

A estruturação positiva do Direito ao Lazer como Direito Fundamental

Recebido em 12|02|2008 | Aprovado em 14|10|2008

Alexandre Lunardi

Mestrando em Direito do Centro Universitário FIEO | UNIFIEO.

Orientadora | Adriana Zawada Melo

Sumário

1 Aspectos gerais. 2 Contextualização dos direitos sociais como direitos fundamentais. 3 Os direitos fundamentais sociais na ordem constitucional brasileira. 4 O tempo livre como direito fundamental positivo. 5 Considerações finais. Referências bibliográficas.

Resumo

Este artigo analisa o processo de criação e evolução do direito ao lazer e sua inter-relação com os direitos sociais, no sentido de demonstrar a forma pela qual o direito ao lazer estruturou-se e consolidou-se como um direito fundamental, iniciando por uma breve passagem histórica, até chegar à análise das normas específicas de tutela do direito ao lazer na nossa Constituição Federal vigente.

Palavras-chave

Direitos Fundamentais. Direitos Sociais. Direito ao Lazer.

Abstract

The present paper analyzes the process of creation and evolution of the right to leisure and its interrelation with social rights, to demonstrate the way how the leisure right is structured and consolidated as a fundamental right, beginning by a brief history, up to the analysis of specific rules of protection of leisure right in ours Federal Constitution in force.

Key words

Fundamental Rights. Social Rights. Right to Leisure.

1 Aspectos Gerais

O direito ao lazer pertence a uma categoria de direitos que, em razão de sua natureza abstrata e de sua complexa concretização – própria das normas programáticas –, não possui uma alta densidade de estudos jurídicos científicos que abordam o tema diretamente, sendo comumente encontrada a sua análise de forma acessória a estudos relacionados com o direito desportivo ou então pontualmente em estudos direcionados a direitos de defesa de menores, idosos ou mesmo de portadores de necessidades especiais. Ocorre no entanto, que o direito ao lazer possui natureza jurídica de direito fundamental – algo que possui reconhecimento não só no plano jurídico interno através de disposição constitucional expressa, mas também é reconhecido no plano jurídico internacional, consagrado pela Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 – sendo imprescindível realizar um estudo com enfoque neste aspecto.

Realizou-se neste trabalho a fragmentação analítica do direito ao lazer como um direito fundamental, buscando esclarecer e justificar doutrinariamente a sua natureza através do processo histórico mundial que resultou na criação dos próprios direitos fundamentais, com especial atenção ao desenvolvimento e desdobramento dos direitos de segunda dimensão¹, local onde o direito ao lazer encontra a sua posição, garantindo desta forma uma série de outros direitos sociais.

A estruturação positiva do direito ao lazer como direito fundamental é realizada em um primeiro momento, pela análise histórica e em um segundo momento através do estudo das normas do direito positivo interno que se relacionam com o lazer, o que dá a sua forma e estrutura final como um direito fundamental reconhecido na ordem constitucional vigente.

Desta forma, como se busca a concepção do direito ao lazer como um direito fundamental, é necessário adotar a concepção mais adequada do direito ao lazer no plano dos direitos sociais, ou seja, como um direito que garanta a tutela do tempo livre. Destaca-se que o termo direito ao lazer, apesar de possuir menção expressa na Carta Constitucional de 1988, bem como na Declaração de Direitos Humanos de 1948, editada pela Organização das Nações Unidas, é uma expressão que não abrange todas as dimensões que a tutela do tempo livre possui. Não só, prefere-se a utilização da expressão tempo livre até mesmo em substituição de expressões como ócio, folga, lazer, vagar, por exemplo, uma vez que são termos que carregam consigo um forte caráter pejorativo, e traduzem no entendimento comum, a vadiagem, a desocupação e a inatividade, ou seja, comportamentos diretamente opostos com o propósito da garantia do bem jurídico que a doutrina vem denominando como tempo livre², ainda que esta nomenclatura não se encontre de forma expressa nos instrumentos de direito positivo que asseguram direitos fundamentais.

¹ O termo “dimensão” – que é utilizado para delimitar grupos de direitos fundamentais, a saber: direitos referentes a liberdades individuais, direitos sociais e direitos de titularidade difusa e coletiva –, no presente trabalho, é utilizado com o mesmo sentido de “geração”; outra denominação doutrinariamente utilizada que também pode ser encontrada igualmente no texto, não sendo realizada, portanto, qualquer distinção conceitual, no sentido de que a expressão “geração” denotaria substituição de direitos.

² A expressão é consolidada na doutrina brasileira por diversos autores: Cristian Marcello Mañas, “Tempo e Trabalho - A tutela jurídica do tempo de trabalho e tempo livre”, Beatris Francisca Chemin, “Lazer e Constituição - Uma perspectiva do tempo livre na vida do (trabalhador) brasileiro”, Valquíria Padilha, “Dialética do Lazer” e “Tempo Livre e Capitalismo: um par imperfeito”, Otávio Amaral Calvet. “Direito ao Lazer nas Relações de Trabalho”, entre outros.

2 Contextualização dos Direitos Sociais como Direitos Fundamentais

Em um estudo histórico-social, verificamos que o surgimento e a reunião de determinados direitos sob a denominação de direitos humanos, posteriormente, direitos fundamentais, têm início com movimentos sociais de caráter revolucionário, que se desenvolveram no hemisfério ocidental nos séculos XVII e XVIII, na tentativa de estabelecer limites ao Estado, que na época assumia – ao que se refere ao continente europeu – sua forma mais agressiva em relação aos seus tutelados, período em que se aplicava a teoria de governo do estado Absolutista, inspirado por circunstâncias sociais derivadas do fim da Idade Média, bem como por filósofos como Thomas Hobbes, que defendiam a idéia de que a única forma de se evitar o “estado de natureza” (a guerra constante entre os homens), é construindo um Estado através da concessão de toda força e poder a um só homem, que possa reduzir as diversas vontades a uma só vontade³.

A falibilidade humana diante o uso do Poder, resultou na inevitável ruína desse sistema de governo. Com os diversos abusos e arbitrariedades dos representantes do Estado, os tutelados deram início à queda deste modelo estatal. No aspecto social, observou-se a revolta popular expressa na violência, nas manifestações bélicas, políticas e filosóficas que buscaram a substituição dos governantes. No plano jurídico, uma nova revolução começou a tomar forma. A valorização do ser humano, a proteção da dignidade e a retomada dos valores de liberdade, de igualdade e

de fraternidade, orientaram o novo ordenamento que estava sendo estabelecido. O resultado é que até hoje não é possível conceber um Estado Democrático de Direito no qual não sejam priorizadas todas estas conquistas que hoje denominamos de Direitos Humanos.

Contudo, as origens desses direitos – que somente nesse momento histórico se manifestaram de forma consistente – possuem raízes em diversos eventos históricos. Como destaque, temos a criação do regime democrático de governo, trazido pela Grécia antiga e consolidado pela antiga república romana, por constituir uma forma natural de auto-limitação do Estado, característica essencial da primeira geração de direitos humanos. Temos em seguida, o advento do cristianismo no continente europeu, que se revelou como eixo cultural e ideológico no período conhecido como Idade Média, responsável pela valorização da dignidade da pessoa humana na cultura ocidental, pois difundiu tanto a concepção de que o homem é um ser criado a imagem e semelhança de Deus⁴, como ensinamentos de respeito e amor pelo próximo⁵, conceitos extremamente importantes para a criação de normas de direitos humanos, pois estabeleceu toda uma filosofia centrada no amor e na caridade entre os homens, independentemente de qualquer origem, raça, sexo ou credo.

Neste período, importantes instrumentos de defesa dos direitos humanos foram desenvolvidos como a Magna Charta Libertatum (15/06/1215), a Petition of Rights (1628), a Bill of Rights (1689), entre outros. Com esse espírito, aliado aos interesses

³ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Ed. Martin Claret: São Paulo, 2006, p.132.

⁴ Gênesis 1,26.

⁵ Mateus 5,21-22, 38-39 e 43-44.

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

Contudo, apesar dessas enormes conquistas políticas, apesar de ter sido gerada a primeira dimensão de direitos humanos, a qualidade de vida das pessoas não sofreu a alteração que estas revoluções prometiam. Como Karl Marx bem observou em meados do século XIX, “a emancipação política não implica em emancipação humana”⁶, e assim, a humanidade caminhou para a defesa de direitos sociais.

Em um momento em que a Primeira Revolução Industrial chegava ao seu ápice, em um período em que a exploração humana não distinguia homens de mulheres nem mesmo de crianças, em um momento em que as jornadas de trabalho chegavam a 14 horas diárias, dizer que direitos humanos eram meras limitações ao poder estatal beirava a hipocrisia.

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

Os direitos sociais são intimamente ligados à subsistência, sendo interessante observar que a proteção desta dimensão de direitos humanos é que garante a possibilidade da primeira dimensão, aquela que se refere às liberdades públicas, pois em uma escala de necessidades da vida em sociedade, em um primeiro momento a pessoa deve prover a sua subsistência, pelo simples fato de precisar se alimentar, se vestir, precisar ter um lugar para morar, precisar descansar, trabalhar, ou seja, ela primeiro precisa “existir”, para que somente em um segundo momento esses bens, essa sua propriedade gerada por sua atividade individual, seja protegida contra o Estado. Os direitos fundamentais se entrelaçam, pois não existe ordem de importância, a falta de proteção em uma esfera anula as conquistas de outra, sendo esta a razão pela qual se confirma o pensamento de juristas como Ingo Wolfgang Sarlet⁷, no sentido de que o

reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter cumulativo, de complementaridade, e não de alternância⁸.

⁶ MARX, Karl. A Questão Judaica apud TRINDADE, José Damiano de Lima. Anotações sobre a história social dos direitos humanos. In: **Direitos humanos: construção da liberdade e da igualdade**. Série Estudos, n. 11, outubro de 1998. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998, p. 159.

⁷ Em referência a nota n. 1, destaca-se que, ao contrário do professor, que é contrário ao termo “geração” por supostamente possuir um caráter substitutivo, entende-se aqui de forma diversa, uma vez que adota-se a posição de que a expressão possui um aspecto meramente didático, utilizado para se estabelecer a ordem histórica de criação desses blocos de direitos.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 53.

Torna-se a frisar que, se um determinado direito é indispensável para a existência de outro, fica implícito que ele assume as garantias e proteções que o direito tutelado por esta norma possui, como exemplo, temos na nossa Constituição Federal o caso das cláusulas pétreas. O artigo 60, que trata das emendas à Constituição, veda em seu parágrafo 4º, a deliberação que pretenda abolir a forma federativa do Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes, bem como os direitos e garantias fundamentais, ou seja, este artigo estipula quais são as cláusulas pétreas, imutáveis em nosso ordenamento constitucional. Contudo, para que esta norma venha a ser efetiva, ainda que não esteja expresso no texto, é implícito que o próprio parágrafo 4º, do artigo 60 da Constituição Federal possua natureza de cláusula pétrea. Da mesma forma, ocorre com os direitos sociais em relação aos direitos humanos de primeira dimensão.

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

Esse mesmo processo lógico foi responsável pela construção daqueles direitos que são reunidos como uma terceira dimensão, chamados de direitos de solidariedade, que correspondem, por exemplo, ao meio ambiente equilibrado, à paz mundial, à autodeterminação dos povos, entre

outros, que, em suma, são todos aqueles que possuem como característica a coletividade, a titularidade difusa. Todos esses direitos constituem elementos essenciais para a garantia das liberdades públicas, para a garantia dos direitos políticos, bem como para a garantia dos direitos sociais, econômicos e culturais.

3 Os Direitos Fundamentais Sociais na ordem constitucional brasileira

Analisado os processos históricos que produziram os direitos humanos, contextualizando e compreendendo a natureza e origem dos direitos sociais em um panorama global, veremos em seguida, que a nossa atual Constituição também foi produzida dentro de um contexto histórico próprio, sendo necessária para a compreensão da estruturação positiva do direito ao lazer, a compreensão do nosso atual ordenamento constitucional, com enfoque na trajetória dos direitos sociais.

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

O primeiro ordenamento constitucional a reconhecer e dispor sobre a ordem social e econômica, isto é, o primeiro ordenamento a se preocupar de forma expressa com as questões sociais foi o do México, em 31/01/1917. Como ressalta Alexandre de Moraes, em verdade, esse diploma garantia "direitos individuais com fortes

tendências sociais⁹. Nesse momento, surgiram disposições trabalhistas no sentido de limitar a prestação de serviço por tempo determinado em lei, proibição de coação pessoal do trabalhador em caso de descumprimento de contrato (art. 5º)¹⁰, bem como sociais, como a obrigatoriedade da educação escolar primária (art. 3º, VI)¹¹ e a gratuidade pela educação prestada pelo Estado (art. 3º, VII)¹².

Embora a constituição mexicana tenha sido a primeira a se manifestar em relação aos direitos sociais, a Constituição de Weimar de 11/08/1919 (Alemanha) adquiriu um maior destaque no aspecto internacional, sendo considerada a Constituição matriz do constitucionalismo social, um aspecto que se deve à apresentação de uma série de dispositivos voltados para a proteção e garantia da boa qualidade de vida dos trabalhadores. Segundo Beatris Francisca Chemin,

(...) a Constituição de Weimar, ao inserir os direitos sociais, contemplou o direito do cidadão ao emprego, à educação e à proteção contra os riscos de uma sociedade industrial, estabelecendo também, os direitos de primeira geração, como, por exemplo, o sufrágio universal.¹³

No Brasil, a primeira Constituição que trouxe em suas disposições direitos referentes à proteção do trabalhador e a tutela da ordem social e econômica, foi a carta constitucional de 16/07/1934, notadamente inspirada na citada Constituição de Weimar. Esta constituição é considerada bem avançada para a época, bem como foi marcada por sua curta vigência,

de apenas 3 anos. Em relação aos direitos de primeira geração, ela foi responsável por trazer o instituto do Mandado de Segurança, por estipular a celeridade nos serviços públicos, além de demonstrar interesse na tutela de diversos grupos sociais, como os imigrantes e os silvícolas, por exemplo.

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

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

Destaca Chemin, que muitas das normas da Constituição de 1934 vieram diretamente da influência da Constituição de Weimar¹⁴,

a subordinação do direito de propriedade ao interesse social ou coletivo, a ordem econômica e social, a instituição da Justiça do Trabalho, o salário mínimo, as férias anuais do trabalhador obrigatoriamente remuneradas, a indenização ao trabalhador dispensado e sem justa

⁹ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 30.

¹⁰ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 30.

¹¹ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 30.

¹² MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 30.

¹³ CHEMIN, Beatris Francisca. **Lazer e Constituição** – Uma perspectiva do tempo livre na vida do (trabalhador) brasileiro. Curitiba: Juruá, 2002, p. 86.

¹⁴ CHEMIN, Beatris Francisca. **Lazer e Constituição** – Uma perspectiva do tempo livre na vida do (trabalhador) brasileiro. Curitiba: Juruá, 2002, p. 87.

causa, o amparo à maternidade e à infância, o socorro às famílias de prole numerosa, a colocação da família, da educação e da cultura de baixo da proteção especial do Estado.

Em seguida, no Brasil, foi instaurada uma nova ordem constitucional em 10/11/1937, com forte influência da Carta del Lavoro de 1927, e na Constituição Polonesa de 1935¹⁵, que tinha como característica o regime de governo autoritarista. Este aspecto se manifestava através de criação de penas de morte contra atos atentatórios à soberania, a existência e a segurança do Estado¹⁶. No aspecto dos direitos sociais, esta Constituição tratou no item da Ordem Econômica, de contratos coletivos de trabalho, de licença anual remunerada, de indenização proporcional aos anos de serviço em caso de demissão imotivada do trabalhador, da limitação da jornada de trabalho em oito horas, além de criar a proibição ao trabalho de menores de catorze anos, seguros de acidentes do trabalho, entre outros¹⁷.

Em seguida, tivemos em nossa história a Constituição de 18/09/1946, que teve um papel restaurador dos direitos sociais, resgatando muitos aspectos da Constituição de 1934, estabelecendo no seu artigo 157, diversos direitos sociais relativos aos trabalhadores e empregados, além de prever títulos destinados à família, educação e cultura¹⁸. Em referência aos direitos dos trabalhadores, podemos destacar a participação obrigatória e direta nos lucros da empresa, uma novidade inserida nesta época.

A Constituição de 24/01/1967, tinha como prioridade a indústria, o comércio e o de-

envolvimento econômico, mas também trouxe previsões sobre melhorias das condições sociais dos trabalhadores. Em conjunto, devemos citar a Emenda Constitucional n. 1 de 17/10/1969, que alterou profundamente a constituição de 1967, mas que no aspecto dos direitos sociais, praticamente manteve a norma anterior referente aos direitos trabalhistas, em seu artigo 167¹⁹.

Por fim, chegamos à nossa atual Constituição Federal, aprovada em 05/07/1988, que tem como característica a promoção do Estado Social. Ela é fruto do fim de uma época de repressão aos direitos individuais, sendo possível encontrar em seu texto diversas disposições de caráter antiestado, antigoverno, que foram desta forma dispostos, para que possuíssem uma tutela que privilegiasse o indivíduo perante o poder do Estado.

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

Uma curiosidade que podemos observar em relação aos direitos sociais nessa Constituição é que, apesar de existir o capítulo “Dos Direitos Sociais” inserido no do Título II, que trata “Dos Direitos e Garantias

¹⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 39.

¹⁶ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 33.

¹⁷ CHEMIN, Beatris Francisca. **Lazer e Constituição** – Uma perspectiva do tempo livre na vida do (trabalhador) brasileiro. Curitiba: Juruá, 2002, p. 87.

¹⁸ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 33.

¹⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 40.

Fundamentais”, nessa parte, encontramos apenas direitos trabalhistas, com exceção do artigo 6º, que trata genericamente da exposição de quais são os direitos sociais tutelados nessa Constituição. A tutela específica desses direitos é encontrada somente no final da Constituição, nos artigos 193 a 232, o que pode induzir a um erro na questão valorativa desses direitos, uma vez que os direitos sociais, previstos nesses artigos, apesar de se encontrarem no final do texto, também são direitos fundamentais, tanto quanto aqueles descritos no artigo 7º. Para que se fique esclarecido, destaca-se que essas normas possuem exatamente a mesma força e importância do artigo 5º, por exemplo.

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

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

os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.²⁰

Além de prezar pela igualdade, uma outra orientação trazida pela Carta de 88 é a forma da interpretação dos seus dispositivos. A atual Constituição estabelece, em seus primeiros artigos, quais são os seus

princípios fundamentais, o que significa que qualquer norma contida na Constituição deve seguir uma orientação interpretativa, inclusive no tocante aos direitos sociais.

Preceitua o artigo 1º, que a República Federativa do Brasil tem como fundamento, segundo o inciso III, a dignidade da pessoa humana. Isso significa que todas as disposições de direitos sociais devem ser interpretadas de acordo com vista a promover a dignidade da pessoa humana. Quando a Constituição trata de salário mínimo, redução de jornada de trabalho, décimo terceiro salário, férias, aviso prévio, entre outros, em verdade, está tentando se proteger e garantir a dignidade da pessoa humana. Nesse ponto é que o direito ao lazer, o direito ao tempo livre, se torna uma das peças principais na tutela dos direitos sociais, uma vez que não se tenta abolir o trabalho, mas sim imprimir a dignidade humana em suas relações.

4 O tempo livre como Direito Fundamental Positivo

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

A Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, assinada em 1948, traz

²⁰ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 289.

expressamente o direito ao lazer como um dos direitos essenciais para qualquer ser humano, um ato importante para a preservação da boa qualidade de vida do trabalhador, considerando a importância e influência que esse documento possui.

In verbis:

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

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

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

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

Nota-se que este artigo se situa como a primeira disposição do Capítulo II, que trata dos Direitos Sociais, dentro do Título II, que versa sobre os Direitos e Garantias Fundamentais. Isso denota, primeiro, que o lazer é reconhecido no nosso ordenamento como um direito fundamental, segundo, que ele pertence à segunda dimensão de direitos fundamentais, os direitos sociais, e terceiro, que o direito ao lazer se encontra em mesmo grau de im-

portância da tutela do direito do trabalho, até mesmo porque, a garantia de um não deixa de ser uma elaboração da tutela do outro, afinal, em todos os casos, está se buscando a dignidade da pessoa humana através da proteção do trabalhador.

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

Sem dúvida, muitos instrumentos do direito do trabalho – em geral relacionados com a limitação da jornada de trabalho – são direcionados à proteção do tempo livre. Contudo, como mencionado, ainda que indiretamente, verificamos que estas são as normas que acabam por formar o núcleo das normas positivas de direito fundamental relacionadas ao lazer, uma vez que novas normas de tutela direta não foram positivadas.

Nesse sentido, temos todas as normas que regulam o descanso do empregado, os intervalos intra e entrejornada, os especiais, as ausências justificadas, o repouso semanal remunerado, as férias anuais²¹.

Portanto, de forma positiva na nossa Constituição Federal, temos a tutela do tempo livre em determinados incisos do artigo 7º:

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

²¹ MANAS, Christian Marcello. **Tempo e Trabalho**. A tutela jurídica do tempo de trabalho e tempo livre. São Paulo: Ltr, 2005, p. 119.

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

XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

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

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

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

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

do tempo livre, que hoje sofre uma crise relacionada aos seus objetivos. Afirma Christian Marcello Mañas:

Hoje, porém, as atividades ligadas ao lazer mostram-se como ações sem sentido, as quais preenchem espaços vazios. De fato, o lazer institucionaliza-se sob a característica da evasão. A realidade tem demonstrado que os períodos de lazer dos empregados restringem-se em descanso físico e mental para uma nova jornada, além de se materializar na forma de hobbies alienantes e no consumo de mercadorias, atuando como mero espaço de compensação do trabalho, havendo uma flagrante limitação quanto à inserção do sujeito trabalhador na esfera política e cultural da sociedade, tornando-se um ser alienado e acrítico frente aos problemas sociais que o cercam.²²

Realmente, a questão da jornada de trabalho, apesar de importante, não é o principal problema enfrentado na defesa do direito ao lazer. O problema reside no modo como as atividades relacionadas à produção de capital se mesclam ao tempo livre do indivíduo. Podemos considerar, didaticamente para o presente estudo, que o tempo se divide em três formas²³: a) o tempo vinculado à produção de capital, onde se encontra a jornada de trabalho, ou mesmo o tempo destinado à procura de emprego; b) o tempo vinculado a uma atividade obrigatória, que corresponde a atividades legais, sociais, ou mesmo fisiológicas, como o tempo da consulta médica, da internação; c) e o tempo livre, isto é, aquele que está totalmente desvinculado das atividades obrigatórias e de produção de capital, determinados pela escolha do próprio indivíduo, como a conversa com amigos, o tempo dedicado à família, os esportes, as atividades artísticas, entre outros.

²² MAÑAS, Christian Marcello. Tempo e Trabalho - A tutela jurídica do tempo de trabalho e tempo livre. São Paulo: Ltr, 2005, p. 113.

²³ MAÑAS, Christian Marcello. Tempo e Trabalho - A tutela jurídica do tempo de trabalho e tempo livre. São Paulo: Ltr, 2005, p. 111, "Parte-se de uma separação conceitual do tempo, abrindo espaço para sua heterogeneidade, em que se fala, de um lado, em tempo produtivo, como aquele vinculado à atividade produtiva, ao trabalho, e, de outro lado, em tempo não produtivo, como aquele necessário ao lazer, descanso, ao desenvolvimento cultural, político ou intelectual". Observa-se que o autor não diferencia o tempo destinado a atividades obrigatórias do tempo livre, como se faz no presente trabalho.

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

Tomando como base a reivindicação dos sindicatos ingleses do século XIX, mas que se mantém atual até hoje, que reclamavam a limitação da jornada através do lema dos “quatro oitos”, que correspondia a “eight hours to work, eight hours to play, eight hours to sleep, eight pences a day” (em uma tradução livre: oito horas para trabalhar, oito horas para o lazer, oito horas para dormir e oito moedas por dia)²⁴, podemos fazer algumas considerações: se temos oito horas vinculadas ao trabalho, oito horas vinculadas ao sono, ao descanso, quando se trata de tempo livre, em princípio está se falando de somente oito horas diárias. Contudo, dessas oito horas, em média, temos que duas delas estão vinculadas ao transporte de ida e volta do trabalho, outras duas estão relacionadas com a alimentação diária, ou seja, efetivamente, temos apenas quatro horas de tempo livre.

Se pensarmos que a educação é um pressuposto obrigatório para a garantia de uma melhor qualidade de vida, ou melhor, que a educação é indispensável para a nossa subsistência, temos que es-

tas quatro horas de tempo livre são preenchidas de forma obrigatória também. O que resulta no extermínio do tempo livre da pessoa. Isso é relevante, pois não é possível executar uma série de direitos fundamentais quando não se tem tempo disponível. Seria necessário primeiro garantir um tempo livre, para somente depois garantir direitos que possam ser exercidos nesse tempo.

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

Artigo 7º. São direitos dos trabalhadores (...)
– Inciso IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, **lazer**, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim (grifo nosso)

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

(...)

§ 3º - O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao **lazer**, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar

²⁴ ALMEIDA, Fernando Barcellos de Almeida. **Teoria Geral dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996, p. 97

e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (grifo nosso)

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

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

Nesse sentido é que se verifica que existe uma série de direitos sociais relacionados indiretamente ao tempo livre. Observando a Constituição, temos o Título VIII, que trata "Da Ordem Social", que positiva diversas garantias como a saúde, a educação, a cultura, o desporto, a ciência, a comunicação social, o convívio familiar, os direitos das crianças, adolescentes e idosos, entre outros. Todos esses direitos só podem ser exercidos plenamente naquele período de tempo que está desvinculado da produção de capital, denominado simplesmente como tempo livre.

O tempo livre, o tempo de não-trabalho, é o pressuposto para o exercício do direito à educação, ao convívio familiar, por exemplo. No que se refere à saúde,

isso também se aplica, pois paralelo ao lado que trata das medidas de prevenção da saúde, aos acidentes de trabalho, temos que o direito à saúde pressupõe visitas médicas, repousos, ou mesmo o descanso, que possui a função de evitar diversas doenças, como por exemplo as ocupacionais. Todas estas atividades, na prática, são relacionadas no tempo livre do indivíduo, o que nos leva a retomar o pensamento de Norberto Bobbio de que a eficácia dos direitos é o grande desafio da sociedade atual, uma vez que eles já estão estabelecidos e justificados, mas não está sendo possível concretizar esses direitos. Em suas palavras,

O problema fundamental em relação aos direitos do homem e do cidadão, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político.²⁵

Portanto, é com esta finalidade que se demonstra a importância do direito ao lazer como um forte instrumento de garantia de efetivação dos direitos fundamentais.

5 Considerações finais

Como demonstrado, a concepção do direito ao lazer como parte dos Direitos Humanos é o fruto de uma série de conquistas que se iniciaram com as revoluções do século XVII e XVIII, e se consolidaram com a Revolução Industrial do século XIX, que visavam a melhoria da qualidade de vida das pessoas, o que constitui em verdade, o objeto central da tutela do direito ao lazer. Ainda que a tutela do tempo livre não tenha atingido a repercussão merecida dentro do direito positivo, encontrando-se ainda em um complexo processo

²⁵ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 6. reimp. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24.

de efetivação, uma conquista do nosso tempo que merece destaque em todo esse processo histórico é o surgimento da dignidade humana como eixo da interpretação dos direitos, que é, sem dúvida, um dos instrumentos mais eficazes para a proteção do tempo livre.

Ao final do estudo, percebemos que apesar da importância do tempo livre na vida das pessoas, o legislador constituinte atribuiu poucas normas referentes ao direito ao lazer. Em resumo, apenas foi declarada a sua existência no artigo 6º, depois, em relação à sua elaboração, estabeleceu o direito ao lazer como um direito garan-

tido a crianças e adolescentes, no artigo 277, e por fim, atribuiu ao poder público o dever de incentivar o lazer ligado ao desporto como forma de promoção social.

Conclui-se, assim que existe uma deficiência na tutela do tempo livre, pois somente nesse período da vida do indivíduo é que se pode efetivar uma série de direitos fundamentais, como a cultura, a educação, a saúde, o desporto, o convívio familiar, entre outros. O erro do legislador se mostra claro quando se percebe que temos diversos direitos garantidos, mas que não temos a garantia do tempo para exercê-los.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Fernando Barcellos de Almeida. **Teoria Geral dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996.

BELTRAN, Ari Possidonio. **Direito do trabalho e direitos fundamentais**. São Paulo: Ltr, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 6. reimp. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CARVALHO, Oscar de. Gênese e evolução dos direitos fundamentais. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**: Divisão Jurídica da Instituição Toledo de Ensino de Bauru. n 34, abril – julho de 2002. Bauru, SP: EDITE – Editora da ITE, 2002.

CHEMIN, Beatris Francisca. **Lazer e Constituição** – Uma perspectiva do tempo livre na vida do (trabalhador) brasileiro. Curitiba: Juruá, 2002.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. O processo de afirmação dos direitos fundamentais: evolução histórica, interação expansionista e perspectivas de efetivação. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 11, n. 45, outubro-dezembro de 2003. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

MAÑAS, Christian Marcello. **Tempo e Trabalho** - A tutela jurídica do tempo de trabalho e tempo livre. São Paulo: Ltr, 2005.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais e a constituição de 1988. In: _____. (Org.). **Os 10 anos da Constituição Federal**. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. **Direitos humanos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NUNES, Rizzato. **Manual da monografia jurídica** – como se faz uma monografia, uma dissertação, uma tese. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na ordem constitucional brasileira. In: ANNONI, Danielle. (Org.). **Os novos conceitos do novo direito internacional: cidadania, democracia e direitos humanos**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TRINDADE, José Damiano de Lima. Anotações sobre a história social dos direitos humanos. In: **Direitos humanos: construção da liberdade e da igualdade**. Série Estudos, n. 11, outubro de 1998. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998.