível internacional, cabe destacar a Convenção nº 1 da

reduzido e, conseqüentemente, teria seu lazer inviabilizado, pois é no tempo livre que o empregado pode fruir do lazer, descanso, obrigações familiares, religiosas, sociopolíticas etc.

Portanto, defende-se que a redução da jornada de trabalho pode ser uma aliada na tutela do tempo livre. Basta, para isso, que seja incrementada uma mudança tanto no pensamento empresarial como no do trabalhador, com referência ao direito fundamental ao lazer.

Em suma, os meios de tutela do tempo livre estão postos no ordenamento jurídico brasileiro, visando a tutelar a disponibilidade que o trabalhador possui de horas necessárias à realização de atividades de lazer, descanso e obrigações familiares, religiosas e sociopolíticas. No entanto, tais meios de tutela do tempo livre devem ser vistos sob a perspectiva do lazer do empregado, considerando-se que é por meio de uma interpretação pautada no lazer que se alcançarão resultados para a concretização deste tempo livre, com posterior fruição do direito fundamental ao lazer.

Faz-se necessária uma mudança nos paradigmas empresariais para visualizar o tempo livre não só como um momento de não labor do empregado, e sim como um momento de o empregado fruir de direitos fundamentais.

Somente através de tal concepção, o lazer será consagrado por meio da tutela do tempo livre. E instrumentos como redução de jornada também devem ser vistos sob essa perspectiva do lazer.

Relembre-se que o desejo maior é que o lazer não seja desprezado ou destruído na relação de emprego. Deseja-se que o mesmo seja efetivado não só por meio do

Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 29 de outubro de 1919, que estipulou a jornada de oito horas diárias e 48 semanais para o setor industrial e que, atualmente, conta com 52 países signatários (OIT, 2004). Mais recentemente, a União Europeia, por meio do Conselho da União Europeia, reunido em 1993, deliberou, através da diretiva 93/104/CE, a duração máxima do trabalho semanal, incluindo horas extras, em 48 horas para todos os trabalhadores, diretiva que passou a vigorar a partir de 23 de novembro de 1996 (CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, 2004). Segundo publicação da OIT de 2008, a maioria dos países ali citados tem jornada normal de 40 horas semanais, isto é, sem incluir a hora extra. Na França, a jornada de trabalho é de 35 horas semanais. É importante ressaltar que o processo de negociação na França continua até os dias de hoje, posto que diversos dispositivos têm alterado parte do que estava previsto nas leis Aubry I e II, a partir de 2003, com a entrada do novo governo. Mesmo assim, a jornada de 35 horas não foi abandonada. DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONOMICOS. **Nota técnica 91**. São Paulo, 2010. Disponível em: www.dieese.org.br. Acesso em: 19 de julho de 2012.

tempo livre, mas também pela utilização de outros meios positivadores dentro e fora das relações de emprego.

Passar-se-á a outro meio de concretização do direito fundamental social ao lazer nas relações laborais.

5.4.2 Postura ativa do empregador na concretização do direito ao lazer dentro e fora do estabelecimento empresarial por meio de fomento desse direito fundamental social

Defende-se, neste item, que da eficácia imediata do direito ao lazer podem resultar posturas ativas do empregador na relação laboral, seja durante a jornada de trabalho ou durante o tempo livre do trabalhador.

Tal constatação é fruto do seguinte pensamento: lazer pode acontecer dentro da jornada de trabalho, haja vista que o trabalho não pode mais ser visto como uma pena³⁵², uma punição asquerosa ao cidadão. Trabalho não deve ser sinônimo de sofrimento, e sim de atividade prazerosa. Assim, é plausível que o lazer ocorra dentro da jornada de trabalho.

Revela o posicionamento de Celso Barroso Leite, *in verbis*:

Outra implicação, não menos séria, é que, embora lazer e trabalho sejam, em princípio, noções opostas e mutuamente excludentes, existem casos em que, a rigor, se confundem; são casos raros, são exceções, mas existem. Quando gostamos do que fazemos, pode acontecer que o trabalho seja virtualmente uma forma de lazer. Da mesma maneira, há formas de lazer difíceis e, portanto, trabalhosas; isso sem falar nas que também são arriscadas, perigosas. Nessas situações, lazer e trabalho entrelaçam-se de tal modo que fica difícil distinguir uma coisa da outra³⁵³.

De acordo com o entendimento supracitado, trabalho e lazer poderiam estar entrelaçados de tal forma que seria impossível distingui-los. Entende-se, no entanto, que, embora o trabalho possa ser prazeroso quando realizado com carinho e amor, isso ainda não configura lazer. Esse ocorrerá dentro da relação de emprego na medida em que certas ações consagradoras do entretenimento, de atividades

³⁵² Tal como ocorria nos primórdios da humanidade e em boa parte da Idade Média, conforme demonstrado no item 4.1 deste capítulo.

³⁵³ LEITE, Celso Barroso. **O século do lazer**. São Paulo, LTR, 1995, p. 15.

físicas, intelectuais ou sociais sejam tomadas por parte do empregador, de sorte que o obreiro possa gozar das mesmas dentro do local de trabalho³⁵⁴.

Exemplo disso são as empresas que determinam a existência de jogos no local de trabalho, tais como pebolim, mesa de ping-pong, sinuca, que fornecem atividade física ao seu empregado; que possuem quadras de esportes, salões de danças e espaços de convivência etc.

Tem-se notícia que algumas empresas estimulam o lazer dentro da relação de emprego por meio de certos projetos internos. Um exemplo disso é o Projeto Prata da Casa, realizado anualmente pela Petrobras. Nele, os funcionários são estimulados a desenvolver criatividade, habilidades, talento e potencialidades.

O projeto consiste na realização de espetáculos, *shows* de dança, música, mostra de artes etc., com a participação de toda a força de trabalho do sistema Petrobras. Assim, funcionários, estagiários e contratados elaboram e atuam nos espetáculos, desenvolvendo seus talentos e novas amizades. Elaborou-se, ainda, um canal *on-line* daquele projeto, em 2008, com o objetivo maior de divulgação do evento. Os principais benefícios gerados foram: estímulo da criatividade e talento dos funcionários da empresa; aumento da integração entre os funcionários; crescimento de 12% no volume de inscrições na campanha em relação ao ano anterior³⁵⁵.

Isso nada mais é do que a incidência do direito fundamental social ao lazer na relação empregatícia. Quando o empregado desenvolve seu lado lúdico por meio de ações empresariais, de maneira a promover o entretenimento não só seu, mas também de seus colegas, juntamente com a interação social, estará atuando na efetivação do direito ao lazer na relação de trabalho por meio de uma postura ativa do empregador.

³⁵⁴ Luiz Octávio de Lima Camargo pesquisou que, em São Paulo, estimava-se a existência de 5.000, apenas na grande São Paulo, clubes de empregados de empresas. Estes normalmente eram criados toda vez que surgiam problemas empresariais, fossem em relação aos conflitos entre empregados ou baixa produtividade. As empresas imaginaram que, com alguma ludicidade sob a forma de festas, torneios esportivos e atividades afins, poderiam humanizar o cotidiano do trabalho. O autor ainda observou, no tocante ao lazer, que em certas empresas mais afastadas o horário de almoço era preenchido por 15 minutos de refeição, de sorte que os outros minutos ficassem sem destinação. A sugestão do autor é a de que esses minutos sejam aproveitados para estimular o lazer entre os empregados. O exemplo dado é o da possibilidade de jogo de dominó nesses intervalos. CAMARGO, Luiz Octávio de Lima. **Educação para o lazer**. São Paulo: Moderna, 1998, p. 96 - 98.

³⁵⁵ CAMPANHA Prata da Casa. **Avantare clientes**. Disponível em: <http://www.avantare.com.br/clientes/petrobras/prata-da-casa>. Acesso em: 05/07/2012.

Ainda com relação às ações desenvolvidas na Petrobras, sabe-se que a empresa possui equipe de massagem no local de trabalho, de forma a garantir que o empregado possa fruir de um tempo de relaxamento durante a sua jornada. Trata-se do Projeto Massagem *in Company*, que conta com a presença de um terapeuta corporal habilitado para realizar sessões de *shiatsu* e massagem relaxante. Veja-se que a existência de tal projeto leva à concretização do direito ao lazer nas relações trabalhistas da empresa estatal, propiciando ao empregado fruir de momento de prazer e introspecção durante a sua jornada³⁵⁶.

A empresa Airbnb, que trabalha com serviço *on-line* de ajuda na encontra de hospedagem residencial para viagens, garante aos seus funcionários aulas de yoga, dois mil dólares por ano para viagens e a possibilidade de levar o animal de estimação para o local de trabalho³⁵⁷.

Já o Google oferece aos seus trabalhadores benefícios, como uso de bicicletas na região da empresa, grandes bexigas espalhadas pelas salas, piscina aquecida, quadras poliesportivas, aulas de ginástica, musculação e dança, escorregador e gôndolas de esqui de Zurique dentro do ambiente de trabalho, mesa de pebolim, sinuca etc. O Google ainda permite que seus funcionários se reúnam em grupos dos mais variados interesses, como meditação, cinema, degustação de vinhos e até mesmo salsa³⁵⁸.

Tais atitudes fomentam, reitere-se, uma chamada política do lazer empresarial, uma vez que, por meio de suas ações, são capazes de promover a integração, cultura, entretenimento e diversão dos trabalhadores. Confirma-se, assim, que o direito ao lazer possui eficácia nas relações de emprego, garantindo, por meio dele, a concretização de direitos fundamentais.

Ademais, pode-se pensar em ações empresariais visando à promoção do lazer nos momentos de descanso do trabalhador. Seria a possibilidade de incentivar sessões

³⁵⁶ LIMA, Rodolfo Correia. Projeto Massagem in Company. **Centro de estudos do corpo e terapia holística**. Disponível em: http://www.cecth.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=257&Itemid=79. Acesso em: 05/07/2012.

³⁵⁷ CONHEÇA as mordomias que Google, Facebook e outras empresas oferecem aos seus funcionários. **Ceviu blog**. Disponível em: <http://www.ceviu.com.br/blog/info/noticias/curiosidades/conheca-as-mordomias-que-google-facebook-e-outras-empresas-oferecem-aos-seus-funcionarios>. Acesso em: 05/07/2012.

³⁵⁸ A CULTURA do Google. **Sobre a empresa Google**. Disponível em: <http://www.google.com/intl/pt-BR/about/corporate/company/culture.html>. Acesso em: 05/07/2012.

de lazer que pudessem ser gozadas pelo empregado e sua família em períodos de folga, férias ou feriados.

Citem-se, como exemplo, empresas que viabilizam *shows*, concertos, peças teatrais, cinema ou mostras culturais sem nenhum custo ao funcionário ou com valor irrisório, se comparado ao valor estabelecido no mercado.

Assim é a ação do projeto cultural do Banco do Brasil. Desenvolvido de maneira a abarcar não só a população em geral, mas também almejando a participação dos seus empregados, o referido banco promove *shows*, peças teatrais, filmes e até mesmo debate entre os presentes. Em 2009, o Circuito Cultural do Banco do Brasil determinou que os ingressos para os espetáculos seriam vendidos a cinco reais, preço bem abaixo daquele determinado para o público em geral, que era de 15 reais³⁵⁹.

Outro exemplo se deu com o *show* do grupo Monobloco, em Porto Alegre, no Projeto Eu Faço Cultura, da Caixa Econômica Federal. Aos funcionários que aderiram ao projeto foram distribuídas cortesias para eles e um acompanhante na pista do *show*³⁶⁰.

Note-se que, nos exemplos dados, o lazer dos funcionários é garantido por meio de programações culturais fornecidas de maneira gratuita ou a preços ínfimos. Isso é possível graças à atuação do direito fundamental ao lazer nas relações privadas, determinando que o empregador tenha uma conduta ativa na consagração desse direito.

No entanto, sabe-se que tais projetos ainda são minoria no Brasil, haja vista que a cultura do lazer, nesta Nação, ainda não se encontra enraizada. Hoje, a principal luta na área do lazer não é mais a determinação do conteúdo deste ou sua relação com o labor, mas sim a sua concretização.

Atitudes relacionadas à tutela do tempo livre, com respeito aos períodos de descanso do trabalhador, aliadas a ações positivas no fornecimento de lazer durante

³⁵⁹ COMEÇA nesta terça Circuito Cultural Banco do Brasil em Cuiabá. **BBLOG – blog dos funcionários do Banco do Brasil.** Disponível em: <http://www.romildo.com/blog/noticia/2009/06/comeca-nesta-terca-circuito-cultural-banco-do-brasil-em-cuiaba>. Acesso em: 05 de junho de 2012.

³⁶⁰ EU FAÇO cultura: grupo Monobloco e Oficinas de Percussão em Maio. **Associação do Pessoal da Caixa Econômica Federal do Rio Grande do Sul.** Disponível em: http://www.apcefrs.org.br/noticias/show_news.php?subaction=showfull&id=1302629923&archive=&template=novo_destques. Acesso em: 05 de julho de 2012.

a jornada e fora dela, são fundamentais para a efetivação do direito ao lazer no ordenamento jurídico trabalhista brasileiro.

Almeja-se uma mudança na gestão empresarial em relação ao tempo livre, de sorte a garantir, como consequência, a efetividade do direito ao lazer. Almeja-se, ainda, uma mudança na postura do empregador, a fim de que ele deixe de ser mero espectador do direito ao lazer e passe a ser seu concretizador.

Não se deseja, no entanto, que tais transformações sejam rápidas, sob pena de ingenuidade, afinal, sabe-se que mudanças de paradigmas são lentas. Paradigmas, na ótica do Thomas Kuhn, representam um trabalho completado de uma vez por todas, ensejando um modelo ou padrão aceito³⁶¹.

Tem-se instaurado um paradigma laboral com referência ao direito ao lazer, como já visto ao longo deste capítulo. E ainda é relevante salientar que tal paradigma não é mais satisfatório nos dias atuais. E o que fazer nessa situação, quando fenômenos novos são constatados? O que ocorre quando se vislumbra uma descoberta científica?

O autor demonstra que, neste caso, estar-se-á diante de uma mudança de paradigma. A mudança de paradigma do direito ao lazer é extremamente necessária, pois tal direito influencia outras esferas da vida do trabalhador que não somente a laboral, como saúde e convivência familiar. Descobertas, no entanto, não são únicas fontes de mudanças de modelos. Estes são modificados, principalmente, em situações de crise.

Uma nova teoria pode surgir, conforme afirma Kuhn, do fracasso da atividade normal de resolução de problemas³⁶². Então, conclui-se que a crise pode ser encarada como pré-condição para a emergência de novas teorias, possibilitando a ruptura de um arquétipo consolidado e, conseqüentemente, o surgimento de uma nova ciência normal, pautada em um novo e diferenciado paradigma.

Trazendo tal raciocínio para a problemática do lazer, é fácil enxergar que o ordenamento brasileiro encontra-se em um período de crise, uma vez que os

³⁶¹ KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 5. ed. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Antônio Boeira. São Paulo: Perspectiva, [19--], p. 43.

³⁶² KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 5. ed. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Antônio Boeira. São Paulo: Perspectiva, [19--], p. 29., p. 103.

modelos tradicionais de gestão laboral e do tempo livre não são mais suficientes para tutelar as necessidades dos trabalhadores.

Embora haja, no direito, a consciência de que o processo de ruptura de paradigmas demanda um período de transição da crise para uma nova ciência, sabe-se também que não há como ficar inerte diante de uma violação de direitos fundamentais.

Dessa forma, a eficácia imediata dos direitos fundamentais na relação de emprego supre uma lacuna deixada pelo período de crise no direito ao lazer, firmando, assim, sua eficácia diante da latência dos empregadores.

A tutela do tempo livre e as posturas ativas do empregador são essenciais para a concretização do direito ao lazer nas relações de emprego. São essenciais, fundamentais e necessárias, mas são insuficientes. O momento de ruptura de um paradigma consolidado demanda um grande arcabouço de atitudes sobre a consagração da efetividade do lazer. Assim, a demanda por formas de concretização não seria satisfeita apenas com a tutela do tempo livre e posturas ativas do empregador.

É necessário mais. No entanto, interroga-se: que outro instrumento poderia concretizar o direito ao lazer nas relações de emprego? Neste momento, chega-se a outra temática deveras importante, quer seja a possibilidade de utilização da autonomia privada como elemento de concretude do direito ao lazer nas relações empregatícias.

Abordar-se-á este tema agora.

5.4.3 A autonomia privada como meio concretizador do direito ao lazer nas relações trabalhistas

Uma das concepções mais difundidas do direito é aquela que o concebe como limitador da liberdade. Nesse sentido, ante sua estrutura relacional (direito como ordenador de condutas em caráter intersubjetivo), impor-se-ia que a limitação de liberdade de um sujeito corresponderia à oportunidade de outro sujeito exercer essa liberdade.

No entanto, tal pensamento esquece que o direito não significa, muitas vezes, um limitador da liberdade. Consagrada no *caput* do art. 5^a da Constituição Federal de

1988, a liberdade é vista sob a perspectiva de direito fundamental, fazendo parte do chamado mínimo existencial garantido a todo cidadão.

Noutras palavras, ao invés de limitar, o direito é fomentador da concretização plena da liberdade humana. Isso acontece, por exemplo, diante da autonomia privada, quando a liberdade negocial das partes permite a autorregulação de suas relações sociais.

Nessa senda, revela-se a importância da autonomia privada no ordenamento jurídico brasileiro, como expressão de um direito fundamental de liberdade e livre iniciativa, consagrados no Texto constitucional em seu art. 5º, *caput* e art. 170.

Mas como compatibilizar essa liberdade negocial com os ramos do direito, onde há uma patente tutela protetiva? No campo do direito do trabalho, ramo considerado, em sua essência, protetivo, poder-se-ia pensar que a autonomia privada encontra-se mitigada ou mesmo inexistente. No entanto, não é isso que se defende aqui.

Verdadeiramente, acredita-se que a autonomia privada pode ser um instrumento de garantias ao trabalhador, em especial se aliada aos direitos fundamentais. Por isso, a autonomia privada pode ser utilizada como garantia do direito ao lazer, observando-se que o mesmo, como direito fundamental social com eficácia direta na relação de emprego, deve ser levado em consideração nas negociações entre os indivíduos.

Mas, finalmente, o que é essa autonomia privada?

Observa-se que o termo “autonomia” advém do grego *autos*, que significa “por si só”, mais *nómos*, que significa “regra de conduta”³⁶³. Assim, autonomia pode ser percebida como a faculdade de se governar por si mesmo, de tomar as próprias decisões como bem aprover.

Autonomia, portanto, significa o poder de se autogovernar, ou seja, consubstancia a faculdade de traçar suas próprias normas de conduta, sem que se seja submetido a imposições de ordem estranha. Revela-se como contrária à heterotomia, que

³⁶³ CABRAL, Érico de Pina. A autonomia. *Revista De Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.19, p. 83-129, jul. set., 2004, p. 84.

significa a sujeição a uma lei exterior ou à vontade de outrem, com ausência de autonomia³⁶⁴.

Também diferenciando autonomia de heterotomia, Paulo Luiz Neto Lôbo assevera que a primeira consiste no “campo da liberdade, porque os seres humanos podem exercer suas escolhas e estabelecerem regras para si mesmos, coletivamente ou interindividualmente. A heterotomia, por seu turno, é o campo da natureza cujas regras o homem não pode modificar e está sujeito a elas”³⁶⁵.

Aliada ao conceito de autonomia, tem-se a definição de vontade. Esta, derivada do termo latino *voluntate*, designa a faculdade do indivíduo de manifestar exteriormente um desejo, o propósito de realizar algo.

Nesses termos, a vontade é uma representação do querer do homem, que exercita certa faculdade em direção a um determinado fim ou objetivo. Nesse direcionamento da vontade a um determinado fim, vê-se que o instituto passa a interessar a diversos campos do conhecimento, como já mencionado outrora³⁶⁶.

No direito, a vontade assume papel de destaque na medida em que se constitui como um dos principais elementos do ato jurídico³⁶⁷. Mas isso não significa que a vontade não ganhe contornos em outros campos do conhecimento. Comparando direito e psicologia, tem-se que a psicologia estuda a vontade no campo do ser. Já o direito estuda a vontade no campo do dever ser, no campo da dogmática, de modo a reconhecê-la como fator de eficácia jurídica no ordenamento jurídico³⁶⁸.

Reconhece Roppo a importância que teve a vontade na configuração de direitos e obrigações, principalmente no desenvolvimento da teoria do negócio jurídico:

³⁶⁴ CABRAL, Érico de Pina. A autonomia. **Revista De Direito Privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.19, p. 83-129, jul. set., 2004, p. 85.

³⁶⁵ LÔBO, Paulo Luiz Neto. Contrato e mudança social. **Revista Dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.722, p. 40-45, dez., 1995, p. 41.

³⁶⁶ CABRAL, Érico de Pina. A autonomia. **Revista De Direito Privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.19, p. 83-129, jul. set., 2004, p. 91.

³⁶⁷ Nas palavras de Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias: “Em sentido lato, os atos jurídicos derivam, necessariamente, de uma atuação do ser humano ou de sua exteriorização de vontade, produzindo efeitos reconhecidos para o direito. Nesse sentido, é lícito extrair de elementos caracterizadores do ato jurídico, em sentido amplo, o ato humano de vontade, a exteriorização da vontade pretendida, a consciência dessa exteriorização de vontade e que esta vontade exteriorizada dirija-se à obtenção de resultado permitido (não proibido) pela ordem jurídica”. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: teoria geral**. 8. ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 507-508.

³⁶⁸ VIEIRA, Iacyr de Aguiar. A autonomia da vontade no Código Civil Brasileiro e no Código de Defesa do Consumidor. **Revista Dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.791, p. 31-64, setembro, 2001, p. 35.

Na base desta, está a ideia, já acolhida pelo pensamento jusnaturalista e iluminista, da vontade humana como fonte de qualquer transformação operada no mundo do direito, como força criadora de direitos e de obrigações, como motor primeiro de toda a dinâmica jurídica. Tão exacerbada que desemboca numa verdadeira e própria mística da vontade ou que se cristaliza na rigidez de um dogma da vontade, esta posição de princípio vem a reflectir-se no modo como é construída a disciplina concreta dos negócios jurídicos, determinando uma série de regras (em matéria de erro, de dolo, de coacção, de simulação, etc.) destinadas a tutelar, do modo mais intransigente, a liberdade e a espontaneidade do querer de quem realiza o negócio, e a desobrigá-lo do vínculo negocial, sempre que a sua vontade resulte de qualquer modo perturbada³⁶⁹.

Nesse caminho, a vontade deve ser vista como esse querer humano exteriorizado, capaz de atuar nos mais diversos ramos do conhecimento e tendo importância primordial no desenvolvimento do direito privado, principalmente no que tange à disciplina dos negócios jurídicos.

Como fora visto alhures, o termo “vontade”, embora admita diversas percepções em outros ramos do conhecimento, é visto no direito como a manifestação de um querer humano para um determinado objetivo.

O direito privado prima pela liberdade do indivíduo e esta deve ter em seu bojo a concepção de um aspecto psicológico, ainda que mínimo. Fala-se aqui do querer humano³⁷⁰. Quando esse querer humano alia-se à realização de um negócio jurídico, tem-se a manifestação da autonomia da vontade, no sentido de união de desejos em prol da persecução de um negócio jurídico.

Com o passar dos anos, no entanto, percebeu-se que não teria como haver uma vontade contratual plena em uma sociedade onde a desigualdade era predominante. Haveria, sim, uma desigualdade contratual latente, de maneira que algum sujeito daquele negócio jurídico sairia prejudicado, pois não conseguiria exprimir sua vontade livre e desembaraçada, característica de uma posição contratual igualitária. Assim:

Não levou muito tempo para que se atentasse para o fato de que a liberdade plena na declaração de vontades, em meio a uma sociedade desigual, importava um desequilíbrio contratual. Começa-se a rechaçar, a partir de então, a estrutura sobre a qual se alicerçou a autonomia da vontade no século XIX: a igualdade formal. O contrato passa a sofrer restrições no momento em que é retirado do plano da abstração e inserido

³⁶⁹ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 49-50.

³⁷⁰ BALLALAI, Augusto Luppi. A vontade como elemento primordial no direito privado. **Revista De Direito Privado**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v.8, n.32, p. 21-31, out. / dez. 2007, p. 24.

na concretude de desigualdades em que vivem os contratantes, sobretudo porque se visa à função social que o orienta³⁷¹.

Nesses termos, a autonomia da vontade, como um dogma supremo do direito civil, passa a ser relativizada diante das inovações trazidas pela intervenção estatal e constitucionalização do direito privado.

Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira, esse princípio da autonomia da vontade não é absoluto, nem reflete a realidade social em sua plenitude. Por isso, dois aspectos de sua incidência devem ser encarados seriamente: um diz respeito às restrições trazidas pela sobrelevância da ordem pública e outro vai recair no dirigismo contratual, que é a intervenção do Estado na economia do contrato³⁷².

A ordem pública deve ser analisada sob a perspectiva de amparar a proteção da parte hipossuficiente e vulnerável nos contratos, como visto com as figuras inclusas no Código de Defesa do Consumidor brasileiro e leis trabalhistas, e ainda deve estar ligada ao dirigismo econômico, que trata de orientar, em certa direção, a economia nacional, eliminando os contratos contrários a ela³⁷³.

Em suma, a autonomia da vontade em sua versão clássica acaba por ser desprestigiada no direito privado. Contudo, isso não significa que a autonomia da vontade deixou de existir. Acredita-se que a relativização dessa autonomia dá ensejo a uma mudança de concepção, que se exprime da melhor maneira na autonomia privada.

A autonomia privada, por outro lado, não se baseia somente na autodeterminação e liberdade dos sujeitos para a formação de negócios jurídicos. Na sua teoria, não bastaria o puro consenso suficiente para criar direito. É imprescindível que esse consenso seja previsto como legítimo pelo ordenamento jurídico, ou, ao menos, não seja proscrito pelo ordenamento jurídico.

³⁷¹ ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. Autonomia da Vontade no Direito Contratual. **Revista De Direito Privado**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v.7, n.27, p. 279-292, jul./set. 2006., p. 282.

³⁷² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 12. ed. Atual: Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 25.

³⁷³ GOMES, J. Miguel Lobato. Livre iniciativa, autonomia privada e liberdade de contratar. In: NALIM, Paulo (org.) **Autonomia Privada na Legalidade Constitucional: contrato e sociedade**, volume III. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2005, p. 255-256.

Noutras palavras, não bastaria a manifestação de vontade para que os sujeitos se obrigassem, senão seria necessária a observância de certos pressupostos de validade³⁷⁴.

Sendo o negócio jurídico forma de expressão da vontade, ele pode ser visto sob a perspectiva estatal. A vontade privada não é fonte direta e imediata de efeitos jurídicos, mas tem sua eficácia subordinada à mediatização da lei, de sorte que o Estado pode atuar conformando essa vontade, mediante um limite positivo ou lhe negando eficácia, por meio de um limite negativo³⁷⁵.

Assim, não há uma necessária coincidência entre a vontade e a autonomia privada. Elas só irão coincidir na medida em que a vontade se consubstancie dentro dos ditames do ordenamento jurídico.

Nas palavras de Enzo Roppo:

Entre dogma da vontade e tutela da autonomia privada não há, de facto, coincidência necessária: nem sempre é verdade que, para garantir o respeito substancial da autonomia, da liberdade e, portanto, dos interesses dos contraentes, seja preciso prestar absoluto e incondicionado obséquio às suas tomadas de posição psíquicas. Muitas vezes, inversamente, é verdade o contrário: isto é, acontece que a lógica da operação econômica levada a cabo pelas partes só possa ser salvaguardada, evitando dar excessiva relevância à sua vontade, entendida, no sentido restrito, como momento psicológico da iniciativa tomada³⁷⁶.

Entende-se, assim, que a autonomia privada ganha espaço dentro de um ordenamento jurídico organizado, pois os particulares só podem configurar relações jurídicas que sejam reconhecidas pelo ordenamento jurídico, que estejam em conformidade com o mesmo. Sem um ordenamento jurídico que consagre o mínimo de liberdade entre as pessoas, não se pode falar em autonomia privada³⁷⁷, que é expressão do direito maior de liberdade.

E este ordenamento jurídico pode consagrar maior ou menor liberdade negocial, sem que isso aniquile a autonomia privada. Pelo contrário, quando um ordenamento conforma a autonomia privada com princípios outros, como eticidade, boa-fé contratual, função social etc., está, em verdade, reforçando a autonomia privada,

³⁷⁴ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.52-53.

³⁷⁵ PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Lisboa: Almedina. 1982, p. 42-43.

³⁷⁶ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 143.

³⁷⁷ CABRAL, Érico de Pina. A autonomia. **Revista De Direito Privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.19, p. 83-129, jul. set., 2004, p. 96.

afinal, para que ela possa ser exercida em sua plenitude é preciso o respeito aos princípios constitucionais e legais, além dos trazidos pela doutrina e jurisprudência civilista.

Por fim, é importante ressaltar que a autonomia privada encontra respaldo em diversos ramos do ordenamento jurídico, e não só no direito civil. Com a pluralidade de relações existentes, vê-se que a liberdade negocial prospecta-se por diversos ramos do ordenamento, inclusive ramos considerados protecionistas e, conseqüentemente, de difícil acesso da autonomia privada.

Exemplo deste é o direito do trabalho, ramo marcado na individualidade pela relação entre o hipossuficiente e o empregador. Ainda com tais características, a autonomia privada encontra respaldo em certos casos. Ademais, no direito coletivo do trabalho, ela assume papel de protagonista na negociação coletiva.

Nesse sentido, essa autonomia acaba por auxiliar a concretização de direitos fundamentais dentro da relação de emprego. Em uma negociação entre sujeitos de direito do trabalho, os direitos fundamentais vinculam os particulares, de sorte que devem ser observados diante da autonomia privada das partes.

Ademais, como a autonomia privada apenas existe dentro dos conformes do ordenamento jurídico, seu exercício deve estar pautado nos ditames dos direitos fundamentais. E, sendo o lazer direito fundamental, repita-se, deve ser concretizado diante da liberdade contratual dos sujeitos protagonistas da relação de emprego.

5.4.3.1 Autonomia privada individual, relações de emprego e a concretização do direito ao lazer

Partindo-se do pressuposto de que a autonomia privada consiste em uma liberdade de negociação dentro dos limites impostos pelo ordenamento jurídico, cabe agora analisá-la dentro da relação de emprego e sua interação com o direito fundamental social ao lazer.

Primeiramente, tem-se que se ter em mente que os direitos incidentes nas relações de emprego são direitos fundamentais sociais, passíveis de proteção estatal. Tal

proteção é vista sob um prisma intervencionista, de modo que o Estado consagra certos direitos trabalhistas, permitindo um melhor desenvolvimento da relação de emprego e a incidência de outros por meio da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Ademais, observa-se que a relação individual de emprego é pautada no princípio da proteção³⁷⁸, por se constatar que a mesma encontra-se desequilibrada³⁷⁹, como será abordado adiante. Ainda mais, os direitos trabalhistas estão sujeitos ao princípio do não retrocesso social³⁸⁰, por isso, os direitos sociais, já concretizados e efetivados, não podem retroceder diante de normas ordinárias.

³⁷⁸ Constata-se que deve haver uma proteção da parte mais débil da relação de emprego, dada a marcada inferioridade existente. É em razão da hipossuficiência do trabalhador que o princípio protetor surge no ordenamento jurídico brasileiro. RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. trad. Wagner Giglio. São Paulo: LTR, 1978, p. 16.

³⁷⁹ No tocante ao desequilíbrio existente na relação de emprego, Pinho Pedreira traz à baila os ensinamentos de Gerard Couturier, que afirma existirem 3 espécies de inferioridade: a inferioridade constrangimento; a inferioridade ignorância e a inferioridade vulnerabilidade. A inferioridade constrangimento afeta o consentimento do contratante fraco em seu componente de liberdade. Ele não é livre para aceitar ou recusar. É o que acontece na celebração do contrato de trabalho. Couturier fala em subordinação pré-existente ao contrato, reportando-se às considerações de G. Poulain sobre a desigualdade de fato, que desempenha um papel fundamental no limiar da relação de trabalho quando à dependência econômica se junta, frequentemente, a desigualdade intelectual, pondo o trabalhador à mercê do empregador. Essa inferioridade é chamada de subordinação virtual. Tal espécie de inferioridade não deve ser tomada em consideração somente quando do término contrato, mas também durante toda a relação de trabalho, quando o empregado se acha diante do empregador em uma situação que não lhe permite exprimir uma vontade realmente livre. A inferioridade ignorância ocorre quando um dos contratantes é um profissional e o outro é leigo. Nas relações de trabalho, é de rezear que ao trabalhador falem informações sobre as condições de admissão e as características do emprego em vista. É essa inferioridade ignorância do empregado que explica o desenvolvimento, no regime do contrato de trabalho, de obrigações de informação e de um formalismo informativo. A inferioridade vulnerabilidade se exprime em exigências de segurança física. Ainda é consequência da subordinação em que o contrato coloca o empregado. Esta e também mais precisamente certas obrigações contratuais particulares do assalariado são suscetíveis de pôr em causa suas liberdades fundamentais. Todas as precauções devem ser adotadas para que a subordinação do trabalhador fique limitada à prestação do trabalho e para que, mesmo na execução deste, o respeito à pessoa e às suas liberdades inalienáveis prevaleça. Guardar-se-á a informação a respeito da inferioridade constrangimento para a discussão acerca da autonomia privada, o direito individual de trabalho e o direito ao lazer. SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do Direito do Trabalho**. São Paulo, LTR, 1999, p. 22-41.

³⁸⁰ No tocante ao não retrocesso social em seara trabalhista, observa-se que o mesmo possui sede constitucional, de acordo com a parte final do *caput* do art. 7º da Constituição. Segundo este artigo, “são direitos dos trabalhadores aqueles elencados em seus diversos incisos, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”. Ora, a partir do momento em que a Constituição consagra a existência de direitos dos trabalhadores que melhorem sua condição social, proíbe que ocorra uma piora nestes mesmos direitos, constituindo o fundamento-base para a existência do princípio do não retrocesso social em seara trabalhista. Nas palavras de Ana Cristina e Edilton Meireles: “Ora, o que o legislador constitucional estabeleceu, no art. 7º, foi uma série mínima e fundamental de direitos social-trabalhistas, preceituando, ainda, que outros direitos podem ser concedidos aos trabalhadores, desde que visem à melhoria de sua condição social. Daí se tem que não se pode admitir norma constitucional derivada (emenda) ou norma infraconstitucional que tenda a não gerar uma melhoria na condição social do trabalhador. Ela seria inconstitucional por, justamente, não preencher esse requisito constitucional da melhoria da condição social do trabalhador”. MEIRELES, Ana Cristina

Dito isto, observa-se, no direito do trabalho, uma subdivisão no conceito de autonomia privada.

Por ora, tratar-se-á de uma autonomia privada individual, que é aquela liberdade negocial, respeitando os primados de validade na constituição da obrigação, que se dá dentro da relação de emprego. Assim, a autonomia privada individual trabalhista ocorre em relação aos sujeitos empregado e empregador, diante de um contrato individual de trabalho.

Devido ao fato de ser a relação individual de emprego marcada pela existência de um contrato de trabalho, questiona-se se haveria uma liberdade negocial plena diante da existência de direitos trabalhistas e sociais garantidos pelo Estado e se ela poderia agir como concretizadora do direito fundamental social objeto desta pesquisa, quer seja o direito ao lazer.

No tocante ao confronto entre autonomia privada individual e direitos trabalhistas e fundamentais sociais como o lazer, vê-se, *a priori*, a necessidade de garantia desses direitos. A própria estrutura brasileira demanda uma atuação efetiva na proteção dos direitos fundamentais sociais, haja vista que o País ainda sofre com os problemas relacionados à desigualdade social. Fator importante referente a esta desigualdade é o trabalho. Não existe emprego para todos e, quando existentes, não são capazes de garantir o mínimo existencial para uma vida digna, como já visto ao longo desta pesquisa.

Evidentemente, a relação de emprego é uma relação desequilibrada. Por isso, inclusive, justifica-se a incidência dos direitos fundamentais de maneira imediata, afinal, o trabalhador, em regra, acaba por depender daquele emprego para seu sustento e de sua família. Não se vislumbra, aqui, uma liberdade negocial plena, pois, como poderia o trabalhador negociar algo dada a sua premente necessidade do emprego?

Agora, é importante remontar à inferioridade constrangimento. Deve-se lembrar de que esse tipo de inferioridade afeta o consentimento do contratante fraco em seu componente de liberdade. Ele não é livre para aceitar ou recusar e isto é bem visto na celebração do contrato de trabalho. Há uma dependência do trabalhador em

relação àquele posto de trabalho, de modo que sua liberdade negocial fica, praticamente, anulada diante da celebração do contrato de trabalho.

Observam-se, em decorrência dessa relação de “dependência”, diversas limitações à liberdade pessoal do obreiro, bem como ofensas aos seus direitos fundamentais. Contudo, tais limitações e ofensas não podem ficar à mercê da vontade do empregador, devendo ser tuteladas pelo direito do trabalho.

O lazer, por sua importância na vida do trabalhador e cidadão, não pode ser deixado de lado na negociação entre empregador e empregado, porque há o risco de tornar inócua a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações de emprego.

Ora, o lazer possui funções caras ao indivíduo, como recuperação mental, desenvolvimento da personalidade, recreação, eliminação do estresse etc. A possibilidade de sua desconsideração diante da autonomia privada individual seria algo esdrúxulo, a vontade das partes somente terá validade se considerada em respeito aos direitos fundamentais consagrados pelo ordenamento.

Assim, em um confronto entre autonomia privada individual e direito fundamental social ao lazer, diante de um contrato de trabalho padrão, deve prevalecer o direito ao lazer, porque não tem como haver uma liberdade negocial plena se existe o desequilíbrio patente na relação. Também não há como haver uma disposição do direito ao lazer pelo obreiro, ele é titular do direito ao lazer na condição de trabalhador e também é portador do mesmo direito na condição de cidadão.

Dessa maneira, garante-se a dignidade do trabalhador como cidadão, evitando-se que o sujeito seja tratado como mera mercadoria integrante do contrato de trabalho. O empregado é muito mais do que somente uma força laborativa, que pode ser substituída a qualquer tempo. É um ser humano e, como ser humano integrante do ordenamento jurídico, deve ser tratado como tal, de maneira a ser assegurado seu direito fundamental ao lazer.

5.4.3.2 Autonomia privada coletiva e a concretização do direito ao lazer

Viu-se, linhas atrás, que a autonomia privada no âmbito trabalhista pode ser vista sob uma perspectiva individual e coletiva. Neste momento, tratar-se-á da autonomia privada coletiva.

Autonomia privada coletiva, por sua vez, é aquela que se dá no âmbito coletivo das relações laborais, ou seja, diante de uma negociação coletiva³⁸¹. Neste caso, tem-se a atuação de um sindicato de trabalhadores negociando diretamente com a empresa ou com um sindicato empresarial, o que configura acordo e convenção coletiva, respectivamente.

Assim, para Emília Sako, “a autonomia traduz-se como o poder normativo que detém o sindicato para elaborar leis autorregulamentadoras de seus interesses ou dos grupos dos trabalhadores que representam”³⁸².

Já Luiz Marcelo Figueiras de Góis trata a autonomia privada coletiva como um princípio específico da negociação coletiva, percebendo-o como uma derivação do princípio da liberdade sindical consolidado nas Convenções 87 e 98 da OIT³⁸³.

Não se negam tais conceitos, afinal, a autonomia privada coletiva é um poder existente na negociação coletiva, através do qual ocorre a autorregulação das relações existentes entre trabalhador e empresa por meio dos entes sindicais. No entanto, adota-se um conceito próprio, pautado na liberdade negocial e nos fundamentos de validade do ordenamento jurídico.

Partindo-se do conceito de autonomia privada esposado anteriormente nesta pesquisa, tem-se que a autonomia privada coletiva revela-se no poder de negociação dos entes coletivos (sindicatos de empregados, patronais e a própria empresa) sobre as condições de trabalho e questões outras que envolvam o bem-estar do trabalhador na fruição de seus direitos fundamentais, desde que essa

³⁸¹ Deve-se ter em mente que a convenção coletiva é a maior manifestação da autonomia privada coletiva e nela revela-se um atributo que condiciona certos aspectos da autonomia individual, que não é outro senão o caráter normativo da convenção. Deve-se atentar, ainda, para a existência de um predomínio convencional, mas isso não pode significar que haverá uma anulação total das funções da autonomia individual nas relações de emprego, como já visto. Tanto a autonomia individual quanto a coletiva podem, sim, consagrar o direito ao lazer, conforme defende-se neste trabalho. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, Juan. **Autonomia individual y colectiva en el sistema de fuentes del derecho del trabajo**. Madrid: CES, 2000, p. 47-223.

³⁸² SAKO, Emília Simeão Albino. A atuação dinâmica e eficiente dos sindicatos como garantia de realização dos direitos fundamentais e sociais dos trabalhadores. **Revista De Direito Do Trabalho**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.33, n.126, p. 56-78, abr./jun. 2007, p. 59.

³⁸³ GÓIS, Luiz Marcelo Figueiras de. Princípios da Negociação Coletiva de Trabalho. **Revista LTr – Legislação do Trabalho**. São Paulo: LTR, v.741, n.2, p. 213-224, fev. 2010, p. 216.

liberdade negocial esteja amparada nos requisitos de validade do ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, a autonomia privada coletiva não se revela como poder irrestrito de negociação. Ela deve estar conforme os ditames do ordenamento e deve revelar a perseguição de um interesse coletivo.

Tal autonomia é pautada na existência de um interesse coletivo, visualizado por meio da atuação dos entes sindicais. O interesse coletivo³⁸⁴ não pode se confundir com o interesse individual dos membros do grupo social organizado nem pode se confundir com os interesses particulares dos membros da categoria profissional, seja este sindicalizado ou não, uma vez que se trata de um interesse da coletividade de pessoas por um bem capaz de satisfazer a uma necessidade comum, quer seja a melhora nas condições de trabalho³⁸⁵.

A democracia política plena se revela por meio da atuação sindical em prol da defesa desses interesses coletivos. Em posição peculiar, Helena Ysás Molinero, tratando do ordenamento jurídico espanhol, defende que:

[...] Los sindicatos defienden intereses del conjunto de los trabajadores y no únicamente de sus afiliados, es más, defienden intereses generales de los ciudadanos y no exclusivamente intereses profesionales, precisamente porque los miembros de los sindicatos, los trabajadores, son a la vez ciudadanos, y una parte muy importante de los ciudadanos son trabajadores en la inmensa mayoría de los ciudadanos que no lo son³⁸⁶.

Para a autora, o interesse coletivo defendido pelos sindicatos não se restringe aos interesses referentes à melhora das condições de trabalho, mas sim a todos os interesses que possuam relação com os interesses coletivos decorrentes da qualidade de cidadãos dos obreiros.

³⁸⁴ Segundo Gutiérrez, na Itália, o significado de interesse coletivo é defendido pela doutrina a partir da percepção dos neodogmáticos e dos empíricos. Nas palavras do autor, “por un lado, cabe destacar aquéllos cuyo denominador común es el de partir, como premisa lógica, de um concepto de interes coletivo de carácter abstracto, razón que induce a Caruso a calificarlas de concepciones neodogmáticas. Por otro, los denominados empíricos por el mismo autor cuya nota común estaria en asumir la imposibilidad de concebir a priori una noción de interes colectivo, puesto que dicho concepto se encontraría condicionado por la realidad histórica concreta”. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, Juan. **Autonomia individual y colectiva en el sistema de fuentes del derecho del trabajo**. Madrid: CES, 2000, p. 48-49.

³⁸⁵ DUARTE, Ícaro de Souza. A posição hierárquica da Convenção Coletiva de Trabalho. **Revista De Direito Do Trabalho**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.36, n.139, p. 47-75, jul./set. 2010, p. 52.

³⁸⁶ MOLINERO, Helena Ysás. **La participación de los sindicatos en las funciones normativas de los poderes públicos**. Albacete: Bomarzo, 2010, p. 105.

Entende-se que tal posição é acertada, pois o obreiro, antes de ser trabalhador, é cidadão, titular de direitos fundamentais decorrentes de sua condição de cidadão, titular de direitos da personalidade etc.

Assim, o interesse coletivo defendido pela instituição sindical deve atender aos interesses referentes à melhora das condições de trabalho e também aos interesses relativos à qualidade de cidadão de que goza o obreiro.

Nessa senda, pode-se notar que o interesse coletivo é capaz de concretizar o lazer nas relações de emprego, uma vez que, por meio dele, defende-se a melhoria das condições de trabalho e da condição de cidadão do trabalhador. Assim, a concretização do lazer ocorre não só por uma melhoria na relação de emprego, mas também porque esse trabalhador possui tal direito como cidadão. Ora, o direito ao lazer deve ser realizado não só no meio ambiente de trabalho, mas também fora dele. O interesse coletivo é capaz de viabilizar tais tutelas já estudadas.

Instrumentos que viabilizam a realização desse interesse coletivo, no Brasil, são a convenção e o acordo coletivo de trabalho, que refletem o sistema de negociação coletiva nacional³⁸⁷.

A negociação coletiva é considerada um sistema de decisão, consubstanciando um processo direcionado a entendimento de comum acordo entre os interessados³⁸⁸. Esse instrumento de autodeterminação coletiva vincula, automaticamente, os sujeitos da negociação coletiva, ainda que o obreiro não seja sindicalizado. Por meio da negociação coletiva, chega-se a um instrumento normativo, que pode ser convenção ou acordo coletivo. Ela é o instrumento normativo pactuado entre o sindicato da categoria profissional e o sindicato da categoria econômica ou patronal, com o objetivo de fixar condições de trabalho aplicáveis às relações de trabalho no âmbito das respectivas representações.

³⁸⁷ Na entrevista com o presidente do Sindicato dos Empregados no Comércio de Porto Alegre, consegue-se visualizar a importância da negociação coletiva no Brasil. Em sua opinião, o sistema brasileiro de forma de negociação, por mais que fale mal, é um dos mais avançados do mundo. Para ele, existem países europeus onde a comparação com o Brasil é mais difícil. No geral, contudo, não se perde em comparação com os modelos europeus. Em relação ao modelo americano de negociação, em seu pensamento, o Brasil se sobressai, afinal, nos EUA não há negociação obrigatória, não há negociação coletiva constituída em lei, o sindicalismo é fraco. Entre as conquistas obtidas via negociação, elenca como principais as relativas ao auxílio-creche, Dia do Comerciante, índices de reajuste salarial etc. CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes; SANTA MARIA, Filipe Diffini. Negociações coletivas de trabalho – resultados obtidos em exemplos pesquisados. **Revista LTr – Legislação do Trabalho**. São Paulo: LTR, v. 73, n. 11, nov. p. 1316-1333, 2009, o. 1317.

³⁸⁸ DONATO, Messias Pereira. Princípios do Direito coletivo do trabalho. **Revista LTr – Legislação do Trabalho**. São Paulo: LTR, v.71, n.12, p. 1418-1424, dez. 2007, p. 1423.

Já o acordo coletivo de trabalho é o instrumento normativo pactuado entre o sindicato da categoria profissional e uma ou mais empresas, objetivando estipular condições de trabalho aplicáveis às relações de trabalho, no âmbito da empresa acordante.

Tais instrumentos visam à garantia dos direitos fundamentais dos trabalhadores, reitere-se. Por meio deles, o direito fundamental social ao lazer pode ser consagrado. Exemplo disso são convenções e acordos coletivos que trazem disposições sobre a tutela do tempo livre ou mesmo sobre ações relacionadas ao lazer dos trabalhadores.

Isto não significa, no entanto, que o sistema se encontre perfeitamente acabado. Sabe-se que são necessários alguns aperfeiçoamentos na negociação coletiva e no direito sindical³⁸⁹, a fim de que se alcance o objetivo primordial da defesa dos interesses coletivos dos trabalhadores na sua condição de trabalhadores e cidadãos. E tais adaptações são necessárias para a garantia do lazer.

O lazer, portanto, poderia ser efetivado por meio da negociação coletiva, com a necessária observância do mesmo diante da liberdade negocial dos indivíduos. Não é porque se trata de negociação entre entes iguais que o lazer haverá de ser desprezado, considere-se que o mesmo vincula os particulares nas relações por eles travadas, de sorte que a vontade das partes só funcione se houver uma conformidade da mesma com os ditames do ordenamento.

Assim, o direito ao lazer não poderia ser considerado disponível diante da negociação coletiva. Algumas observações rasas fazem-se necessárias neste momento. Em primeiro lugar, deve-se ter em mente que a própria Constituição trouxe, em seu bojo, casos em que se permitiu a disponibilidade de certos direitos trabalhistas (no seu art. 7º). Tal disponibilidade é vista nos incisos VI, XIII e XIV, que tratam, respectivamente, da possibilidade de redução de salários, da compensação de jornada e do aumento da jornada daqueles que trabalham em turnos ininterruptos de revezamento³⁹⁰.

³⁸⁹ Tal tema, contudo, não é objeto desta pesquisa. Para maior aprofundamento sobre o assunto, ver: AROUCA, José Carlos. Reforma sindical e democracia. **Revista De Direito Do Trabalho**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.31, n.119, p. 151-162, jul. /set. 2005.; ROMITA, Aryón Sayão. **O princípio da proteção em xeque e outros ensaios**. São Paulo: LTR, 2003.

³⁹⁰ Coadunando-se com tal entendimento, tem-se a ementa transcrita do Acórdão que não conheceu os Embargos no TST: RECURSO DE REVISTA. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS.

Nestes casos, a disponibilidade seria permitida, pois tal ressalva fora trazida no âmago da própria Constituição. Embora, no direito do trabalho, limitação tenha significado diferenciado para garantir que o limite seja a não redução das condições mínimas de proteção ao trabalho concedidas pelo ordenamento, a redução de certos direitos trabalhistas pode ser trazida do Texto constitucional, de sorte que, em relação às matérias supracitadas, a autonomia privada coletiva fica desvinculada da proteção dessas mínimas condições³⁹¹.

Afora tais exceções trazidas na Carta Magna, mais uma vez, citando Juan Escribano Gutierrez³⁹², deve-se ter em mente que existem limites à disponibilidade convencional de direitos individuais como o lazer.

Primeiramente, devem ser observados os limites derivados da natureza dos direitos. Por esses limites, cabe ver que há certos direitos que são absolutamente indisponíveis. Para o autor, este seria o caso dos direitos da personalidade³⁹³. Defende-se aqui que o direito ao lazer, pelo fato de objetivar a formação da personalidade do indivíduo, seria absolutamente indisponível, de modo que sua negociação apenas pudesse ser no sentido de sua garantia, e nunca para sua supressão.

PARCELAMENTO. NORMA COLETIVA. Com o advento da Constituição Federal de 1988, ampliou-se o âmbito da negociação coletiva, com vistas a imprimir maior flexibilidade ao Direito do Trabalho. Esse entendimento ampara-se no art. 7º, incisos VI, XIII, XIV e XXVI, que possibilitam a negociação coletiva, inclusive redutiva de direitos antes tidos como absolutamente irrenunciáveis, como a irreduzibilidade salarial e a duração do trabalho. Na hipótese vertente, mediante negociação coletiva, foi pactuado o pagamento parcelado da verba de participação nos lucros ou resultados, sendo certo que o pagamento antecipado da referida verba, embora parcelado, foi benéfico aos empregados, além de a norma coletiva ter sido convenionada com o intuito de evitar a demissão de grande número de empregados. Nesse contexto, não obstante a Lei nº 10.101/00 vedar o pagamento de antecipação ou distribuição de valores a título de participação nos lucros ou resultados em periodicidade inferior a um semestre civil ou mais de duas vezes no mesmo ano civil, a mencionada lei deve ser interpretada de forma sistemática e em harmonia com os direitos inseridos na Constituição, entre os quais o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho. Ademais, a lei supramencionada elegeu a negociação coletiva como um dos procedimentos para a pactuação entre as partes, além de a Constituição Federal prever a natureza não remuneratória da participação nos lucros ou resultados. Nesse contexto, e nos termos de precedentes da SBDI-1 e desta Turma, não há que falar em natureza salarial da verba controvertida, devendo ser respeitada a pactuação firmada. Recurso de revista não conhecido. Embargos em Recurso de Revista nº TST-ER-254100-09.2003.5.02.0462, Embargante DIONE MARCOS FERREIRA DA SILVA, Embargada VOLKSWAGEN DO BRASIL LTDA. DJ 23 de setembro de 2010, relator João Batista Brito Pereira.

³⁹¹ ARAÚJO, Adriana Hilgenberg de. Limites da autonomia normativa coletiva: controle exercido pelo Ministério Público do Trabalho. **Revista De Direito Do Trabalho**, Curitiba: Genesis, n.77, p. 651-668, maio, 1999, p. 658.

³⁹² ESCRIBANO GUTIÉRREZ, Juan. **Autonomia individual y colectiva en el sistema de fuentes del derecho del trabajo**. Madrid: CES, 2000, p. 47-223.

³⁹³ Tal assertiva deve ser considerada correta se analisada sob o prisma da disposição de um direito personalíssimo pela convenção coletiva. No entanto, pode-se pensar, no tocante aos direitos da personalidade, em uma disponibilidade pelo próprio obreiro, titular desse direito personalíssimo.

Outros exemplos de direitos absolutamente indisponíveis no direito do trabalho são: direito à integridade corporal, segurança, higiene, intimidade, dignidade, não discriminação etc.

Em outra senda, seriam cabíveis limites derivados da origem dos direitos. Aqui, trata-se dos direitos que são consagrados no âmbito legal. Entende-se que a autonomia privada coletiva, no âmbito da negociação coletiva, não pode dispor daqueles direitos que a lei considera como indisponíveis. Exemplos disso são os direitos que, se modificados, trazem em sua essência uma *reformatio in pejus* ao trabalhador.

Segundo tal pensamento, o direito ao lazer também não poderia ser alvo de negociações que acabassem por suprimi-lo, sob o risco de uma reforma prejudicial ao trabalhador. O direito fundamental ao lazer, assim, seria indisponível por força de lei, na medida em que a Constituição Federal de 1988 garante o mesmo a todo cidadão por ser esse direito fundamental social. A indisponibilidade surgiria, também, pelo fato de o mesmo ser aplicável de maneira imediata nas relações de emprego.

Assim, tal disposição legal, decorrente de um intervencionismo estatal, funcionaria como um patamar mínimo do direito fundamental ao lazer, que não poderia ser suprimido ou disposto pela convenção coletiva³⁹⁴.

No entanto, tal posicionamento não é seguido por todos os autores. Romita, por exemplo, entende que, “em uma ordem democrática, inexistente a possibilidade de antagonismo ou oposição entre o negociado e o legislado. Existiria apenas o negociado, pois o legislador se limitaria a promover as condições em que o negociado poderia expandir-se”³⁹⁵.

³⁹⁴ Pinho Pedreira faz referência à existência de diversas teorias no direito italiano sobre o assunto. Segundo ele, as teorias italianas se dividiram em dois grandes grupos: um fundado na fonte atributiva dos direitos subjetivos do trabalhador, e outro fundado na contratação coletiva das partes individuais. O autor chega à conclusão de que é absolutamente predominante, na doutrina e na jurisprudência estrangeira, o entendimento segundo o qual o poder de disposição dos sindicatos não incide sobre os direitos individuais dos trabalhadores garantidos por normas legais imperativas. SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. A autonomia coletiva e os direitos individuais dos trabalhadores. **Revista De Direito Do Trabalho**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.99, p. 65-75, jul/set., 2000, p. 72.

³⁹⁵ ROMITA, Arion Sayão. Princípios em conflito: a autonomia privada coletiva e norma mais favorável - o negociado e o legislado. **Revista De Direito Do Trabalho**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.107, p. 13-27, jul/set., 2002, p. 23. Ainda sobre o assunto, ver: ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim.

Não se concorda com tais disposições, pela posição ideológica que vem sendo apresentada ao longo desta pesquisa. O princípio da proteção não pode, simplesmente, sumir do ordenamento no que tange à negociação coletiva. Ainda que as partes possuam liberdade na negociação, esta não pode vir a trazer uma *reformatio in pejus* aos trabalhadores.

Assim, o lazer não teria como ser suprimido por força de negociação coletiva. Sua concretização impõe-se diante de tal negociação, uma vez que sua redução é impossível, dada sua condição de direito fundamental social. Por isso, não é correto acreditar que apenas porque a Carta Magna previu reconhecimento da negociação coletiva, o direito fundamental ao lazer pode ser suprimido, já que integra a relação de emprego por meio de eficácia imediata.

Para Souto Maior, é equivocado considerar que acordos e convenções coletivas possam, sem qualquer avaliação de conteúdo, reduzir direitos trabalhistas legalmente previstos, apenas porque a Constituição previu o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho em seu art. 7º³⁹⁶.

Ora, como pensar em um desprezo a todo o ordenamento jurídico trabalhista somente em razão de um único inciso do art. 7º? Tal possibilidade é inviável, quiçá, equivocada. Os princípios trabalhistas devem estar presentes em todas as relações laborativas e, ainda mais, no âmbito coletivo, onde a normatividade das cláusulas é latente. Da mesma forma, pensa-se a respeito dos direitos fundamentais, que não podem ser desprezados por conta de um único artigo.

E, sendo o lazer direito fundamental social como é, seria impossível seu desprezo diante de tal inciso. Em verdade, ressalte-se, mais uma vez, que a defesa aqui é a de que as cláusulas de convenção e acordo coletivo devem estar coadunadas ao posto pelo ordenamento jurídico, para que a vontade nelas existente possa ter seguimento.

Se tais cláusulas não se amoldam ao definido pelo ordenamento jurídico, não haverá autonomia privada alguma em razão de uma latente invalidade. Por isso, para que a

Prevalência da negociação coletiva sobre a lei. In: FREDIANI, Yone et alii (coord.) **O direito do Trabalho na sociedade contemporânea**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2001, p. 62-76.

³⁹⁶ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Negociação Coletiva de trabalho em tempos de crise econômica. **Revista Iob Trabalhista E Previdenciária**, São Paulo: IOB, v.20, n.237, p. 49-57, mar. 2009, p. 55.

autonomia privada se consagre no âmbito coletivo, é necessário que haja o respeito aos direitos fundamentais consagrados, incluindo o lazer neste patamar.

Neste sentido, o lazer deve ser observado diante da autonomia privada coletiva no sentido de sua consagração, por meio de garantias de que seja efetivo, como políticas empresariais de lazer, viabilidade do tempo livre etc.

Em resumo, limites à disponibilidade convencional são compatíveis com o ordenamento protetivo consagrado no âmbito trabalhista. No particular, concorda-se com o entendimento de Edilton e Ana Cristina Meirelles, *in verbis*:

O direito é de indisponibilidade absoluta quando merecer uma tutela de nível de interesse público, traduzindo um patamar civilizatório mínimo firmado pela sociedade política em um determinado momento histórico.

[...]

As parcelas de indisponibilidade relativa podem ser objeto de negociação desde que esta não resulte em efetivo prejuízo ao empregado; não podem, no entanto, ser objeto de renúncia, a não ser que a ordem jurídica heterônoma estatal expressamente a consinta. A hipótese de alteração *in pejus* estaria vedada, não só em face do disposto no art. 468 da CLT, no nível dos contratos individuais, como, ainda, em decorrência do princípio do não retrocesso social agasalhado no *caput* do art. 7º da CF/1988, ao qual estão submetidas as normas coletivas³⁹⁷.

Nesses termos, existem direitos que não podem sofrer disposição em momento algum, como já exposto anteriormente, e direitos que possuem uma disponibilidade relativa, condicionada sempre ao princípio da proteção por meio da vedação à *reformatio in pejus* e, principalmente, pelo princípio do não retrocesso social, consagrado no *caput* do art. 7º da CF.

Assim, o direito ao lazer consubstancia um direito que não pode sofrer disposição em momento algum, seja por conta de sua característica de direito fundamental, seja pela vedação ao retrocesso social. O lazer apenas poderá incidir na negociação coletiva para ser garantido, como um *plus* dado ao trabalhador em razão da importância do seu desenvolvimento pessoal.

O lazer não poderia nunca aparecer como direito disponível por meio de convenção ou acordo coletivo, por ser importante na vida do trabalhador. Afirmar que esse direito poderia ser disponível, seria a mesma coisa que retirar a sua efetividade do plano fático, que já é reduzida, como visto alhures.

³⁹⁷ MEIRELES, Ana Cristina Costa; MEIRELES, Edilton. **A intangibilidade dos Direitos Trabalhistas**. São Paulo: LTR, 2009, p. 115.

Em suma, os instrumentos coletivos, por sua natureza normativa, devem ter por objetivo melhorar as condições sociais e econômicas dos trabalhadores, não se prestando à diminuição das garantias já auferidas³⁹⁸. Convém lembrar que o próprio *caput* do art. 7º condiciona a negociação coletiva ao princípio do não retrocesso social, de sorte que a liberdade negocial deve respeitar conquistas já consagradas.

Dessa forma, o direito fundamental social ao lazer deve ser garantido por meio do uso de instrumentos coletivos, já que estes se prestam à melhoria das condições sociais dos trabalhadores.

Ademais, reafirma-se que a autonomia privada não é o único instrumento de garantia do direito ao lazer dentro da relação de emprego. Faz-se necessária a união de todos os instrumentos disponíveis para a garantia desse lazer, seja por meio da tutela do tempo livre, seja por meio de ações afirmativas por parte da empresa, ou por meio da autonomia privada.

Ainda mais, é preciso que haja uma mudança de pensamento e comportamento dos empregados e empregadores com referência ao lazer. A conscientização dos empregados acerca do seu direito ao lazer é muito importante, facilitando sua concretização na relação de emprego. A mudança do pensamento empresarial também se faz deveras necessária para que o direito ao lazer possa ser consagrado de diversas formas na relação de emprego.

³⁹⁸ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Negociação Coletiva de trabalho em tempos de crise econômica. **Revista Iob Trabalhista E Previdenciária**, São Paulo: IOB, v.20, n.237, p. 49-57, mar. 2009, p. 52-53.

6 CONCLUSÕES

Pode-se afirmar, em síntese, que:

I - O homem, em sua essência, é sujeito de direitos inerentes à sua condição humana. Reconhecidos, positivados e assegurados tais direitos, no âmbito constitucional estatal têm-se os direitos fundamentais, que diferem dos direitos humanos quando se referem ao âmbito internacional, independentemente de positivação constitucional, pactuados em normas de direito público internacional.

II - A divisão mais correta acerca do histórico dos direitos fundamentais é aquela em que se concebe a existência de uma fase pré-histórica dos direitos fundamentais, que vai até o século XVI; uma fase intermediária, marcada pela doutrina jusnaturalista e afirmação dos direitos naturais do homem; e uma fase constitucionalista, iniciada em 1776, com as declarações de direitos aos novos Estados americanos e com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França.

III - Os direitos fundamentais não ficaram estagnados nos Textos constitucionais. Pelo contrário, passaram por diversas mutações ao longo de sua evolução histórica,

de modo que se pode conceber a existência de dimensões nos direitos fundamentais, fruto do natural desenvolvimento dos mesmos.

IV – Os direitos de primeira dimensão, dotados de cunho negativo, são resultantes de uma abstenção do Estado, com base no ideal de liberdade. Já os direitos fundamentais de segunda dimensão, chamados direitos sociais, trazem uma atuação positiva do Estado na efetivação dos mesmos, com atenção especial ao ideal revolucionário francês da igualdade. Os direitos fundamentais de terceira dimensão são caracterizados pela proteção de uma coletividade, exprimindo, assim, o ideal de fraternidade. Defende-se, por fim, a existência de uma quarta dimensão de direitos fundamentais, capitaneada, no Brasil, por Paulo Bonavides, na qual estariam caracterizados os direitos à democracia direta e à informação pelo direito ao pluralismo.

V - O Estado Democrático de Direito brasileiro encontra-se pautado nos direitos fundamentais para garantir a sua plena efetividade. A amplitude conferida ao Texto constitucional reforça a impressão sobre a posição de destaque que o constituinte quis outorgar a esses direitos. Em razão disso, observa-se a dignidade da pessoa humana como grande alicerce do ordenamento jurídico brasileiro, já que a pessoa é vista como fundamento e fim da sociedade e do Estado.

VI - A noção de direitos fundamentais deve sempre estar conjugada com a característica da fundamentabilidade desses direitos. Em razão disso, pode-se dividir a fundamentabilidade desses direitos em formal e material. A formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo, sendo resultado daquilo que se encontra positivado no Texto constitucional. Já a material decorre da existência de decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da Sociedade. Observa-se que a fundamentabilidade material é visualizada cada vez que um direito fundamental protege bens e valores consagrados na ordem interna, de sorte a garantir a manutenção do Estado Democrático de Direito.

VII - Através do intermédio da fundamentabilidade material, concebe-se hoje o conceito materialmente aberto, em que se permite a inserção de direitos fundamentais não constantes em seu texto, mas que possuem como característica marcante o fato de serem materialmente fundamentais. O Texto constitucional permite que haja uma cláusula de abertura no tocante aos direitos fundamentais em seu art. 5º, parágrafo 2º.

VIII - Qualquer pessoa, em regra, pode ser titular de direitos fundamentais, independentemente de cor, sexo, opção política ou religiosa, em razão da sua condição de ser humano. Isso não significa que a Constituição não possa restringir alguns dos direitos fundamentais a determinadas categorias de pessoas.

IX - Os deveres fundamentais são deveres instituídos constitucionalmente, com o fulcro de promover a existência pacífica dos direitos fundamentais, haja vista que não se pode ter o gozo pleno de um direito fundamental se não houver o respeito e proteção deste. Dessa maneira, os deveres fundamentais são essenciais para o desenvolvimento dos direitos fundamentais, uma vez que de nada adiantaria existir um direito fundamental se este pudesse ser livremente violado.

X - O art. 5º, §1º da Constituição Federal de 1988 traz como regra a aplicabilidade direta ou imediata das normas de direitos fundamentais. Nesse sentido, os direitos fundamentais incidem, de maneira imediata, nas relações de que participam, sem que haja a necessidade de um procedimento ou legislação para tanto, ainda que tais direitos tragam em seu bojo um programa.

XI - Os direitos fundamentais sociais foram fruto de um processo histórico, relacionado com a segunda dimensão de direitos fundamentais. A nota distintiva entre os direitos fundamentais sociais e outros direitos fundamentais refere-se, justamente, à possibilidade de prestação material objetivando a consagração do direito de igualdade em sua acepção material.

XII - Em razão de mudanças ideológicas, em especial com a quebra da *summa divisio*, temas de direito privado passaram para a esfera do direito público, fenômeno chamado de publicização do direito privado. Conseqüentemente, temas de direito privado também adentraram na esfera do direito público, desenvolvendo o fenômeno da privatização do direito público. A ideia de divisão dicotômica entre os dois grandes blocos do direito foi abrandada, de maneira a não existir mais incomunicabilidade entre eles, mas sim uma divisão para facilitar o estudo.

XIII – Temas de direito constitucional passaram a adentrar no ramo do direito privado, fenômeno denominado de constitucionalização do direito. Os valores, os fins e princípios consagrados no Texto constitucional servem de parâmetro para a validade de todas as normas jurídicas do direito infraconstitucional, consagrando a força normativa da Constituição no sistema democrático atual.

XIV – Através do fenômeno da constitucionalização do direito, as normas que figuram na Constituição passaram a irradiar para todo o ordenamento jurídico, exprimindo valores a serem seguidos.

XV - Os direitos fundamentais são vistos através de perspectiva objetiva e subjetiva. A perspectiva subjetiva consiste na capacidade que eles possuem de gerar direitos subjetivos passíveis de proteção judicial. Já a perspectiva objetiva pauta-se na ideia de que os direitos fundamentais consagram valores ou fins que uma comunidade propõe-se a seguir.

XVI - A violação a direito fundamental, por particular, em uma relação privada deve ser combatida justamente porque essa ofensa representa uma ofensa ainda maior aos valores e fins da comunidade. Assim, a autonomia privada é limitada para proteger os indivíduos da opressão exercida pelos particulares na contemporaneidade. Ademais, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais serve como justificativa para certas limitações impostas a esses direitos, em detrimento do interesse da coletividade.

XVII - O Poder Judiciário deve ostentar postura ativa diante de uma violação a direito fundamental, consagrando-se, assim, uma jurisprudência incisiva e criativa diante dos arbítrios relacionados aos direitos fundamentais. No entanto, o Poder Judiciário deve ser coerente em suas decisões, adotando interpretações e linhas argumentativas fundamentadas, sempre se pautando na segurança jurídica que permeia as relações entre a sociedade e o Judiciário. Este deve atuar com base nos ditames da transparência e coerência, de modo a garantir à sociedade decisões que expressem sua vontade, uma vez que é a própria sociedade a fornecedora de valores que devem embasar as suas decisões.

XVIII - A doutrina da *state action*, surgida na Alemanha e consagrada nos EUA, nega a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, partindo da concepção de que somente o Estado pode ser sujeito passivo desses direitos, de modo a serem os direitos fundamentais apenas direitos de defesa diante do Estado. Utiliza-se o argumento de que as *states actions* preservariam tanto a autonomia privada como a dos Estados, uma vez que existe a imposição, pelo Pacto Federativo, de que somente os Estados legislem sobre normas de direito privado, a não ser quando a matéria envolva comércio interestadual ou internacional. No entanto, essa teoria foi relativizada nos EUA, através da *public function theory*, de modo que o sujeito de

direito privado que pratica atividade de natureza estatal fica sujeito às limitações impostas pelos direitos fundamentais.

XIX - A teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas defende que esses direitos estendam-se aos particulares de maneira mediata, através da concretização, por parte do legislador privado, de normas compatíveis com valores constitucionais, uma vez que essas irradiam por todo o ordenamento jurídico. Em relação ao Judiciário, restam-lhe duas principais tarefas. A primeira delas consiste na interpretação das normas de direito privado em conformidade com as normas de direitos fundamentais, de modo a refletir uma interpretação segundo a Constituição, e a outra é preencher as cláusulas gerais criadas pelo legislador, bem como os conceitos jurídicos indeterminados com os valores que decorrem ou alicerçam as normas de direito fundamental.

XX - A teoria da eficácia direta e imediata defende que os direitos fundamentais têm efeitos absolutos, de modo a não carecerem de mediação legislativa para serem aplicados. Justifica-se tal conduta devido à constatação de que as ofensas aos direitos fundamentais não provêm somente do Estado, mas também dos poderes sociais e de terceiros particulares. O direito português e o espanhol admitem essa teoria. No Brasil, houve manifestação do STF no sentido de admitir a utilização da eficácia direta, pelo recente julgado Recurso Extraordinário 201819, no qual se concluiu que as violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado.

XXI – De acordo com a teoria dos deveres de proteção, não basta que o Estado se abstenha de violar direitos fundamentais. É necessário que ele promova a proteção destes direitos perante ameaça ou lesão advinda de terceiro ou particular. Essa teoria baseia-se na ideia de que cabe ao Legislativo, e não ao Judiciário, a realização de uma “ponderação” entre autonomia privada e direitos fundamentais.

XXII - Observa-se, portanto, que a teoria dos imperativos de tutela se aproxima da teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais, uma vez que ambas se baseiam em uma atuação do Legislativo, em primeiro plano, para a concretização dos direitos fundamentais. Para as duas teorias, o Judiciário deve atuar pautado na interpretação conforme a Constituição e, na impossibilidade desta, deve realizar a integração das normas de natureza privada através das cláusulas gerais. Embora a

justificativa para a adoção de uma ou outra teoria seja diferente, seus efeitos são extremamente semelhantes.

XXIII - No âmbito da interação entre direitos fundamentais e relações privadas, existem outras teorias para justificar a incidência desses direitos nos conflitos particulares. A primeira delas, desenvolvida por Jüngen Schwabe, na Alemanha, é denominada de “teoria da convergência estatista”, em que o Estado sempre é o responsável último pelas lesões a direitos fundamentais que têm origem nas relações privadas, já que o exercício da autonomia privada é sempre oriundo de uma autorização estatal. A outra teoria é sustentada por Robert Alexy, também na Alemanha, chamada de “teoria integradora”, onde se reúnem três correntes aparentemente divergentes: teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, teoria da eficácia direta e imediata e a teoria dos deveres de proteção estatais. A teoria integradora de Robert Alexy é enquadrada na teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações particulares, pois cada nível de eficácia defendido pelo autor se refere a um aspecto da mesma coisa, conduzindo a um mesmo resultado, quer seja, a eficácia imediata.

XXIV - Os direitos fundamentais encontram-se presentes nas relações individuais e coletivas de trabalho, de modo que, no tocante à aplicação desses direitos nas relações de emprego, os direitos fundamentais funcionam como postulados que conformam a atuação do Estado e como vetores interpretativos da Constituição e da legislação ordinária, incluindo a legislação trabalhista.

XXV - Em verdade, a própria estrutura brasileira demanda uma atuação efetiva na proteção dos direitos fundamentais, haja vista que o País ainda sofre com os problemas relacionados à desigualdade social. A própria estrutura do contrato de trabalho demonstra necessidade de atuação dos direitos fundamentais no âmbito deste tipo de pacto, porque o trabalhador, ao celebrar esse contrato, cede ao empregador sua força de trabalho, de modo a gerar uma relação de “dependência” entre eles.

XXVI – A relação existente no contrato de trabalho encontra-se desequilibrada. No Brasil, faltam empregos e sobram pessoas que querem trabalhar. Para o empregador, a situação é bem conveniente. Já para o trabalhador, a situação é desesperadora. Este se submete a diversas ofensas aos seus direitos fundamentais em razão da necessidade do emprego.

XXVII - A inserção dos direitos fundamentais nas relações de emprego funcionaria como meio de driblar as desigualdades promovidas no ordenamento brasileiro, principalmente no tocante às injustiças sociais cometidas contra o trabalhador. Este deve ser visto como sujeito de direitos trabalhistas, sem que seja esquecida sua condição de cidadão, ainda que no âmbito laboral.

XXVIII - Outra justificativa para a inserção dos direitos fundamentais nas relações de emprego é a existência de subordinação jurídica como elemento da relação de emprego, de modo a conferir ao empregador certos poderes para alcançar os fins desejados no âmbito dessa relação. O exercício desses poderes, aparentemente, não traz malefício algum ao empregado. Contudo, as formas de controle e fiscalização, o modo como essas são exercidas e o estabelecimento de certas punições de caráter vexatório ou ilegal podem extrapolar a proporcionalidade esperada, de modo a atentar ou violar direitos fundamentais.

XXIX - O contrato de trabalho é marcado por uma relação aparentemente horizontal, pois, em verdade, os sujeitos dessa relação encontram-se em situação de desigualdade fática, na qual o empregador detém o poder social. Essa afirmação justifica, por si só, a vinculação do empregador aos direitos fundamentais, já que sua incidência promove um equilíbrio na relação contratual estabelecida. Contudo, ainda que não se trate de uma relação desequilibrada, a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais é possível, já que a autonomia privada não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias fundamentais de terceiros.

XXX - Somente a eficácia direta imediata consegue coibir práticas atentatórias a direitos fundamentais, pois não existe, ao empregador, escusa na sua conduta, já que esta viola o Texto constitucional. Dessa maneira, entende-se que a vinculação direta é a solução mais plausível diante da desigualdade marcante que ronda o contrato de trabalho.

XXXI – O lazer, direito fundamental social dotado de eficácia, relaciona-se com o trabalho na medida em que teve sua maior visibilidade através da Revolução Industrial, onde, de um lado, o trabalho era visto como meio de garantir maior desenvolvimento industrial, com maiores margens de lucro, enquanto o lazer era visto sob a perspectiva de necessidade de recuperação do empregado.

XXXII - A expressão “trabalho” é, nos dias atuais, vista sob uma perspectiva positiva por meio dos sinônimos populares – serviço remunerado, emprego, atividades físicas ou intelectuais etc. No entanto, nem sempre o trabalho foi visto sob uma ótica positiva. Em verdade, esse termo nasceu como uma concepção depreciativa, possuindo em seu conteúdo a característica de penalidade.

XXXIII - Somente com a Revolução Francesa e conseqüente mudança de paradigmas no tocante aos direitos fundamentais sociais, é que a definição de trabalho como pena foi sendo abandonada, dando lugar à concepção de trabalho como direito fundamental capaz de dignificar o homem, atribuída ao pensamento religioso.

XXXIV - O valor do trabalho era difundido pela sociedade por uma perspectiva religiosa, afinal, a Igreja não condenaria aqueles que trabalhavam para usufruir de bens, e sim aqueles que não trabalhavam e queriam usufruir dos mesmos bens. Somente o trabalho levaria tais homens a um lugar no Reino dos Céus.

XXXV - As revoluções industriais acabaram por determinar que o modelo ideal de trabalho era aquele em que o labor deveria ser excessivo, com apenas momentos de tempo livre. A única fonte de subsistência deveria ser aquele labor, de sorte que o empregado dependesse daquele salário para manter a si e a sua família. A jornada de trabalho dos obreiros envolvia períodos de dez, doze, quatorze ou até mais horas seguidas, não havendo diferenciação entre mulheres, idosos, homens e crianças.

XXXVI - A redução de jornada deveria ocorrer, segundo os pensadores da época, mas deveria ter como motivo principal a tutela do tempo livre do trabalhador. Assim, a redução de jornada operaria como uma forma de fazer com que aquele trabalhador pudesse gozar, em algum momento, de um tempo só seu, em que poderia descansar, exercer atividades lúdicas, esportivas etc.

XXXVII - Em suma, compreende-se que a relação tempo, trabalho e dignidade deve ser vista sob um ângulo de consagração da dignidade humana, pois, por meio da dignidade, o trabalhador verá seu tempo livre ser respeitado em contrapartida aos momentos de trabalho. Contudo, tempo livre não se relaciona apenas com o trabalho, mas também com quesitos outros, como o direito ao lazer.

XXXVIII - Defende-se que o conceito de lazer deve estar associado a um tempo do indivíduo e para o indivíduo, visando ao seu pleno desenvolvimento, de modo a serem excluídas, desse mesmo tempo, obrigações relacionadas ao trabalho, família, religião, política e descanso.

XXXIX – Descanso revela, em verdade, períodos em que o indivíduo tenha a chance de se recuperar da fadiga e estresse referentes às obrigações desenvolvidas. Descanso e lazer estão inclusos dentro do tempo livre, considerando-se que é nesse tempo que o indivíduo tem à sua disposição as atividades relacionadas à recuperação do corpo e da mente e relacionadas ao desenvolvimento do lazer serão desenvolvidas.

XL - Lazer e descanso não se confundem, porque o lazer não é visto a partir da perspectiva de recuperação do indivíduo no tocante à fadiga laboral. Lazer é visto por uma perspectiva positiva, relacionada a atitudes que culminam no desenvolvimento pessoal do indivíduo por meio de atividades consideradas prazerosas. Descanso, por sua vez, encontra-se na vertente da recuperação das energias para um maior e melhor rendimento do trabalhador diante da produção empresarial. Assim, os períodos de descanso guardam o ranço da Revolução Industrial, ávida por uma produtividade exacerbada. O lazer segue no sentido contrário, pois estimula o empregado a desfrutar de atividades prazerosas, seja dentro ou fora da jornada de trabalho.

XLI - Em verdade, o conceito de lazer também não se confunde com a figura do ócio, embora, muitas vezes, tais palavras sejam usadas como sinônimos ou antônimos.

XLII – Ócio seria o período que o ser humano necessita que não possua uma finalidade específica. O ócio teria, então, seu conceito formulado pelo critério finalístico: se a atividade desenvolvida não possui uma finalidade específica, seja esta laboral, obrigacional, de descanso ou lazer, tal atividade estaria relacionada ao exercício do ócio.

XLIII - Lazer, então, constitui atividade humana enquadrada no conceito amplo de cultura, haja vista que seu exercício promove um desenvolvimento social considerado indispensável para a tutela da dignidade humana. E, sendo cultura, visto sob a perspectiva de promoção do indivíduo, o lazer se divide em cinco esferas

efetivadoras de seu conteúdo: lazeres físicos, lazeres artísticos, lazeres práticos, lazeres intelectuais e lazeres sociais.

XLIV - O lazer físico seria aquele relacionado com o movimento do corpo, seja por meio de caminhadas, seja por meio de esportes em geral, seja por meio de ginástica etc. Todo lazer que envolvesse uma movimentação do corpo humano em busca de uma satisfação pessoal poderia se encaixar no conceito de lazer físico.

XLV - Os lazeres artísticos estariam associados à vivência de situações culturais que estejam relacionadas a funções de entretenimento. Conforme tal entendimento, tem-se que os interesses artísticos acabam por se ligar ao imaginário humano, ao seu conteúdo estético na busca por um encantamento, beleza, de sorte a abranger todas as manifestações artísticas.

XLVI - Os lazeres práticos, por sua vez, relacionam-se a atividades cotidianas realizadas dentro de casa. Esses lazeres práticos encontram-se firmados por meio de atividades manuais, capazes de manipulação de objetos ou sua transformação, como artesanato e costura.

XLVII - Tratando dos lazeres intelectuais, é de suma relevância que se ressalte sua relação com questões referentes ao raciocínio humano.

XLVIII - Por fim, o lazer ainda pode ter seu conteúdo associado à perspectiva social, pautado na interação com outras pessoas. Nesse sentido, o lazer social permite a interação entre indivíduos, de sorte a motivar uma condição de integração social.

XLIX – Com referência aos lazeres turísticos, o que não se pode esquecer é que o conteúdo do lazer engloba atividades turísticas, sejam elas encaixadas em classificação própria ou nas classificações de lazer artístico e social.

L - Determinar as funções do lazer significa muito mais do que dizer que diversão faz bem para a saúde física e mental ou que, com o lazer, o estresse do dia a dia é aliviado. Nas suas funções, percebe-se uma valorização dos conteúdos apresentados como integrantes do lazer, afinal, consagram os meios educacionais, integrativos, recreativos e culturais.

LI - O lazer ainda atua a serviço da diferenciação dos indivíduos na sociedade por meio da liberação do cansaço e atividades de cunho prazeroso, de maneira que esses poderiam se desenvolver sem levar em consideração comportamentos

estereotipados. Assim, o lazer atua no desenvolvimento da personalidade do indivíduo.

LII - O lazer ainda funciona como meio de promoção da liberdade por garantir que o indivíduo seja livre para escolher suas atividades, sejam elas relacionadas ao físico, social, artístico, manual ou intelectual.

LIII - Entretanto, sabe-se que a função do lazer mais explorada é a função de recuperação psicossomática ou função reparadora, porque, por meio desta, o indivíduo poderá gozar de atividades que o levem à recuperação física ou mental.

LIV – Por conta de tais funções e conteúdo, percebe-se que o lazer é um direito de suma importância, que deve ser percebido a partir da perspectiva dos direitos fundamentais sociais. O direito ao lazer foi consagrado expressamente no rol dos direitos sociais do art. 6º da Constituição Federal de 1988, juntamente com direitos outros, tão caros ao indivíduo, como educação, saúde, previdência, alimentação, trabalho e moradia.

LV - É importante salientar que a Constituição Federal de 1988 preocupa-se com o lazer em outras passagens, ainda que não utilize expressamente a nomenclatura “lazer”. Isso ocorre no art. 7º, art. 217, art. 227, dentre outros.

LVI - Contudo, apenas tal menção e certas passagens no Texto constitucional não são suficientes para garantir a concretização do direito ao lazer como um todo. Políticas públicas, posturas ativas da sociedade e dos governantes, bem como políticas educacionais são necessárias para difundir esse direito fundamental social na comunidade.

LVII - E isso não exclui a relação de emprego, relação tipicamente privada, conforme visto alhures, que comporta incidência dos direitos fundamentais nela. A interação entre lazer e trabalho demonstra que a vinculação dos particulares ao direito fundamental ao lazer consubstancia uma temática deveras interessante.

LVIII - A garantia do direito ao lazer, no âmbito preventivo, na relação de emprego pode se dar com a atuação do Ministério Público do Trabalho, que, no exercício de suas funções, deve combater qualquer conduta que viole ou ameace a dignidade da pessoa do trabalhador. O MPT, além desta função, pode atuar de forma repressiva, através de inquéritos, para que possa apurar se realmente são existentes as

condutas violadoras do direito ao lazer ou com legitimidade ativa no tocante a ações judiciais, caso em que o dano já estará instalado.

LIX - Pode-se pensar na tutela do direito ao lazer através da teoria da eficácia mediata, uma vez que esta determina que cláusulas gerais sejam integradas. Configurando a violação ao direito ao lazer como abuso de direito, cláusula geral, haveria a possibilidade de utilização da referida teoria. Contudo, esta não é a melhor solução, uma vez que há condicionantes na sua aplicação, quer seja a elaboração, por parte do legislador privado, de normas que constituam cláusulas gerais.

LX - Acredita-se que a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais tem aplicabilidade em casos de garantia do direito ao lazer, em razão de ele ser fruto da desigualdade existente na relação entre empregador e empregado, merecedor de reparação. Isso se dá, pois, como já mencionado alhures, a relação lazer e trabalho sempre esteve atrelada ao capital, com conseqüente majoração de lucros e desrespeito ao trabalhador.

LXI - O direito fundamental social ao lazer, sendo direito fundamental como é, tem eficácia imediata nas relações trabalhistas, dotadas, em sua maioria, de um desequilíbrio latente pelo fato de o empregador deter um poder social capaz de reduzir a vontade daquele trabalhador, que necessita do emprego para seu sustento e de sua família. Partindo-se desta premissa, vê-se a necessidade de concretização desse direito fundamental social, afinal, é por meio dele que o trabalhador irá conseguir entrar em contato consigo mesmo, de sorte a fruir de um momento de recuperação, recreação e desenvolvimento pessoal.

LXII - Com a tutela do tempo livre, estar-se-ia protegendo o lazer de maneira indireta, pois, quanto mais tempo disponível tem o trabalhador, mais esse tempo pode ser revertido às atividades de lazer. Dessa maneira, defende-se que a tutela do tempo livre acabaria por consagrar o direito ao lazer nas relações de emprego.

LXIII - O ordenamento jurídico brasileiro acabou por estipular períodos de intervalos e descansos, além de fixar jornada de trabalho, buscando tutelar o tempo livre do trabalhador. O problema é referente à mudança de interpretação dos institutos por parte dos empregadores. Almeja-se evitar a violação no tocante à tutela do tempo livre, desta maneira, o direito fundamental ao lazer poderia ser protegido. No

entanto, por diversas vezes, a violação ocorre e só resta ao empregado a via judicial para amenização do problema.

LXIV - Exemplo disso é o chamado dano moral existencial, tese ainda recente, inaugurada nos Tribunais trabalhistas para conferir um valor *in pecunia* referente à violação de direitos fundamentais relacionados à própria existência do trabalhador, tal como é o direito ao lazer.

LXV - Defende-se, com referência a uma possível redução de jornada, que esta, embora possa trazer benefícios ao desemprego que assola a população, deve ser vista sob a perspectiva do bem-estar do trabalhador, afinal, de nada adianta que a jornada de trabalho seja reduzida se o mesmo terá salários mais baixos ou terá que laborar em um ritmo muito acelerado para compensar o horário menor.

LXVI - Defende-se que a eficácia imediata do direito ao lazer pode resultar em posturas ativas do empregador na relação laboral, seja durante a jornada de trabalho ou durante o tempo livre do trabalhador. Exemplo disso são as empresas que oferecem jogos no local de trabalho, tais como pebolim, mesa de ping-pong, sinuca; que fornecem atividade física ao seu empregado; que possuem quadras de esportes, salões de danças e espaços de convivência etc.

LXVII – Acredita-se que a autonomia privada pode ser um instrumento de garantias ao trabalhador, em especial se aliada aos direitos fundamentais. Por isso, a autonomia privada pode ser utilizada como garantia do direito ao lazer, uma vez que este, na qualidade de direito fundamental social com eficácia direta na relação de emprego, deve ser levado em consideração nas negociações entre os indivíduos.

LXVIII – A autonomia privada pode atuar como concretizadora do direito ao lazer nas relações individuais ou coletivas de trabalho. Nas relações individuais, marcadas pela desigualdade, o lazer, dada a sua importância na vida do trabalhador, como trabalhador e cidadão, não pode ser deixado de lado na negociação entre empregador e empregado, sob pena de tornar inócua a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações de emprego.

LXIX – Já com referência à autonomia privada coletiva, o interesse coletivo é capaz de efetivar o lazer nas relações de emprego, é por meio dele que se defende a melhoria das condições de trabalho e da condição de cidadão do trabalhador. Assim, a concretização do lazer ocorre não só por uma melhoria na relação de emprego,

mas também porque esse trabalhador possui tal direito como cidadão. Ora, o direito ao lazer deve ser realizado não só no ambiente de trabalho, como também fora dele. O interesse coletivo é capaz de viabilizar tais tutelas.

LXX – Acordo e convenção coletiva podem atuar no sentido de efetivar o direito fundamental social ao lazer. Exemplo disso são convenções e acordos coletivos que trazem em seu bojo disposições sobre a tutela do tempo livre ou mesmo sobre ações relacionadas ao lazer dos trabalhadores.

LXXI - O direito ao lazer não poderia ser considerado disponível na negociação coletiva. Não é porque se trata de negociação entre entes iguais que o lazer haverá de ser desprezado, ele vincula os particulares nas relações por eles travadas, de sorte que a vontade das partes só funcione se houver uma conformidade da mesma com os ditames do ordenamento.

LXXII - A autonomia privada não é o único instrumento de garantia do direito ao lazer dentro da relação de emprego. Faz-se necessária a união de todos os instrumentos disponíveis para a garantia desse lazer, seja por meio da tutela do tempo livre, seja por meio de ações afirmativas por parte da empresa, ou por meio da autonomia privada.

LXXIII - É necessário que haja uma mudança de pensamento e comportamento dos empregados e empregadores referente ao lazer. A conscientização dos empregados sobre seu direito ao lazer é muito importante, na medida em que facilita sua concretização na relação de emprego. A mudança do pensamento empresarial também se faz deveras necessária para que o direito ao lazer possa ser consagrado de diversas formas na relação de emprego.

REFERÊNCIAS

AIRES, Mariella Carvalho de Farias. O papel do Ministério Público do Trabalho na Efetivação dos Direitos Humanos Postivados. In: **Revista de Direito do Trabalho** n. 122, Ed. RT, 2006.

ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2007.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

ANDRADE, José Vicente de. **Lazer – princípios, tipos e formas na vida e no trabalho**. Belo Horizonte: Autêntica, 2001.

APPIO, Eduardo. **Direito das Minorias**. Prefácio Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ARAÚJO, Adriana Hilgenberg de. Limites da autonomia normativa coletiva: controle exercido pelo Ministério Público do Trabalho. **Revista De Direito Do Trabalho**, Curitiba: Genesis, n.77, p. 651-668, maio, 1999.

ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. Autonomia da Vontade no Direito Contratual. **Revista De Direito Privado**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v.7, n.27, p. 279-292, jul./set. 2006.

ARENDDT, Hanna. **A condição Humana**. Trad. Roberto Raposo. Postfácio de Celso Lafer. 10. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. **Samuel, Kot S.R.L.** 1958 T. 241, P. 291. Disponível em: <http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/BuscadorSumarios>. Acesso em: 26 de agosto de 2009.

ARISTÓTELES. **A política**. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.

AROUCA, José Carlos. Reforma sindical e democracia. **Revista De Direito Do Trabalho**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.31, n.119, p. 151-162, jul. /set. 2005.

AZNAR, Guy. **Trabalhar menos para trabalharem todos**. Trad. Louise Ribeiro e Xerxes d'Almeida. São Paulo: Editora Página Aberta, 1995.

BALLALAI, Augusto Luppi. A vontade como elemento primordial no direito privado. **Revista De Direito Privado**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v.8, n.32, p. 21-31, out. / dez. 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 240, 1-42, abr/jun. 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**, v. II, São Paulo: Saraiva, 1989.

BEZERRA, Paulo César Santos. **Temas Atuais de Direitos Fundamentais**. Ilheús: Editus, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do Devido Processo Legal nas Relações Privadas**. Salvador: Juspodivm, 2008.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 5.798/2009**. Institui o Programa de Cultura do Trabalhador, cria o Vale-Cultura e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=445427>. Acesso em: 05 de julho de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em ADI 3540**. Relator: Celso de Mello. D.J.01/09/05. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>. Acesso em: 15 de abril de 2009.

_____. **RE 477554 AgR / MG - MINAS GERAIS. AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO**. Relator: Celso de Mello. D.J.16/08/2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>. Acesso em: 12 de julho de 2012.

_____. **HC 93250/MS**. Relatora: Ellen Gracie. D.J em 10/06/08. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>. Acesso em: 15 de abril de 2009.

_____. **RE 349703 – RS**. Relator Carlos Britto, D.J 05/06/09. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>. Acesso em: 15 de abril de 2009.

_____. **Extradição n. 986 – Bolívia**. Relator: Eros Grau. Tribunal Pleno. D.J. 15/08/07. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>. Acesso em: 15 de abril de 2009.

_____. **RE 201819 / RJ - Rio de Janeiro**, Relator(a) Ellen Gracie, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes , D.J.: 11/10/2005, Órgão Julgador: Segunda Turma. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>. Acesso em: 10 de agosto de 2009.

_____. **Recurso Extraordinário RE 160222 / RJ - RIO DE JANEIRO**, Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, D.J.: 11/04/1995, Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>. Acesso em: 10 de agosto de 2009.

_____. **Recurso Extraordinário RE 161243-6/ DF – Distrito Federal**, Relator: CARLOS VELLOSO, D.J: 29/10/1996, Órgão Julgador: Segunda Turma. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>. Acesso em: 10 de agosto de 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 893725 / PR AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2006/0219140-9**, Relator: Humberto Martins. Segunda Turma. D.J. 23/04/09. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?>. Acesso em: 15 de abril de 2009.

_____. **REsp 811608 / RS RECURSO ESPECIAL 2006/0012352-8**, Relator: Luiz Fux, 1ª Turma. D.J 15/05/07. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?>. Acesso em: 15 de abril de 2009.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Embargos em Recurso de Revista nº TST-E-RR-254100-09.2003.5.02.0462**, Relator: João Batista Brito Pereira, Embargante

DIONE MARCOS FERREIRA DA SILVA, Embargada VOLKSWAGEN DO BRASIL LTDA. DJ 23 de setembro de 2010. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em: 20 de maio de 2012.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Acórdão n. 0000105-14.2011.5.04.0241**. Redator: José Felipe Ledur, DJ 14/03/2012. Disponível em: <http://www.trt4.jus.br>. Acesso em: 19 de julho de 2012.

_____. **Legislação de Direito Internacional Privado**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Cúria, Lívia Céspedes e Juliana Nicoletti. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

_____. Ministério da Saúde. **Doenças relacionadas ao trabalho – manual de procedimento para os serviços de saúde**. Brasília, 2001.

CABRAL, Érico de Pina. A autonomia. **Revista De Direito Privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.19, p. 83-129, jul. set., 2004.

CALVET, Otávio Amaral. **A eficácia horizontal imediata do direito social ao lazer nas relações privadas de trabalho**. 2005. 175 p. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005.

CAMARGO, Luiz Octávio de Lima. **Educação para o lazer**. São Paulo: Moderna, 1998.

CAMPANHA Prata da Casa. **Avantare clientes**. Disponível em: <http://www.avantare.com.br/clientes/petrobras/prata-da-casa>. Acesso em: 05/07/2012.

CANARIS, Claus Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina,[19--].

_____. **Direito Constitucional**. 6. ed., Coimbra: Almedina, 1993.

CARREIRO, Líbia Martins. Morte por Excesso de Trabalho (Karoshi). **Revista do TRT da 3ª Região**, Belo Horizonte, Ed. 76, jul/dez 2007. Disponível em: www2.trt3.jus.br/escola/revista/paginas_rev/ver_76.htm. Acesso em: 07 de julho de 2012.

CASTELLANI FILHO, Lino. Gestão municipal e política de lazer. In: ISAYAMA, Hélder Ferreira; LINHARES, Meily Assbú (Org.). **Sobre lazer e política: maneiras de ver, maneiras de fazer**. Belo Horizonte: editora UFMG, 2006, 119-135.

CHEMIN, Beatris Francisca. **Constituição e lazer: uma perspectiva do tempo livre na vida do (trabalhador) brasileiro**. 1. ed., 4ª reimp. Curitiba: Juruá, 2012.

CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes; SANTA MARIA, Filipe Diffini. Negociações coletivas de trabalho – resultados obtidos em exemplos pesquisados. **Revista LTr – Legislação do Trabalho**. São Paulo: LTR, v. 73, n. 11, nov. p. 1316-1333, 2009.

COELHO, Luiz Eduardo de Toledo. Os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana aplicados às relações privadas. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Ltr. Ano 16, n. 62, jan-mar, 216-239, 2007.

COMEÇA nesta terça Circuito Cultural Banco do Brasil em Cuiabá. **BBLOG – blog dos funcionários do Banco do Brasil**. Disponível em: <http://www.romildo.com/blog/noticia/2009/06/comeca-nesta-terca-circuito-cultural-banco-do-brasil-em-cuiaba>. Acesso em: 05 de junho de 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CONHEÇA as mordomias que Google, Facebook e outras empresas oferecem aos seus funcionários. **Ceviu blog**. Disponível em: <http://www.ceviu.com.br/blog/info/noticias/curiosidades/conheca-as-mordomias-que-google-facebook-e-outras-empresas-oferecem-aos-seus-funcionarios>. Acesso em: 05/07/2012.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Interpretação dos direitos fundamentais sociais, solidariedade e consciência de classe. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves e CORREIA, Érica Paula Barcha. **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Trabalho e Pena. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Paraná, v. 32, 1999, p. 7-23. Disponível em: ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/1872/1567. Acesso em: 02 de julho de 2012.

CULTURA do Google. **Sobre a empresa Google**. Disponível em: <http://www.google.com/intl/pt-BR/about/corporate/company/culture.html>. Acesso em: 05/07/2012.

CUNHA JR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2008.

DE DECCA, Edgar Salvadori. E. P. Thompson: tempo e lazer nas sociedades modernas In: BRUHNS, Heloísa Turini. **Lazer e ciências sociais: diálogos pertinentes**. São Paulo: Chronos, 2002, 59-73.

DE MASI, Domenico. **O ócio criativo**: entrevista a Maria Serena Palieri. Trad. Léa Manzi. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

_____. **O futuro do trabalho**: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial. Trad. Yadyr A. Figueiredo. 7. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2003.

_____. Perspectivas para o trabalho e o tempo livre. In: DAMINELI, Mario (coord. Editorial). **Lazer numa sociedade globalizada: leisure in a globalized society**. Editores: Erivelto Busto Garcia e Francis Lobo. Trad. Mario Bresighello. São Paulo, SESC/WLRA, 2000.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTR, 2009.

_____. _____. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006.

_____. Direitos fundamentais na relação de trabalho. **Revista LTr**. São Paulo, v. 70, p. 657-667, junho de 2006.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. **Nota técnica 91**. São Paulo, 2010. Disponível em: www.dieese.org.br. Acesso em: 19 de julho de 2012.

DESCARTES, René. **Discurso do Método**. 3. ed, ver. e ampl. São Paulo: Martins Fontes, 2007, P. 33-34.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª Tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DONATO, Messias Pereira. Princípios do Direito coletivo do trabalho. **Revista LTr – Legislação do Trabalho**. São Paulo: LTR, v.71, n.12, p. 1418-1424, dez. 2007.

DUARTE, Ícaro de Souza. A posição hierárquica da Convenção Coletiva de Trabalho. **Revista De Direito Do Trabalho**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.36, n.139, p. 47-75, jul./set. 2010.

DUMAZEDIER, Joffre. **Sociologia empírica do lazer**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1979.

_____. **Lazer e Cultura Popular**. Trad. Maria de Lourdes Santos Machado. 3. ed., 1ª reimp. São Paulo: Editora Perspectiva, 2001.

_____. **Vers une civilisation du loisir?** Tradução livre da autora. Paris: Éditions du Seuil, 1962.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes.

ESCRIBANO GUTIÉRREZ, Juan. **Autonomia individual y colectiva en el sistema de fuentes del derecho del trabajo**. Madrid: CES, 2000.

EU FAÇO cultura: grupo Monobloco e Oficinas de Percussão em Maio. **Associação do Pessoal da Caixa Econômica Federal do Rio Grande do Sul**. Disponível em: http://www.apcefrs.org.br/noticias/show_news.php?subaction=showfull&id=1302629923&archive=&template=novo_destques. Acesso em: 05 de julho de 2012.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: teoria geral**. 8. ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FEYERABEND, Paul. **Contra o método**. Trad. Octanny S. da Mata e Leônidas Hegenberg. Rio de Janeiro: Francisco Alves Editora, 1977.

FERRARESI, Camilo Stangherlim. **O direito ao lazer da portadora de necessidades especiais na Constituição Federal**. São Paulo: Porto das Ideias, 2012.

FERREIRA, Aurélio B. de Hollanda. **Minidicionário da língua portuguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 2. ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. Os Direitos Fundamentais Implícitos e seu reflexo no Sistema Constitucional Brasileiro. **Revista Jurídica Virtual**. Brasília. v. 8, n. 82, dez./jan., 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_14/direitos_fund.htm. Acesso em: 15 de julho de 2009.

FRIEDMANN, Georges. O lazer e a Civilização tecnicista. In: OLIVEIRA, Paulo de Salles (org). **O lúdico na Cultura Solidária**. São Paulo: Hucitec, 2001, p. 115-130.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Vol. 1. Parte Geral, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GALINDO, Bruno. **Direitos Fundamentais: Análise de sua Concretização Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2003.

GASPAR, Ricardo Carlos. **As fronteiras do possível: trabalho, lazer e civilização**. São Paulo: Germinal, 2003.

GOÉS, Maurício de Carvalho. Os direitos fundamentais nas relações de emprego: da compreensão às novas tendências. **Revista Magister de direito trabalhista e previdenciário**. Porto Alegre, nº 37, Nov/dez, 2008.

GÓIS, Luiz Marcelo Figueiras de. Princípios da Negociação Coletiva de Trabalho. **Revista LTr – Legislação do Trabalho**. São Paulo: LTR, v.741, n.2, p. 213-224, fev. 2010.

GOMES, Fábio Rodrigues. Direito Fundamental ao trabalho: uma miragem discursiva ou uma norma efetiva? In: SARMENTO, Daniel; PEREIRA, Cláudio (Org.). **Direitos sociais fundamentais, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

GOMES, J. Miguel Lobato. Livre iniciativa, autonomia privada e liberdade de contratar. In: NALIM, Paulo (org.) **Autonomia Privada na Legalidade Constitucional**: contrato e sociedade, volume III. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2005, p. 255-256.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 19. ed. atual. Por José Augusto Rodrigues Pinto e Otávio Augusto Reis de Sousa. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. _____. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica e a Constituição Federal de 1988**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação**: sua aplicação às relações de trabalho. São Paulo: LTR, 2010.

GUTIERREZ, Gustavo Luís. **Lazer e Prazer**: questões metodológicas e alternativas políticas. Campinas: Autores associados, chancela editorial CVCE, 2001.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

HECK, Luís Afonso. Direitos Fundamentais e sua Influência no Direito Civil. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 29, jan/mar, 1999.

HERKENHOFF, João Baptista. **Gênese dos direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Santuário, 2002.

HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Madrid: Editorial Civitas, 1995.

ISHAY, Micheline R.(org.) **Direitos humanos: uma antologia** – Principais escritos políticos, ensaios, discursos e documentos desde a Bíblia até o presente. Trad. Fábio Duarte Joly. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2006.

INSTITUTO PRÓ-LIVRO. **Pesquisa Retratos da Leitura no Brasil**. Apoio ABRELIVROS, CBL, e SNEL. 3. ed. Brasília, 2012.

IWANOVICZ, Bárbara. Aspectos psicológicos do lazer. In: BRHUNS, Heloisa Turini (org.). **Introdução aos estudos do lazer**. Campinas: Unicamp, 1997.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 5. ed. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Antônio Boeira. São Paulo: Perspectiva, [19--].

KURZ, Robert. A ditadura do tempo abstrato. In: DAMINELI, Mario (coord. Editorial). **Lazer numa sociedade globalizada: leisure in a globalized society**. Editores: Erivelto Busto Garcia e Francis Lobo. Trad. Mario Bresighello. São Paulo, SESC/WLRA, 2000.

LARFARGUE, Paul. **O direito à preguiça**. Trad. J. Teixeira Coelho Netto. São Paulo: Editora Kairós, 1980.

_____. O direito ao ócio. In: DE MASI, Domenico. **A economia do ócio**. Trad, org. e intr. de DA COSTA, Carlos Irineu W.; JORGENSEN JÚNIOR, Pedro e MANZI, Léa. Rio de Janeiro: Sextante, 2001.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direitos Humanos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LEITE, Celso Barroso. **O século do lazer**. São Paulo, LTR, 1995.

LIMA, Rodolfo Correia. Projeto Massagem in Company. **Centro de estudos do corpo e terapia holística**. Disponível em: http://www.cecth.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=257&Itemid=79. Acesso em: 05/07/2012.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Contrato e mudança social. **Revista Dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.722, p. 40-45, dez., 1995.

LUNARDI, Alexandre. **Função social do direito ao lazer nas relações de trabalho**. São Paulo: LTR, 2010.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Los Derechos Fundamentales**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2007.

_____. Las Geraciones de Derechos Humanos *In Revista del Centro de Estudios Constitucionales* n. 10. Septiembre-Diciembre 1991. p. 205/206. Disponível em: http://www.cepc.es/rap/Frames.aspx?IDS=qjns0qjcsbmigxqpzog2ec55_407909&ART=15,21414,RCEC_10_201.pdf. Acesso em: 20 de março de 2009.

MACIEL JÚNIOR, João Bosco. **Aplicabilidade do princípio do contraditório nas relações particulares**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MADSEN, Johanne E. Hald. Lazer na empresa e lazer pela empresa: a associação da marca da empresa ao lazer e à qualidade de vida. In: **Lazer e empresa: múltiplos olhares**. MARCELLINO, Nelson Carvalho (org.). Campinas: Papirus, 1999, 95-111. MARCELLINO, Nelson Carvalho. **Estudos do lazer: uma introdução**. 3. ed. Campinas: Autores Associados, 2002.

_____. **Lazer e humanização**. Campinas: Papirus, 1983.

MARINHO, Inezil Penna. **Raízes etmológica, histórica e jurídica do lazer**. Brasília: Empresa Gráfica e Jornalística Horizonte Ltda., 1979.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas. 2008.

MARTINS, Pedro Baptista. **O abuso do direito e a ato ilícito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MARTINS, Samir José Caetano. Neoconstitucionalismo e seus reflexos nas relações jurídicas privadas: em busca de parâmetros de aplicação direta dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Privado 2007 – RDP 30**, 2007, p. 265-304.

MARX, Karl. **O Capital**: edição resumida. Resumo dos três volumes por Julian Borchardt. Trad. Ronaldo Alves Schmidt. 7. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982.

MASCARENHAS, Ana Carolina Fernandes. Relações Jurídicas Privadas e direitos fundamentais: uma análise do artigo 57 do Código Civil. **Revista da Faculdade Baiana de Direito**. Salvador, n. 01, jan/jun 2008.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A Eficácia dos Direitos Sociais: os Direitos subjetivos em face das normas programáticas**. Salvador: Juspodivm, 2008.

_____; MEIRELES, Edilton. **A intangibilidade dos Direitos Trabalhistas**. São Paulo, LTR, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. 18ª tir. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Os Direitos Fundamentais e seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional. **Revista Jurídica Virtual**. Brasília vol. 02, n. 13, junho de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_14/direitos_fund.htm. Acesso em: 03 de abril de 2009.

MENDONÇA, Andrey Borges de; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações privadas. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2007.

MENICUCCI, Telma. Políticas Públicas de lazer: questões analíticas e desafios políticos. In: ISAYAMA, Hélder Ferreira; LINHARES, Meily Assbú (Org.). **Sobre lazer e política**: maneiras de ver, maneiras de fazer. Belo Horizonte: editora UFMG, 2006, 136-164.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo IV, 2. ed., Coimbra, Ed. Coimbra, 1993.

MOLINA, André Araújo; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Renúncia e Transação no direito do trabalho – uma nova visão constitucional à luz da teoria dos princípios. **Revista LTr – Legislação do Trabalho**. São Paulo, v. 74, n. 02, Fev.190-224, 2010.

MOLINERO, Helena Ysás. **La participación de los sindicatos en las funciones normativas de los poderes públicos**. Albacete: Bomarzo, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**, 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Guilherme Braga Pena de. **Dos Direitos Fundamentais: Contribuição para uma Teoria**. São Paulo: Ed. LTr, [1990 e 2005].

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Obtenção dos Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

OFFE, Claus. **Capitalismo desorganizado**. Trad. Wanda Caldeira Brant. Revisão da tradução Laura Teixeira Mota. 2. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1994.

OLIVEIRA, Paulo de Salles. Trabalho, não trabalho e contradições sociais. In: BRUHNS, Heloisa Turini (org.) **Temas sobre o lazer**. Campinas: Autores associados, 2000, p. 46-63.

OLIVEIRA, Thiago Almeida de. Resenha: Moreira, Eduardo Ribeiro. Obtenção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 241p. **Revista de Direito Constitucional e Internacional 2008 – RDCI 65**. 2008, p. 354-366.

PADILHA, Valquíria. **Tempo livre e capitalismo: um par imperfeito**. São Paulo: Editora Alínea, 2000.

_____. Se o trabalho é doença, o lazer é remédio? In: Müller, Ademir e Dacosta, Lamartine Pereira. **Lazer e Trabalho: um único ou múltiplos olhares**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003. P. 243-266.

PECES-BARBA, Gregorio. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Madrid: Ediciones de La Universidad Complutense, 1988.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 12. ed. Atual: Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PEREIRA, Jane Reis. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.) A Nova Interpretação Constitucional: **Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINHEIRO, Carla. **Direito Internacional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2001.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

POPPER, Karl Raymund. **Lógica das Ciências Sociais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, p.13.

PORTUGAL. Lei Constitucional 01, de 12 de agosto de 2005, que trata da sétima revisão constitucional. **Diário da República – I Série-A, N. 125**, Portugal. Disponível em: <http://dre.pt/util/pdfs/files/crp.pdf>. Acesso em: 26 de agosto de 2009.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Lisboa: Almedina. 1982.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. _____ . _____ . 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

REQUIXA, Reinaldo. **O lazer no Brasil**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1977.

_____. **Sugestão de diretrizes para uma política nacional de lazer**. São Paulo: SESC, 1980.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Prevalência da negociação coletiva sobre a lei. In: FREDIANI, Yone et alii (coord.) **O direito do Trabalho na sociedade contemporânea**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2001.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. Trad. Wagner Giglio. São Paulo: LTR, 1978.

ROMITA, Aryón Sayão. **O princípio da proteção em xeque e outros ensaios**. São Paulo: LTR, 2003.

_____. Princípios em conflito: a autonomia privada coletiva e norma mais favorável - o negociado e o legislado. **Revista De Direito Do Trabalho**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.107, p. 13-27, jul/set., 2002.

SAKO, Emília Simeão Albino. A atuação dinâmica e eficiente dos sindicatos como garantia de realização dos direitos fundamentais e sociais dos trabalhadores. **Revista De Direito Do Trabalho**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.33, n.126, p. 56-78, abr./jun. 2007.

SANT'ANNA, Denise Bernuzzi de. **O prazer justificado: história e lazer** (São Paulo, 1969/1979). São Paulo: Editora Marco Zero. 1994.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Um discurso sobre as ciências na transição para uma ciência pós-moderna. **Estudos Avançados**. São Paulo, vol. 2, n. 2, 46-71, mai/ago 1988, p. 66.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9. ed, rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves e CORREIA, Érica Paula Barcha. **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº 4, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 03 de abril de 2009.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, v. 1, p. 11-53.

_____. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 36, out./dez., 2000.

_____. Direitos fundamentais sociais, "mínimo existencial" e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel, GALDINO, Flávio. (Org.). **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed, rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2008.

_____. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 1. ed. 3ª Tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

_____. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 7.ed, rev. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2009.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; ACCIOLY, Hidelbrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 15. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do Direito do Trabalho**. São Paulo, LTR, 1999.

_____. A autonomia coletiva e os direitos individuais dos trabalhadores. **Revista De Direito Do Trabalho**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.99, p. 65-75, jul/set., 2000

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito – Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed. 2ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direitos Fundamentais e o contrato de trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz Souto. Negociação Coletiva de trabalho em tempos de crise econômica. **Revista Iob Trabalhista E Previdenciária**, São Paulo: IOB, v.20, n.237, p. 49-57, mar. 2009.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. Direitos fundamentais e relações entre particulares: anotações sobre a Teoria dos Imperativos de Tutela. **Revista de Direito Privado**, n. 23, jun/set., 2005.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 2. ed. São Paulo: Método, 2006.

UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Adogado, 2003.

VEBLEN, Thorstein. Ócio conspícuo. In: OLIVEIRA, Paulo de Salles (org). **O lúdico na Cultura Solidária**. São Paulo: Hucitec, 2001, p. 115-130.

VICENTE, Paulo; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

VIEIRA, Iacyr de Aguiar. A autonomia da vontade no Código Civil brasileiro e no Código de Defesa do Consumidor. **Revista Dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.791, p. 31-64, setembro, 2001.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais: uma Leitura da Jurisprudência do STF**. Colaboração de Flávia Scabin. [S.l.]: Malheiros, 2006.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. Trad. José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

