



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE**  
**PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA – POSGRAP**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PRODIR**

**AS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DE EFICÁCIA PLENA DO  
DIREITO FUNDAMENTAL AO LAZER**

**BRIELLY SANTANA DE MELO**

**SÃO CRISTÓVÃO/SE**  
**FEVEREIRO/2015**

**BRIELLY SANTANA DE MELO**

**AS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DE EFICÁCIA PLENA DO  
DIREITO FUNDAMENTAL AO LAZER**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – PRODIR da Universidade Federal de Sergipe como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

Área de concentração: Direitos Fundamentais Sociais

**Orientadora:** Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Clara Angélica Gonçalves Dias.

**Coorientadora:** Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Luciana Aboim Gonçalves da Silva

**SÃO CRISTÓVÃO/SE**

**FEVEREIRO/2015**

**FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL UNIVERSIDADE  
FEDERAL DE SERGIPE**

M528p Melo, Brielly Santana de  
As políticas públicas como instrumento de eficácia plena do direito fundamental ao lazer / Brielly Santana de Melo; orientadora Clara Angélica Gonçalves Dias. – São Cristóvão, 2015. 154 f.

Dissertação (mestrado em Direito Constitucional) – Universidade Federal de Sergipe, 2015.

1. Direitos fundamentais - Lazer. 2. Direitos sociais – Planejamento político. 3. Lazer – Aspectos sociais. 4. Direito constitucional. 5. Estado – Bem estar social. I. Dias, Clara Angélica Gonçalves, orient. II. Título.

CDU 347.34:379.8

**Brielly Santana de Melo**

**AS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DE EFICÁCIA PLENA DO  
DIREITO FUNDAMENTAL AO LAZER**

Aprovada em 27/02/2015

---

Prof.<sup>a</sup>. Dr.<sup>a</sup> Clara Angélica Gonçalves Dias  
(Orientadora)

---

Prof. Dr.<sup>a</sup> Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva  
(Coorientadora)

---

Prof. Dr. Eduardo Lima de Matos

**SÃO CRISTÓVÃO/SE  
FEVEREIRO/2015**

Aos meus pais Eliana Santana de Melo e Valdson Benedito Silva de Melo, com amor, admiração e gratidão pela compreensão, carinho, presença e incansável apoio ao longo do período de elaboração deste trabalho.

## AGRADECIMENTOS

A conclusão desse Mestrado em Direito da UFS representa o fechamento de mais um ciclo em minha vida e a concretização de um sonho. Desde a graduação em Direito, também na Universidade Federal de Sergipe, desejei aprofundar meus estudos sobre o lazer e me preparar para docência.

Muitos foram aqueles que permitiram e me apoiaram durante esses dois anos de Mestrado que passaram rapidamente, mas foram capazes de me proporcionar muito conhecimento, amadurecimento e amizades.

Primeiramente, agradeço aos meus pais Eliana Santana de Melo e Valdson Benedito Silva de Melo pelo apoio incondicional; por acreditarem nos meus sonhos, buscá-los comigo e fazerem de tudo para realizá-los; por fazerem o melhor que podem para que meu conhecimento seja renovado a cada dia. Vocês são essenciais em minha vida e me inspiram cada vez mais.

A minha querida irmã Marjorie Santana de Melo pelas buscas incansáveis de livros nas bibliotecas; pesquisas das melhores bibliografias para a conclusão desse trabalho; por me aguentar durante os dias mais estressantes e entender todas as minhas loucuras. Você é muito importante para mim.

Ao meu namorado Gustavo Pessoa Nunes Vieira pela paciência nos momentos mais difíceis e que me isolei para escrever os artigos do Mestrado e essa dissertação; pela companhia, carinho e compreensão durante toda essa jornada, inclusive no momento de estudos para conquistar uma vaga nesse Mestrado, e por me incentivar sempre.

A minha querida eterna chefe e amiga Dr<sup>a</sup> Maria Lúcia de Oliveira Falcón que me apoiou incondicionalmente nessa trajetória para a aquisição do título de Mestre em Direito pela UFS, além de me incentivar a sempre estudar e buscar o conhecimento. Não tenho palavras para agradecer a senhora todos os ensinamentos e experiência adquiridos.

Aos professores e aos servidores do PRODIR pelos conhecimentos passados, receptividade e a disposição para me auxiliar sempre que precisei, além de sempre acreditaram no potencial dos alunos e nos estimular a estudar e pesquisar cada vez mais. Gostaria ainda de agradecer, especialmente, à Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Flavia Pessoa Moreira pela contribuição durante o Mestrado na minha formação acadêmica e na elaboração do meu trabalho de conclusão; à Prof<sup>a</sup> Dra. Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva pelas excelentes aulas ministradas, por todos os ensinamentos que me foram passados e, mais ainda, pela oportunidade que tive de tê-la me auxiliando e corrigindo a minha Dissertação; à Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Clara Angélica Gonçalves Dias pela paciência, oportunidade de lecionar na UFS e de descobrir que a docência é um dos meus

maiores sonhos. Agradeço também à servidora Catiuscha Pitombo que, com sua educação e gentileza, sempre foi muito prestativa e ajudava a todos que precisavam.

Por fim, agradeço aos meus amigos de Mestrado, que agora são para a vida, em especial a Cecília Nogueira Guimarães Barreto, pela convivência, pelo compartilhamento de conhecimento, pela ajuda nos meus momentos de dúvidas e medos, pelo acompanhamento em cada passo nessa trajetória, além de todo o apoio que obtive. Agradeço ainda aos meus demais amigos, em especial a Rafaella Chagas Jaguar, Sérgio Sávio, Lidiane Pinheiro, Tathiane Menezes do Nascimento, que me suportaram durante essa fase na qual eu somente falava de artigos, apresentações, dissertação e estágio docência. Meu muito obrigada a todos vocês que compartilharam comigo cada alegria e dificuldade nessa caminhada.

“A infelicidade dos homens é que sua atividade é quase sempre um pouco irracional. Não se pode perguntar ao banqueiro acumulador de dinheiro, por exemplo, pelo objetivo de sua atividade incessante; ela é irracional. Os homens ativos rolam como pedra, conforme a estupidez da mecânica. Todos os homens se dividem, em todos os tempos e também hoje, em escravos e livres; pois aquele que não tem dois terços do dia para si é escravo, não importa o que seja: estadista, comerciante, funcionário ou erudito”.

(Friedrich Nietzsche)



## RESUMO

Direito fundamental social de segunda dimensão, o lazer nasce com o intuito de exigir do Estado uma intervenção não somente para a sua proteção como também para efetivação. Desse modo, percebe-se que a Constituição Federal Brasileira de 1988 cita o lazer em três momentos distintos, sendo um deles dentro do Título II Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Muita foi a controvérsia doutrinária quanto possibilidade do efeito da aplicabilidade imediata, prevalecendo, atualmente, o posicionamento de que o artigo 5º, §3º da Carta Fundamental de 1988 incide em todo do Título II, inclusive no direito fundamental ao lazer. Entretanto, apesar da aplicabilidade imediata garantida pela Constituição Federal, percebeu-se que o lazer não apresenta a eficácia plena, isto é, não é capaz de gerar todos os efeitos necessários para a sua concretização e proteção. Isso porque, apesar de previsto no ordenamento tanto no plano constitucional como infra, o lazer apresenta somente uma das vertentes dessa eficácia, qual seja, a jurídica. Logo, é ausente a eficácia social do lazer que corresponde a sua efetividade, capacidade de produzir efeitos no meio social com o intuito de atingir a comunidade e seus hábitos. Verificou-se ainda que é em razão da ausência de efetividade que o direito ao lazer é transgredido e que a comunidade não é capaz de defini-lo ou valorizá-lo. Diante desse problema, buscou-se a solução através da ideia de Georg Jelinek de que o lazer corresponde a um direito fundamental positivo de modo a exigir do Estado uma atuação que o concretize. Portanto, com base no superprincípio basilar do Estado Democrático de Direito, a Dignidade da Pessoa Humana, e nos Princípios da Vedação ao Retrocesso e da Progressividade Social, defende-se a implementação das Políticas Públicas de Estado como mecanismo de efetividade do direito fundamental social ao lazer de forma a conscientizar, concretizar e informar a comunidade do instituto, além de protegê-lo contra as transgressões praticadas pelos particulares e, inclusive, pelo próprio Estado. Desse modo, objetiva o trabalho discutir as implicações trazidas ao lazer em função de sua previsão no ordenamento jurídico como direito fundamental, formular um conceito que abarque a sua interdisciplinaridade, comprovar sua importância para a vida digna do indivíduo e demonstrar as políticas públicas a serem adotadas pelos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, além de alguns órgãos auxiliares da Justiça, para garantir a sua efetividade.

**Palavras-Chave:** Direitos Fundamentais. Lazer. Eficácia Social. Política Públicas.

## ABSTRACT

Fundamental social right of second dimension, leisure is born in order to require to the State an action not only for their protection but also for enforcement. Thus, it is seen that the Brazilian Federal Constitution of 1988 cites leisure at three different time, one of them in the Title II Rights and Fundamental Guarantees. Much was the doctrinal controversy as possible the effect of immediate applicability, prevailing currently the position that Article 5, §3° of the Basic Charter 1988 focuses on all of Title II, including the fundamental right to leisure. However, despite the immediate applicability guaranteed by the Federal Constitution, it was realized that leisure does not have the full effect, that is not able to generate all the effects necessary for their implementation and protection. This is because, although provided for in planning both at the constitutional level as infrastructure, leisure has only one aspect of such effectiveness, that is the legal. Therefore, it is missing the social effectiveness of leisure corresponding to their effectiveness, ability to produce effects in the social environment in order to reach the community and its traditions. It was also found that it is due to the lack of effectiveness the right to leisure is infringed and that the community is not able to define it or value it. Faced with this problem, we sought the solution by Georg Jelinek 's idea that leisure represents a positive fundamental right that require to the State an positive action. Therefore, based on the basilar super principle of democratic rule, the Dignity of the Human Person, and on the Principles of forbiddance to recession and of Social Progressivity, the implementation of Public Policies of State are mechanism of effective social fundamental right to leisure in order to raise awareness, implement and inform the community of the institute, and protect it from the offenses committed by individuals and even by the State. The work aims to discuss the implications brought to leisure due to its forecast in the legal system as a fundamental right , formulate a concept that embraces its interdisciplinarity, prove their importance to the dignity life of the individual and demonstrate public policies to be adopted the Legislative, Judiciary and Executive , and some subsidiary bodies of Justice, to ensure its effectiveness.

**Keywords:** Fundamental Rights. Leisure. Social Effectiveness. Public Policy.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	12
<b>1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A TEORIA DOS STATUS DE JELLINEK</b> .....	17
1.1. Teoria dos Direitos Fundamentais .....	17
1.1.1. Noções acerca do conceito de Direitos Fundamentais .....	23
1.1.2. Impressões históricas: Surgimento dos Direitos Fundamentais vs nascimento da Constituição.....	27
1.1.3. Eficácia das Normas Constitucionais Fundamentais e a visão de Ingo Sarlet.....	35
1.2. Os Direitos Fundamentais Sociais .....	40
1.3. Teoria dos Status de Jellinek .....	43
1.3.1 Categorias dos Direitos Fundamentais .....	43
<b>2. DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL AO LAZER: NORMAS PROTETIVAS E A REALIDADE SOCIAL</b> .....	54
2.1. O lazer e o ócio.....	55
2.2. Conceituação sociológica, filosófica e jurídica do lazer.....	59
2.3. Perspectivas históricas de proteção ao direito ao lazer na ordem interna e internacional .	75
2.4. As normas jurídicas protetivas e a realidade social: A influência da proteção jurídica ao lazer no bem-estar do indivíduo.....	80
2.4.1. A eficácia do direito ao lazer nas relações de trabalho.....	80
2.4.2. A eficácia do direito ao lazer no cotidiano social: Uma perspectiva interdisciplinar.....	89
<b>3. POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DE EFICÁCIA SOCIAL DO DIREITO FUNDAMENTAL AO LAZER</b> .....	97
3.1. O compromisso social firmado pelo Estado Democrático de Direito: o dever constitucional de prestação e concretização do Lazer.....	98
3.2. A sociedade industrializada, consumista e globalizada: Os desafios a serem enfrentados pelo Estado.....	104
3.3. A classificação do direito a prestação sob a ótica de Alexy.....	114
3.4. O Princípio da Reserva do Possível como mecanismo de controle da eficácia social do Direito Fundamental ao Lazer: Uma interpretação à luz do Princípio da Vedação ao Retrocesso e da Progressividade dos Direitos Sociais.....	120

3.5. As Políticas Públicas: A atuação prestacional do Estado Democrático de Direito através dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.....	127
<b>CONCLUSÃO</b> .....	139
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	145

## INTRODUÇÃO

Busca-se analisar, à luz dos princípios constitucionais e da legislação infraconstitucional, a concretização do direito ao lazer por meio de políticas públicas. Para tanto, será utilizado o método constitucional pós-positivista e sua hermenêutica a fim de trazer uma solução para a eficácia social e respeito ao direito fundamental social ao lazer. Assim, não só o enaltece como também demonstra que as políticas públicas estatais, em seus mais diversos segmentos, se encontram como a melhor forma de resolver a problemática.

O direito ao lazer se encontra previsto no artigo 6º da Constituição Federal de 1988 como direito social. Não obstante, apesar de constar inserido no Título II da Carta Fundamental, intitulado de Direitos e Garantias Fundamentais, diversos foram os posicionamentos contrários ao caráter fundamental dos direitos sociais. Ou seja, houveram discussões no âmbito doutrinário e jurisprudencial quanto à classificação dos direitos sociais como fundamentais.

Todavia, muitas teorias surgiram em favor da fundamentalidade desses direitos sob a justificativa, dentre outras, da perspectiva histórica das dimensões dos direitos fundamentais e de sua inclusão na parte específica destinada aos direitos fundamentais da Constituição Federal Brasileira de 1988.

Partindo-se, então, do pressuposto de que os direitos sociais correspondem a direitos fundamentais de segunda dimensão, realizou-se uma análise em busca do real significado de sua classificação quanto ao momento de surgimento. Com isso, chegou-se à conclusão de que os direitos previstos atualmente no artigo retromencionado ganharam força em razão de a sociedade viver um momento de valorização e de necessidade de prestações positivas estatais para melhoria em suas condições de vida.

Logo, os cidadãos começaram a reivindicar do Poder Público prestações de serviços considerados essenciais para a subsistência humana, dentre eles, a educação, a saúde, a moradia, a alimentação, o lazer. Assim, tendo em vista o contexto histórico ora simplificado, percebe-se que, atualmente, sob manta do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana e dos objetivos fundamentais de promover o bem de todos e reduzir as desigualdades sociais, a Constituição da República Federativa do Brasil prevê tais direitos e, por conseguinte, institui o alicerce jurídico para as prestações positivas estatais.

Analisando-se especificamente o direito ao lazer, é possível verificar que tal instituto se relaciona com diversos outros direitos instituídos na própria Constituição Federal. Isto é, quando realizada uma análise mais profunda sobre o tema, tem-se que o lazer se encontra previsto tanto no âmbito trabalhista (disciplina na qual é mais tratado o tema) como na seara da

saúde pública, da cultura e da educação, do convívio social, da seguridade social, do desporto, dentre outros.

Dessa maneira, resta claro que o lazer é um direito fundamental social de grande importância e que interage, em suas diversas formas e conceitos, com os direitos mínimos sociais necessários ao ser humano para uma vida digna. Entretanto, o que se verifica, no atual contexto social, é que o Estado Democrático de Direito, em especial e objeto de estudo desse trabalho o brasileiro, não cumpre a norma fundamental constitucional de proteção ao lazer nas suas mais diversas vertentes, posto que se utiliza de forma errônea do Princípio da Reserva do Possível para se omitir da prestação de políticas públicas essenciais para os direitos sociais; da ausência de conhecimento da comunidade sobre o real sentido e valor do lazer; além das influências pejorativas inseridas pelo capitalismo moderno produtivista e consumista.

Assim, analisando-se o lazer na seara trabalhista, verifica-se que este se manifesta e apresenta proteção na delimitação da jornada de trabalho, por exemplo. Logo, verifica-se que a indicação de um limite máximo diário e semanal para o labor corresponde à proteção do tempo livre hábil para o descanso, convívio social e ócio do ser humano. Entretanto, conforme dados de uma pesquisa da Organização Internacional do Trabalho no período de 2004 a 2005, verificou-se que 22% (vinte e dois por cento) dos trabalhadores mundiais apresentam uma jornada de trabalho superior a 48 (quarenta e oito) horas semanais. Assim, informa a pesquisa que em países em desenvolvimento, como a Coreia, Tailândia e Peru, a jornada de trabalho pode chegar a 50 horas semanais.

Em contraposição, tal pesquisa aponta que nos países desenvolvidos e que possuem um Estado Democrático de Direito mais fortalecido e com políticas públicas implementadoras mais definidas, a jornada de trabalho corresponde a uma média de 35 (trinta e cinco) horas semanais. Ora, o que se conclui dessa pesquisa é que os Estados que possuem uma política social mais efetiva, apresentam índices sociais melhores e proporcionam aos seus cidadãos condições decentes de trabalho, de vida e, conseqüentemente, atendem à dignidade da pessoa humana.

Diante dessa visão, torna-se imprescindível o estudo dos direitos sociais, especificamente o do lazer, analisando-se o seu alcance, a eficácia social dos dispositivos normativos pátrios que regem a matéria, bem como a sua regulamentação em Tratados Internacionais, cuja observância no ordenamento jurídico interno deve ser respeitada.

Acrescente-se ainda que a presente pesquisa é destinada aos estudiosos do Direito como um todo, como também aos membros do Ministério Público, Defensoria Pública, Poder Executivo, Legislativo e Judiciário a fim de que se conduza à implementação e efetivação do direito social fundamental ao lazer.

Desse modo, é objetivo geral dessa dissertação de mestrado demonstrar que o direito ao lazer é um direito de natureza fundamental e que é necessário a execução de políticas públicas para o cumprimento dos objetivos e fundamentos do Estado Democrático Brasileiro previsto na Constituição Federal. Seus objetivos específicos são: demonstrar que os direitos sociais são direitos fundamentais, trata-se de direito expressamente positivado na Constituição Federal, é um direito de status positivo segundo a doutrina de Jellinek, a execução de políticas públicas estatais concretizadoras do direito ao lazer correspondem a uma das medidas de promoção ao bem estar social e da proteção à dignidade da pessoa humana; defender que o direito (fundamental) ao lazer tem função garantidora quanto aos fundamentos e objetivos fundamentais da República; comprovar que o direito ao lazer não se encontra restrito ao ambiente de trabalho e o Princípio da Reserva do Possível não deve ser analisado como um obstáculo às políticas públicas prestadoras dos direitos sociais.

Logo, torna-se objeto desse trabalho responder aos seguintes questionamentos: Qual seria a verdadeira função do Estado Democrático de Direito diante dos direitos sociais? É possível exigir do Estado a prestação de políticas públicas para a concretização desses direitos? A ausência de prestação estatal influencia na ausência de eficácia social dos direitos fundamentais de 2ª dimensão? Seria possível a análise do Princípio da Reserva do Possível através de uma nova visão hermenêutica consubstanciada no Princípio da Vedação ao Retrocesso e na exigência de progressividade da implementação dos direitos sociais?

Para obter as respostas, a dissertação seguirá o seguinte caminho. No primeiro capítulo, será discutida a Teoria dos Direitos Fundamentais e a dos Status de Georg Jellinek. Com isso, inicialmente, buscar-se-á um conceito de direitos fundamentais com o intuito de delimitar o tema e permitir que o leitor seja capaz de identifica-los no ordenamento jurídico. Após, será tratada a história desses direitos a fim da análise de seu surgimento, conforme os ensinamentos de Dimitri Dimolius e a sua evolução no decorrer dos anos. Portanto, serão analisados os requisitos necessários para o nascimento dos direitos fundamentais e suas dimensões que representam os anseios da sociedade. Será apresentada ainda a discussão sobre a eficácia dos direitos sociais através dos estudos das teorias elaboradas por José Afonso da Silva, Maria Helena Diniz, Carlos Ayres Britto, Luís Roberto Barroso, Ingo Sarlet, dentre outros.

Após, serão estudados os direitos sociais através de sua evolução tanto no ordenamento jurídico brasileiro como internacional. Com isso, verificar-se que, de acordo com a hermenêutica constitucional introduzida com o pós-positivismo, os direitos fundamentais sociais correspondem aos de segunda dimensão e merecem ser assim considerados posto que se encontram tanto na história com tal qualificação como também se enquadram dentro do capítulo

destinado pelo legislador constituinte brasileiro a tal categoria. Desse modo, comprovar-se-á que o lazer é um direito social e, conseqüentemente, goza das prerrogativas e garantias constitucionais destinadas a esse tipo de direito.

Por fim, será analisada a Teoria de Status de Jellinek na qual os direitos fundamentais serão divididos em quatro categorias a saber: positiva, negativa, ativa e passiva. Logo, será demonstrando que os direitos fundamentais podem exigir do Estado uma ação negativa (abstenção), positiva (prestações); pode conceder ao cidadão o direito de participar na formação da vontade estatal (ativa) ou mesmo o direito de exigir do Estado uma proteção (defesa) de seus direitos. Por conseguinte, será comprovado que os direitos fundamentais sociais são qualificados como direitos positivos, ou seja, a prestações estatais.

O segundo capítulo será destinado a análise do lazer. Dessa forma, será introduzida a noção de lazer como sinônimo de ócio através do estudo do pensamento da sociedade antiga na qual havia uma valorização desse instituto e foi introduzida a ideia de ócio criativo. Após, será analisado o conceito sociológico, filosófico e jurídico do lazer a fim de que o leitor possa compreender a profundidade e importância desse instituto para o ser humano.

Com isso, será demonstrado que o lazer se relaciona com a essência humana e corresponde a um momento livre destinado ao homem com o intuito de repousar, divertir-se, recrear-se, entreter-se e buscar o seu desenvolvimento pessoal. Assim, verificar-se-á que, conforme os ensinamentos de Otávio Calvet, o lazer apresenta duas dimensões: humana e econômica. Entretanto, a perspectiva que prevalece, atualmente, corresponde a econômica e, por essa razão, o lazer passa por uma fase de desvalorização e desvirtuamento de sua essência.

Prosseguindo nos estudos, passa-se a análise da positivação do lazer na ordem jurídica interna e internacional a fim de se verificar o nascimento do instituto na ciência jurídica e sua proteção legal. Desse modo, percebe-se que o lazer apresenta interação tanto com a seara trabalhista como também em outras áreas. Assim, será destrinchada cada uma das relações jurídicas do ócio criativo de forma a comprovar a importância do lazer na vida humana. É nesse momento que será verificada a desvalorização do lazer e sua associação pejorativa com o ócio de forma a torna-lo um direito menosprezado pelo indivíduo.

Após, seguiremos para o terceiro capítulo no qual se objetiva buscar mecanismos capazes de solucionar o problema do lazer quanto à efetividade social. Com isso, será estudada a função do Estado Democrático de Direito e o seu dever constitucional de promover o lazer posto sê-lo uma forma de concretização da dignidade da pessoa humana. No entanto, apesar de imprescindível a fomentação do lazer, é necessário se analisar os obstáculos e



dificuldades enfrentados pelos entes estatais em função dos valores dominantes na sociedade capitalista.

Por isso, será analisada a Modernidade que objetivava transformar a sociedade e incluir o capitalismo como modalidade de mercado e instrumento de redução das desigualdades sociais. Entretanto, o que se perceberá é que a atual sociedade moderna não conseguiu atingir as metas traçadas pela modernidade e que o mercado atual é regido pelo consumismo e produção. Assim, em razão da noção de efemeridade da vida, da necessidade de sempre consumir tudo aquilo que o capitalismo produz, fica claro que a sociedade não tem tempo para o lazer, muito menos para valorizá-lo. Acrescente-se ainda que o trabalho se apresenta como único mecanismo de garantir melhores condições financeiras trazendo ao lazer a noção negativista de anti-trabalho.

Diante disso, tem-se que o Estado possui uma tarefa árdua de valorizar o ócio criativo e conscientizar a sociedade de sua importância para uma vida digna e obtenção do bem-estar social, além da redução das desigualdades e, até mesmo, promoção de uma sociedade justa e igualitária. Para isso, será levada em conta a classificação dos tipos de direitos a prestação elaborada por Robert Alexy quanto aos tipos de prestações estatais possíveis a fim de que se possa verificar quais as políticas públicas necessárias para a conscientização, valorização e efetividade do direito fundamental social ao lazer.

Desse modo, buscará o enquadramento do lazer em cada um dos subtipos prestacionais e analisará quais medidas podem ser adotadas pelos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo na concretização do lazer e fomentação da dignidade da pessoa humana. Ressalta-se ainda que serão analisadas jurisprudências atualizadas a fim de que se demonstre a importância de uma hermenêutica convergente dos princípios constitucionais da reserva do possível, vedação ao retrocesso e progressividade social como justificativa do dever estatal de prestação e do direito subjetivo do indivíduo de exigí-la. Além disso, será tratada da função dos órgãos auxiliares da justiça na promoção e defesa do lazer, além de estabelecer uma distinção entre política pública de Estado e de governo.

Portanto, a presente dissertação trilhará o caminho em busca da comprovação de que o lazer é um direito fundamental social a prestação e que deve o Estado fazer o planejamento orçamentário de efetividade desse direito a fim de que sejam possíveis ações de conscientização, de construção de ambientes de lazer, de estímulo ao convívio social, de organização de diretrizes e procedimentos, de indenizações e punições aos transgressores, dentre outras cabíveis.

## **1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A TEORIA DOS STATUS DE JELLINEK.**

É de perceptível apreensão de que os direitos fundamentais, em especial os sociais são, em demasiado, transgredidos. Isso porque se verifica a busca desenfreada pelo crescimento econômico, aquisição de lucros e estímulo ao consumismo e à produção. Desse modo, direitos essenciais assegurados ao cidadão não são respeitados e, conseqüentemente, há ferimento ao fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana posto sê-la a razão de tais direitos.

Entretanto, o desrespeito aos preceitos fundamentais não apenas é realizado pelos particulares. O Poder Público, por diferentes formas, também infringi os direitos fundamentais e contribui para que sejam deixados de lado e não levados em conta como essencial para a dignidade da pessoa humana.

Logo, objetiva o presente capítulo demonstrar a Teoria dos Direitos fundamentais a fim de que o leitor possa identificar na Constituição Federal de 1988 quais enunciados correspondem a tais direitos, além de perceberem a grande importância de tal instituto para a vida em sociedade.

Assim, faz-se necessária uma detalhada análise dessa teoria para que seja possível conceituar os direitos fundamentais; acompanhar sua historicidade com o intuito de descobrir o seu surgimento nas normas constitucionais e sua universalidade posto que não se encontram restrito a alguns indivíduos nem a ordenamentos jurídicos específicos; além de discutir sua aplicabilidade tanto nos casos concretos como sua capacidade para produzir efeitos dentro do próprio complexo jurídico em que se encontra.

Por fim, deseja o presente capítulo introduzir a discussão sobre a eficácia dos direitos fundamentais, em especial, a tese trazida por Georg Jellinek a fim de que demonstre a eficácia plena de tais direitos; a existência de quatro *status* indicando a diretriz a ser perseguida por cada um dos enunciados fundamentais e a indicação dos direitos sociais como direitos fundamentais constitucionais prestacionais.

### **1.1. Teoria dos Direitos Fundamentais**

Antes de adentrar na própria Teoria dos Direitos Fundamentais, é de extrema importância a análise das filosofias jurídicas que fundamentaram o Direito como ciência e o estudo do pós-positivismo a fim de que se possa entender o que, de fato, torna os direitos

fundamentais constitucionais, em especial os sociais, uma norma constitucional suprema, de grande importância e norteadora de todo o ordenamento jurídico.

Inicialmente, tem-se que o Direito, durante os anos, apresentou, primordialmente, três filosofias jurídicas que corresponderam ao seu alicerce teórico: jusnaturalismo; positivismo e pós-positivismo. Com isso, durante o século XVI<sup>1</sup>, surgiu a filosofia jusnaturalista com o objetivo de proteger o homem dos arbítrios dos governantes. Isso porque prevalecia, naquele momento, as monarquias religiosas, ou seja, os reis que assim eram considerados em razão da escolha/indicação divina (os deuses ou mesmo Deus). Por conta disso, o governante poderia agir da forma que lhe fosse mais conveniente pois representava os deuses/Deus; estava sob o manto da proteção e indicação divina.

Assim, para coibir os abusos que se repetiam, o Jusnaturalismo apresentou como seu fundamento principal a distinção entre o Direito Natural e o Direito Positivo. O primeiro seria aquele que indica as leis naturais e serve de fundamento para o segundo, o qual corresponde àquele criado pelo homem (legislador) através de seu sentimento de justiça, moral.<sup>2</sup>

Não obstante, apesar da distinção revelada, verificou-se que a imperiosa necessidade do sentimento de justiça para a criação do Direito Positivo não trazia a segurança jurídica já que seu conceito sofre modificações em virtude da região ou mesmo religião adotada. Diante disso, a Teoria Jusnaturalista não se apresentava como suficiente para subsidiar o direito tendo em vista que os arbítrios dos governantes poderiam ser fundamentados pelo conceito variável de justo (o qual era por eles mesmos definidos), por conseguinte, gerava a instabilidade jurídica e retirava a paz social necessária para a vida em sociedade. Complementa as razões da decadência do jusnaturalismo a seguinte passagem de Ricardo Maurício Soares (2008, p.37):

De um lado, a filosofia do direito constatou os limites do jusnaturalismo, visto que a fundamentação do direito justo no suposto direito natural revelou-se frágil, não só pela insegurança gerada pelo caráter absoluto e pela abstração metafísica do conceito, como também pela valorização excessiva da legitimidade em face da validade.

Com isso, no final do século XIX<sup>3</sup>, nasceu a Teoria Positivista (Positivismo Jurídico) que analisa o Direito através da objetividade científica. Isto é, o Positivismo vê o Direito como lei pura e sem qualquer influência subjetivista, ou seja, sentimental ou que possa variar de acordo com os costumes e a cultura.

---

<sup>1</sup> Conforme ensinamentos de Luís Roberto Barroso (2013, p.192) o jusnaturalismo moderno foi desenvolvido a partir do século XVI.

<sup>2</sup> Desse modo, assim revela Barroso (2013, p. 192) que “O jusnaturalismo moderno, desenvolvido a partir do século XVI, aproximou a lei da razão e transformou-se na filosófica natural do Direito. Fundado na crença em princípios de justiça universalmente válidos, foi o combustível das revoluções liberais e chegou ao apogeu com as Constituições escritas e as codificações”. (grifo nosso)

<sup>3</sup> Ainda de acordo com os ensinamentos de Luís Roberto Barroso (2013, p.193), o positivismo jurídico surgiu no final do século XIX e dominou o pensamento jurídico durante a primeira metade do século XX.

Para tanto, o Positivismo Jurídico apresenta os seguintes requisitos para a validade da norma: elaborada pela autoridade competente; ausência de contradições com as leis vigentes; eficácia. Portanto, a norma jurídica somente é considerada válida se emanar de legislador com atribuições para tanto; tiver conteúdo compatível com as normas jurídicas já existentes e em vigor no ordenamento jurídico; capaz de gerar efeitos e exigir seu cumprimento.

Traz ainda a Teoria Positivista a noção de que as normas jurídicas sempre apresentam a solução para os litígios e fornecem a legitimidade aos atos. Ou seja, a norma se revela como solucionadora do conflito existente no caso concreto através da subsunção do seu enunciado gerando, desse modo, a segurança jurídica imprescindível. Desse modo, verificou-se que a doutrina positivista, segundo os ensinamentos de Ricardo Maurício Freire (2008, p.37)

(...) promoveu um reducionismo do fenômeno jurídico, identificando o direito com a própria lei, ao sustentar que o parlamento, mediante a formulação de regras legislativas, poderia disciplinar, minudentemente, o pluralismo dinâmico das situações sociais. (...) a interpretação jurídica se esgotaria na exegese das palavras da lei, tal como imaginada pelo legislador. A aplicação da norma jurídica aos casos concretos se limitaria a uma neutra operação lógico-formal – a subsunção – e, como tal, refratária aos valores sociais.

Por essa razão, o Positivismo Jurídico serviu de fundamento para os movimentos totalitaristas, dentre eles o fascismo e o nazismo. Isso porque a base da referida filosofia é que a lei pura basta em si mesma sendo desnecessário levar em consideração os mecanismos subjetivos para entendê-la. Logo, desde que a norma respeite os requisitos já citados, a lei se encontra em consonância com o princípio da legalidade e, conseqüentemente, pode ser aplicada em qualquer situação.

Por conta desse entendimento, vários massacres e barbáreis foram cometidos, surgindo, inclusive, conflitos de caráter global, tal como a 2ª Guerra Mundial. Desse modo, somente após diversas mortes e tragédias é que o mundo jurídico reanalisou a filosofia jurídica vigente e, então, retirou o fundamento legal dos movimentos totalitaristas.<sup>4</sup>

Em consequência, surgiu a Teoria Pós-positivista. Tal filosofia passa a ver o Direito não somente com uma visão Jusnaturalista ou Positivista, mas como uma união das teorias ora apresentadas. Assim, surge o Pós-positivismo que defende a influência dos valores, da ética e da moral no Direito, além do preenchimento dos requisitos elaborados pelo positivismo para a criação da norma jurídica. Portanto, o direito deixa de ser somente a letra da lei pura e passa a ser também a combinação dessa com o sentido de justiça, ética, moral e valores que norteiam a sociedade. Portanto, conclui Ricardo Maurício (2008, p.38) que

---

<sup>4</sup> Logo, Barroso (2013, p.197) leciona que a retirada da filosofia positivista “(...) é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade”.

(...) a constatação de que o direito não se resume às dimensões exclusivamente jusnaturalista e positivista abriu margem para que fossem oferecidos novos tratamentos cognitivos ao direito, de molde a realçar-se o ordenamento jurídico e o processo como expressões culturais válidas e legítimas, dotados de pluralidade e abertos aos influxos permanentes dos fatos e valores sociais. Deste modo, foi se erguendo o pós-positivismo jurídico, impelido pela busca de restaurarem-se os laços privilegiados que unem o direito e as exigências ético-morais da convivência humana.

Além disso, o Pós-positivismo inova ao apresentar a nova visão de organização do ordenamento jurídico. Ou seja, para o pós-positivismo, a pirâmide elaborada e estudada por Hans Kelsen sofre uma pequena modificação posto que a Constituição Federal deixa de se encontrar no topo para, então, se localizar no centro do ordenamento jurídico. É o fenômeno da constitucionalização do Direito.

E tal alteração apresenta justificativa. Ocorre que durante a influência da filosofia positivista houve uma prevalência dos interesses particulares, ou seja, havia um predomínio do direito particular. Desse modo, o ordenamento jurídico era guiado pelo Direito Civil. Entretanto, o Estado necessitou intervir mais na vida particular e regulá-la conforme o interesse público não só para evitar barbáries mas também para fornecer aos cidadãos as condições mínimas necessárias para uma vida digna.

É nesse momento que os interesses públicos passam a ter supremacia em face aos particulares e, por conseguinte, exigem uma alteração na estrutura do ordenamento jurídico. Desse modo, a Constituição Federal deixa de ser somente o fundamento jurídico legal para existência e eficácia das normas infraconstitucionais para funcionar também como razão de ser e hermenêutica do ordenamento. Tal localização da Constituição corresponde ao marco histórico, ou seja, ao constitucionalismo pós-guerra e apareceu na Lei Fundamental de Bonn de 1949 através da criação do Tribunal Constitucional Federal.<sup>5</sup>

Além disso, o pós-positivismo jurídico apresenta mais dois marcos fundamentais: o teórico e o filosófico. Quanto ao marco teórico, tem-se que corresponde às seguintes transformações do Direito Constitucional: Rigidez da Lei Fundamental, Jurisdição Constitucional, Força Vinculante (Força Normativa à Constituição) e Supremacia da Constituição. A Constituição Rígida é aquela que tem os limites formais e materiais para a sua modificação. Ou seja, para que a *Lex Maxima* seja modificada, é imprescindível o cumprimento

---

<sup>5</sup> Assim, informa Barroso (2013, p.204) que “Há razoável consenso de que o marco inicial do processo de constitucionalização do Direito foi estabelecido na Alemanha. Ali, sob o regime da Lei Fundamental de 1949 e consagrando desenvolvimentos doutrinários que já vinham de mais longe, o Tribunal Constitucional Federal assentou que os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva de proteção de situações individuais, desempenham uma outra função: a de instituir uma ordem objetiva de valores. O sistema jurídico deve proteger determinados direitos e valores, não apenas pelo eventual proveito que possam trazer a uma ou a algumas pessoas, mas pelo interesse geral da sociedade na sua satisfação. Tais normas constitucionais condicionam a interpretação de todos os ramos do Direito, público ou privado, e vinculam os Poderes estatais”.

de um procedimento mais complicado e dificultoso do que aquele previsto para a criação de uma lei infraconstitucional. Como exemplo, tem-se a Constituição Federal Brasileira de 1988 apresentando como mecanismo de modificação de norma constitucional aquele denominado de emenda constitucional. Dessa forma, faz-se necessário que sejam respeitados os requisitos apresentados no artigo 60 da CF<sup>6</sup> que são mais complexos do que a criação de uma lei ordinária.

Com relação à Jurisdição Constitucional, objetiva-se a criação de um órgão jurisdicional com competência para discutir as questões constitucionais. Assim, exige-se que a estrutura do Poder Judiciário apresente uma entidade que tenha capacidade de defender a Constituição Federal através do exercício da hermenêutica, do Controle de Constitucionalidade, da defesa dos direitos fundamentais e da solução de conflitos constitucionais.<sup>7</sup>

Em consequência dessa característica e, quem sabe, como fundamento, tem-se a Supremacia da Constituição e o deslocamento do Poder Legislativo. Assim, conforme foi dito anteriormente, durante a vigência do positivismo, verificou-se a supremacia dos interesses particulares e, por conseguinte, do Poder Legislativo. Isso porque somente importava aquilo que a letra da lei trazia e, para tanto, levava-se em conta os direitos particulares. Logo, quem elabora a norma jurídica são os legisladores que compõem o Poder Legislativo.

Entretanto, com o advento do Pós-positivismo e a posição da Lei Fundamental no centro do ordenamento jurídico, verifica-se que não há congruência a supremacia dos interesses particulares e, por conseguinte, a importância do Poder Legislativo posto que foram fundamentos para o surgimento dos movimentos totalitaristas.

Dessa maneira, deseja-se com a Supremacia da Constituição fornecer ao ordenamento jurídico fundamento, razão para existir, como também suporte ao seu entendimento. Logo, a

---

<sup>6</sup> “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. § 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1988

<sup>7</sup> No Brasil, o Supremo Tribunal Federal é o órgão jurisdicional designado como guardião da Constituição Federal. Não obstante, merece destaque o fato de que o Judiciário, como todo, tem o dever de proteção da Lei Fundamental sendo designado o STF como o órgão detentor da palavra final quanto ao Direito Constitucional. Corrobora com tal afirmativa, por exemplo, a possibilidade de Controle de Constitucionalidade Difuso.

Constituição rege o funcionamento e organização de todo o Estado e cria, assim, o Estado Constitucional de Direito.<sup>8</sup>

A Força Normativa da Constituição corresponde à imperatividade da norma constitucional. Desse modo, tem-se que a norma constitucional é capaz de exigir seu cumprimento e sua aplicação de forma cogente.<sup>9</sup> Portanto, verifica-se que a atual filosofia jurídica dominante traz em seu bojo a defesa de que a Constituição Federal é a guardiã dos direitos públicos e, para tanto, apresenta mecanismos de proteção e eficácia para tais direitos. Pretende ainda evitar o surgimento de movimentos totalitarista e a insegurança jurídica a fim de que a dignidade da pessoa humana seja sempre respeitada. Defensor da força normativa da Constituição e da capacidade das normas constitucionais influenciarem, assim, a realidade social, Konrad Hesse (1991, p.24) ensina que

Em síntese, pode-se afirmar: a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (*Sein*) e dever ser (*Sollen*). A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar a força que reside na natureza das coisas, tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Portanto, a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).

Assim, sintetiza André Rufino do Vale (2007, 136/137) as transformações ocasionadas pelo pós-positivismo:

(...) a) a importância dada aos princípios e valores; b) a ponderação como método de interpretação/aplicação dos princípios; c) a compreensão da Constituição como norma que irradia efeitos por todo o ordenamento jurídico; d) o protagonismo dos juízes na tarefa de interpretar a Constituição; e) enfim, a aceitação de alguma conexão entre Direito e Moral.

---

<sup>8</sup> Atualmente, há a vigência da Teoria da Tripartição dos Poderes. Diversos autores criticam tal denominação posto que o Poder não é tripartido e sim sua execução. Porém, deixando as críticas de lado, a referida Teoria objetiva delimitar a atuação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário a fim de que atuem de forma igualitária e sem hierarquia. Com isso, a tripartição prevê as funções típicas e atípicas dos Poderes. Como exemplo, tem-se que o Poder Legislativo apresenta como função típica a de legislar e, dentre as atípicas, a função jurisdicional (por exemplo, julgamento do crime de responsabilidade do Chefe do Poder Executivo).

<sup>9</sup> Assim, conforme Barroso (2013, p.194), “Atualmente, passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Vale dizer: as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação; de cumprimento forçado”.

Com base nisso, verifica-se que a Constituição Federal de 1988, seguindo o Pós-positivismo e suas transformações, apresenta a positivação dos direitos denominados de fundamentais<sup>10</sup>. Assim, conclui Barroso (2013, p. 192-193) que:

“O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas (...). No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção, incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com os valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana. (grifo nosso)

Portanto, resta claro que, com a visão pós-positivista, os direitos previstos na Constituição, em especial os fundamentais, apresentam força normativa e supremacia em relação aos infraconstitucionais. Logo, funcionam como norte hermenêutico e legislativo de todo o ordenamento jurídico, em razão de sua essência não podem ser desconsiderados e são capazes de alterar a realidade social vigente.

#### 1.1.1. Noções conceituais dos Direitos Fundamentais

Inicialmente, tem-se o conceito de Carl Schmitt no qual os direitos fundamentais são os direitos individuais de liberdade. Assim, Carl (*apud* Alexy, 2008, p.66) utiliza os critérios substanciais e estruturais de conceituação e chega à conclusão de que somente pode ser considerado fundamental aquele direito que se destina ao indivíduo e trate de sua liberdade. Logo, os direitos fundamentais são “apenas aqueles direitos que constituem o fundamento do próprio Estado e que, por isso, e como tal, são reconhecidos pela Constituição”.

Todavia, tal conceito sofreu críticas, posto que se vincula a um dado momento histórico da sociedade e, por conseguinte, se relacionava diretamente com o Estado de Direito Liberal. O conceito trazido por Dimitri Dimolius (2011, p.54) define os direitos fundamentais como “direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”

---

<sup>10</sup> Assim, conclui Marmelstein (2011, p.12) que “A partir daí, a ordem jurídico-constitucional de diversos países tornou-se centrada na dignidade da pessoa humana, fazendo surgir, dentro da comunidade jurídica, uma verdadeira teoria dos direitos fundamentais, cuja premissas são, em síntese, as seguintes: (a) crítica ao legalismo e ao formalismo jurídico; (b) defesa da positivação constitucional dos valores éticos; (c) crença na força normativa da Constituição, inclusive nos seus princípios, ainda que potencialmente contraditórios; (d) compromisso com os valores constitucionais, especialmente com a dignidade humana”.



Não obstante, da mesma forma que o conceito de Carl Schmitt, Dimitri restringe os direitos fundamentais àqueles que se contentam em limitar a atuação estatal a fim de garantir os direitos civis e políticos (liberdade, propriedade e igualdade).<sup>11</sup>

Há ainda o conceito de direitos fundamentais que se baseia em seu conteúdo ético. Assim, são considerados fundamentais aqueles que possuem um conteúdo baseado em valores essenciais para uma vida digna. Portanto, seu basilar seria a dignidade da pessoa humana que representa o respeito à integridade física e moral, a não coisificação do ser humano e a garantia ao mínimo existencial. Logo, todo e qualquer direito que se relacione com a proteção do homem em razão de sua qualidade humana e que objetive fornecer uma vida digna seria considerado, pelo conceito ético, fundamental.

Não obstante, apesar de levar em consideração o princípio da dignidade humana, tal conceito fora considerado insuficiente posto que não apresentou formas de proteção ou mesmo a indicação de necessidade de positivação. Por essa razão, surgiu a teoria do conteúdo normativo dos direitos fundamentais que assim os denomina somente aqueles valores incorporados ao ordenamento jurídico constitucional. Ou seja, somente será considerado direito fundamental aquele valor que possua como fonte primária a Constituição.

Todavia, tal conceito ainda se encontra incompleto já que, dentre outras críticas, não define quais seriam os valores a serem positivados. Assim, com o intuito de formar um conceito completo desses direitos, George Marmelstein (2008, p.17) os define como

(...) normas jurídicas intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivados no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamenta e legitima todo o ordenamento.

Portanto, os direitos fundamentais são aqueles que apresentam os seguintes aspectos materiais (ético) e formais (normativo): limitação do poder, proteção da dignidade humana, institucionalização democrática (democracia) e constitucionalização (Constituição).

Entretanto, tal conceito ainda sofreu duras críticas. Isso porque leva somente em conta os direitos fundamentais expressos na Constituição. Desse modo, retira a possibilidade de existência de direitos fundamentais implícitos ou até mesmo não positivados na Constituição.

---

<sup>11</sup> No entanto, destaca-se que ambos os conceitos ora citados levam em consideração a necessidade de reconhecimento dos referidos direitos na Carta Fundamental do Estado posto que uma das condições de sua existência é a previsão em texto normativo com normas supremas e vinculantes.

Logo, o conceito introduzido por Marmelstein se mostrava restritivo e retirava, por exemplo, das leis infraconstitucionais a possibilidade de trazer tais direitos.<sup>12</sup>

Com relação a exigência de menção expressa na Constituição para que o direito seja considerado fundamental, tem-se os ensinamentos de Robert Alexy (2008, p.65) o qual defende a possibilidade de direitos fundamentais implícitos.

Assim, Alexy (2008, p.68) classifica os direitos fundamentais conceituados por Marmelstein em direitos estabelecidos diretamente pelo texto constitucional, ou seja, são as normas que se encontram expressamente previstas nos enunciados da Constituição. Porém, é possível que existam, por exemplo, normas de direito fundamental atribuídas, isto é, aquelas consideradas implícitas e que se revestem de caráter fundamental porque exercem relação com a norma fundamental expressamente prevista na *Lex Maxima*. Assim, como forma de exemplificar, informa-se o artigo 5º, §3º, 1 da Constituição Alemã que prevê o seguinte direito fundamental: “(...) a ciência, a pesquisa e o ensino são livres”

A partir desse direito fundamental estabelecido diretamente pelo texto constitucional, é possível que se verifique o seguinte direito atribuído/implícito, conforme ensina Alexy (2008, p.71): “O Estado deve possibilitar e promover o exercício da liberdade científica e sua transmissão às gerações futuras por meio da disponibilização de meios pessoais, financeiros e organizacionais”.

Portanto, direitos fundamentais são aqueles que limitam o poder, protegem a dignidade humana, traduzem a democracia e que podem ser positivados expressa ou implicitamente na Constituição Federal. Desse modo, o legislador constituinte incluiu na Lei Fundamental as cláusulas abertas, os conceitos indeterminados de modo a não restringir os direitos fundamentais àqueles previstos expressamente na Constituição.

Logo, a verificação de um dos requisitos para caracterização do direito como fundamental seria, primeiramente, procurar sua disposição expressa na Constituição e, em caso de ausência, a análise da Lei Fundamental a fim de perceber se há, ainda que implicitamente, alguma proteção a tal direito.

Dessa maneira, o conceito que será utilizado nessa dissertação é o expresso por Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 524) no qual são considerados fundamentais

(...) todas aquelas posições jurídicas favoráveis às pessoas que explicitam, direta ou indiretamente, o princípio da dignidade humana, que se encontram reconhecidas no

---

<sup>12</sup> Não obstante, merece destaque que o próprio autor (2008, p. 22) defende que seu conceito não exclui a possibilidade de existência dos direitos fundamentais implícitos “desde que, por força da própria Constituição, eles possam ser considerados como normas dotadas de juridicidade potencializada. O importante é que, a partir da Constituição (formal e material), seja possível identificar a fundamentalidade de um dado direito, ainda que de forma implícita”

texto da Constituição formal (fundamentalidade formal) ou que, por seu conteúdo e importância, são admitidas e equiparadas, pela própria Constituição, aos direitos que esta formalmente reconhece, embora dela não façam parte (fundamentalidade material).

Logo, verifica-se que os direitos fundamentais se relacionam diretamente com o fundamento da dignidade humana previsto no artigo 1º da Constituição Federal Brasileira<sup>13</sup> e com a democracia. É ainda imprescindível a distinção entre direitos fundamentais, direitos humanos e direito do homem. Inicialmente, tal diferenciação poderia se passar como de terminologia. Porém, cada uma das seguintes expressões traz sentidos distintos e se relacionam com diferentes direitos.

Os direitos denominados do homem, segundo pensamento de Marmelstein (2008, p.23) são aqueles valores ético-políticos ainda não positivados, ou mesmo relacionados no ordenamento jurídico, e que se assemelham com o direito natural, ou seja, são intrínsecos aos seres humanos e, por isso, não seriam direitos propriamente dito. Isso porque o direito é consubstanciado na norma jurídica e se apresenta através do enunciado normativo. O direito do homem não apresenta tal característica e, por conseguinte, não é considerado direito na concepção moderna.

Com relação aos direitos humanos, conclui Marmelstein (2008, p.24) que são aqueles valores positivados e protegidos na esfera internacional<sup>14</sup>. Ou seja, são valores éticos positivados no plano internacional através de Tratados, Convenções ou Pactos Internacionais, por exemplo. Em sua distinção com os direitos fundamentais, verifica-se que estes encontram seu fundamento no ordenamento jurídico interno do Estado, isto é, são previstos expressa ou implicitamente no conjunto normativo estatal. Já os direitos humanos, apesar de possuir o mesmo conteúdo dos direitos fundamentais, apresentam sua positivação expressa ou implícita nas normas internacionais.

Com isso, o Tratado Internacional, por exemplo, reconhecido pelo Estado e, por conseguinte, que integre seu ordenamento jurídico deixa de ser considerado humano e passa a ser denominado de fundamental. Corrobora com tal entendimento a seguinte passagem de Dirley da Cunha (2008, p.520):

---

<sup>13</sup> “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1988

<sup>14</sup> Importante é a definição trazida por Ingo Sarlet (2008, p.60) sobre os direitos humanos: “(...) é a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover a sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”.

Preliminarmente, é preciso esclarecer que os direitos fundamentais não passam de direitos humanos positivados nas Constituições estatais. Nessa perspectiva, há forte tendência doutrinária, à qual aderimos, em reservar a expressão 'direitos fundamentais' para designar direitos humanos positivados em nível interno, enquanto a concerne a 'direitos humanos' no plano de declarações e convenções internacionais.

Por fim, a doutrina especializada informa que os direitos fundamentais apresentam as principais características: historicidade, posto que são resultado da evolução e reconhecimento dos direitos; universalidade, pois são necessários para a convivência e existência digna de todos os seres humanos; inalienabilidade, em razão de sua irrenunciabilidade e intransferibilidade; imprescritibilidade pois não se perdem no tempo; irrenunciabilidade visto que dele não se pode dispor; limitabilidade porque não são absolutos e, em consequência, são passíveis de ponderação<sup>15</sup>; concorrência em função de sua utilização cumulativa, e, proibição do retrocesso porque depois de reconhecidos não podem ser abolidos, suprimidos ou mesmo enfraquecidos.

#### 1.1.2. Impressões históricas: Surgimento dos Direitos Fundamentais vs nascimento da Constituição

De acordo com os ensinamentos de Dimitri Dimoulis (2011, p. 25) para que os direitos fundamentais surgissem era necessário o preenchimento de três requisitos: Estado, Indivíduo e Texto Normativo. Por Estado, entende-se o aparelho detentor do poder centralizado e capaz de controlar um determinado espaço territorial e impor suas decisões. Assim, tem-se que o surgimento do referido Estado, denominado de Estado Moderno, somente surgiu no século XVII, levando-se em conta as ideias políticas. Dimoulis (2011, p. 25) acrescenta ainda que “Do ponto de vista da realidade política, o Estado foi consolidado paralelamente à imposição das estruturas econômicas do regime capitalista, baseado na troca de mercadorias produzidas pelos trabalhadores ‘livres’(...)”

Quanto ao indivíduo, revela-se que, normalmente, as pessoas não eram vistas de forma isolada, ou seja, o ser humano era considerado como membro coletivo. Assim, não se levava em consideração a individualidade do ser humano e, por conseguinte, sua capacidade de ser titular de direitos e deveres, posto que a referida titularidade era atribuída aos membros como um todo

---

<sup>15</sup> Assim, ensinar Dirley da Cunha (2008, p.588) que os direitos fundamentais “são, em essência, direitos relativos e, conseqüentemente, limitáveis. Essa possibilidade de limitação dos direitos fundamentais é recíproca, de modo que um direito pode, *in concreto*, limitar o exercício de outro. (...) É necessário, portanto, haver uma relação de conciliação ou de ponderação ou concordância prática entre os direitos fundamentais concretamente em conflito, balanceando-se, através de um juízo de proporcionalidade, os valores em disputa, num esforço de harmonização, de modo que não acarrete o sacrifício definitivo de algum deles”.

(famílias, clãs, feudos). Corrobora com tal entendimento os seguintes ensinamentos de Marcelo Neves (2009, p.8),

O conceito de pessoa, que está associado à semântica moderna da individualidade, não estava presente, uma vez que não se distinguia claramente entre homem e sociedade-organização: o homem era concebido como membro ou não membro, conforme sua pertinência a uma camada social. Inexistente o conceito de pessoa em sentido moderno, a integração social não poderia relacionar-se com a instituição de direito, mas sim com a atribuição de privilégios de *status*.

Portanto, tem-se que o ser humano era subordinado ao coletivo em que vivia e não era possível a titularidade individual. Porém, com a organização social capitalista, tal visão é alterada e a figura do indivíduo se fortalece e aparece como ser moral, independente e detentor de direitos, dentre eles liberdade, igualdade, propriedade e dignidade humana.

Quanto ao texto normativo, segundo Dimitri (2011, p.26), é aquele

(...) desempenhado pela Constituição no sentido formal, que declara e garante determinados direitos fundamentais, permitindo ao indivíduo conhecer sua esfera de atuação livre de interferências estatais e, ao mesmo tempo, vincular o Estado a determinadas regras que impeçam cerceamentos injustificados das esferas garantidas da liberdade individual. O texto deve ter validade em todo o território nacional e encerrar supremacia (...)

Logo, Texto Normativo é aquilo que o pós-positivismo conceituou como Constituição que, por sua vez, corresponde à lei maior do ordenamento jurídico com normas de força vinculante que irradiam por todo o sistema e influenciam o direito pátrio. Oportuno, nesse momento, são as discussões trazidas pelo doutrinador Marcelo Neves (2009, p.4) sobre o conceito de Constituição e o seu surgimento ao informar que “a Constituição, em sentido moderno, depende, no plano estrutural, de amplos pressupostos e exige, no nível semântico, clareza conceitual, para que seja uma categoria apta a servir ao esclarecimento de problemas decisivos da sociedade mundial contemporânea”.

Portanto, verifica-se que a doutrina tem o costume de, historicamente, demonstrar as primeiras constituições existentes no mundo e, por essa razão, chega a citar os documentos elaborados durante a monarquia, por exemplo, como os primeiros modelos de Lei Fundamental.

Ora, a *Lex Maxima* entendida modernamente é aquela que se relaciona com as transformações sociais e estruturais. Os documentos elaborados para embasar a monarquia e reger sua sociedade de estamentos não se coaduna com o conceito tratado nesse trabalho. Isso porque o poder do monarca não se legitima pela vontade do povo e sim pelo direito sacro. Desse modo, o direito se subordinada ao poder que se baseia na divindade, ou seja, o direito sacro é quem serve como fundamento para a investidura, titularidade e exercício do poder (*princeps legibus solutus est*).

Pegando-se os exemplos de primeiras Constituições apontados, tem-se que aqueles elaborados na Idade Antiga e que leva em consideração como fundamento o direito sacro. É a religião o substrato jurídico suficiente para legitimar o poder autoritário ilimitado e a organização social. Com isso, a Lei Fundamental correspondia a um documento sagrado que concedia aos soberanos as razões para se encontrarem no cargo de governante e apresentarem as características divinas. Em razão disso, não era possível que o direito positivado, ou seja, aquele criado pelos indivíduos, previsse limitação aos atos emanados do rei. Logo, pode-se concluir que a Constituição nada mais era do que um documento religioso incontestável.

Logo, se pegarmos o conceito anteriormente citado de Marcelo Neves da Constituição e fizermos um contraponto com o documento basilar da Idade Antiga, veremos que não tem sentido em denominá-lo de Lei Fundamental já que é inconcebível que este instrumento de fundamentação e concessão de poder seja capaz de regular a vida em sociedade, mas tão somente o dever de sujeição/obediência.

Fica perceptível, então, que os instrumentos gerados na Idade Antiga apresentam o objetivo de fornecer a titularidade do poder a um determinado indivíduo em razão da vontade divina, proporcionar a imutabilidade da ordem social hierárquica, além de evitar o surgimento de questionamentos quanto ao *status quo* ocupado.

No período Medieval, há uma alteração do paradigma e, então, passa a vigorar o absolutismo feudal. Assim, verifica-se a ausência dos soberanos abençoados e indicados pelos deuses. Entretanto, o senhor feudal se utiliza das mesmas formas de governo dos soberanos da Idade Antiga. Portanto, apesar da ausência de influência direta do direito sacro, é possível afirmar que a Lei Fundamental Medieval ainda não pode ser considerada Constituição posto que não reflete a estrutura social.

Não obstante, o período Medieval merece ser citado em virtude do pontapé inicial para o surgimento da Constituição. Isso porque é nessa época que surgem as Cartas de Liberdade e os Pactos de Poder. Referidos documentos, apesar de não trazerem em seu bojo todas as características necessárias para serem considerados Constituição, são mecanismos utilizados por alguns grupos sociais para acordar alguns aspectos das condições sociais estabelecidas. Assim, as Cartas e os Pactos são celebrados com o intuito de fornecer aos indivíduos que a subscrevem direitos e deveres.

O surgimento de tais institutos preconiza o nascimento do Estado Moderno, mas não o advento do constitucionalismo. Isso porque estamos diante do feudalismo que permite, nessa faceta, que alguns segmentos criem normas próprias quanto a situações determinadas e que, em

momento algum, retira do senhor feudal a sua legitimidade do poder ou mesmo pretende modificar os estamentos sociais.

Com isso, tem-se que os Pactos de Poder/Cartas de Liberdade são instrumentos destinados a um certo segmento social e não passam de meros acordos incapazes de traduzirem a relação constitucional entre política e direito. Logo, conclui Marcelo Neves (2009, p.24) que

Os pactos de poder eram, no âmbito de validade ou na dimensão temporal, apenas ‘modificadores do poder’, uma vez que exprimiam mudanças que ocorreriam na estrutura de dominação. Por sua vez, as Constituições em sentido moderno são ‘normativas’, não simplesmente porque se compõem de normas jurídicas, mas, especificamente, por apontarem para a diferenciação entre direito e política, implicando a vinculação jurídica do poder, o que possibilita o seu limite e controle pelo direito. Nesse sentido, as Constituições, em sentido moderno, são ‘constituintes’ de poder no âmbito de validade ou na dimensão temporal, na medida em que instituem uma nova estrutura política, renovando-lhe a fundamentação normativa, positivada juridicamente.

Desse modo, tais documentos não são considerados Constituição posto que

Na dimensão social ou no âmbito pessoal de validade, os pactos de poder eram “particulares”, referindo-se a certos acordos entre o monarca e a nobreza ou parte da burguesia. As Constituições modernas, ao contrário, têm a pretensão de ser “universais”, pois se referem, includentemente, a todos os membros da respectiva organização jurídico-política, atribuindo-lhes direitos fundamentais. (...) No âmbito da validade ou da dimensão material, os pactos de poder eram “pontuais”, referindo-se a determinados temas específicos da política e do direito estatal. As Constituições em sentido moderno são “abrangentes” no seu conteúdo, tendo em vista que se referem aos diversos ramos do direito e aos diferentes processos de tomada de decisão política. (NEVES, 2009, p.20)

Merece destaque, nesse momento, o fato de que a inexistência de uma Constituição, por si só, durante a Idade Antiga e Média não fora a única razão para a inexistência dos direitos denominados de fundamentais. Isso porque o que se verifica na sociedade dessa época são o desprezo ao indivíduo e a valorização da classe/estamentos. Ora, se não há indivíduos e se o documento político existente somente tem a finalidade de manter a sociedade como se encontra e fundamentar o poder na divindade, inexistem as condições citadas anteriormente por Dimitri Dimoluis para o surgimento e crescimento dos Direitos Fundamentais.

Somente no século XIX/XX é que se percebe a ascensão da Constituição no sentido moderno e discutido. Isso porque é nesse período que surge o documento jurídico com o intuito de harmonizar os sentidos jurídicos e políticos do Estado Democrático de Direito. Assim, a Constituição se apresenta quando há o acoplamento estrutural, ou seja, quando há os vínculos estruturais necessários para as interfluências entre os diversos âmbitos autônomos de comunicação, em especial entre a política e o direito. Com isso, revela que o direito apresenta como acoplamento estrutural o princípio da igualdade e, a política, a democracia que se

apresentam como complementos e limitações. Dessa forma, é papel do estudioso verificar se o princípio da igualdade e a democracia se apresentam de forma complementar e limitando uma a outra.

Logo, conclui-se que os direitos fundamentais somente encontraram os três requisitos e, por conseguinte, existiram, na segunda metade do século XVIII, já que é, nesse momento, que tem início o processo de acoplamento estrutural entre política e direito. Acrescente-se ainda que os documentos ingleses como Magna Carta de 1215, Bill of Rights, dentre outros, apesar de não serem considerados Constituição são de extrema importância para o estudo dos Direitos Fundamentais posto que trazem o desenvolvimento funcional do Direito.

Quanto à evolução dos direitos fundamentais, tem-se que seu surgimento no século XVIII, mas que permanecem positivados e presentes na sociedade até o presente momento. Dessa forma, é comum tratá-los através de suas dimensões/famílias. Assim, o fato de sempre surgir direitos fundamentais durante o decorrer do tempo não significa que os nascidos e fundamentados, por exemplo, no século XVIII, deixaram de existir. Os Direitos Fundamentais, de acordo com o que fora dito, são contínuos e permanecem com o passar do tempo, tendo o seu rol sempre aumentando em razão das necessidades sociais surgidas com a modernidade.

Doutrinariamente, os direitos fundamentais são classificados em dimensões/gerações. Existem discussões quanto à terminologia gerações, dimensões e famílias. No presente trabalho será utilizada a expressão dimensões dos direitos fundamentais posto que, conforme fora explicitado anteriormente, o surgimento de novos direitos não implica na extinção dos já existentes. Ou seja, os direitos fundamentais são classes de direitos que se ampliam no decorrer do tempo e uma nova dimensão não significa a extinção ou mesmo perda da importância da anterior.

Com relação aos termos famílias e gerações, tem-se que tais nomenclaturas trazem a ideia de gradação, superação e tal fato não ocorre nos direitos fundamentais. Corrobora com tal entendimento, a seguinte passagem de Dimitri Dimolius (2011, p.34):

Tal opção terminológica (e teórica) é bastante problemática, já que a ideia das gerações sugere uma substituição de cada geração pela posterior enquanto no âmbito que nos interessa nunca houve abolição dos direitos das anteriores 'gerações' como indica claramente a Constituição Brasileira de 1988 que inclui indiscriminadamente direitos de todas as 'gerações'. Além disso, o termo 'geração' não é cronologicamente exato. Sem se aprofundar nos aspectos históricos, pode-se indicar que já havia direitos sociais (prestações do Estado) garantidos nas primeiras Constituições e Declarações do século XVIII e de inícios do século XIX.



Não obstante, apesar do sentido trazido, é comum na doutrina e jurisprudência<sup>16</sup> a sua utilização que, para essa dissertação, será dispensada<sup>17</sup>. Iniciando a evolução histórica dos direitos fundamentais, tem-se que a 1ª Dimensão se refere às Liberdades Clássicas e surge no momento no qual os particulares desejam proteção contra a intervenção do poder público. Assim, ocorre a defesa pela abstenção do poder estatal em relação aos particulares. Como exemplos típicos de direitos dessa dimensão, têm-se a propriedade e a liberdade.

Assim, historicamente, tem-se que os direitos fundamentais de primeira dimensão surgiram no Estado Absoluto (século XVII – XVIII) que sufocava a sociedade em todos os seus âmbitos. Assim, sua intervenção era excessiva e, por conseguinte, usurpava alguns direitos a fim de que houvesse a manutenção do poder como existia e retirasse (ou melhor, não permitisse) do povo o direito de participar das tomadas de decisões.

Logo, a primeira dimensão corresponde aos direitos civis e políticos e trazem cunho individualista, com raízes nas ideias iluministas e jusnaturalistas. Assim, revela Sarlet (2011, p. 46) que são “direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder”.

São, assim, considerados direitos fundamentais de 1ª Dimensão a liberdade, as garantias processuais, a igualdade formal e os direitos políticos. Como exemplificação, tem-se o artigo I da Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (EUA) de 16 de Junho de 1776<sup>18</sup>.

Com relação à 2ª Dimensão (Liberdades Sociais), verifica-se que os cidadãos desejam, nesse momento, uma maior interferência do Estado nas relações sociais a fim de que os direitos humanos mínimos sejam garantidos, tal como o direito ao trabalho, ao lazer, à saúde, à educação, à moradia. Os direitos fundamentais de segunda dimensão são aqueles surgidos como consequência da industrialização avassaladora e através das lutas sociais na Europa e Américas, isto é, em função dos graves problemas sociais e econômicos ocasionados pela Revolução Industrial. Logo, com a modificação da forma de produção que deixa de ser manufaturada e passa a ser industrial, ocorreu o uso abusivo da mão-de-obra desqualificada e uma alteração significativa na economia. Com isso, verificou-se um aumento na desigualdade social, uma

---

<sup>16</sup> A nomenclatura “gerações” é predominantemente utilizada pela doutrina brasileira e foi aceita pelo Supremo Tribunal Federal, conforme o MS 22.164 com decisão publicada em 17 de Novembro de 1995.

<sup>17</sup> Conforme ensinamentos de Dimitri Dimolius, a expressão dimensão trará o sentido de que dois ou mais elementos podem existir em um mesmo tempo e correspondem a um mesmo fenômeno sem a ideia de gradação ou substituição.

<sup>18</sup> “Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo, privar ou despojar seus pósteros e que são: gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança”. (Grifo nosso)

sociedade carente quanto à saúde, educação e com condições de trabalho inadequadas para o ser humano.

Dessa maneira, com base nas doutrinas socialistas e na verificação de que a não-intervenção estatal não era suficiente para o gozo dos direitos adquiridos anteriormente, surgem os movimentos reivindicatórios, visando o reconhecimento constitucional de direitos que obrigam o Estado a um comportamento ativo para a concretização da justiça social. Com isso, revela Rúbia Zanotelli Alvarenga (2009, p.50) que

A segunda geração de direitos compreende os direitos econômicos, sociais e culturais, decorrentes de aspirações igualitárias, historicamente vinculadas a movimentos socialistas e comunistas do século XIX e início do século XX (...) Os direitos de segunda geração são aqueles que cobram atitudes positivas do Estado para promover a igualdade entre as categorias sociais desiguais. Não se referem à mera igualdade formal de todos ante a lei, mas à igualdade material e real de oportunidades, protegendo juridicamente os hipossuficientes nas relações sociais de trabalho e os padrões mínimos de uma sociedade igualitária.

Logo, os direitos fundamentais de 2ª dimensão são ligados às necessidades básicas do indivíduo e requisitam do Estado uma maior intervenção através de prestações a fim de que sejam proporcionadas as condições imprescindíveis para vida digna. Destaca-se que, nesse momento, surge o Estado do Bem-estar Social.

Acrescente-se ainda que os principais documentos que previam tais direitos foram a Constituição Mexicana de 1917, a Constituição Alemã de 1919 e a Constituição Brasileira de 1934 e eles correspondem, basicamente, aos direitos trabalhistas; econômicos, sociais e culturais e a igualdade material.

Por fim, comparando-se os direitos fundamentais de 1ª Dimensão com os de 2ª Dimensão, conclui George Marmelstein (2008, p.48) que

Os direitos de primeira dimensão tinham como finalidade, sobretudo, possibilitar a limitação do poder estatal e permitir a participação do povo nos negócios públicos. Já os direitos de segunda geração possuem um objetivo diferente. Eles impõem diretrizes, deveres e tarefas a serem realizadas pelo Estado, no intuito de possibilitar aos seres humanos melhor qualidade de vida e um nível razoável de dignidade como pressuposto do próprio exercício da liberdade.

Os Direitos Coletivos e Difusos, componentes da 3ª Dimensão, trazem dos direitos e deveres da coletividade (como por exemplo o meio ambiente) e o reconhecimento da solidariedade e da fraternidade como essenciais à convivência harmoniosa em sociedade. Assim, conforme a classificação de Karel Vasak<sup>19</sup>, tais direitos surgem em razão da internacionalização dos valores base dos direitos fundamentais; da crença de que são universais

---

<sup>19</sup> Jurista francês que elaborou referida divisão durante a Conferência proferida no Instituto Internacional de Direitos Humanos em 1979.

e de que o homem é vinculado ao planeta Terra e, em consequência do sentimento de solidariedade mundial, objetivam a proteção de grupos humanos.

Desse modo, rol dos direitos fundamentais da 3ª Dimensão corresponde aos direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz, de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e de comunicação. Portanto, são direitos de toda a humanidade e se consubstancia no Estado Social e no Estado Democrático Social. Acrescente-se também que tal dimensão dos direitos fundamentais é também denominada de direitos da fraternidade ou de solidariedade. Entretanto, conforme Sarlet (2011, p.49),

(...) no que tange à sua positivação, é preciso reconhecer que, ressalvadas algumas exceções, a maior parte destes direitos fundamentais da terceira dimensão ainda (inobstante cada vez mais) não encontrou seu reconhecimento na seara do direito constitucional, estando, por outro lado, em fase de consagração no âmbito do direito internacional (...)

Com relação a quarta dimensão, tem-se que corresponde ao resultado da globalização e universalização dos direitos. Então, fala-se em direito à democracia direta, à informação e ao pluralismo, conforme defesa de Paulo Bonavides. Assim, revela o autor (1998, p.524) que os direitos de 4ª dimensão representam “o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos e, somente assim, tornando legítima e possível a tão temerária globalização política”.

Finalmente, informa George Marmelstein (2008, p.51) que os direitos fundamentais continuam a evoluir até o presente momento de forma a garantir a proteção da dignidade humana.<sup>20</sup> Logo, é possível falar em quinta, sexta e até mesmo em sétima dimensões dos direitos fundamentais de forma a proteger a vida digna em função dos avanços tecnológicos e das descobertas genéticas (bioética)<sup>21</sup>. Passada a análise histórica dos direitos fundamentais, é de

---

<sup>20</sup> Destaca-se, nesse momento, a seguinte passagem de Ingo Sarlet (2011, p. 56) sobre a evolução dos direitos fundamentais: “As diversas dimensões que marcam a evolução do processo de reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais revelam que estes constituem categoria materialmente aberta e mutável, ainda que seja possível observar certa permanência e uniformidade neste campo, como ilustram os tradicionais exemplos do direito à vida, da liberdade de locomoção e de pensamento, dentre outros tantos que aqui poderiam ser citados e que ainda hoje continuam tão atuais quanto no século XVIII, ou até mesmo anteriormente, se atentarmos para os precedentes já referidos no contexto da evolução histórica anterior ao reconhecimento dos direitos fundamentais nas primeiras Constituições. Além disso, cumpre reconhecer que alguns dos clássicos direitos fundamentais da primeira dimensão (assim como alguns da segunda) estão, na verdade, sendo revitalizados e até mesmo ganhando em importância e atualidade, de modo especial em face das novas formas de agressão aos valores tradicionais e consensualmente incorporados ao patrimônio jurídico da humanidade, nomeadamente da liberdade, da igualdade, da vida e da dignidade da pessoa humana”.

<sup>21</sup> “Do mesmo modo, o desenvolvimento da biotecnologia ocasiona debates altamente complexos em torno, por exemplo, da clonagem humana e dos consequentes direitos do clone, da proteção ao patrimônio genético, a polêmica em torno da possibilidade de pesquisas com células-tronco embrionárias, entre inúmeras outras questões. Daí se falar em novas gerações, além daquelas três imaginadas por Karel Vasak. Já se fala em direitos de quarta, quinta, sexta e até sétima gerações, que vão surgindo com a globalização, com os avanços tecnológicos (cibernética) e com as descobertas da genética (bioética)”. (MARMELESTEIN, 2008, p.51)

extrema importância o estudo sobre a eficácia de tais normas positivadas, objeto do próximo tópico.

### 1.1.3. A eficácia das Normas Constitucionais Fundamentais e a visão de Ingo Sarlet

Inicialmente, antes de se aprofundar na tese elaborado por Ingo Sarlet<sup>22</sup>, é importante demonstrar que existiram outros doutrinadores<sup>23</sup> que trataram sobre a temática do ponto de vista da aplicabilidade das normas constitucionais. Dessa maneira, inicia-se o estudo com a Teoria Americana elaborada por Thomas Cooley em sua obra “A treatise on the constitutional limitations which rest upon the power of the States of the American Union” no século XIX.

Revela Thomas que as normas constitucionais podem ser de dois tipos: auto executáveis (*self-executing*) e não auto executáveis (*not self-executing*). Com isso, aquelas seriam as normas capazes de produzir seus efeitos desde logo, ou seja, assim que entrasse em vigor, independentemente de manifestação do legislador infraconstitucional. Já as normas *not self-executing* correspondem as que necessitam de manifestação do legislador infraconstitucional a fim de que sejam apresentados os meios imprescindíveis para aplicação dos direitos ali enunciados.

Portanto, conclui-se que Thomas Cooley admite a existência de normas constitucionais sem imperatividade. Isso porque não se admite que as normas não auto executáveis produzam qualquer efeito. Em razão disso, tal teoria fora bastante criticada. Como contraposição à Teoria Americana surgiu a Italiana, no século XX, em especial na década de 50, defendida por Vezio Crisafulli, Gaetano Azzerati, Paolo Biscaretti Di Ruffia, dentre outros. O ponto chave de tal teoria era de que uma Constituição não apresentava, em hipótese alguma, normas sem aplicabilidade. Logo, o que se pode conceber é a existência de normas constitucionais dotadas de níveis diversificados dos seguintes efeitos: positivo, negativo e interpretativo.

O efeito positivo é aquele que corresponde a aplicação direta da norma constitucional ao fato concreto. Portanto, há o enquadramento da conduta na proposição jurídica prevista na Constituição Federal. Acrescenta ainda Bernardo Gonçalves Ferreira (2014, p.106) que a norma com efeito positivo tem a capacidade de“(…) revoga (r) tudo do ordenamento anterior que for contrário a ela”.

---

<sup>22</sup> A base para análise e utilização da tese sobre a eficácia dos direitos fundamentais elaborada por Ingo Wolfgang Sarlet fora extraída da seguinte obra do autor: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl.; 3. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011

<sup>23</sup> Os principais nomes são Ruy Barbosa, José Afonso da Silva, Carlos Ayres Britto, Maria Helena Diniz, Luís Roberto Barroso, Thomas Cooley.

Quanto ao efeito interpretativo, verifica-se que o sentido e o alcance da norma jurídica são obtidos através da hermenêutica jurídica que é influenciada pelos valores. Já o efeito negativo impede a entrada de normas jurídicas infraconstitucionais contrárias aos mandamentos constitucionais no ordenamento jurídico, além de não permitir que o legislador infraconstitucional produza normas que contrarie a indicação constitucional.

Corroborando com a afirmação italiana de que não existem normas constitucionais destituídas de eficácia, José Afonso da Silva criou a Teoria da Aplicabilidade das Normas Constitucionais, na década de 70, momento no qual defendeu a existência de três graus de aplicabilidade da norma: plena, limitada e contida. Destaca-se, nesse ponto, que José Afonso entende por aplicabilidade a possibilidade que a norma apresenta para sua aplicação, ou seja, o quanto esta poderá ser utilizada (eficácia jurídica)<sup>24</sup>.

Desse modo, conceitua-se como norma constitucional plena aquela que, à semelhança da norma autoaplicável, possui aplicabilidade imediata e eficácia plena. Ou seja, a norma já está presente no ordenamento jurídico pronta para produzir todos os seus efeitos jurídicos e não necessita de qualquer ajuste infraconstitucional<sup>25</sup>.

Já as normas de eficácia contida (ou restringível) e aplicabilidade imediata (normas constitucionais contidas) são aquelas que o legislador constituinte originário “regulou suficientemente a matéria, porém possibilitou ao legislador ordinário restringir os efeitos dela” (ALVARENGA, 2009, p.157). Portanto, são normas que podem ser aplicadas imediatamente, mas nada impede que seja criada uma lei infraconstitucional que limite sua atuação, ou seja, apresentam eficácia plena, mas podem sofrer restrições em seu âmbito<sup>26</sup>.

A norma constitucional de aplicabilidade mediata e de eficácia limitada (norma constitucional limitada) se refere àquela que necessita de uma norma infraconstitucional para gerar os efeitos jurídicos desejados. Em razão disso, a doutrina a subdivide em norma de princípio programático e norma de princípio institutivo. As normas de princípio programático são aquelas que dependem de legislação ulterior para serem implementadas<sup>27</sup>. Com isso, nos dizeres de Bernardo Gonçalves (2014, p. 109), essas normas “traçam metas/tarefas/fins/programas para cumprimento por parte dos Poderes Públicos e atualmente pela sociedade”.

---

<sup>24</sup> Assim, José Afonso da Silva (1999, p.60) afirma que “eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais constituem fenômenos conexos, aspectos talvez do mesmo fenômeno, encarados por prismas diferentes: aquela como potencialidade; esta como realizabilidade, praticidade”.

<sup>25</sup> Como exemplo, tem-se os artigos 44 e 46 da Constituição Federal Brasileira.

<sup>26</sup> Como exemplo, tem-se os artigos 5º incisos VIII e XIII.

<sup>27</sup> Por exemplo, os artigos 7º, IV e 6º da Constituição Federal Brasileira.

Ressalta-se que as normas constitucionais de eficácia limitada de princípios programáticos, apesar de não possuírem todos os requisitos necessários para a produção plena dos efeitos jurídicos, apresentam todos os efeitos citados anteriormente, quais sejam, positivo, negativo e interpretativo. Logo, são capazes de não recepcionar normas do ordenamento anterior; impedir a produção de legislação infraconstitucional que contrarie seu enunciado e servir de instrumento/base para a hermenêutica jurídica.

Com relação às normas de princípio institutivo, revela-se que são normas que o legislador constituinte traça “esquemas gerais de estruturação e atribuições aos órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei” (ALVARENGA, 2009, p. 157)<sup>28</sup>.

Desse modo, verifica-se que as normas fundamentais podem se enquadrar em uma das classificações apresentadas anteriormente de acordo com sua eficácia. Não obstante, apesar da grande importância da Teoria da Aplicabilidade das Normas Constitucionais, surgiram outras teses para a mesma temática, dentre elas as elaboradas por Carlos Ayres Britto e Celso Ribeiro Bastos; Luís Roberto Barroso e Maria Helena Diniz.

Conforme a classificação elaborada por Ayres Britto e Celso Bastos citada por Bernardo Gonçalves (2014, p.112), tem-se que as normas constitucionais podem ser de aplicação ou de integração. Normas de aplicação são aquelas que prescindem de atuação do legislador infraconstitucional e podem ser subclassificadas em irregulamentáveis, quando não existe permissão de atuação do legislador derivado; e as regulamentáveis, normas que podem sofrer atuação do poder constituído a fim de que se auxilie a sua aplicação.

Já as normas constitucionais de integração, conforme descrevem os autores (*apud* GONÇALVES, 2014, p.112) são aquelas que “têm por traço distintivo a abertura de espaço entre seu desiderato e o efetivo desencadear dos seus efeitos. No seu interior existe uma permanente tensão entre a predisposição para incidir e a efetiva concreção”. Logo, são normas que necessitam da intervenção do legislador infraconstitucional. Assim, podem ser divididas em completáveis, quando, de fato, precisam de uma regulamentação para produzir todos os seus efeitos; e restringíveis, aquelas que exigem uma atuação do legislador para conter seus efeitos ou diminuir seu campo de incidência.

Quanto à classificação de Luís Roberto Barroso (2010, p.50), as normas constitucionais podem ser de organização, definidoras de direitos e programáticas. As primeiras se referem àquelas destinadas aos Poderes do Estado posto que definem a competência de cada

---

<sup>28</sup> Assim, exemplifica-se com os artigos 5º, XXXII e 33 da Constituição Federal.

um deles e organiza a estrutura do Estado. As normas definidoras de direitos são as que fornecem ao indivíduo direitos e se subdividem em normas de abstenção; de exigibilidade de prestações positivas do Estado; de efetivação (viabilização) e de cunho integrador. Por fim, tem-se as programáticas que guiam o caminho a ser trilhado pelo poder estatal já que define os fins que a serem alcançados.

A divisão das normas constitucionais de Maria Helena Diniz, conforme descreve Bernardo Gonçalves (2014, p. 125) apresenta semelhança com a de José Afonso da Silva. Assim, defende a existência de normas constitucionais de eficácia plena, reescreve as normas de eficácia contida e limitada para de eficácia relativa restringível e dependente de complementação, respectivamente. Sua novidade consiste na criação das normas de eficácia absoluta que correspondem as que não são modificáveis, ou seja, aquelas denominadas doutrinariamente de cláusulas pétreas. Não obstante, essa inovação recebeu profundas críticas visto que as cláusulas pétreas são, de fato, suscetíveis a modificação desde que não sejam abolidas nem mesmo restringidas. Assim, é permitido que se sofisticuem as cláusulas pétreas, portanto, modificando-as.

Analisados tais divisões de extrema importância, oportuna nesse momento é a análise da Teoria de Ingo Sarlet sobre a eficácia dos direitos fundamentais. Sarlet defende que os direitos tidos como fundamentais devem apresentar a eficácia plena. Ou seja, devem apresentar aplicação direta e imediata. Porém, antes de adentrar em sua qualificação, Sarlet explica a distinção entre eficácia, vigência e validade.

A eficácia, conforme já fora explicitada, assemelha-se à aplicabilidade da norma jurídica, isto é, corresponde a capacidade de produção de efeitos e aplicação ao caso concreto. Sendo assim, a vigência compreende a capacidade das normas em existir no ordenamento jurídico, ou seja, de apresentar-se como de respeito obrigatório. Logo, tem-se que a vigência se dá com a promulgação e a publicação da lei e, por conseguinte, é considerada um dos requisitos para a eficácia.

A validade da norma se apresenta como um elemento obtido pela legislação após o decorrer regular do seu processo de criação. Assim, para Luís Roberto Barroso (2013, p. 79), a validade é “a conformação do ato normativo aos requisitos estabelecidos pelo ordenamento jurídico no que concerne à competência, adequação da forma, bem à licitude e possibilidade de seu objeto”.

Dito isto, Sarlet informa que a eficácia possui duas vertentes: jurídica e social. Por eficácia jurídica compreende-se a capacidade da norma produzir efeitos no mundo do Direito,

de irradiar-se por todo o ordenamento jurídico e ser aplicada ao caso concreto<sup>29</sup>. Assim, a eficácia jurídica é a influência dos direitos constitucionais no entendimento coeso e unificado do ordenamento jurídico. Então, é a irradiação desses direitos e sua capacidade de aplicação posto que se encontram vigentes (existem juridicamente já que preencheram os requisitos jurídicos para sua criação e existência). Corrobora com a citada conceituação a seguinte passagem de José Afonso da Silva citada por Ingo Sarlet (2011, p. 237), ao revelar que

(...) designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica. Possibilidade, e não efetividade.

Quanto a este ponto, tem-se, exemplificamente, que o lazer, direito objeto dessa dissertação, apresenta eficácia jurídica pois é identificado pela Carta Fundamental como direito fundamental do tipo social proveniente de autoridade competente e que interage e se aplica em áreas de mesma natureza jurídica, além de influenciar a legislação infraconstitucional.

Com relação à eficácia social, Ingo Sarlet afirma que corresponde aos efeitos que a norma gera no contexto em que vive a sociedade, na consciência do cidadão, é o ser. Logo, conclui Sarlet (2011, p. 240) que

(...) podemos identificar a eficácia jurídica como a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos, ao passo que a eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto ao resultado concreto decorrente – ou não – desta aplicação.

Em outras palavras, pode-se dizer que a norma é considerada com eficácia social quando é capaz de interferir, positivamente, no cotidiano da sociedade e, conseqüentemente, proporcionar uma vida digna e o bem de todos<sup>30</sup>.

Com relação à eficácia das normas constitucionais fundamentais brasileiras, tem-se que o artigo 5º, § 1º, CF/88<sup>31</sup> informa a sua aplicação imediata. Considerar uma norma com aplicação direta e imediata significa que esta deve apresentar a eficácia plena. Ou seja,

---

<sup>29</sup> Desse modo, instrui Bernardo Gonçalves (2014, p. 107) que “(...) a eficácia jurídica é entendida como a aptidão (potencialidade) de uma norma para a produção de efeitos em situações concretas. Nesse sentido, (...) todas as normas constitucionais teriam eficácia jurídica, variando-se o seu grau (e com isso a aplicabilidade! Ou seja, a possibilidade de aplicação, de serem realizadas, praticadas!)”.

<sup>30</sup> Seguindo o pensamento de Ingo Sarlet, leciona Luís Roberto Barroso (2013, p. 83): “a efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social”.

<sup>31</sup> “Art. 5º (...) § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1988



conforme ensinamentos de Ingo Sarlet, é aquela norma capaz de produzir efeitos no mundo jurídico (exigibilidade, coercibilidade) e na sociedade (aceitação, conhecimento, respeito, crença).

Dessa maneira, as normas constitucionais qualificadas como fundamentais apresentam a capacidade de produzir seus efeitos no campo do Direito e no campo social, é vigente, eficaz e efetiva. Logo, sua previsão na Lei Fundamental já seria suficiente.

## **1.2. Os Direitos Fundamentais Sociais**

Conforme já fora dito anteriormente, os direitos fundamentais sociais são aqueles surgidos durante a Revolução Industrial e que objetivavam proteger o cidadão em razão de sua dignidade humana. Assim, tem-se que o primeiro instrumento constitucional a proteger os direitos de 2ª dimensão, dentre eles os sociais, foi a Constituição do México de 1917. Desse modo, verifica-se que em seu primeiro capítulo se encontram as normas protetivas dos direitos sociais.

Não obstante, não se caracterizando como Constituição, mas de extrema importância e influência nos direitos sociais, tem-se as normas protetivas sociais previstas na Declaração dos direitos do Povo Trabalhador e Explorado redigida durante a Revolução Russa de 1917. Seguindo as ideias da declaração, foi promulgada a Constituição Soviética de 1918 na qual em seus artigos 14 a 17 dispôs sobre os direitos sociais. Ressalta-se, nesse momento, que a proteção prevista nos citados instrumentos traz em seu bojo a concepção socialista e, desse modo, pode-se citar, exemplificamente, o seguinte direito fundamental social expresso no Capítulo I, 4 da Declaração: o trabalho é obrigatório para todos.

Retornando para a linha capitalista e seguindo os preceitos da Constituição Mexicana, tem-se a Constituição de Weimar de 1919, promulgada após a Primeira Guerra Mundial. Revela-se, nesse momento, que a Constituição Alemã citada nasce como resultado do processo de industrialização acelerado projetado por Bismarck em 1871 e em função do surgimento da República Democrática e Social Alemã (República de Weimar). Oportuno, então, a seguinte análise de Dimitri Dimolius (2011, p.34) sobre a proteção dos direitos fundamentais sociais na Constituição de Weimar: “(...) introduziam a dimensão social e econômica dos direitos fundamentais, cujo objetivo era garantir a liberdade individual mediante ações (prestações) do Estado”. Dessa maneira, a Constituição de Weimar dedicou a Parte II, cinco títulos (artigos 109 a 165) à proteção dos direitos econômicos e sociais sob a denominação “Direitos e Deveres Fundamentais dos Alemães”.

Destaca-se ainda que, apesar dos documentos citados, foi a Constituição da República de Weimar que se tornou paradigma do constitucionalismo do pós-primeira Guerra Mundial e serviu como modelo para as demais Constituições. Assim, conforme Dirley da Cunha (2008, p. 572),

A Constituição de Weimar, efetivamente, representou inquestionável modelo de avanço constitucional na evolução histórica dos direitos fundamentais, com o despontar dos direitos ditos de segunda dimensão, fonte do Estado do bem-estar social na Alemanha e, posteriormente, no Brasil”.

Por fim, para concluir a proteção dos direitos fundamentais pelo mundo, tem-se a Declaração Francesa de 1793 que pertence a Constituição Jacobina e surgida com a Revolução Francesa. Tal declaração prevê, por exemplo, em seus artigos 21 e 22 proteção aos direitos sociais, dentre eles a assistência aos necessitados e o acesso à educação. Portanto, verifica-se que os direitos fundamentais sociais possuem proteção constitucional em diversas partes do mundo.

Com relação à realidade brasileira, percebe-se que a primeira Constituição a apresentar, expressamente, proteção aos direitos fundamentais sociais é a Constituição Brasileira do Império de 1824. Isso porque tal carta previa em seu artigo 179 os direitos sociais, dentre eles o direito fundamental ao socorro público e à instrução primária gratuita, incisos XXXI e XXXII, respectivamente. Porém, tal proteção apresenta somente eficácia jurídica. Isso porque a concretização de tais direitos ficou prejudicada com a criação do Poder Moderador, instituto que concedia ao imperador poderes ilimitados e ampla discricionariedade.

Prosseguindo na história, tem-se a Constituição Republicana de 1891 que protege os direitos fundamentais sociais no seu artigo 72 através dos 31 parágrafos. Dentre os direitos sociais inovadores em comparação com a Constituição do Império, tem-se o reconhecimento dos direitos de reunião e de associação, amplas garantias penais, criação do instituto do *habeas corpus*. Acrescente-se ainda que os direitos fundamentais sociais serão garantidos aos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil, diversamente do previsto na Constituição de 1824.

Mantendo a lista de direitos previstas na Constituição Republicana, tem-se a Constituição de 1934 que acrescenta ao rol os seguintes direitos sociais: à subsistência, à assistência aos indigentes; criação dos institutos do Mandado de Segurança e da Ação Popular. Acrescente-se ainda que tal carta instaurou no Brasil o moderno Estado Intervencionista e sofreu fortes influência da Constituição de Weimar de 1919, em especial no âmbito dos direitos econômicos e sociais.

Assim, a título de exemplificação, tem-se que a Constituição Brasileira de 1934 previu em seu Título IV as disposições sobre a Ordem Econômica e Social através de 29 artigos e no Título V os direitos sociais referentes à família, educação e cultura em 15 artigos. Já as Constituições Federais Brasileiras de 1937, 1946 e 1967/1969 não trazem qualquer inovação, repetindo somente o rol de direitos já protegidos.

Por fim, tem-se a Constituição Federal Brasileira de 1988 que apresenta em seu bojo os direitos e garantias fundamentais das dimensões detalhadas anteriormente. Assim, verifica-se que o Título II se refere aos Direitos e Garantias Fundamentais e apresenta a seguinte composição: Capítulo I – Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (artigo 5º); Capítulo II – Direitos Sociais (artigos 6º a 11); Capítulo III - Da Nacionalidade (artigos 12 a 13); Capítulo IV – Dos Direitos Políticos (artigos 14 a 16) e Capítulo V – Dos Partidos Políticos (artigo 17).

Tal posituação dos direitos fundamentais não se restringe ao Título II da Lei Fundamental Brasileira de 1988, apesar de se concentrarem nessa parte da Constituição. Destaca-se ainda que os direitos fundamentais positivados tem como objetivo garantir ao indivíduo o mínimo necessário para uma vida digna. Ou seja, a garantia de um nível básico de direitos e deveres para a existência do ser humano.

Conforme já detalhado, o Capítulo II do Título II da Constituição Federal Brasileira trata dos direitos sociais, objeto do presente trabalho. Assim, conforme os ensinamentos de Sarlet, é nesse momento que a *Lex Maxima* Brasileira traz os Direitos Fundamentais Sociais.

Não obstante a proteção trazida pela Constituição Federal de 1988, a doutrina especializada, traz algumas críticas ao sistema de direitos fundamentais, em especial aos direitos sociais. Com isso, os juristas defensores da posição neoliberal (conservadores) criticam o caráter dirigente da Constituição e informam que os direitos sociais inflacionam os direitos fundamentais de forma que fornece aos indivíduos garantias ilimitadas das liberdades individuais.

Já os denominados de socialmente progressistas, defendem a importância da posituação dos direitos fundamentais sociais pela Constituição Federal de 1988 e informam que o problema de tais direitos se encontra no âmbito da efetivação, ou seja, em uma das vertentes da eficácia social de Ingo Sarlet. Portanto, percebe-se que não só o ordenamento constitucional brasileiro como também de diversas partes do mundo evoluíram na proteção dos direitos sociais a ponto de fornecer uma maior eficácia jurídica. Porém, é necessário que tais proteções apresentem eficácia social. Logo, concluiu Dirley da Cunha (2008, p. 574) que “o grande problema que aflige os direitos fundamentais sociais não está em sua declaração ou no

reconhecimento formal de suas garantias, mas sim na sua efetivação (...)"'. Portanto, é possível afirmar que a Constituição de 1988 é simbólica posto que

(...) mesmo correndo o risco de não ser efetivada por ausência de vontade política (como até hoje não foi), assumiu uma postura corajosa e avançada em favor da redução das desigualdades sociais, dos oprimidos, dos direitos fundamentais, da democracia e de todos os valores ligados à dignidade da pessoa humana. (MARMELSTEIN, 2008, p.62)

Por fim, tem-se que nas Constituições Brasileiras anteriores era tradição alocar os direitos fundamentais nos capítulos finais do texto constitucional, em especial após a organização dos poderes e divisão das competências. Desse modo, é possível concluir que há uma quebra da tradição posto que os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 se encontram, primordialmente, nos artigos 5º a 17.

### **1.3. Teoria dos Status de Jellinek**

#### **1.3.1. Categorias dos Direitos Fundamentais**

Levando-se em conta a Teoria dos Status de Jellinek, verifica-se que há uma redefinição da classificação dos direitos fundamentais em função de sua interação com o Estado. Com isso, Alexy (2008, p.255) os definem como

(...) forma de relação entre o cidadão e o Estado. Como uma relação que qualifica o indivíduo, o status deve ser uma situação, e, como tal, diferenciar-se de um direito. Isso porque o status, na forma como Jellinek o expressa, tem como conteúdo o 'ser' e não o 'ter' jurídico da pessoa.

Portanto, vendo-se o direito fundamental em função do seu status, conclui-se que corresponde a "um direito público subjetivo, isto é, um direito individual que vincula o Estado" (DIMOLIUS, 2011, p.63). Inicialmente, tem-se que os direitos fundamentais apresentam duas perspectivas: a objetiva e a subjetiva. Isso porque é comum a visão subjetiva de tais direitos que indicam posições jurídicas individuais, ou seja, direitos conferidos a titulares, qual seja, o ser humano. Desse modo, por exemplo, quando falamos do direito à saúde, sabemos que este constituiu uma posição jurídica subjetiva, posto que corresponde a uma garantia obtida pelo indivíduo para sua existência digna.

Não obstante, apesar de não tratada diretamente por Jellinek, os direitos fundamentais também são objetivos. Isso porque eles fornecem ao sistema jurídico valores que nortearam todo o ordenamento a fim de que aquele enunciado proteja eficazmente o direito e guie as ações do Estado. Portanto, conclui Dirley da Cunha (2008, p.591) que

Como direitos subjetivos, eles conferem aos seus titulares a prerrogativa de exigir os seus interesses em face dos órgãos estatais ou qualquer outro eventual obrigado, que se contraem do *dever jurídico* de satisfazê-lo, sob pena de serem acionados judicialmente. Enquanto elementos objetivos da ordem constitucional, os direitos fundamentais formam a base do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito.

Tais perspectivas dos direitos fundamentais indicam, então, que eles não objetivam meramente ser direitos subjetivos a fim de fornecer aos indivíduos mecanismos de defesas em face dos atos públicos, mas também servir de norte para todo o ordenamento jurídico de modo que seja diretriz para os órgãos do Poder Legislativo, Executivo e Judiciário.

Ressalta-se ainda que as perspectivas dos direitos fundamentais citadas se apresentam ainda como fundamento da posição jurídico-constitucional da pessoa. Ou seja, os direitos fundamentais na vertente subjetiva demonstram e protegem os direitos básicos do indivíduo para uma vida em conformidade com a dignidade humana e na visão objetiva, fundamenta a ordem democrática e insere o indivíduo na coletividade em que vive.

Ainda sobre a vertente objetiva dos direitos fundamentais, tem-se que tal dimensão fornece as seguintes consequências: a irradiação e a propagação dos direitos fundamentais; a consideração dos direitos fundamentais como princípios; a eficácia vinculante e plena (aplicabilidade direta e imediata); influência nos postulados sociais; eficácia *inter privatos*; duplo caráter (objetivo e subjetivo); a busca da concretização; aplicação do princípio da proporcionalidade no momento da hermenêutica concretizadora de direitos e a pré-compreensão.

Terminado o estudo sobre as vertentes dos direitos fundamentais, verifica-se que a Teoria do Status de Jellinek se utiliza, primordialmente, da ideia de que os direitos fundamentais são direitos subjetivos. E, tal premissa não invalida a ideia do doutrinador alemão. Isso porque é a perspectiva subjetiva que prevalece nos direitos fundamentais posto sê-la a sua principal função, qual seja, a proteção dos indivíduos para a concessão de uma vida digna; e em razão de ser um mandado de otimização já que implica em um maior grau de realização.<sup>32</sup>

Diante disso e com tal pressuposto, Jellinek classifica os direitos fundamentais em *status* negativo, passivo, positivo, ativo. Por *status* negativo, também denominados de *status libertatis*; pretensão de resistência à intervenção estatal ou direito de defesa, tem-se as limitações de atuação do Estado, isto é, requerem a não-intervenção estatal.

---

<sup>32</sup> Ressalta-se, nesse momento, que o próprio Robert Alexy informa que a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais constituiu embasamento para outras classificações das posições jurídicas de tais direitos, dentre elas, a distinção entre direitos patrimoniais absolutos e relativos e os direitos formativo; a distinção realizada por Kelsen entre direitos reflexos, subjetivos em sentido técnico, permissões administrativas positivas, direitos políticos e direitos fundamentais e de liberdade; diferenciação elaborada por Windscheid que trata da vontade do titular do direito ser determinante para sua exigibilidade e quando é para o surgimento, extinção ou modificação; e, a análise feita por Bucher.

Portanto, o indivíduo possui uma esfera imune à intervenção estatal. Tais direitos já tinham previsão nas primeiras Declarações do século XVIII e se conectam com a concepção liberal clássica que tem por fim limitar a atividade do Estado a fim de proteger a liberdade pessoal, em especial a atuação econômica e a propriedade. Assim, define Jellinek<sup>33</sup> (*apud* ALEXY, 2008, p.258), que no status negativo,

(...) ao membro do Estado é concedido um status, no âmbito do qual ele é o senhor, uma esfera livre do Estado, que nega o seu *imperium*. Essa é a esfera individual de liberdade, do status negativo, do status *libertatis*, na qual os fins estritamente individuais encontram sua satisfação por meio da livre ação do indivíduo. Nesse sentido, um status negativo é formado por uma esfera individual de liberdade.

Logo, os direitos fundamentais de defesa protegem os bens jurídicos contra ações positivas do Estado que os atentem. Assim, são competências negativas para o Estado posto que criam obstáculos para a atuação dos órgãos estatais nas esferas individuais tuteladas. Consequentemente, tais direitos fornecem ao indivíduo a liberdade positiva, ou seja, a capacidade de exercer positivamente seus próprios direitos e de exigir do Estado a omissão para que agressões não ocorram.

Verifica-se, então, que “a essência do direito está na *proibição imediata de interferência imposta ao Estado*. Trata-se de um direito negativo, pois gera a *obrigação negativa* endereçada ao Estado de *deixar de fazer algo*”. (DIMOLIUS, 2011, p.65)

Com isso, tem-se que o conteúdo dos direitos fundamentais de *status* negativo<sup>34</sup> corresponde a concessão de direitos a serem exercidos pelo indivíduo no momento que lhe considerar oportuno e vetar qualquer interferência estatal capaz de usurpar-lhe ou mesmo atentá-lo. Dessa maneira, “(...) outorga-se a seu titular a possibilidade de não gozar da liberdade ou não usufruir da posição jurídica assegurada” (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 530) e a proibição de o Estado, através de seus órgãos, intervir na referida liberdade de forma a prejudicá-la.

Por fim, é importante remarcar que a abstenção de intervenção estatal prevista nos direitos fundamentais de resistência é somente se sua atuação for abusiva/arbitrária, ou seja, capaz de atentar; obstaculizar ou mesmo transgredir referidos direitos. Desse modo, a interferência estatal que vise fomentar ou mesmo proteger o direito de desrespeito por outro indivíduo é permitida. Tais direitos fundamentais de *status* negativo são os denominados de 1ª Dimensão, conforme ensina Paulo Bonavides (1998, p. 475),

---

<sup>33</sup> JELLINEK, Georg. **System der subjektiven öffentlichen Rechte**

<sup>34</sup> “O conteúdo do status negativo de um indivíduo *a*, no momento *ti*, é composto pela totalidade ou pela classe de toas as liberdades (jurídicas não-protegidas) que *a* têm, no momento *ti*, em relação ao Estado. A classe dessas liberdades não-protegidas pode ser denominada como o ‘*espaço de liberdade* de *a*, no momento *ti*, em relação ao Estado’. Em vez de ‘espaço de liberdade’ é possível falar também, como o faz Jellinek, em ‘esferas de liberdade’ ou em ‘campos de liberdade’”. (ALEXY, 2008, p.260)

“Os direitos de primeira geração ou direito da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direito de resistência ou de oposição perante o Estado” (grifo nosso)

Os direitos fundamentais de *status* passivo, chamados ainda de *status subjectionis*, não apresenta um profundo estudo por Jellinek. Dessa maneira e de forma sucinta, tem-se que o indivíduo se encontra sujeito ao Estado. Diante disso, Alexy informa que os direitos fundamentais passivos podem ensejar duas interpretações. A primeira, e mais clara, é a de que o *status* passivo traz consigo os deveres do indivíduo, ou seja, o Estado tem capacidade para, legitimamente, estabelecer dever e/ou proibições.

O segundo entendimento trazido pelos direitos passivos é que este se revela como a totalidade de deveres e proibições que o Estado impõe ao indivíduo. Assim, corresponde a toda e qualquer limitação que o Estado possa impor, independentemente que já o tenha feito. Desse modo, fica claro que o rol dessa interpretação se apresenta de forma maior posto que mesmo que a entidade estatal não tenha ainda legiferado sobre tal proibição, esta se encontra no conteúdo indicativo dos direitos fundamentais passivos<sup>35</sup>.

Todavia, apesar das interpretações citadas, verifica-se que Georg Jellinek levou em consideração para a formulação de sua teoria somente a citada primeiramente. Isso porque “o status não se altera quando se alteram os deveres e proibições individuais ou a competência do Estado para estabelecê-los; o status passivo somente pode deixar de estar submetido a qualquer dever ou proibição(s) e o Estado não tiver mais a competência para estabelecê-lo”. (ALEXY, 2008, p.256)

Logo, pode-se concluir que os direitos fundamentais *subjectionis* são aqueles que apresentam uma limitação ao indivíduo de forma de que representem um conjunto de deveres e proibição estabelecidos pelo Estado.

Com relação ao status *positivus* (ou sociais, a prestações), tem-se que fornecem ao indivíduo a capacidade jurídica de exigir do Estado e de suas instituições prestações positivas. Logo, segunda as palavras de Dimitri Dimolius (2011, p.67), “engloba os direitos que permitem ao indivíduo exigir determinada atuação do Estado no intuito de melhorar as condições de vida (...)”.

Dessa forma, conforme Alexy (2008, p.265), “o cerne do status positivo revela-se como o direito do cidadão, em face do Estado, a ações estatais”. Pegando-se então os conceitos citados,

---

<sup>35</sup> Como exemplo de direito fundamental passivo, tem-se a instituição pela Constituição Federal Brasileira de 1988 da função social da propriedade. Logo, a propriedade é um direito fundamental de 1ª Dimensão que, regra geral, não deve sofrer interferência estatal, exceto quando não cumpre a determinação constitucional de atribuir-lhe função social.

pode-se concluir que os direitos fundamentais a prestação são aqueles classificados como de 2ª dimensão, ou seja, os sociais, econômicos e culturais. Corrobora com tal conclusão a seguinte passagem de André de Carvalho Ramos (2013, p. 85):

Cabe salientar que, tal qual os direitos da primeira geração (ou dimensão), os direitos sociais são também titularizados pelo indivíduo contra o Estado. Nesse momento, são reconhecidos os chamados direitos sociais, como o direito à saúde, educação, previdência social, habitação, entre outros, que demandam prestações positivas do Estado para o seu atendimento (...) (Grifo nosso)

Nesse momento, Jellinek deixa claro que tais direitos fornecem a pessoa a capacidade de exigir do Estado algo a ser prestado a fim de que determinado direito seja respeitado, usufruído e até mesmo protegido. Em razão disso, tem-se que tais prerrogativas trazidas pelos direitos fundamentais positivos possibilitam a concessão dos pressupostos materiais necessários para o exercício das liberdades, inclusive as que têm *status* negativo<sup>36</sup>. Ora, deseja-se com os direitos positivos é uma prestação estatal a fim de efetivar o enunciado normativo, mas nunca suprimir; reduzir ou erradica-lo do ordenamento jurídico<sup>37</sup>. Corrobora ainda com tal conceituação e acrescenta aos direitos fundamentais sociais duas pretensões, a seguinte passagem de Robert Alexy (2008, p. 263-264):

(...) o Estado a ele (indivíduo) reconhece a capacidade jurídica para recorrer ao aparato estatal e utilizar as instituições estatais, ou seja, [quando] garante ao indivíduo pretensões positivas. (...) Jellinek chama de 'pretensões jurídicas positivas formais' os direitos que o indivíduo pode fazer valer em um procedimento legal. O fato de o indivíduo ter esse tipo de pretensão em face do Estado significa, em primeiro lugar, que ele tem direitos a algo em face do Estado e, em segundo lugar, que tem uma *competência* em relação ao seu cumprimento. Segundo Jellinek, a existência de uma tal competência é uma condição necessária para que o indivíduo se encontre no *status* positivo.

Acrescente-se ainda que os direitos fundamentais de *status* positivo geram ao Estado o dever de proteger os titulares de tais direitos perante terceiros (horizontalidade dos direitos fundamentais). Assim, há o “dever de prestação consistente na obrigação de adotar medidas positivas e eficientes, vocacionadas a proteger o exercício dos direitos fundamentais perante a atividade de terceiros que venham a afetá-los” (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 533). Portanto, o direito fundamental positivo é aquele que fornece ao indivíduo mecanismo para exigir do

---

<sup>36</sup> Conforme será visto mais na frente, tem-se que Georg Jellinek não inclui nos seus estudos a capacidade dos direitos fundamentais a prestação abarcarem os de *status* negativo no sentido de permitir que o indivíduo exija do Estado uma abstenção.

<sup>37</sup> Desse modo, nos dizeres de Dimitri Dimolius (2011, p. 67), “o objetivo é a melhoria da vida de vastas categorias da população, mediante políticas públicas e medidas concretas de política social. Mas, isso não o torna um direito coletivo. Enquanto direitos públicos subjetivos, os direitos fundamentais não só individualizados como, em primeira instância, direitos individuais (dimensão subjetiva) ”.



próprio Estado prestações positivas que permitam a satisfação de certas necessidades vitais para a vida digna, proteja-os; tornando-os, assim, autênticos direitos públicos subjetivos.<sup>38</sup>

Revela-se, então, que tais prestações podem ser das seguintes categorias: materiais e normativas. As prestações estatais materiais são aquelas que consistem na oferta de bens e serviços a pessoas necessitadas, tais como educação, saúde, alimentação, assistência social; ou mesmo de serviços monopolizados pelo Estado, como segurança pública, por exemplo.

Logo, as ações fáticas positivas<sup>39</sup> são as prestações diretas do Estado de forma a fornecer diretamente ao indivíduo aquilo que fora requisitado e permitido pela lei, ou seja, será prestada uma utilidade concreta (bens ou serviços)<sup>40</sup>. A título de exemplificação, tem-se a decisão judicial da Suprema Corte Brasileira que indica a obrigação estatal, através de políticas públicas, de prover efetividade ao direito social (direitos fundamentais de *status* positivo) à educação da criança através de creches. Assim, em razão da inércia do Poder Público em prestar o serviço educacional como também de construir as creches e unidades pré-escolares a fim de que as crianças tivessem acesso à educação, foi ajuizado o Recurso Extraordinário nº 464143<sup>41</sup> no qual restou decidido que o Estado deve implementar a norma constitucional através de políticas públicas com o intuito de efetivar a norma. Logo, resta comprovado que é permitido ao indivíduo exigir a prestação e é obrigação do Estado fornecê-la.

Com relação à prestação normativa dos direitos fundamentais sociais<sup>42</sup>, tem que correspondem a criação de normas jurídicas a fim de tutelar o interesse individual requisitado. Assim, como exemplo, tem-se o direito de greve dos servidores públicos. Resta claro que a Constituição Federal de 1988 forneceu aos servidores estatais o direito a greve, o qual seria detalhado quanto ao seu exercício através de norma infraconstitucional. Ocorre que, conforme

---

<sup>38</sup> Então, o seu conteúdo é que “Ao direito de *a*, em face do Estado, à ação estatal *h*, corresponde o dever do Estado, em face de *a*, de realizar essa ação”. (ALEXY, 2008, p. 265)

<sup>39</sup> Chamadas por Georg Jellinek de *Positive Faktische Handlungen*

<sup>40</sup> Assim, reflete Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 531) que “(...) há direitos fundamentais que têm por objeto uma utilidade concreta ou um benefício material consistente em um bem ou serviço, a ser prestado pelo Estado. (...) a função de prestação dos direitos fundamentais tem a missão de prover o indivíduo de condições para exigir do Estado a imediata realização de políticas públicas socialmente ativas, criando, por conseguinte, as condições materiais e institucionais para o exercício desses direitos, e nisso consiste a atuação exigida do Estado à prestação material”.

<sup>41</sup> DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. GARANTIA ESTATAL DE VAGA EM CRECHE. PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. PRECEDENTES. 1. A educação infantil é prerrogativa constitucional indisponível, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a creches e unidades pré-escolares. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. 3. Agravo regimental improvido. (RE 464143 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 15/12/2009, DJe-030 DIVULG 18-02-2010 PUBLIC 19-02-2010 EMENT VOL-02390-03 PP-00556 LEXSTF v. 32, n. 375, 2010, p. 161-164, grifo nosso).

<sup>42</sup> Definida por Jellinek como *Positive Normative Handlungen*.

entendimento de Ingo Sarlet, os direitos fundamentais apresentam eficácia plena posto que possuem normatividade (eficácia jurídica – existência no ordenamento) e efetividade (eficácia social – capacidade para produzir efeitos).

Todavia, a ausência de norma reguladora do direito a greve dos servidores tornou-a uma norma de eficácia limitada e, conseqüentemente, evitou que tais indivíduos pudessem exercer seu direito fundamental social. Dessa forma, visualiza-se que somente se fazia necessário que o Estado legisse, ou seja, criasse a norma jurídica necessária para o gozo do direito social. Nessa razão e analisando a jurisprudência da Corte Suprema Brasileira, percebe-se que fora impetrado o Mandado de Injunção nº 708/DF no qual fora fixado pelo STF o prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional elaborasse e aprovasse a norma infraconstitucional. Todavia, a presente lei não fora elaborada e restou a Supremo adotar a medida necessária para a efetivação do direito de greve pelos servidores públicos. Assim, concluiu-se pela aplicação das Leis nº 7.701/1988 e 7.783/1989 elaboradas para reger referido direitos aos empregados celetistas<sup>43</sup>.

Por fim, Alexy trata da divisão dos *status* negativo e positivo a fim de evitar confusão quanto o enquadramento de um determinado direito fundamental. Desse modo, informa que os *status* podem ser subclassificados em sentido estrito e sentido amplo. Os direitos negativos de sentido amplo correspondem a ações negativas do Estado, isto é, aos direitos de defesa e apresentam a função de proteger o direito fundamental de *status* negativo previsto por Jellinek (aqui chamados de direito negativo em sentido estrito). Os direitos de *status* negativo em sentido

---

<sup>43</sup> MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989. 1. SINAIS DE EVOLUÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). (...) 1.2. Apesar dos avanços proporcionados por essa construção jurisprudencial inicial, o STF flexibilizou a interpretação constitucional primeiramente fixada para conferir uma compreensão mais abrangente à garantia fundamental do mandado de injunção. A partir de uma série de precedentes, o Tribunal passou a admitir soluções "normativas" para a decisão judicial como alternativa legítima de tornar a proteção judicial efetiva (CF, art. 5o, XXXV). Precedentes: MI no 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.11.1991; MI no 232/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.3.1992; MI nº 284, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para o acórdão Min. Celso de Mello, DJ 26.6.1992; MI no 543/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 24.5.2002; MI no 679/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17.12.2002; e MI no 562/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 20.6.2003(...) (STF - MI: 708 DF, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 25/10/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-02 PP-00207 RTJ VOL-00207-02 PP-00471, grifo nosso).

estrito, assim, são os originariamente estudados por Georg Jellinek e que tratam exclusivamente das liberdades jurídicas não protegidas.

Os direitos positivos em sentido amplo são aqueles que permitem a exigência do Estado tanto de ações positivas (prestações) como negativas (abstenções). Já os direitos em sentido estrito correspondem somente aos direitos de prestações que o indivíduo deve exigir, ou seja, os direitos sociais, sendo estes os previstos por Jellinek. Destaca-se também que tais direitos foram positivados em textos do século XVIII/ XIX e amplamente garantidos nas primeiras décadas do século XX na Rússia pós-revolucionária, na República de Weimar da Alemanha e em demais países com a influência do movimento socialista.

O *status* ativo (*activus*) ou políticos/de participação corresponde ao denominado de status da cidadania ativa. Dessa maneira, são os direitos que permitem ao indivíduo participar das decisões políticas, da formação da vontade do Estado. Logo, “oferece a possibilidade de participar na determinação da política estatal de forma ativa (o **I** pode interferir no **E**) ” (DIMOLIUS, 2011, p. 68)

Assim, os direitos políticos são aqueles que permitem uma intervenção do indivíduo na esfera política e constituem a base do regime democrático. Portanto, cite-se como exemplo o direito de escolher os seus representantes políticos (sufrágio) e de participar ativa e diretamente na formação da vontade política (referendo, plebiscito, iniciativa popular).

Jellinek (*apud* ALEXY, 2008, p. 268) informa ainda que os direitos fundamentais de *status activus* “devem fazer parte somente as competências que tenham como objeto uma ‘participação no Estado’, que tem como escopo a ‘formação da vontade estatal’”.

Logo, a Teoria dos *Status* de Jellinek informa que os direitos classificados como fundamentais correspondem a direitos subjetivos e, por essa razão, firmam relação entre os indivíduos e o Estado. A partir então dessa interação, foram criados quatro tipos de *status* que podem ser sintetizados da seguinte forma, de acordo com os dizeres de Jellinek (2004 p.306 e ss)<sup>44</sup>, que

Nestes quatro *status* – passivo, negativo, positivo e ativo – se resumem as condições que o indivíduo pode deparar-se diante do Estado como seu membro. Prestações ao Estado, liberdade de frente ao Estado, pretensões em relação ao Estado, prestações por conta do Estado, tais vêm a ser os diversos aspectos sob os quais pode considerar-se a situação de direito público do indivíduo. Estes quatro *status* formam uma linha

---

<sup>44</sup> Tradução livre do original: “En estos cuatro status - pasivo, negativo, positivo y activo - resume las condiciones que el individuo se expone ante el Estado como su miembro. Los beneficios para el estado, libres de Estado, las demandas contra el Estado, los beneficios para el Estado, como vienen a ser los diversos aspectos bajo los que se pueden considerar la situación de los derechos individuales público. Estos cuatro estado forman una línea ascendente, ya que, primero , el individuo porque está ligado a la obediencia, aparece carente de personalidad ; entonces tendrá una esfera independiente , estado libre ; entonces el propio Estado se compromete los beneficios para el individuo ; y, por último , se requiere la voluntad individual de participar en el ejercicio político o incluso llegar a ser reconocido como invertido el imperium del Estado”

ascendente, visto que, primeiro, o indivíduo pelo fato de ser obrigado à obediência, aparece privado de personalidade; depois, é-lhe reconhecida uma esfera independente, livre do Estado; a seguir, o próprio Estado obriga-se a prestações para com o indivíduo; e, por último, a vontade individual é chamada a participar no exercício político ou vem mesmo a ser reconhecida como investida do *imperium* do Estado.

Não obstante, apesar da sua grandiosidade e importância, a Teoria de Jellinek sofreu fortes críticas<sup>45</sup>. Inicialmente, tem-se que o autor elaborou sua tese de forma a fornecer aos direitos fundamentais a capacidade de se enquadrar em um dos quatro tipos de *status*. Não obstante, alguns autores defendem que tal teoria poderia ser restringida a uma bipartição, ou seja, a interação entre indivíduos e Estado geraria somente duas classificações.

Analisando-se os direitos de caráter ativo, tem-se que correspondem aos direitos políticos (conforme previsto por Georg) e o dever estatal de prestações para os direitos sociais. Ora, quando se pensa no *status* ativo se vem à mente a atuação positiva de um dos entes que se relacionam. Logo, as normas serão permissivas, quantos aos direitos políticos, e de obrigação estatal, quanto à prestação positiva para a efetividade dos direitos sociais.

Com relação aos direitos de *status* passivo, verifica-se a existência de dois deveres abstencionais: a proibição de intervenção estatal quando a lei não permite a sua atuação e de resistência do indivíduo quando é permitido ao Estado exercer seu poder. O primeiro dever corresponde aos direitos fundamentais negativos os quais retiram do Estado a competência para agir de modo a contrariar, reduzir ou subtrair direitos dos indivíduos. Já a segunda proibição, corresponde ao próprio direito passivo que traz ao indivíduo um estado de submissão ao Poder Estatal.

Logo, não existiriam, então, razões para se falar em quatro *status* se é possível fazer a associação das relações existentes em duas perspectivas. Assim, defendeu-se que seria melhor adotar a Teoria Binária, também chamada de Dualista, posto que revela a existência das seguintes categorias de direitos fundamentais: direitos de resistência (liberdades negativas) e direitos prestacionais (liberdades positivas).

Não obstante, o ponto problemático de tal concepção se encontra na reclassificação dos direitos de *status* ativo. Isso porque os partidários da teoria dualista incluem os direitos políticos como de resistência, mas suas funções e objetivos em nada se assemelham com a categoria enquadrada. Logo, tem-se que os direitos políticos apresentam, segundo ensinamentos de Dimoluis (2011, p.70)

(...) uma atuação positiva do indivíduo que não se encontra em nenhuma outra categoria de direitos fundamentais. (...) essa atuação positiva do indivíduo está em regra a sua disposição (salvo no caso excepcional do sufrágio obrigatório que revela

---

<sup>45</sup> Apesar disso, a Teoria do *Status* de Jellinek não perdeu sua pertinência e permanece sendo estudada e utilizada até os dias de hoje quando se discute direitos fundamentais.

uma decisão político-constitucional problemática do constituinte) ao contrário do caráter em toda regra cogente da atuação estatal junto aos direitos prestacionais.

Em razão disso, defende-se a Teoria Unitária, que fora a utilizada por Georg Jellinek, posto que ressalta as semelhanças entre os direitos fundamentais existentes, mas distingue as suas funções. Portanto, não se pretende com a classificação demonstrar qualquer hierarquia entre os direitos fundamentais já que apresentam igual dignidade constitucional. Entretanto, cada um dos direitos fundamentais possui objetivos diferentes e, por conseguinte, fornecem ao Estado e ao indivíduo funções distintas, sendo necessária sua classificação em quatro *status*.

Outra crítica realizada corresponde ao conceito dado por Jellinek aos direitos fundamentais negativos. Isso porque o autor os define como aquilo que não é nem obrigatório nem proibido ao indivíduo. Logo, os direitos de *status* negativo trazem uma abstenção ao Estado, mas sua liberdade de fazer algo pelo indivíduo será definida pelo legislador. Com isso, conclui Jellinek que tais direitos são a proteção que o indivíduo apresenta de não ser compelido a realizar qualquer atividade ilícita.

Assim, doutrinadores informam que tal conceito iria de encontro com o direito constitucional atualmente vigente posto que os direitos fundamentais não somente vinculam os indivíduos como também o legislador. Logo, a existência do direito fundamental de resistência, por si só, impede que o legislador o contrarie e fornece o indivíduo a garantia de abstenção estatal. Logo, conclui-se, então, que “o conteúdo do status negativo fundamental de *a* é constituído pela totalidade daquilo que lhe é facultado em virtude de uma norma constitucional permissiva” (ALEXY, 2008, p.270)

Outra crítica ao direito fundamental de *status* negativo corresponde ao fato de apresentar somente um caráter puramente formal. Isso porque Georg Jellinek não levou em consideração o indivíduo da vida real, além de que as liberdades garantidas não correspondem as relações de vida reais. Logo, deve-se falar em *status* jurídico material que se fundamenta e se garante através dos direitos fundamentais positivados na Constituição.

Ou seja, desejou-se alertar que a Teoria dos *Status*, em especial quando aos direitos de defesa, se apresentam de forma teórica e formal. Ou seja, é necessário que o direito materialmente exista a fim de que possa justificar e embasar o *status* criado já que sua existência é meramente formal.

Por fim, tem-se que há a crítica em função da inexistência da análise dos direitos fundamentais do “momento cívico-ativo”. Isso porque os direitos como estão distribuídos não demonstram o indivíduo como um cidadão ativo, ou seja, como titulares de direitos fundamentais efetivos e socialmente aceitos. Logo, não há a visão dos indivíduos em uma comunidade, mas puramente como seres humanos desprovidos de uma comunidade política.

Portanto, Alexy (2008, p.272) adverte que os problemas da Teoria dos *Status* se encontram no formalismo, na abstração, espacialização, no indivíduo isolado e obsoletismo. Dessa forma, o que deve ser levado em conta quando se analisa as ideias de Jellinek são a realidade em se encontra consubstanciada os direitos fundamentais e a sua concretude; a integração do indivíduo em uma comunidade/sociedade e a atualidade. Finalmente, conclui Alexy (2008, p.273) que

Por meio de normas de direitos fundamentais, o cidadão é inserido em status com determinados conteúdos, dentre eles o status negativo fundamental. Nesse sentido, é correta a tese de Hesse acerca do 'status jurídico material'. Mas dela não é possível derivar uma objeção a um caráter formal da teoria do status. A posição jurídica global de um cidadão pode ser examinada tanto a partir de uma perspectiva formal quanto a partir de uma perspectiva material. Härbele tem razão quando afirma que a teoria dos status não compreenderia a situação real e social do cidadão ativo, na qual as normas de direitos fundamentais inserem o indivíduo. Mas, esse não é, em primeiro lugar, seu objetivo e, além disso, esse objetivo não é por ela excluído. O objetivo da teoria dos status é a estrutura formal da posição jurídica global do cidadão.

Portanto, as críticas citadas são de fundamental importância para que auxilie o leitor a verificar alguns pontos que Jellinek não tratou ou mesmo não inseriu em sua teoria. Não obstante, não são capazes de retirar-lhe o valor e aplicabilidade posto que os *status* ali delimitados são perfeitamente congruentes com as Constituições positivadas modernamente e se encaixam com os direitos fundamentais ali expressos e implícitos.

## **2. DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL AO LAZER: NORMAS PROTETIVAS E A REALIDADE SOCIAL.**

Os direitos fundamentais são normas com exigibilidade e aplicabilidade imediata, capazes de influenciar todo o ordenamento jurídico. Revelou-se, então, que os direitos fundamentais são normas norteadoras não só da hermenêutica, ou seja, da busca dos sentidos dos enunciados normativos; como também impedem que o legislador derivado crie normas contrárias ou capazes de restringir/retirar tais direitos.

Quanto à força normativa das normas constitucionais fundamentais, tem-se que a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, §1º informa que as normas de direitos e garantias fundamentais apresentam aplicação imediata, ou seja, são normas de eficácia plena e, portanto, conforme ensinamentos de Ingo Sarlet, possuem eficácia jurídica e social. Diante disso, surgiu o seguinte questionamento: Quais seriam as normas constitucionais fundamentais presentes na Constituição Federal Brasileira de 1988? Apesar das divergências, os principais direitos fundamentais abarcados pela Constituição Federal são: políticos e civis (artigos 5º, 14 a 17); econômicos, sociais e culturais (arts. 6º a 11); da nacionalidade (arts. 12 a 13), ou seja, aqueles apresentados dentro do Título II denominado de “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

A conclusão obtida foi a de que os Direitos Sociais, em virtude do caráter de direito fundamental que apresentam, tenham eficácia imediata e a principal consequência jurídica para tanto seria a ausência de necessidade de norma jurídica infraconstitucional para a aplicação imediata dos preceitos sociais constitucionais, ou seja, para sua efetividade.

Ora, o reconhecimento da eficácia imediata aos direitos sociais fundamentais traria, assim, uma maior efetivação dos direitos mínimos garantidos aos indivíduos e evitariam, assim, a grande ocorrência de transgressão atualmente existente. Assim, o respeito aos direitos sociais e a visão de que estes possuem eficácia direta, seria uma forma de evitar os descumprimentos. Todavia, o que ocorre na atualidade é que os direitos fundamentais sociais são vistos como norma de eficácia negativa, isto é, que somente existe no ordenamento jurídico com o intuito de evitar que normas infraconstitucionais surjam em contrariedade e, por conseguinte, não apresentam a aplicabilidade imediata.

Logo, a realidade que se verifica é o não reconhecimento, no caso concreto, da aplicabilidade imediata e direta das normas fundamentais constitucionais sociais. Isso porque os Direitos Sociais não apresentam a eficácia social, a efetividade. Logo, dentro da sociedade, as normas sociais não apresentam o seu caráter de direito fundamental, sendo, recorrentemente, transgredidas, desrespeitadas e, por diversas vezes, consideradas irrelevantes.

Como direito fundamental social e objeto dessa dissertação, tem-se o lazer que encontra previsão constitucional, inicialmente, no artigo 6º. Logo, esse direito possui a determinação legal de eficácia plena, mas que não é respeita no cotidiano. Assim, objetiva esse capítulo trazer a importância do lazer para a existência do ser humano; quais direitos interagem com o lazer e formam a rede protetiva e concretizadora da dignidade da pessoa humana; seu conceito nas mais diversas ciências; os principais casos de desrespeito ao lazer e as consequências; a desmistificação que lazer é ócio no sentido pejorativo e, por conseguinte, representa o não trabalho.

## 2.1. O Lazer e o Ócio

Inicialmente, tem-se que o lazer já apresentava previsão nos escritos antigos do povo hebraico quando relacionado com o não trabalho, mas de uma forma positiva. Assim, o Deus Hebraico informa que o trabalho não é inerente à natureza humana e sua exigência surgiu em função do pecado original como punição divina. Assim, o tempo destinado ao lazer era o desejo de Deus e não trazia consigo a carga pejorativa posto que o homem não fora destinado ao trabalho, conforme o seguinte trecho da Bíblia em Antigo Testamento, Gêneses 3, versículos 17 a 19:

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

Porém, o lazer foi associado pejorativamente ao ócio pelas sociedades industriais<sup>46</sup>, afastando-o de sua noção original, desviando a sua conceituação de forma que o sentido negativo permanece até os dias de hoje. Portanto, a sociedade industrial o percebia como condição de negação ou oposição ao trabalho, taxando-se o ócio/lazer por odioso já que o trabalho é o bem maior. Já a Antiguidade Arcaica percebia o lazer como fator de elevação do ser humano do ponto de vista psíquico e espiritual.

Analisando a terminologia ócio através do sentido ofertado nos dicionários Domenico De Masi (2000, p.315-316) informa que a conceituação trazida se relaciona com lazer, trabalho mental suave, repouso; como também com inérgica, inatividade, inação e divagação. Logo, o

---

<sup>46</sup> Segundo os ensinamentos de Viktor D. Salis na obra *Ócio Criador, Trabalho e Saúde: Lições da Antiguidade para a Conquista de uma Vida mais Plena em nossos Dias*, já nas sociedades mercantilistas houve a modificação do conceito de ócio e lazer existente na Antiguidade Arcaica. Desse modo, desapareceu o ócio criador e surgiu no mundo romano o *NegumOtio*, ou seja, o negócio que forneceu ao ócio o sentido de vagabundagem, não produtivo.



sentido trazido nos dicionários se mesclam entre o caráter positivo e negativo do instituto. Ressaltou ainda que durante a busca de sinônimos para o ócio, a divisão permanece de forma a ser encontrar, positivamente, a distração, o alívio, a paz, o recreio e o descanso; enquanto que pejorativamente surgem a vadiagem, o desperdício, o desleixo, o desinteresse e a tolice. Não obstante, revelou Domenico a possibilidade de ligação do ócio a termos neutros como passatempo, vacância, desobstrução, equilíbrio e tregua.

Porém, esse sociólogo não se restringe a tal interação. Para De Masi ócio seria, de fato, o momento livre do indivíduo para desenvolver qualquer atividade sem alguma finalidade específica. Assim, exemplificando, ter-se-ia que ócio seria a atividade de divagação sobre a vida exercida pelo homem, posto que não corresponde a uma atividade laborativa, não é descanso, muito menos lazer já que este se relaciona com o desempenho, segundo De Masi, de atividades artísticas, intelectuais, sociais, práticas e físicas.

Logo, o ócio é um ramo do lazer, uma forma de fruição do lazer já que, como veremos adiante, esse instituto corresponde a todo e qualquer atividade que não se relacione com ações laborais; obrigacionais, tais como familiares, sócio-espirituais e sócio-políticas; e forneça ao indivíduo momentos de descanso, repouso e desenvolvimento psicossocial.

Diante desses significados, alguns doutrinadores e estudiosos do lazer passam a defender a sua existência na sociedade antiga. Porém, o sociólogo francês Joffre Dumazedier (1979, p.25), não corrobora desse mesmo pensamento. Isso porque ele discorda da existência desse instituto na Antiguidade Arcaica e embasa seu pensamento em razão do problema de definição, de conceituação enfrentado pelo lazer já que acredita o sociólogo sê-lo um direito característico das sociedades industriais<sup>47</sup>.

Desse modo, faz-se imprescindível sua conceituação para, enfim, pode determinar seu surgimento. Inicialmente, percebeu-se que o lazer fora (na Antiguidade) e ainda é (visão que permanece desde a sociedade industrial) considerado como o momento de não-trabalho. Com isso, na Antiguidade, tinha-se que o lazer era aquele momento gozado por aqueles escolhidos por Deus (ou mesmo deuses) para reinar, comandar e não trabalhar. Assim, o ócio era cultivado no sentido de que os que não precisam trabalhar tinham a obrigação de cultivar o seu saber, seu ego e sua elevação psíquica-espiritual. Além do mais, os momentos livres que a sociedade arcaica possuía não se integrava com o trabalho, ou seja, festas, jogos e trabalhos não eram

---

<sup>47</sup> “Alguns consideram que o lazer existia em todos os períodos, em todas as civilizações. Não é o nosso ponto de vista. É a tese de Sebastian de Grazia. O tempo fora-do-trabalho é, evidentemente, tão antigo quanto o próprio trabalho, porém o lazer possui traços específicos, característicos da civilização nascida da Revolução Industrial”. (DUMAZEDIER, 1979, p.25-26)

vistos como oposição e sim como complementação da vida humana. Conclui então Dumazedier (1979, p. 28) que

Este modelo de ociosidade aristocrática certamente trouxe uma poderosa contribuição ao refinamento da cultura. Os filósofos gregos associam este modelo à sabedoria; tal desenvolvimento do homem completo, corpo e espírito, era o ideal desta vida sem trabalho. A rejeição ao trabalho servil era justificada por Aristóteles em nome dos valores nobres; a palavra *Scholé* queria dizer, simultaneamente, ociosidade e escola. Os fidalgos das cortes europeias posteriores à Idade Média inventaram ou exaltaram o ideal do humanismo e do *honnête homme* (homem íntegro). A ociosidade dos nobres estava sempre ligada aos mais altos valores de civilização, mesmo quando na realidade ela era marcada pela mediocridade ou pela baixaza.

Acrescente-se ainda que os “reis” da antiga Grécia (e da sociedade arcaica como um todo) pagavam por sua ociosidade através dos trabalhos dos escravos e camponeses. Assim, nos dizeres de Hannah Arendt (2004, p.70), “a instituição da escravidão na antiguidade não foi uma forma de obter mão de obra barata nem instrumento de exploração para fins de lucro, mas sim a tentativa de excluir o labor das condições da vida humana”.

Já nas sociedades pré-industriais ouve uma modificação do conceito de trabalho e lazer, mas ainda não se tinha o lazer propriamente dito. Isso porque o trabalho era realizado em estações, ou seja, em determinadas épocas do ano de modo que não havia trabalho contínuo e, portanto, não há distinção entre esse momento e o lazer. Com isso, Dumazedier conclui que o lazer não poderia existir nessas sociedades posto que o trabalho e o tempo livre faziam parte do ciclo natural da vida já que somente havia trabalho (e este era intenso) nas boas estações, enquanto que na má, nada havia para se fazer.<sup>48</sup> Porém, fora nesse momento que o trabalho passou a ser visto como a atividade central do ser humano e, por conseguinte, o lazer teve sua percepção modificada para representar vergonha, improdutividade.

Concluiu-se, então, que o lazer como tempo livre, momento de exercício de atividades não laborais e não obrigacionais somente surge nas sociedades industriais e pós-industriais, visto que duas condições se encontram preenchidas: atividades sociais não reguladas, em sua totalidade, por obrigações impostas pela sociedade e surgimento do trabalho profissional. Logo, nos dizeres de José Luis Bolzan de Moraes (2010, p. 28),

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

---

<sup>48</sup> “Assim, embora as civilizações tradicionais da Europa tenham concebido mais de 150 dias sem trabalho por ano, não nos parece possível aplicar o conceito de lazer para analisa-los (...) Não falaremos então de tempo liberado, muito menos de lazer, mas de tempo desocupado”. (DUMAZEDIER, 1979, p.27)

Portanto, tem-se que as sociedades arcaicas e pré-industriais não apresentam uma organização laboral segundo o modo industrial e a obrigação do trabalho não decorre de uma necessidade humana, mas sim de uma imposição da sociedade já que algumas castas/classes são destinadas ao não trabalho em nome de valores superiores.

Também apresenta a mesma conclusão Dumazedier (1979, p.28) ao revelar que “O lazer não é ociosidade, não suprime o trabalho; o pressupõe. Corresponde a uma liberação periódica do trabalho no fim do dia, da semana, do ano ou da vida de trabalho”. Assim, o lazer não pode se relacionar ao ócio no sentido pejorativo, já que este não se enquadra como contrário ao trabalho e sim uma complementação, interação.

Complementado essa ideia de ócio e lazer compatíveis com o trabalho, Domenico de Masi (2000, p.320) defende a existência do ócio criativo que se relaciona com a possibilidade de motivar a criatividade e espontaneidade do indivíduo em seu ambiente de trabalho, tornando o momento de labor e o desempenho de tarefas trabalhistas em ócio, lazer. Ora, seria, então, o trabalho e lazer compatíveis, posto que o ócio criativo seria instituto capaz de torná-los congruentes em razão da possibilidade de estímulo das atividades psicossociais e da criatividade na jornada de trabalho.

Desse modo, é possível associar o lazer ao ócio, mas não da forma pejorativa ou mesmo fundamentadora do trabalho escravo ou de algumas classes apenas. O lazer é considerado o tempo livre do indivíduo utilizado para o seu engrandecimento social, moral, espiritual e estímulo à criatividade. Logo, o ócio deve ser visto como o momento de reflexão do ser humano para a busca de sua elevação. Porém, a associação pejorativa traz ao lazer a concepção de preguiça, momento de desperdício de energia, não trabalho. Acrescente-se ainda que tal visão pejorativa teve influência religiosa. Isso porque as doutrinas de religião, em especial o protestantismo, colocaram no trabalho o instrumento para a obtenção da graça divina, como forma do homem pagar seus pecados e, por conseguinte, obter a felicidade. Logo, ficar no ócio ou gozar do lazer é ir de encontro com a vontade divina.

Desse modo, conclui Calvet (2010, p.67) que “Enquanto se pensar no lazer como tempo não-produtivo, em contraposição ao tempo produtivo, permanecer-se-á a fixar o trabalho como núcleo central da vida, em torno do qual se desenvolvem todas as demais atividades do homem”.

Atualmente, vê-se uma tímida revalorização de conceito clássico de ócio e, assim, do lazer entre os estudiosos, psicólogos e educadores, posto sê-lo definido como alternativa à crise do emprego, à expansão do seu caráter econômico e como espaço de expressão do homem. Todavia, ainda há um forte desconhecimento da sociedade sobre a real importância desse instituto. Corroborar com isso os ensinamentos de Viktor D. Salis (2004, p.50) ao revelar que a

modernidade afastou-se dos princípios da vida e esqueceu-se de honrá-los, pois a alegria de viver e gastar o tempo glorificando a existência estão quase esquecidos, já que não se tem mais a ideia do que seja gastar nosso tempo eroticamente, ou seja, na verdadeira concepção arcaica de viver com alegria e paixão. Importante, então, é a seguinte passagem de Paul Lafargue (2003, p.63).

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

Acrescente-se ainda que a vertente do ócio denominada de criadora correspondia aquela estimulada pelas escolas de iniciação através da forma de trabalho *erga* e objetivava a busca da satisfação em imitar os deuses. Assim, tinha-se um pensamento ético sobre a promoção da vida, do bem-estar e não a sua destruição. Portanto, lazer e ócio criativo podem ser utilizados como sinônimos posto que indicam o momento livre que o indivíduo possui para cuidar de si mesmo, realizar atividades prazerosas e não obrigacionais e buscar uma elevação de seu ser. Apesar do intuito dignificante, tais institutos permanecem na fase negativa de associação ao não trabalho e de rejeição tanto pelos desrespeitos como mesmo pelo desconhecimento.

## **2.2. Conceituação sociológica, filosófica e jurídica**

Inicialmente, tem-se que o lazer é, normalmente, relacionado com o tempo livre, ou seja, aquele que não é destinado ao trabalho. Porém, apesar de denominá-lo de tempo livre, é comum que as pessoas exerçam atividades obrigatórias durante esse momento. Assim, Alexandre Lunardi informa que o tempo apresenta três vertentes em razão de seu uso: tempo vinculado à produção de capital; tempo vinculado a uma atividade obrigatória e tempo livre. Assim, conceitua-os Lunardi (2010, p.29) da seguinte forma:

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

Logo, o lazer seria aquele tempo livre que se destina a atividades escolhidas pelo indivíduo e sem caráter de obrigatoriedade. Um exemplo típico para destrinchar os três conceitos ora citados é o seguinte: um indivíduo possui um trabalho com jornada diária de 8 (oito) horas semanais e possui um curso universitário às noites. Ora, verifica-se que a sua jornada de trabalho

corresponde ao tempo vinculado à produção de capital, enquanto que suas noites estão destinadas a uma atividade obrigatória. Desse modo, qual seria o tempo livre desse indivíduo?

Assim, teríamos que analisar a sua rotina nos feriados e finais de semana para poder afirmar que se há o gozo do tempo livre. Mesmo que alguns pensem na possibilidade da utilização dos feriados e finais de semana como tempo de estudo para o curso universitário, tem-se que esse tempo ainda não corresponde ao lazer, isto é, ao tempo livre posto que está destinado ao exercício de atividades obrigatórias.

Diante disso, o sociólogo francês Dumazedier passou a analisar o que poderia ser conceituado, de fato, como tempo livre e, conseqüentemente, quais atividades corresponderiam ao lazer para, por fim, conceituar referido instituto. Desse modo, o autor inicia com o seguinte questionamento: e se reduzíssemos a jornada de trabalho? Teríamos um aumento do tempo de lazer?

Estudos realizados pelas mais diversas vertentes sociológicas e econômicas nas décadas de 50/60 demonstravam que a redução da jornada de trabalho seria capaz de aquecer a economia e, portanto, os postos de trabalho, mas não necessariamente forneceria ao indivíduo mais tempo livre, ou seja, lazer. Acreditavam nesse resultado o filósofo economista J.K. Galbraith, conforme citação de Dumazedier (1979, p. 32), ao afirmar que, pasmem, nos anos 2000 e 2100 as sociedades industriais e pós-industriais não saberiam o que é lazer e muito menos o usufruiria.

Corroborando com tal conclusão a seguinte passagem de Dumazedier (1979, p. 32) sobre os resultados obtidos pela IFOP (Instituto de pesquisa francês)<sup>49</sup> sobre a redução do tempo de trabalho: “Em 1963, uma sondagem nacional do IFOP mostrava que, entre os operários, cerca de 1/3 preferia uma diminuição das horas de trabalho a um aumento de salário, porém, 2/3 deles faziam a escolha inversa”.

Diante dessa pesquisa e constatação<sup>50</sup>, Dumazedier analisou as seguintes condicionantes que afetam o lazer: redução da jornada de trabalho e o *travail noir* (trabalho bico); atividades familiares; obrigações sócio-espirituais e sócio-políticas. Com relação à jornada de trabalho e o bico, tem-se que foram analisadas diversas pesquisas e enquetes realizadas na época das décadas de 50/60/70 e verificou-se que a redução da jornada de trabalho tinha dois objetivos: gerar mais pólos de emprego e fornecer ao indivíduo trabalhador mais

---

<sup>49</sup> A pesquisa denominava-se Réductiondutemps de travail et aménagementdescongés publicada em Sondages, 2 no ano de 1964.

<sup>50</sup> Dumazedier (1979, p.35), então, conclui que “De um lado, a sociedade pós-industrial ou científico-técnica, apesar do aumento de possibilidades de tempo livre, não será para todos uma sociedade marcada pelo tempo livre. Uma parte dos trabalhadores, seja porque o trabalho é para eles fonte de criação cultural ou de responsabilidade social, seja porque as necessidades de consumo são as mais fortes, seja por desinteresse para com as atividades do tempo livre, assumirão jornadas, semanas, longos anos de trabalho como na sociedade anterior”.

tempo livre para dedicar-se ao lazer. Porém, um questionamento apareceu: O que fazer nesse tempo livre dilatado?

Assim, com o intuito de responder a pergunta acima, foram analisadas pesquisas realizadas tanto nos Estados Unidos da América, com seu modelo capitalista, como da antiga União Soviética (U.R.S.S), com o modelo socialista. Desse estudo, percebeu-se que o tempo liberado do trabalho é visto para o trabalhador como algo vazio e, por essa razão, precisa de um preenchimento. Desse modo e em razão das necessidades vitais básicas do ser humano, as enquetes apontaram a busca pelo *travail noir*, ou seja, pelos trabalhos bicos a fim de que se possa aumentar a renda final<sup>51</sup>. Ora, pegando-se como exemplo a enquete realizada nos EUA e na U.R.S.S teve-se as seguintes respostas quanto à utilização do tempo livre dilatado:

(...) quando se perguntou ao operário 'se a jornada de trabalho fosse reduzida e se seu tempo livre aumentasse, de que maneira vocês pensariam utilizá-lo?', 16,9% respondeu 'eu farei um trabalho suplementar', geralmente para ganhar dinheiro. A segunda pesquisa, feita por B. Gruschin junto a 2000 trabalhadores de Moscou revela que 28,7% dos operários exerceram um trabalho suplementar. (DUMAZEDIER, 1979, p.34)

Com isso, conclui que aqueles que procuram trabalhos bicos para preencher o vazio que sentem fora do trabalho ou mesmo para angariar mais dinheiro para o seu sustento não correspondia a maioria dos operadores e, portanto, havia a possibilidade do efetivo gozo do lazer.

Todavia, após tal conclusão, passou-se a análise das atividades exercidas pelos operários no tempo livre e constatou as seguintes mais frequentes: familiares, sócio-espirituais e sócio-políticas. Então, seriam essas atividades lazer? Conforme o conceito de Lunardi citado anteriormente, tem-se que o tempo livre somente corresponde ao lazer se nesse momento o indivíduo realizar atividades por ele escolhidas e sem o caráter da obrigatoriedade.

Pois bem, pegando-se o exemplo mais típico de nossa sociedade e também existente na época de análise de Joffre Dumazedier, tem-se o trabalho da mulher, ou seja, aquela que exerce uma jornada diária laboral de 8 (oito) horas e ao chegar em casa ainda exerce as atividades familiares, tais como cuidar da lição dos filhos, organizar a casa, fazer as compras de alimentos, dentre outras.

Resta claro que a mulher operária somente irá realizar as atividades familiares após o término do seu tempo destinado ao trabalho, ou como diz Lunardi, do seu tempo vinculado à produção de capital. Portanto, é possível concluir que tais atividades não se encontram no

---

<sup>51</sup> Apesar das pesquisas terem sido realizadas nas décadas de 50 a 70, verifica-se que os indivíduos ainda permanecem com a referida mentalidade e a discussão sobre a jornada de trabalho com o intuito de fornecer maior tempo para a fruição do lazer não atingiu seu objetivo já que há um aumento na procura de outros labores a fim de se obter uma melhora nas condições financeiras.

primeiro grupo classificatório do tempo posto que corresponde ao tempo de trabalho. Mas, seria, então, tais atividades familiares uma atividade obrigatória ou lazer?

Diante desse questionamento, Dumazedier (1979, p.40) informa que lazer é muito mais do que o exercício de uma atividade com prazer, isso porque é possível identificar na sociedade os indivíduos que exercem o seu labor com prazer, a sua profissão por amor. Porém, tal tempo destinado ao trabalho, apesar do prazer, não corresponde ao ócio. Ora, lazer é tempo livre para cuidar de si, desfrutar do tempo destinado as suas atividades não obrigatórias nem de produção de capital.

Pois bem, em qual tempo se enquadra as atividades familiares? Após uma análise profunda do tema, conclui-se que corresponde ao tempo vinculado a atividades obrigatórias. Ora, por mais que uma mulher ame seus filhos e respeite os seus supostos deveres conjugais, tais atividades, caso tivesse o tempo livre, em momento algum seria por ela escolhidas para exercê-las. Por mais que lhe deem prazer e traga-lhe satisfação, tais atividades familiares são obrigacionais, de modo que não correspondem ao lazer. Portanto, é totalmente perceptível que as atividades familiares, assim como o tempo laboral, correspondem a atividades de não lazer.

Por outro lado, merece destaque o fato de que o lazer é um instrumento de coesão familiar, isto é, de união e interação da família no tempo livre. Desse modo, as atividades exercidas pela família podem ser consideradas lazer ou, como nos dizeres do sociólogo E. Scheuch, um semilazer. Com isso, conclui Dumazedier (1979, p.45) que

(...) a liberação do tempo profissional é acompanhada por um duplo modelo de destinação do tempo no que concerne às obrigações domésticas, conjugais e familiares. No primeiro momento, uma parte deste tempo liberado é dedicado de fato a um aumento do tempo devotado às obrigações institucionais para com a criança, o cônjuge, o lar. No outro, ao contrário, uma parte das obrigações institucionais converte-se no lazer de hoje, dentro do grupo familiar ou fora dele.

Com relação às obrigações sócio-espirituais, tem-se que correspondem as religiosas. Assim, verifica-se que alguns grupos de indivíduos, em especial aposentados e jovens adultos militantes da prática religiosa, destinam seu tempo livre à religião. Porém, tais atividades são exercidas pela minoria dos indivíduos posto que restou verificado, com o passar do tempo, uma regressão do tempo dedicado às atividades direcionadas pelas autoridades religiosas. De qualquer modo, foi possível concluir que as atividades sócio-espirituais, em sua grande maioria, não se configuram como lazer, mas exercem forte influência neste visto que é capaz de direcionar os fiéis para as atividades recreativas e culturais que podem ser gozadas.

Já as atividades sócio-políticas são aquelas que se direcionam para a sociedade e se apresentam através da política e social. A título de exemplificação de obrigação política, tem-se o direito ao voto. Ocorre que se tal participação dos cidadãos na política for imposta como uma

obrigação, tal como se apresenta o voto na atual sociedade democrática brasileira, a referida atividade não será considerada lazer posto que não indica a satisfação do indivíduo. Portanto, o aumento do tempo livre do cidadão não necessariamente acarretará uma maior disposição de tempo para as atividades políticas e sim ao lazer propriamente dito posto que somente as minorias seriam capazes de fazer essa troca. Todavia, os problemas discutidos na política podem influenciar o lazer, tais como a desigualdade social.

Logo, o que se pode concluir é que as atividades sócio-políticas correspondem, de fato, a obrigações e por essa razão não são capazes de ser consideradas lazer, mas o influencia. A grande maioria dos indivíduos não preencheram seu tempo livre com política, mas os temas mais discutidos nesse setor e que afetam a sociedade, tal como a desigualdade, é capaz de influenciar o lazer. Com isso, tem-se que as condicionantes tratadas não são lazeres, porém possuem capacidade para influenciá-lo e, até mesmo, guiar o cidadão para o seu gozo, sendo, assim, de grande importância para a sociologia sua análise quando da busca do conceito de lazer. Logo, a produção do lazer corresponde a seguinte dinâmica:

(...) a) o progresso científico-técnico apoiado pelos movimentos sociais libera uma parcela do tempo de trabalho profissional e doméstico; b) a regressão do controle social pelas instituições básicas da sociedade (familiares, sócio-espirituais e sócio-políticas) permite ocupar o tempo liberado principalmente com atividades de lazer. Esta regressão dos controles institucionais relaciona-se à ação dos movimentos sociais dos jovens e mulheres que se levantaram contra a onipotência dos deveres familiares ou conjugais, dos movimentos dos fiéis que reivindicam mais responsabilidades laicas em face aos antigos patronatos dirigidos pela Igreja, assim como nos outros setores da vida paroquial, daqueles dos cidadãos erguidos contra o totalitarismo políticos, que ameaçam a liberdade e o que chamamos de 'vida privada', que inclui o lazer. (DUMAZEDIER, 1979, p. 56)

Ainda na visão sociológica, Joffre Dumazedier (2004, p.34) informa que o lazer corresponde ao momento de folga, de ócio do ser humano; é o tempo livre para exercer as atividades que lhe fornecem prazer, ou seja,

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

Logo, através do conceito citado, demonstram-se as principais funções do lazer: o descanso; o divertimento, a recreação e o entretenimento; o desenvolvimento/participação social voluntária. Ao aprofundar-se nas funções ora citadas, o sociólogo francês revela que a primeira função do lazer, qual seja, o descanso, é primordial visto que corresponde a uma questão biológica. Ou seja, o lazer como função de descanso tem o objetivo de proporcionar ao indivíduo a reposição da energia gasta durante o dia obrigacional (tempo vinculado à atividade



obrigacional e à produção de capital). Assim, informa Joffre (2004, p.32) que “(...) o lazer é um reparador das deteriorações físicas e nervosas provocadas pelas tensões resultantes das obrigações cotidianas e, particularmente, do trabalho”.

Com relação à função de divertimento, de recreação e de entretenimento<sup>52</sup>, tem-se que o efeito desejado seria o de oferecer uma fuga da disciplina da vida cotidiana para que o indivíduo possa suportar o fardo das obrigações. Ou seja, deseja-se que o ser humano não seja atingido pela fadiga e até mesmo pelo tédio que corresponde à principal consequência da monotonia das atividades obrigacionais exercidas pelo indivíduo. Ora, pegando-se o exemplo já citado da mulher que possui um labor de 8(oito) horas semanais e ainda exerce as atividades familiares, tem-se que o seu lazer representará seu momento de descanso físico, a fim de que possa revigorar suas energias, e psíquico posto que praticará atividades diferenciadas que não apresentem o caráter obrigacional, conforme já fora descrito minuciosamente neste capítulo.

Logo, o passeio no parque com a família; um piquenique; um banho de mar ou rio; uma partida de futebol com amigos e familiares correspondem à vertente do lazer que trata sobre divertimento, recreação e entretenimento. Assim, conclui o sociólogo (2004, p.33) que

(...) ela poderá ser um fator de equilíbrio, um meio de suportar as disciplinas e as coerções necessárias à vida social. Daí a busca de uma vida de complementação, de compensação e de fuga por meio de divertimento e evasão para um mundo diferente, e mesmo diverso do enfrentado todos os dias.

Por fim, a função do desenvolvimento da personalidade é, segundo Joffre (2004, p.33-34),

(...) uma participação social maior e mais livre, a prática de uma cultura desinteressada do corpo, da sensibilidade e da razão, além da formação prática e técnica, oferece novas possibilidades de integração voluntária à vida de agrupamento recreativos, culturais e sociais; possibilita o desenvolvimento livre de atitudes adquiridas na escola, sempre ultrapassadas pela contínua e complexa evolução da sociedade e incita a adotar atividades ativas na utilização de fontes diversas de informação, tradicionais ou modernas (imprensa, filme, rádio, televisão).

Assim, o indivíduo passa a ter no lazer um comportamento que objetiva a criação de uma personalidade condizente com o seu estilo de vida pessoal e social visto que encontra-se afastado de suas atividades obrigacionais e das regras que moldam uma personalidade diversa da real quando no ambiente de trabalho, por exemplo. Acrescente-se ainda que a função de desenvolvimento da personalidade é capaz de criar no indivíduo novas formas de aprendizagem voluntária e contribuem para o surgimento de condutas inovadoras.

---

<sup>52</sup> As palavras divertimento, recreação e entretenimento correspondem, conjuntamente, ao que Joffre Dumazedier denominou de *divertissement*.

Destaca-se ainda que as três funções ora citadas no conceito sociológico elaborado por Dumazedier somente se encontram possíveis de realização quando o indivíduo se desvincular de todas as obrigações já citadas, ou seja, profissional (incluindo aqui o trabalho bico), familiares, sócio-religiosas e sócio-políticas. Acrescente-se ainda que, para o sociólogo francês, as três funções são solidárias e, por conseguinte, sempre se apresentam unidas, integradas uma as outras de modo que é possível a coexistência em uma mesma situação e em relação a todos os indivíduos.

Apesar de ser um grande sociólogo e tratar do lazer de forma minuciosa e completa, Joffre Dumazedier não fora o único. Sua grande inovação e importância no estudo do tema se revela em razão de sua interação do lazer com as mais diversas atividades exercidas em sociedade e não somente com o trabalho.

Assim, se pegarmos as definições de Marx, Engels, Proudhon, dentre outros, veremos que o lazer é sempre visto como contrário ao trabalho profissional, suplementar (ou mesmo de complementação), doméstico. Ou seja, restringe o lazer ao momento no qual o indivíduo não exerce atividades obrigatórias de labor. Logo, a maioria dos sociólogos e economistas que atuaram no estudo do lazer, em especial no século XIX, definiram-no levando somente em conta o trabalho e, por conseguinte, foram vítimas da fórmula denominada de três oito<sup>53</sup> que restringe em demasiado a vida do cidadão.

Corroborar ainda com a visão de Dumazedier de que o lazer é muito mais do que uma oposição ao trabalho profissional o seguinte conceito elaborado por Luiz Otávio de Lima Camargo (*apud* OLEIAS, 2012, p. 2):

(...) conjunto de atividades gratuitas, prazerosas, voluntárias e liberatórias, centradas em interesses culturais, físicos, manuais, intelectuais, artísticos e associativos, realizadas num tempo livre roubado ou conquistado historicamente sobre a jornada de trabalho profissional e doméstico e que interferem no desenvolvimento pessoal e social dos indivíduos.

Portanto, conclui-se que, sociologicamente, o lazer corresponde ao tempo livre conquistado pelo indivíduo através da redução de sua jornada de trabalho ou mesmo com sua delimitação para exercer atividades não obrigacionais nem profissionais capazes de lhe fornecer descanso, divertimento, desenvolvimento social e prazer, conjuntamente.

Com relação ao conceito filosófico do lazer, tem-se que sua primeira aparição ocorre através de sua relação com o ócio na obra *Ética a Nicômaco* de Aristóteles (384 – 322 a.C) ao

---

<sup>53</sup> A fórmula “os três oitos” corresponde a descrição da vida do indivíduo da seguinte maneira: oito horas de trabalho, oito horas de sono e oito horas de lazer. Assim, exclui do cotidiano do indivíduo qualquer outra atividade que possa preencher seu tempo, como por exemplo as atividades sócio-políticas que não se enquadra em nenhuma das três categorias citadas.

afirmar que a vida apresenta como função primordial a contemplação, a ociosidade posto que somente assim seria capaz entender o sentido da vida. Em sua outra obra Política VII, c. 14, Aristóteles defende que o ócio é instituto fundamental para que homem atinja sua virtude e que ele representa o ponto cardeal no qual tudo gira em torno.

Josef Pierper informa que a expressão ócio apresenta como origem a escola e, por essa razão, os lugares que levam conhecimento, educação, inclusive a superior, significa ócio. Já Cícero (106 a.C – 43 a.C) revela que o homem não fornece ao lazer/ócio a devida importância que este representa. Assim, o indivíduo prefere ser chamado de louco e viver em situações piores do que valorizar o ócio e desfrutar do prazer e tranquilidade por este fornecidos.

Com relação à Santo Agostinho, tem-se que o filósofo já tentou harmonizar o trabalho com o lazer. Ou seja, o lazer não perdeu o seu caráter de busca pela divindade, de contemplação da vida; mas também não podia ser visto como contrário ao trabalho. Desse modo, Santo Agostinho informa que a vida apresenta três gêneros: ocioso, ativo e misto e é dever do indivíduo exercê-los e contemplá-los de forma semelhante e sem hierarquia. Isso porque “Ninguém deve, com efeito, entregar-se de tal maneira ao ócio, que se esqueça de ser útil ao próximo, nem de tal maneira à ação, que se esqueça da contemplação de Deus” (AGOSTINHO, p.59).

São Tomás de Aquino, que viveu entre 1225 a 1274, traz ao lazer uma relação progressiva e em níveis diferentes com os mais diversos hábitos cotidianos dos indivíduos. Com isso, informa o lazer como o resto do trabalho e da fadiga; como o jogo e a diversão; como a festa e atividade pensativa e como o culto e a realidade. Assim, é possível perceber que, até o presente momento, os filósofos analisados trazem consigo a ideia elaborada na sociedade arcaica (Antiguidade) de que o lazer se assemelha ao ócio e corresponde ao ponto central da vida do indivíduo. Assim, o ser humano nasce para entender a vida divina e imitar os deuses. Logo, como estes são supremos e contemplam os prazeres e os valores superiores existentes, cabem ao indivíduo viver do ócio, ou seja, da busca incessante pela exaltação e melhora do ser a fim de que os valores norteadores sejam sempre respeitados.

Ora, nessa visão até então analisada, o trabalho não se apresenta como fundamental para a dignidade do ser humano e, portanto, é o ócio quem comanda e direciona os fundamentos e razões para viver. Porém, se pegarmos a análise histórica do lazer de Dumazedier, podemos concluir que os conceitos ora citados não correspondem ao lazer discutido, codificado e desrespeitado na sociedade moderna.

Porém, tais concepções não podem ser abandonadas. Isso porque elas são capazes de produzir nos estudiosos do lazer a valorização do instituto através da demonstração de sua

importância para a evolução psíquica e espiritual do homem. Ora, afirmar que ócio é um mecanismo de busca de valorização da vida, do ser humano e do respeito aos valores supremos, corresponde a busca por uma sociedade mais equilibrada e como principal fundamento a vida digna, ao invés do trabalho, como se apresenta atualmente.

Caminhando ainda na análise das concepções filosóficas do lazer, tem-se Paul Lafargue que defende a desmistificação da visão de que é o trabalho que sozinho dignifica o homem a fim de que o ócio seja valorizado e, por conseguinte, respeitado. Seu conceito surgiu durante o século XIX, momento no qual havia o crescimento do capitalismo e a influência da burguesia europeia.

Diante disso, Lafargue informa que a sociedade se encontrava em estado de trabalho operário excessivo sem a menor preocupação com as condições de vida ofertadas. Importava-se somente com o labor, produtividade e consumo excessivo, ou seja, houve uma diminuição no valor da humanidade com a retirada do ócio do centro da vida. Corroborou com tal crítica e revalorização do lazer traçada por Lafargue os ensinamentos de Friedrich Nietzsche (2005, p.41), em especial a seguinte passagem:

A infelicidade dos homens é que sua atividade é quase sempre um pouco irracional. Não se pode perguntar ao banqueiro acumulador de dinheiro, por exemplo, pelo objetivo de sua atividade incessante; ela é irracional. Os homens ativos rolam como pedra, conforme a estupidez da mecânica. Todos os homens se dividem, em todos os tempos e também hoje, em escravos e livres; pois aquele que não tem dois terços do dia para si é escravo, não importa o que seja: estadista, comerciante, funcionário ou erudito.

Ora, o que os filósofos Lafargue e Nietzsche querem enaltecer é o lazer. Isso porque tais autores escrevem suas obras e analisam a sociedade pré-industrial, ou seja, o início do capitalismo. Desse modo, se pegarmos a história, verificaremos que foi com a Revolução Industrial que a sociedade passou a organizar-se de forma produtiva, ou seja, há um maior enfoque na burguesia e o trabalho nas fábricas se apresenta não só como substrato para vida como também o fundamento desta.

Logo, a Revolução Industrial traz para a sociedade uma nova forma de trabalho que se apresenta nas indústrias e exige dos seus operadores uma jornada exaustiva de 10-12 horas diárias, ausência de segurança para exercício do labor e operação das máquinas e uma mão-de-obra barata, além de desqualificada. Acrescente-se a isso ainda que havia a preferência, pelos empregados, pelo trabalho ofertado pelas crianças e mulheres em razão não só de sua delicadeza para manuseio das máquinas como um menor valor de pagamento por hora trabalhada.

Desse modo, eram comuns não somente as jornadas exorbitantes citadas como também o exercício exacerbado de horas extras, ou seja de uma prestação laboral após a jornada de

trabalho com o intuito de perceber uma remuneração melhor. Portanto, os indivíduos, inicialmente através dos operários, modificaram o centro de sua vida de forma que o trabalho, mesmo sem qualquer condição mínima digna ao ser humano, correspondia a sua razão de viver.

Em função desse desvirtuamento não só do lazer, que passa a ser visto como ócio pejorativo, contrário ao trabalho, preguiça e vagabundagem; como do que corresponde a uma vida digna, Lafargue e Nietzsche tentam em suas obras demonstrar que o trabalho desenfreado e sua localização como motor fundamental da vida não são capazes de promover ao indivíduo aquilo que o ser humano realmente precisa: prazer, autoestima e valorização psíquica-espiritual.

Com isso, ambos concluem que a ideologia programada na sociedade pré-industrial e industrial através da burguesia é da bem-sucedida escravidão consentida do proletariado e a negação às festas, danças, jogos, banquetes, diversões e recreações antes enaltecidos na Renascença.

Na primeira metade do século XX, tem-se o filósofo inglês Bertrand Russel que, assim como Lafargue e Nietzsche, traça uma análise crítica da dignidade do trabalho e sua prioridade em relação ao ócio criativo. Desse modo, tenta demonstrar que o trabalho, nas formas que foram aplicadas, não dignificam o homem e não constitui o objetivo maior da vida. Como argumentação para tanto, defende uma redução drástica na jornada de trabalho a fim de que esta corresponda a quatro horas de trabalho sem prejuízos à economia e desmistificação de que o ócio se assemelha à preguiça e à inação e corresponde, de fato, ao caminho para a felicidade, conhecimento, artes e políticas. Assim, nas palavras de Russel (2002, p.21),

A técnica moderna tornou possível a drástica redução da quantidade de trabalho necessária para garantir a todos a satisfação de suas necessidades básicas. Isso ficou claro durante a Primeira Guerra Mundial. Todos os membros das Forças Armadas, todos, homens e mulheres engajados na produção de munições, na espionagem, na propaganda de guerra e nas funções de governo ligadas à guerra foram sacados de suas ocupações produtivas. Apesar disso, o nível geral de bem-estar físico entre os assalariados não-qualificados do lado dos aliados era mais alto do que antes e até depois da guerra. A guerra demonstrou claramente que, por meio da organização científica da produção, uma pequena parte de capacidade de trabalho do mundo moderno é suficiente para que a população desfrute de um nível de conforto satisfatório. (...) O uso adequado do lazer é produto da civilização e da educação. Um homem que toda a sua vida trabalhou irá ficar entediado se ficar ocioso de repente. Mas, sem uma quantidade adequada de lazer, a pessoa fica privada de muitas coisas boas. (grifo nosso)

Logo, o objetivo de Russel, Lafargue e Nietzsche era a revalorização do lazer e a retirada do trabalho como único fundamento para uma vida digna através do resgate histórico da importância e da experiência ancestral do ócio produtivo. Portanto, é possível concluir que o conceito filosófico do lazer é aquele que o relaciona com o ócio produtivo, ou seja, é o tempo

livre do indivíduo destinado a valorização do homem, a busca ao conhecimento, enaltecimento da vida e dos valores superiores e a busca da felicidade.

Por fim, acrescenta-se ainda que Valmir José Oleias defendeu a influência do fator social-econômico tanto no conceito filosófico do lazer como também na oferta deste tempo livre. Isso porque cabe ao Estado a promoção social do lazer através das políticas públicas do setor com a oferta de espaços físicos necessários e adequados para a sua execução. Logo, quanto mais o Estado estimula e valoriza o lazer, mais condições os indivíduos têm de exigí-lo pelos movimentos sociais como também adquirem o conhecimento e a importância do ócio. Tais modificações da percepção do lazer fazem com que o capitalismo se torne mais humano, dignifique o homem em razão de suas virtudes e estimulem os empresários/burguesia a valorizar o lazer.

Quanto ao conceito jurídico, tem-se que o lazer é um direito fundamental cujo respeito não é somente uma obrigação do Poder Público como também da família, sociedade e comunidade ao gerar normas que proíbem a lesão de tal direito (denominado de dimensão subjetiva negativa) e outras que estabelecem meios de contribuição para o lazer (denominada de dimensão subjetiva positiva).

Conforme o primeiro capítulo dessa dissertação, o lazer corresponde a um direito fundamental social, ou seja, de segunda dimensão e já produz efeitos no ordenamento jurídico. Desse modo, é de conhecimento que os direitos fundamentais apresentam dois aspectos: objetivo e subjetivo. Os aspectos subjetivos correspondem aos efeitos negativos e positivos do direito fundamental ao lazer. Ou seja, impossibilitam que o legislador derivado crie normas que contrariem, restrinjam ou mesmo retirem do ordenamento jurídico a proteção ao lazer. Com relação aos efeitos positivos, tem-se que o lazer fornece ao indivíduo os mecanismos e instrumentos necessários para a exigibilidade de sua efetivação.

Adiciona-se ainda que a previsão do lazer em um ordenamento jurídico também fornece uma dimensão objetiva. Assim, o direito fundamental ali positivado instrui o sistema jurídico com os valores que nortearão o Direito Pátrio a fim de proteger eficazmente o lazer e guiar as ações do Estado.

Ainda sobre o caráter fundamental do lazer, alguns doutrinadores defendem que constitui uma norma de eficácia limitada do tipo programática. Assim, são normas com baixa densidade normativa e, muitas vezes, consideradas incapazes de impor ao Estado uma atuação para sua concretização ou mesmo de defesa. Não obstante, acredita-se que o lazer é um direito fundamental social capaz de auxiliar o Estado Democrático de Direito no respeito e concretização de seu fundamento maior. Assim, como será melhor destrinchado oportunamente,

tem-se que o lazer interage diretamente com a dignidade da pessoa humana posto sê-lo o instrumento capaz de fornecer ao indivíduo uma vida digna e glorificar o ser humano. Logo, nos dizeres de Lunardi (2010, p.36),

Entendemos a concepção do direito ao lazer como um direito fundamental propriamente dito, ou seja, apresenta-se não só o direito ao lazer no plano dos direitos sociais, mas também no contexto da figura do Estado Democrático de Direito, como um direito que garanta a qualidade do lazer através da análise da sua função de desenvolvimento social e individual.

Diante de tudo isso, é possível concluir que o lazer é visto não só como um tempo livre do não trabalho ou mesmo de desenvolvimento pessoal fora do labor, mas também, como afirma Otávio Amaral (2006, p.30), um fenômeno com “múltiplas e variadas facetas, necessitando de uma visão aberta e fluída”. Seguindo o presente pensamento, a autora Beatriz Francisca Chemin, afirma que (2002, p.196-197)

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

Logo, o lazer corresponde a um período de tempo desvinculado da produção de capital, das atividades obrigatórias e constitui pressuposto para a busca da educação, do convívio familiar, do engrandecimento psíquico-espiritual. Conseqüentemente, pode-se dizer que o lazer possui duas dimensões (econômica e humana) que, apesar de distintas, não existem de forma isolada e muito menos se excluem. Porém, é mister declarar que o presente trabalho enaltecerá a dimensão humana por considerá-la mais importante e preponderante quando da positivação do lazer. Tal destaque a dimensão humana se deve ao fato de que este é um direito fundamental e, então, referida dimensão aparece de forma mais saliente e forte. Não obstante, não deve ser a dimensão econômica esquecida visto que há nesse âmbito a necessidade e o estímulo ao lazer.

A dimensão humana tem como base um lazer que se relaciona com a) necessidade biológica; b) ponto de vista social; c) necessidade psíquica e d) sentido existencial. Com relação à necessidade biológica, ensina Calvet que o lazer aparece como o momento em que o empregado restabelece suas energias a fim de que possa continuar o seu labor, não importando a sua modalidade (manual ou intelectual). Ou seja, objetiva-se que o indivíduo não afete sua saúde através, por exemplo, de doenças profissionais como as decorrentes de trabalhos repetitivos; não tenha a fadiga e nem abale seu emocional.

Merece destaque o fato de que essa primeira perspectiva comentada passa a ter um grande ponto em comum com a dimensão econômica. Isso porque apesar de ser analisada como

uma necessidade do homem (física), a dimensão humana como necessidade biológica traz, como consequência para o indivíduo operário, um maior e melhor desempenho em outros campos do seu cotidiano, inclusive no trabalho.

Logo, não é somente a necessidade biológica do ser humano que torna a existência do lazer imprescindível, a exigência de uma boa atuação no trabalho, por exemplo, prescreve o momento de tempo livre do homem. Ora, a necessidade biológica do lazer tem por fim revigorar as energias do indivíduo e o tornar mais disposto para enfrentar sua rotina de obrigações tanto de produção de capital (trabalho) como demais atividades (familiares, sócio-políticas).

Com relação ao lazer do ponto de vista social, segunda perspectiva da dimensão humana, tal tempo livre é necessário a fim de que se torne possível a convivência social, familiar e privada. Isto é, o momento de interação social do indivíduo com o intuito de fomentar suas relações privadas e familiares e estimular prática de atividades recreativas. Ora, esse perspectiva objetiva resgatar a convivência humana mínima imprescindível para a vida em sociedade.

Todavia, apesar de sua grande importância, referido ramo da dimensão humana requer do indivíduo uma conscientização da importância do lazer e uma de cultura valorização deste. Ora, quando se afirma que o lazer apresenta uma dimensão humana do ponto de vista social, deseja-se que o indivíduo dedique seu tempo livre para o convívio com seus familiares, amigos, demais entes queridos a fim de estreitar seus laços. Porém, o que se verifica no mundo contemporâneo é a prevalência da cultura individualista, egoísta e consumista. Portanto, para que o ponto de vista social seja realmente exercido pelo indivíduo e traga, assim, os efeitos positivos esperados, é preciso que o indivíduo modifique seu pensamento e revalorize o lazer.

O lazer como necessidade psíquica traz para o indivíduo a ruptura com a hierarquia societária estabelecida, ou seja, fornece ao ser humano atividades desligadas da realidade social e que são capazes de renová-lo. Assim, nas palavras de Otávio Calvet (2010, p.73),

Aqui se pode observar de perto o lazer alienante, aquele que faz o indivíduo viver outra vida imaginária em períodos de tempo livre, na conhecida fórmula de se trabalhar a semana inteira em uma atividade desgastante e desestimulante para, com a remuneração obtida por tal sacrifício, entregar-se o trabalhador a atividades que o façam esquecer a triste realidade da vida, inserindo-se num mundo imaginário onde pode ser realizado aquilo que realmente se gosta, aparecendo a função dos hobbies como métodos conformadores do indivíduo ao labor.

Portanto, é o momento no qual o ser humano dedica-se somente ao seu eu interior e passa a se desvincular do que a sociedade, e até mesmo seu trabalho, espera dele. Passa, assim, a ter um momento para viver sem as exigências desgastantes da sociedade e, assim, repor todas as suas energias adquirindo um equilíbrio. Ou seja, como conclui Calvet (2010, p. 73), é o momento no qual o homem percebe que pode “dedicar-se aos afazeres que lhe dão prazer,



resgatando talentos naturais e concretizando os desejos e sonhos inviabilizados pelo mundo do trabalho, onde pauta a sua conduta a mera necessidade de sobrevivência”. Logo, é no lazer que o homem adentra em seu imaginário e procura uma forma de viver melhor, além de uma razão para permanecer convivendo com essa estrutura hierárquica da sociedade.

Por fim, tem-se a última perspectiva que se baseia no sentido existencial que corresponde ao novo caráter de subjetividade. Por esse ponto, vê-se o lazer como caminho adotado pelo homem para, de acordo com Alexandre de Moraes (2003, p.65), “redefinir seu conteúdo e vínculos”. Logo, é a possibilidade de o indivíduo ter acesso às informações, culturas, artes, filosofias, ou seja, é a busca pelo conhecimento, engrandecimento do ser humano e busca pelos valores supremos que lhe fornecem uma melhor vida.

Dessa maneira, esse lazer existencial traz para o ser humano uma nova visão de seu papel no mundo e em sua própria vida já que o faz questionar-se e procurar uma forma de romper (ou mesmo evoluir) com essa rigidez da estrutura societária. Logo, conclui Bolzan de Moraes (2010, p.84) que “Uma nova estruturação da relação do homem com o seu tempo se institui, assim, após a retomada de consciência do mundo e para com ele próprio” trazida pelo lazer existencial.

Quanto à perspectiva do lazer referente a dimensão econômica, tem-se que aparece como meio para busca do pleno emprego; criação de outros setores da economia e a relação entre a restauração da energia do trabalhador e a manutenção do nível de produtividade.

A visão do lazer como meio para busca do pleno emprego se baseia no fato de que um aumento gradativo no tempo livre acarretando uma redução na jornada de trabalho oferta ao indivíduo não só uma melhor vida como também aumenta o número de vagas de trabalho. Verificou-se anteriormente, de acordo com os estudos das enquetes realizados por Dumazedier, que, de fato, a redução da jornada de trabalho amplia o lazer do indivíduo, além de aquecer a economia.<sup>54</sup>

Não obstante, tal perspectiva não é percebida na realidade. O lazer como meio para a busca do pleno emprego tenta conciliar dois direitos expressos na Constituição Federal Brasileira: direito fundamental social ao lazer e o princípio da ordem econômica da busca pelo pleno emprego. Todavia, ao invés de percebermos uma redução gradativa da jornada de trabalho, tem-se, na realidade, um aumento desta, tornando-a exorbitantemente desumana. Isso porque o indivíduo busca sempre uma melhora financeira a fim de que obtenha o salário justo.

---

<sup>54</sup> Corroborado com isso, o filósofo Russel (2002, p.30) ao informar que “Se o assalariado comum trabalhasse quatro horas por dia, haveria bastante para todos, e não haveria desemprego – supondo-se uma quantidade bastante modesta de bom senso organizacional”.

Logo, a melhor maneira de solucionar tal dicotomia (jornada de trabalho x ócio) não está baseada na redução da jornada em si, mas na revalorização do lazer através do incentivo estatal e da sociedade a cultura; ao desenvolvimento artístico, intelectual e filosófico e a busca da felicidade<sup>55</sup>.

Portanto, afirmam alguns autores que tal denominação deveria ser modificada para a busca da plena ocupação visto que não é a redução da jornada de trabalho que trará o lazer essencial para o ser humano, mas a valoração deste baseado na criação não só de uma nova sociedade como também de empregos que se baseiam na felicidade, bem-estar, desenvolvimento do indivíduo e oferta do salário justo.

Com relação à perspectiva de criação de outros setores na economia, percebe-se que a valorização da cultura do lazer acarreta, diretamente, o incentivo não só a criação como a utilização de outros setores econômicos. Isso porque, nos momentos de lazer, o indivíduo pretende realizar atividades que lhe traga prazer, satisfação, felicidade. Assim, não é difícil perceber que o indivíduo planeja, para esse tempo livre, viagens, passeios em parques, museus, bibliotecas, dentre outros.

Logo, fica claro que o lazer incentiva/fomenta diversos setores da economia, como por exemplo, o turismo em razão do gozo do tempo livre ofertado. Destaca-se também que a criação de novos setores atrai a contratação de novos empregados reduzindo, assim, a taxa de desemprego e absorvendo a mão de obra dispensada pela instituição das máquinas. Porém, é preciso destacar que essa vertente econômica do lazer somente apresentaria seus efeitos positivos, ou seja, relação congruente com a dimensão humana, se for ofertado ao indivíduo o salário justo o qual seria capaz de abarcar tal perspectiva.

A terceira perspectiva do lazer é a restauração da energia do trabalhador de forma a manter o nível de produtividade. Ora, é óbvio que um indivíduo fatigado, estressado não apresenta o mesmo nível de produção social e laboral do que aquele descansado, revigorado. Logo, segundo Otávio Calvet (2010, p.74), essa perspectiva

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

---

<sup>55</sup> Sobre a felicidade, leciona Lafargue (2003, p.39) que “(...) a felicidade seria uma aliança entre as possibilidades de redução das fadigas e das penas, via potencialização da capacidade criativa do homem, onde a troca simbólica de poder, ocorrida a partir da quantificação das benesses materiais operadas exatamente pelas possibilidades tecnomateriais não tenha o preço de uma passividade mortífera”.

Assim, vê-se o lazer como momento fundamental não somente pelo descanso gozado como também pela revitalização e maior dedicação que o indivíduo oferecerá as suas atividades de produção de capital e obrigatória após usufruir tão bem de seu tempo livre.

Diante de todas essas dimensões e perspectivas apresentadas, conclui-se que o lazer é, do ponto de vista jurídico, um direito que todo ser humano tem de evoluir existencialmente buscando suas aptidões em todos os planos (tanto no societário quanto no do labor) através do melhor aproveitamento do tempo livre. Ou seja, nos dizeres de Calvet (2010, p.75), o lazer é “direito fundamental do homem de se desenvolver como ser humano dotado de razão e desejo, na busca de sua elevação física, psíquica, social e espiritual, estimulando e aprimorando seus talentos e capacidades no interesse que bem lhe aprouver”.

Unificando, então, as visões sociológicas, filosóficas e jurídicas do lazer, tem-se o seguinte conceito de Lunardi (2010, p.88) que será utilizado como paradigma na presente dissertação:

O lazer poderia ser formulado da seguinte maneira lacônica, desde que respaldado pela ideia central de seu reconhecimento como direito fundamental, sendo certo que em nossa concepção nenhuma das perspectivas do lazer deve ser descartada, mas todas aproveitadas de forma consciente na direção do desenvolvimento humano: o direito do ser humano se desenvolver existencialmente, alcançando o máximo de suas aptidões, tanto nas relações que mantém com outros indivíduos e com o Estado, quanto pelo gozo de seu tempo livre como bem entender. Numa fórmula mais descritiva, o direito ao lazer pode ser tido como o direito fundamental do homem de se desenvolver como ser humano dotado de razão e desejo, na busca de sua elevação física, psíquica, social e espiritual, estimulando e aprimorando seus talentos e capacidades no interesse que bem lhe aprouver. (grifo nosso)

Logo, o lazer é um direito fundamental social destinado ao descanso, autoconhecimento, prazer, a busca dos valores superiores, a interação social e necessário para o indivíduo como ser humano posto que fornece-lhe as condições para uma vida digna.

### **2.3. Perspectivas históricas de proteção ao direito ao lazer na ordem interna e internacional**

Revelar o exato momento em que surgiu o lazer dentro do ordenamento jurídico é uma tarefa complexa e de difícil determinação. Isso porque existem diversos conceitos de lazer que poderiam desvirtuar a pesquisa. Ora, se pegarmos, por exemplo, o entendimento de Joffre Dumazedier, é possível concluir que, em função do seu conceito sociológico, não existiu lazer, muito menos positivamente deste, nas sociedades anteriores a industrial. Portanto, adotando-se tal linha pensamento, não seria possível citar qualquer norma jurídica existente a época que trata-se do ócio.

Em função de tal complexidade e das divergências doutrinárias, existem duas correntes quanto ao surgimento do lazer na ordem jurídica: a primeira revela que o lazer nasceu nas sociedades mais antigas e permanece até hoje; a segunda que somente pode ser reconhecido nas sociedades urbano-modernas.

Destaca-se, nesse momento, que além da discussão quanto à origem do lazer na ordem jurídica em função do conceito adotado, tem-se também a divergência no âmbito da ciência jurídica quanto ao seu surgimento como direito positivado de fato. Isso porque, de acordo com o capítulo anterior, os direitos fundamentais somente puderam existir depois que três condições *sine qua non* se apresentassem, quais sejam, Estado, Indivíduo e Constituição. Portanto, seria possível concluir que o direito ao lazer como fundamental não existiu na Antiguidade Arcaica, por exemplo.

Não obstante, indo de encontro as correntes e buscando uma nova forma de trilhar o caminho histórico do lazer na ordem jurídica, a autora Christianne Luce Gomes afirma não ser possível precisar quando ocorreu a primeira aparição do lazer no mundo. Isso porque da mesma maneira que é difícil se comparar as manifestações e práticas culturais da Antiguidade e Grécia Antiga, por exemplo, com as do tempo atual, é complicado tentar comparar o atual conceito de lazer com o que se era considerado antigamente.

Ou seja, o conceito que se tem hoje do lazer tem origem na Revolução Industrial e sofreu modificações a fim de acompanhar o desenvolvimento da sociedade e do Direito como ciência jurídica. Logo, não é porque o conceito utilizado hoje advenha da sociedade moderna que o lazer não tenha existido em épocas anteriores.

Assim, afirma Gomes que, atualmente, ao se falar que uma pessoa vai ao teatro assistir a uma peça, de imediato se chega à conclusão que tal ação ocorreu no momento de seu tempo livre. Conclui-se que a ida ao teatro constitui-se uma forma de lazer visto que acontece de forma não obrigatória ou produtora de capital. Transpondo-se o referido exemplo para a época da Grécia Antiga, tem-se que era comum a apresentação teatral denominada de tragédia e que tal atividade denominava-se *scholé*. Com isso, ensina Gomes (2005, p.44) que,

(...) em geral, quando as heranças gregas são consideradas nas discussões sobre o lazer, os autores que debatem o assunto não se debruçam sobre os significados das práticas culturais como as citadas anteriormente. Na maioria das vezes, são estabelecidas reflexões sobre o ócio, o que nos remete ao termo grego *skholé*, que também é de grande valor para a compreensão do processo de constituição.

Portanto, conclui a autora que a dificuldade para se precisar a origem do lazer se faz presente nos termos utilizados e no conceito ofertado para esse instituto em cada época. Assim, partindo-se do pressuposto que o presente trabalho transcorreu a história conceitual do lazer nos sentidos jurídico, sociológico e filosófico e, por conseguinte, citou alguns dos termos mais

relacionados com o instituto durante o decorrer da história, nada mais justo do que citar toda e qualquer norma jurídica que trate o lazer na sua mais diversa concepção.

Logo, o lazer utilizado nos atuais ordenamentos jurídicos se relacionam com os significados das seguintes palavras utilizadas na Antiguidade e que se aproximam da atual ideia de tempo livre: *otium*, *schole*, *licere*. Porém, como uma maneira de tentar demonstrar a evolução histórica do lazer sem necessariamente citar quando surgiu, será utilizado o método que aponta, cronologicamente, a presença de tal instituto nos ordenamentos jurídicos interno<sup>56</sup> e internacional.

Dessa maneira, tem-se que a primeira normatização do Lazer, segundo ensinamentos de Otávio Calvet, foi no Complemento da Declaração dos Direitos do Homem<sup>57</sup>, elaborado pela Liga dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1936, nos artigos 2º e 4º.<sup>58</sup>

Em 1944, o lazer reaparece na Declaração da Organização Internacional do Trabalho<sup>59</sup>, aprovada na Filadélfia, onde não há a exata palavra lazer, mas a identificação de atividades que são realizadas no tempo livre do indivíduo e que caracterizam o referido instituto. Assim, no item III, i, de tal Declaração, tem-se que o trabalhador deve “obter um nível adequado de alimentação, de alojamento, de recreação e de cultura” (Grifo nosso).

Continuando na ordem cronológica de positivação do lazer no ordenamento jurídico, tem-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 da Organização das Nações Unidas que em seu artigo XXIV afirma que “todo ser humano tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas”. Ou seja em 1948 o lazer fora expresso como direito do indivíduo e fora relacionado com o descanso e

---

<sup>56</sup> Será levado em conta a discussão do lazer no âmbito jurídico brasileiro e, dessa forma, descartará a análise deste necessariamente como direito fundamental social. Ou seja, o presente tópico apresentará ao leitor a positivação jurídica do lazer no ordenamento brasileiro independentemente de a norma ter sido considerada, naquele momento, fundamental.

<sup>57</sup> É mister relembrar o leitor de que a ordem internacional tratará o lazer como um direito humano. Assim, utilizando-se a distinção realizada no capítulo anterior, teremos que o direito ao lazer expresso na ordem internacional somente passará a ser considerado fundamental quando houver a ratificação do referido documento internamente de modo que este integre o nosso ordenamento jurídico. Não obstante, o fato de não haver ratificação interna não exclui a imposição do direito, isto é, a exigência de que o Estado Brasileiro o respeite, oprima os descumprimentos e o incentive internamente, posto que integra os organismos internacionais que elaboraram as normas.

<sup>58</sup> Art. 2 - O primeiro dos direitos do homem é o direito à vida.

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

<sup>59</sup> A Organização Internacional do Trabalho, atualmente, é uma agência das Nações Unidas, isto é, uma organização internacional do tipo de cooperação social que se encontra na estrutura da ONU e foi criada pelo Tratado de Paz de 1919 (Tratado de Versailles) com o objetivo de promover oportunidades para que os homens e mulheres possam ter acesso a um trabalho decente, produtivo, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humana. Destaca-se entre seus documentos norteadores a Constituição da OIT e a Declaração de Filadélfia de 1944.

sua concessão (tempo livre) através das férias e da jornada de trabalho limitada. Acrescentando ainda que, conforme Lunardi (2010, p.37), foi com a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU que o lazer alcançou a categoria de direito humano, isto é, “aquele que a comunidade internacional considera como inerente a todas as pessoas, indispensáveis para a dignidade humana e fundamentais para a existência da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.

Destaca-se também que é a partir desse momento que o legislador inicia a exigência de delimitação da carga horária laboral a fim de que fique pré-estabelecido o tempo livre do indivíduo, aquele que não será destinado à produção de capital nem às atividades obrigatórias. Confirmando tal iniciativa, tem-se o Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 que, em seu artigo 7º<sup>60</sup>, retoma a necessidade de fixação de um limite razoável da duração do trabalho, do repouso e lazer e da obrigatoriedade de o ser humano não só ter direito às férias como também a remuneração desta e dos feriados.

Tal delimitação incitada pelo legislador internacional apresentou efeito no ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque a Constituição Brasileira de 1988, influenciada por tais Pactos e Declarações (já ratificados pelo Brasil e, com isso, integrante do ordenamento pátrio) criou uma Lei Fundamental baseada na proteção dos Direitos Fundamentais do Homem, dentre eles o lazer.

Dessa maneira, nos artigos 6º<sup>61</sup>, 7º inciso IV<sup>62</sup>, 217 §3º<sup>63</sup> e 227<sup>64</sup>, o legislador pátrio tentou proteger o lazer do indivíduo e comprovar a sua importância não somente no âmbito laboral, mas também como uma necessidade do ser humano.

Comprovando a visão de que o lazer é essencial ao ser humano, tem-se a Lei 8.069/90, hoje amplamente conhecido como Estatuto da Criança e do Adolescente, revelando em seus

---

<sup>60</sup> Art. 7º: Os Estados integrantes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar condições de trabalho justas e favoráveis, que garantam sobretudo: (...) d) O repouso, os lazes, a limitação razoável da duração do trabalho e férias remuneradas periódicas, assim como remuneração dos feriados.

<sup>61</sup>“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 desamparados, na forma desta Constituição” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1988

<sup>62</sup> “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com 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” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1988

<sup>63</sup> “Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados: § 3º - O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1988

<sup>64</sup>“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1988

artigos 4<sup>o65</sup>, 59<sup>66</sup>, 71<sup>67</sup>, 94 inciso XI<sup>68</sup> e 124 inciso XII<sup>69</sup> que é dever da família, do Poder Público e das entidades, que possuem o programa de internação, a proteção e a oferta do lazer às crianças e aos adolescentes, corroborando com os ditames constitucionais.

Portanto, fica claro que o lazer é um direito que deve ser respeitado e oferecido a todos os indivíduos, independentemente de sua categoria. Ou seja, apesar de ser sempre relacionado com o trabalho, não é somente aquele que labora que tem o direito de gozar de um tempo livre para descontraí-se e repor as energias.

Portanto, o lazer é um instituto destinado a todos os seres humanos, de qualquer idade, inclusive àqueles que não realizam qualquer labor. A ampla abrangência do lazer ainda é consubstanciada pela razão de que a Constituição Brasileira de 1988 o considerou um Direito Fundamental de todos os indivíduos, pouco importando se exercem alguma atividade laborativa. Confirma ainda esse pensamento de que o lazer não é um direito exclusivo do obreiro, o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03) nos seus artigos 3<sup>o70</sup>, 20<sup>71</sup>, 23<sup>72</sup> e 50, inciso IX<sup>73</sup>.

Revela-se ainda que o Brasil ratificou o Protocolo Adicional à Convenção Interamericana sobre os Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em 1999 (Protocolo de San Salvador), conforme o Decreto nº 3.321/99, reafirmando

---

<sup>65</sup> Art. 4º: É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, DF: Presidência da República, 1990

<sup>66</sup> Art. 59: Os Municípios, com apoio dos Estados e da União, estimularão e facilitarão a destinação de recursos e espaços para programações culturais, esportivas e de lazer voltadas para a infância e a juventude. BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, DF: Presidência da República, 1990

<sup>67</sup> Art.71: A criança e o adolescente têm direito à informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, DF: Presidência da República, 1990

<sup>68</sup> Art.94: As entidades que desenvolvem programas de internação têm as seguintes obrigações, entre outras: XI - propiciar atividades culturais, esportivas e de lazer. BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, DF: Presidência da República, 1990

<sup>69</sup> Art. 124: São direitos do adolescente privado de liberdade, entre outros, os seguintes: XII - realizar atividades culturais, esportivas e de lazer. BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, DF: Presidência da República, 1990

<sup>70</sup> Art. 3º: É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. BRASIL. **Estatuto do Idoso**. Brasília, DF: Presidência da República, 2003

<sup>71</sup> Art. 20: O idoso tem direito a educação, cultura, esporte, lazer, diversões, espetáculos, produtos e serviços que respeitem sua peculiar condição de idade. BRASIL. **Estatuto do Idoso**. Brasília, DF: Presidência da República, 2003

<sup>72</sup> Art. 23: A participação dos idosos em atividades culturais e de lazer será proporcionada mediante descontos de pelo menos 50% (cinquenta por cento) nos ingressos para eventos artísticos, culturais, esportivos e de lazer, bem como o acesso preferencial aos respectivos locais. BRASIL. **Estatuto do Idoso**. Brasília, DF: Presidência da República, 2003

<sup>73</sup> Art. 50: Constituem obrigações das entidades de atendimento: IX - promover atividades educacionais, esportivas, culturais e de lazer. BRASIL. **Estatuto do Idoso**. Brasília, DF: Presidência da República, 2003

a necessidade de delimitação da jornada de trabalho e da criação de momentos de repouso para o ser humano em seu artigo 7º<sup>74</sup>.

Acrescente-se ainda que a ratificação do Protocolo de San Salvador pelo Brasil introduziu no ordenamento jurídico brasileiro não somente mais uma norma de proteção ao direito fundamental ao lazer como inseriu nosso país no Sistema Regional de Direitos Humanos. Logo, os indivíduos possuem mais uma instância jurídica, nesse caso internacional, para denunciar os desrespeitos ao lazer não coibidos pelo Estado.

Além disso, o Protocolo de San Salvador instituiu a chamada progressividade da efetivação dos direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais. Assim, é necessário que os Estados Partes demonstrem, periodicamente, que estão inserindo recursos e ofertando políticas públicas na concretização dos direitos fundamentais de segunda dimensão posto sê-los essenciais para uma vida digna e justa. Por fim, tem-se a positivação do direito fundamental ao lazer no artigo 3º da Lei nº 9.615/98<sup>75</sup>, chamada de Lei do Desporto. Nessa codificação, fica estabelecido que esporte, como um todo, se caracteriza como um instrumento na busca do desenvolvimento do indivíduo e na prática do lazer.

Portanto, é possível concluir que, apesar de não ser possível precisar o momento exato do surgimento do lazer, a ordem cronológica de normatização é capaz de revelar a concretização desse Direito Fundamental do ser humano e de demonstrar a sua importância não só para os trabalhadores como também para aqueles que não exercem qualquer atividade ligada com o trabalho.

Além do mais, é possível perceber que há uma profunda relação entre a evolução histórica do lazer e suas vertentes de conceitos (sociológica, filosófica e jurídica). Isso porque ao realizar-se uma comparação minuciosa dos conceitos acima apresentados juntamente com suas perspectivas com a evolução trazida pelo ordenamento jurídico, fica claro que, de fato, o lazer é um direito de todos e uma necessidade do ser humano que precisa ser zelada.

---

<sup>74</sup> Artigo 7º: Condições justas, equitativas e satisfatórias de trabalho. Os Estados Partes neste protocolo reconhecem que o direito ao trabalho, a que se refere o artigo anterior, pressupõe que toda pessoa goze do mesmo em condições justas, equitativas e para o que esses Estados garantirão em suas legislações, de maneira particular: b) O direito de todo trabalhador de seguir sua vocação e de dedicar-se à atividade que melhor atenda a suas expectativas e a trocar de emprego de acordo com a respectiva regulamentação nacional; g) Limitação razoável das horas de trabalho, tanto diárias quanto semanais. As jornadas serão de menor duração quando se tratar de trabalhos perigosos, insalubres ou noturnos; h) Repouso, gozo do tempo livre, férias remuneradas, bem como remuneração nos feriados nacionais. BRASIL. **Decreto ratificador do Protocolo de San Salvador**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1999

<sup>75</sup> Art. 3º. O desporto pode ser reconhecido em qualquer das seguintes manifestações: I – Desporto educacional, praticado nos sistemas de ensino e em formas assistemáticas de educação, evitando-se a seletividade, a hipercompetividade de seus praticantes, com a finalidade de alcançar o desenvolvimento integral do indivíduo e a sua formação para o exercício da cidadania e a prática do lazer. BRASIL. **Lei do Desporto**. Brasília, DF: Presidência da República, 1998



Obviamente que sua interação com o trabalho é mais clara e estudada pelos doutrinadores. Todavia, o lazer engloba diversas áreas, conforme foi demonstrado, e, por essa razão, merece destaque na sociedade e revalorização. Seria possível, então, dizer que o lazer se constitui uma forma de manter a paz social, estimular um convívio harmônico e reduzir as desigualdades sociais trazidas com o capitalismo consumista e egoísta praticado atualmente.

Passada então pela sua conceituação e evolução histórica dentro do ordenamento jurídico brasileiro e internacional, é preciso discutir sua interação com a realidade social através de duas perspectivas: o trabalho e as demais disciplinas do direito. Tal análise será crítica a fim de apontar os principais desrespeitos ao lazer durante o cotidiano social e importância da revalorização deste para a busca de uma vida verdadeiramente digna e uma sociedade mais justa e solidária.

## **2.4. As normas jurídicas protetivas e a realidade social: A influência da proteção jurídica ao lazer no bem-estar do indivíduo**

### **2.4.1. A eficácia do direito ao lazer nas relações de trabalho**

Ao relacionar o direito fundamental social ao lazer com o Direito do Trabalho, tem-se que há uma interação e preocupação com tal instituto quando se trata, por exemplo, da delimitação da jornada de trabalho<sup>76</sup>, da concessão de férias remuneradas<sup>77</sup>, do pagamento de horas extras<sup>78</sup>, da definição dos intervalos intra e interjornada e do repouso semanal remunerado<sup>79</sup>. Logo, tais determinações, tanto no âmbito da legislação infraconstitucional como também constitucional, visam proteger, dentre outros direitos, o momento de lazer do trabalhador.

---

<sup>76</sup>“Artigo 7º, XIII. Art. 7º 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” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1988

<sup>77</sup>“Artigo 7º, XVII. Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: - XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1988

<sup>78</sup>“Artigo 7º, XVI. Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: - XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1988

<sup>79</sup>“Artigo 7º, XV. Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: - XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1988

Assim, o legislador limitou a jornada de trabalho do empregado em 8 (oito) horas diárias e 44 (quarenta e quatro) horas semanais. Logo, teria o indivíduo direito a tempo livre durante a sua semana de trabalho para que pudesse exercer suas atividades de lazer, conforme o artigo 58 da CLT<sup>80</sup>.

Com isso, visando manter incólume esse direito, o legislador infraconstitucional abordou sobre as penalidades a que seriam submetidas o empregador no caso de labor fora desse período normatizado. Assim, foram criadas as horas extraordinárias (apesar do dissenso doutrinário quanto à terminologia) que correspondem àquelas laboradas após a jornada de trabalho, em até no máximo duas horas a mais por dia, e com remuneração de, pelo menos, 20% (vinte por cento) do valor da hora normal (artigo 59, caput, § 1º da CLT<sup>81</sup>). Entretanto, merece destaque o fato de que tal pagamento, segundo a Constituição Federal, passou a ser de 50% (cinquenta por cento) da hora normal de trabalho e tal norma celetista apresentou sua redação quanto ao percentual a ser aumentado na hora não recepcionado.

Com efeito, não deve o empregador submeter o trabalhador a uma jornada de trabalho excessiva, retirando-lhe seu tempo de descanso. Caso isso ocorra, não poderá exceder às duas horas diárias e que deverão ser pagas com um acréscimo de cinquenta por cento. Destaca-se aqui, nesse momento, que o aumento do valor da hora extra trabalhada corresponde a uma punição ao empregador e a uma indenização ao trabalhador. Ora, quando o indivíduo permanece no labor por mais tempo do que o previsto, ocorre uma redução do seu tempo livre. Consequentemente, tem-se um maior desgaste físico e psíquico do empregado, além do aumento da fadiga e estresse a que foi submetido. Portanto, essa situação corresponde a uma grave transgressão a dignidade da pessoa humana, sendo necessário coibi-la de alguma forma.

Por outro lado, o capitalismo atualmente exercido traz o consumismo e a necessidade de uma maior percepção salarial e de produção. Logo, proibir qualquer tipo de trabalho extraordinário não resolveria o problema da transgressão ao direito fundamental ao lazer e afetaria de forma drástica a economia. Sendo assim, a opção adota pelo legislador constitucional fora acertada. Não obstante, apesar da norma protetora e da importância do lazer, o desrespeito a limitação da jornada de trabalho é contínuo. Isso porque as horas extras constituem além de

---

<sup>80</sup> “Art. 58 - A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite” BRASIL. Consolidação das Leis Trabalhistas (1943). **Consolidação das Leis do Trabalho**. Brasília, DF: Presidência da República, 1943

<sup>81</sup> “Art. 59 - A duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de 2 (duas), mediante acordo escrito entre empregador e empregado, ou mediante contrato coletivo de trabalho. § 1º - Do acordo ou do contrato coletivo de trabalho deverá constar, obrigatoriamente, a importância da remuneração da hora suplementar, que será, pelo menos, 20% (vinte por cento) superior à da hora normal” BRASIL. Consolidação das Leis Trabalhistas (1943). **Consolidação das Leis do Trabalho**. Brasília, DF: Presidência da República, 1943

uma necessidade do empregador, em razão do seu objetivo lucrativo e produtivo, uma opção do trabalhador. Isto é, o cidadão prefere permanecer por mais horas no ambiente de trabalho produzindo e usufruindo do lazer, posto que sua remuneração é baixa e, por conta disso, incapaz de promover de forma satisfatória o seu sustento. Logo, tem-se que o indivíduo empregado não percebe o salário justo sendo, então, necessário sua submissão a mais horas de labor ou mesmo a outro labor para melhorar sua condição financeira.

Além disso, vivenciamos um momento capitalista consumista. Logo, o dinheiro proveniente do labor excessivo apresenta uma maior fundamentalidade e importância no contexto social já que aumenta o poder aquisitivo e, via de consequência, torna o indivíduo capaz para a vida de consumo e para prover o seu sustento.

Logo, apesar da proteção normativa e da identificação do lazer positivado expressamente no ordenamento jurídico, são recorrentes os desrespeitos ao referido direito fundamental social. A título de exemplificação, ressalta-se os casos de jornadas de trabalhos excessivas, tais como aquelas que estabelecem um labor diário de 10-12 horas. Verifica-se que a dignidade da pessoa humana e seu bem-estar social se encontram comprometidos. Isso porque seus momentos de descanso, interação social, ócio e lazer são retirados em função da necessidade de trabalhar.

Conforme pesquisa realizada pela Organização Internacional do Trabalho – OIT, Jon C. Messenger<sup>82</sup> verificou que nos países em desenvolvimento há um predomínio das excessivas jornadas de trabalho que variavam, em média, nas 48 horas semanais. Em contrapartida, nos países considerados desenvolvidos, tal razão é de 36 horas semanais<sup>83</sup>. Assim, concluiu o trabalho que a grande maioria dos cidadãos dos países subdesenvolvidos submetem-se a uma jornada de trabalho exaustiva em razão dos baixos salários percebidos: há excesso de labor no intuito de complementação do salário com as horas extras.

Não obstante, apesar de o indivíduo se submeter a uma jornada de trabalho excessiva com o intuito de perceber, ao final do mês, uma remuneração maior e condizente com as suas necessidades básicas e consumistas, permitiu o legislador infraconstitucional brasileiro que tal

---

<sup>82</sup> MESSENGER, Jon C. **Duração do trabalho em todo o mundo:** Principais achados e implicações para as políticas. Secretaria Internacional do Trabalho. Brasília: OIT, 2010. Disponível em: [http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/employment/doc/apresentação\\_jon\\_messenger\\_70.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/employment/doc/apresentação_jon_messenger_70.pdf) Acesso em: 27/07/2013

<sup>83</sup> Para uma melhor comparação, tem-se que a jornada de trabalho brasileira, semanal, é de 44 (quarenta e quatro) horas. Portanto, comparando-a com os países em desenvolvimento, que se caracterizam pela mão-de-obra barata e grande desigualdade social, o Brasil se encontra dentro do padrão laboral, posto que possui uma jornada com somente 4 (quatro) horas inferiores à média constatada. Todavia, ao analisá-lo com a jornada estabelecida nos países desenvolvidos, vê-se que o Brasil possui uma jornada exaustiva que supera a desses países em 8 (oito) horas semanais.

hora extraordinária laborada não fosse paga ao trabalhador quando houvesse acordo ou contrato coletivo estabelecendo o banco de horas<sup>84</sup>.

Tal fenômeno corresponde a flexibilização dos direitos trabalhistas e objetiva, assim, reduzir os direitos do empregado em favor de uma melhor produção para atender as demandas do capitalismo moderno. Portanto, percebe-se que a regra geral é uma jornada de trabalho de 8 (oito) horas diárias e 44 (quarenta e quatro) horas semanais e a permissão de exercício de 2 (duas) horas extras por dia sem habitualidade e com pagamento superior a, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) da hora normal.

Todavia, a realidade demonstra que o trabalho extraordinário é comum nos países em desenvolvimento que costumam apresentar uma jornada de trabalho semanal, em média, de 48 (quarenta e oito) horas, um acréscimo de 12 (doze) horas quando comparados com os países desenvolvidos. Além disso, o próprio ordenamento pátrio permite, através da flexibilização, o não pagamento da hora extra desde que seja acordado em negociação coletiva válida que fornecerá aos indivíduos a compensação da jornada.

O que se deseja, então, nesse momento, demonstrar é que, apesar de todo o aparato jurídico protecional, o direito ao lazer é regularmente desrespeitado e desvalorizado sem grandes mobilizações ou mesmo desconforto dos indivíduos. Trabalhar mais para obter uma remuneração condizente com seu labor virou o lema de vida do ser humano. Não importa o momento do descanso, do autoconhecimento e do convívio social, o homem precisa de um trabalho para lhe dignificar.

Quanto ao gozo das férias anuais remuneradas, encontra-se previsto tanto na Constituição Federal Brasileira (artigo 7º, XVII<sup>85</sup>) como também na Consolidação das Leis Trabalhistas (artigos 129 a 153). Segundo Calvet (2010, p. 47), as férias anuais remuneradas é um instituto de ordem pública que não pode ser renunciado pelo empregado e constituem uma forma de lazer que preenche tanto a perspectiva econômica como a humana, isto é,

(...) atendem, inquestionavelmente, a todos os objetivos justificadores dos demais intervalos e descansos trabalhistas, quais sejam, metas de saúde e segurança laborativas e de reinserção familiar, comunitária e política do trabalhador', bem como apresentando importância econômica (...) têm se mostrado eficaz mecanismo de política de desenvolvimento econômico e social, uma vez que induzem à realização de

---

<sup>84</sup> Art. 59, § 2º: Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou contrato coletivo, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda o horário normal da semana nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias. BRASIL. **Consolidação das Leis Trabalhistas**. Brasília, DF: Presidência da República, 1943

<sup>85</sup> “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1988

intenso fluxo de pessoas e riquezas nas distintas regiões do país e do próprio globo terrestre. (grifo nosso)

Portanto, é nas férias do trabalhador que este movimentou o mercado financeiro, principalmente o turismo, pois busca novas formas de divertimento e descanso. Preenche a perspectiva humana visto que está sendo ofertado ao trabalhador o momento de desenvolver-se e incentivar a sua criatividade voltando ao labor com mais disposição e melhor produtividade.

O instituto jurídico ora analisado é concedido ao trabalhador quando este completa 01 (um) ano de trabalho. Isto é, após um ano de labor, o obreiro terá direito, de forma geral, ao gozo de 30 (trinta) dias de férias, onde o empregador não poderá chamá-lo ao trabalho<sup>86</sup>. Terá o empregador, conseqüentemente, o período de um ano posterior ao período aquisitivo para fornecer as férias. Logo, deve o obreiro completar o período aquisitivo de um ano a fim de adquirir o período de férias.

Acrescente-se ainda que, além do gozo das férias, o indivíduo tem direito ao pagamento do seu salário normalmente, conforme previsão do artigo 142 da CLT<sup>87</sup>, e o acréscimo de, no mínimo, um terço do seu salário. Portanto, as férias correspondem ao momento de tempo livre, posto que não é exercida qualquer atividade de produção de capital, mas permanecerá o pagamento do seu salário além do acréscimo constitucionalmente previsto.

Salienta-se ainda que, caso termine o período concessivo das férias sem que o empregador a tenha fornecido, este será obrigado a pagar uma indenização ao obreiro como forma de ressarcimento não só pelo prejuízo causado ao trabalhador como também à transgressão ao direito fundamental ao lazer.

Desse modo, restou claro que as férias remuneradas concedidas regularmente se relacionam diretamente com o lazer posto que fornecem ao indivíduo o momento de repouso, recuperação das energias, convívio social e familiar necessários para uma vida digna. Porém, ainda em razão da flexibilização e, mais uma vez, prestigiando a desvalorização do direito fundamental ao trabalho e, conseqüentemente ao lazer, o legislador infraconstitucional, no artigo 143 na Consolidação das Leis do Trabalho<sup>88</sup>, permitiu que o operário realizasse a conversão de 1/3 (um terço) do seu período de férias em abono pecuniário, isto é, em outras palavras, vendesse, no caso de férias de 30 dias, 10 dias do seu momento livre anual.

---

<sup>86</sup> Merece destaque que o período aquisitivo das férias pode ser inferior a 30 (trinta) dias desde que o empregado apresente faltas em número superior a 05 (cinco). Desse modo, o artigo 130 da CLT traça a proporcionalidade e permite que o empregador retire do indivíduo alguns dias das férias para compensar a sua ausência ao labor.

<sup>87</sup> “Art. 142. O empregado perceberá, durante as férias, a remuneração que lhe for devida na data da sua concessão” BRASIL. Consolidação das Leis Trabalhistas (1943). **Consolidação das Leis do Trabalho**. Brasília, DF: Presidência da República, 1943.

<sup>88</sup> “Art. 143 - É facultado ao empregado converter 1/3 (um terço) do período de férias a que tiver direito em abono pecuniário, no valor da remuneração que lhe seria devida nos dias correspondentes” BRASIL. Consolidação das Leis Trabalhistas (1943). **Consolidação das Leis do Trabalho**. Brasília, DF: Presidência da República, 1943

Ora, a conversão das férias em abono pecuniário, mais uma vez, prestigia o capitalismo produtivista, consumista e avassalador ao invés de estimular o indivíduo a gozar de seu período férias/tempo livre. Ora, o direito ao lazer é cada vez mais desvalorizado e flexibilizado em função das necessidades econômicas capitalistas que, infelizmente, se sobrepõem ao ser humano e seu bem-estar.

No artigo 7º, inciso XV da Constituição Federal Brasileira<sup>89</sup> há a normatização do repouso semanal remunerado que deverá ser, preferencialmente, aos domingos. Originariamente, acreditava-se que o repouso semanal aos domingos tinha sua justificativa na religião. Assim, deveria ser consagrado um dia para o retiro espiritual semanal e pago pelo empregador. Isso porque, de acordo com a análise de Dumazedier, as atividades sócio-espirituais correspondem a obrigações religiosas e, portanto, não fazem parte do lazer do indivíduo por mais que este sinta prazer nessas atividades.

Entretanto, com o distanciamento dos alicerces religiosos, percebeu-se que o repouso semanal deveria ser ofertado não porque se necessitava de um dia para o retiro espiritual, mas com o objetivo de se evitar a exaustão física e mental do indivíduo, além de proporcionar-lhe um convívio social e momento para a valorização do ser humano.

Porém, a escolha do dia para o gozo de tal repouso semanal ainda guarda relações com a religião visto ser, preferencialmente, aos domingos já que, conforme a doutrina católica, Deus criou o mundo em seis dias e descansou no sétimo, ou seja, no domingo. Dentro do ordenamento jurídico prático, verifica-se que o repouso semanal remunerado se faz obrigatório e sua razão é evitar a fadiga do empregado a fim de que este mantenha ou aumente a sua produtividade (dimensão econômica que proporciona a restauração da energia e mantém o nível de produtividade).

Portanto, fica claro que o repouso semanal remunerado também se caracteriza como uma forma de se conceder ao indivíduo o momento de lazer por meio da oferta de um dia, durante a semana, para afastar-se do labor, realizar atividades não repetitivas, prazerosas e sem o caráter obrigacional.

Acrescenta-se ainda que Convenção nº. 1 da OIT de 1919, nos dizeres de Flávia Moreira Guimarães Pessoa (2009, p.93), “implicitamente já assegurava o repouso, uma vez que fixava uma jornada de trabalho de oito horas por dia ou quarenta e oito horas semanais”. Todavia, este não fora o único documento jurídico internacional que destinou proteção ao repouso semanal remunerado e, por conseguinte, o lazer expressa ou implicitamente. A

---

<sup>89</sup> “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1988

Convenção nº. 14 de 1921 asseverava que a indústria deveria conceder aos seus empregados um descanso de vinte e quatro horas a cada intervalo de sete dias, ou seja, o repouso semanal.

Já a Recomendação nº. 18 de 1921 concedeu tal descanso aos comerciários e as Convenções nº. 31 e 67 de, respectivamente, 1931 e 1939 falaram dos direitos ao repouso remunerado dos trabalhadores das minas de carvão e dos transportes rodoviários. Portanto, fica explicado que o repouso semanal remunerado constitui-se, assim como as demais citadas, uma maneira de implementar um dos Direitos Fundamentais, qual seja, o lazer.

Ressalta-se ainda a importância da concessão do repouso semanal remunerado aos domingos. Sua relevância decorre do fato de ser este o dia da semana em que a grande maioria da sociedade não exerce qualquer atividade de produção de capital ou mesmo obrigatória. Ora, é de fácil percepção que o domingo é o dia destinado ao tempo livre de todo o ser humano, sendo possível o seu convívio social e familiar, a busca pelo autoconhecimento e elevação do ser humano, além do descanso e reposição de energia.

Porém, apesar de os domingos se revelarem como o melhor dia da semana para o gozo do lazer semanal, a própria Constituição Federal e o artigo 67, parágrafo único da CLT permitem que o indivíduo exerça atividade laboral nesse dia, mediante uma escala de revezamento e concessão do repouso semanal em outro dia da semana.

Pois bem, a essência do repouso semanal remunerado preferencialmente aos domingos é, conforme discutido, a concessão do direito fundamental ao lazer. Desse modo, é no domingo que o indivíduo tem o tempo livre para exercer todas as dimensões do ócio e, portanto, ter uma vida digna. Porém, mais uma vez, tal preceito não é respeitado e com a flexibilização permite-se que atividades tidas como não essenciais e meramente capitalistas, tais como a abertura de shoppings e suas lojas, coloquem seus empregados no labor no dia destinado ao lazer.

Por fim, têm-se os intervalos inter e intrajornada. O intrajornada é aquele situado dentro da duração diária do trabalho, enquanto que o intervalo inter jornada encontra-se entre uma jornada e, como afirma Maurício Godinho Delgado, (2013, p. 857), “suas vizinhas”.

O intervalo intrajornada, a depender da jornada de trabalho do indivíduo, pode assumir distintas variações temporais, dentre elas a de 1 a 2 horas; 15 ou 10 minutos, podendo ser remunerados ou não. Ressalta-se que o objetivo de tal intervalo dentro da jornada de trabalho é, como os dos demais já analisados, oferecer um momento de descanso e de recuperação das energias, além de evitar a fadiga e o estresse.

Portanto, apesar do pequeno lapso temporal e de sua impossibilidade de ofertar maiores diversidades para o trabalhador, constitui-se o intervalo intrajornada um momento de lazer visto que se encontra longe de suas atividades obrigacionais e de produção de capital.

O objetivo dos intervalos interjornada é mais amplo, posto que fornece ao indivíduo um descanso de, no mínimo, 11 (onze) horas entre uma jornada e outra, um tempo livre para o descanso o qual evitará problemas com sua saúde, higiene e segurança. Logo, esse tipo de intervalo, por oferecer um lapso temporal maior que o intervalo intrajornada, proporciona uma maior possibilidade de realização de atividades diversificadas de forma a concedê-lo um lazer que lhe fornece reposição de energia como também desenvolvimento mental e pessoal além, como conclui o próprio Delgado, de referências de um ser humano completo e cidadão.

Portanto, o intervalo interjornada se caracteriza por ser lapso temporal entre cada jornada diária do trabalho, o intervalo fornecido entre um dia e outro de labor. Assim, objetivam distanciar uma duração diária de labor da outra imediatamente posterior onde o indivíduo pode gozar de um tempo livre. Já no intervalo intrajornada, o indivíduo tem direito a um descanso rápido a fim de que este retorne o mais breve possível ao labor e, nesse momento, desfrute de um leve repouso e, normalmente, alimente-se. Portanto, apesar do pequeno lapso temporal, constitui-se o intervalo intrajornada um momento de lazer visto que o indivíduo, também nesse lapso temporal, se encontra longe de suas atividades obrigacionais e de produção de capital. Diante disso, conclui Delgado (2013, p. 857) que

Concomitantemente a esse primeiro objetivo relevante, visam ainda tais intervalos amplos assegurar ao trabalhador lapsos temporais diários, semanais e mesmo durante o ano (caso das férias) relevantes à sua fruição pessoal, inclusive quanto à sua inserção no contexto familiar e comunitário. Este tipo de outros fundamentais papéis cotidianos além daquele concernente ao ser econômico que desempenha no âmbito da relação empregatícia. Sem tal tipo de intervalo mais largo no tempo, é inviável falar-se no trabalhador enquanto ser familiar (pai, mãe, filho/filha, irmão/irmã), ser social (partícipe de seus problemas e anseios comunitários), ser político (sujeito das decisões políticas em sua sociedade e Estado); é inviável falar-se, em suma, no trabalhador como ser humano completo, inclusive como cidadão. (grifo nosso)

Por fim, merece destaque o fato de não se confundir os intervalos interjornada com o repouso semanal remunerado (ou intervalo inter semanais). Isso porque aqueles se constituem em momento de tempo livre concedido ao trabalhador entre um dia de trabalho e outro sendo, obrigatoriamente, de no mínimo 11 (onze horas), de acordo com o artigo 66<sup>90</sup> da CLT. Já o repouso semanal remunerado, previsto no artigo 67<sup>91</sup> da Consolidação das Leis do Trabalho, é o tempo livre ofertado ao indivíduo, preferencialmente aos domingos, isto é, entre o início de uma semana e o fim da outra, com descanso de 24 (vinte e quatro) horas.

---

<sup>90</sup> “Art. 66 - Entre 2 (duas) jornadas de trabalho haverá um período mínimo de 11 (onze) horas consecutivas para descanso”. BRASIL. Consolidação das Leis Trabalhistas (1943). **Consolidação das Leis do Trabalho**. Brasília, DF: Presidência da República, 1943

<sup>91</sup> “Art. 67 - Será assegurado a todo empregado um descanso semanal de 24 (vinte e quatro) horas consecutivas, o qual, salvo motivo de conveniência pública ou necessidade imperiosa do serviço, deverá coincidir com o domingo, no todo ou em parte”. BRASIL. Consolidação das Leis Trabalhistas (1943). **Consolidação das Leis do Trabalho**. Brasília, DF: Presidência da República, 1943



Diante de todas as interações entre o lazer e o trabalho, verificou-se que o direito fundamental ao ócio do indivíduo é, recorrentemente, desrespeitado e, muitas vezes, apresenta substrato legal em função do fenômeno chamado de flexibilização dos direitos trabalhistas. Acrescente-se ainda que tais transgressões também ocorrem em razão da desvalorização do lazer.

Desse modo, é possível concluir que o lazer enfrenta, atualmente, o desafio da eficácia social. Isso porque, conforme foi descrito anteriormente, a eficácia jurídica do lazer está prevista não só em sua menção expressa no artigo 6º da Constituição Federal de 1988 como também nas suas vertentes positivadas na legislação infraconstitucional e internacional.

O que se verifica, então, nesse caso, é que há uma grande defasagem em sua eficácia social. Em outras palavras, o lazer ainda não é capaz de interferir, positivamente, no cotidiano da sociedade e, conseqüentemente, proporcionar uma vida digna e o bem de todos. Há uma falta de reconhecimento societário. Logo, os indivíduos não ofertam valor social ao lazer e, em razão disto, submetem-se e escolhem situações degradantes; possuem uma visão pejorativa e, conseqüentemente, rejeitam-no.

Portanto, é necessário que o direito fundamental ao lazer busque a eficácia social que somente será obtida através da conscientização da sociedade, de uma verdadeira revalorização do lazer e da promoção de medidas prestacionais positivas para o seu estímulo e concretização. Adicione-se ainda que, a previsão constitucional do artigo 5º, §1º da Constituição Federal de aplicabilidade direta e imediata não é verificada, no caso concreto, ao direito ao lazer. Isso porque o que deseja a referida norma constitucional é assegurar os direitos e garantias fundamentais, pouco importando a sua dimensão, a eficácia plena. Ora, se restou comprovado que o lazer não apresenta uma eficácia social, tem-se que a determinação constitucional não se encontra respeitada. Sendo assim, esse é o desafio da presente dissertação, qual seja, demonstrar os caminhos a serem traçados a fim de o lazer tenha a eficácia social. Todavia, seria somente nesse campo da realidade social que o lazer se apresenta sem efetividade? Será esse questionamento analisado no próximo tópico.

2.4.2 A eficácia do direito ao lazer no cotidiano social: Uma perspectiva interdisciplinar.

O direito fundamental ao lazer apresenta interação com os mais diversos ramos do direito. É de fácil percepção sua influência no Direito do Trabalho e importância na vida dos operários. Não obstante, o lazer não é exclusivo da classe trabalhadora. Pois bem, quando foi

traçada a história normativa do lazer, verificou-se que sua proteção também recaiu nas seguintes áreas: educação, cultura, desporto, proteção aos idosos, crianças e adolescentes. Todavia, apesar de não mencionados anteriormente, o lazer também influencia (e recebe influência) a saúde, o convívio social, e a própria Previdência Social.

Diante disso, o presente tópico deseja realizar um estudo interdisciplinar do lazer com o intuito de provar não só a sua importância, mas também a gravidade de sua desvalorização para a sociedade. Inicialmente, tem-se que o lazer se relaciona com a educação. Isso porque, conforme os conceitos elencados, o ócio representa o momento de tempo livre no qual o indivíduo exerce atividades não obrigatórias e de não produção de capital. Portanto, é plenamente plausível que o indivíduo se utilize de seu tempo livre para ler livros, pesquisar sobre temas que lhe interessam e, por conseguinte, buscar seu desenvolvimento pessoal.

Logo, o lazer significa, nessa circunstância, um fomento à educação posto que fornece ao indivíduo um tempo livre para a busca de seu desenvolvimento, conhecimento e conscientização do saber. Acrescente-se a isso que uma boa qualificação gera ao indivíduo melhores oportunidades de trabalho e, conseqüentemente, melhor remuneração. Dessa maneira, o lazer proporciona ao indivíduo a oportunidade de obter uma maior qualificação e, assim, usufruir do direito constitucional a uma vida digna.

Acrescente-se ainda que, conforme o artigo 205 da Constituição Federal<sup>92</sup>, a educação é um direito de todos e dever do Estado e da família, de modo que deve ser fomentada por toda a sociedade já que fornece ao indivíduo a possibilidade de desenvolver-se e tornar-se mais apto ao trabalho. Corrobora com referida interação do lazer com a educação, a seguinte passagem de Maurício Godinho Delgado (2013, p. 27),

Ora, o processo educativo não se realiza, como se sabe, sem a presença de razoável tempo, de disponibilidade pessoal, quer para a transmissão específica do conhecimento, quer para sua internalização e sedimentação. (grifo nosso)

Conclui-se, então, que o lazer está diretamente relacionado com a educação porque fornece ao indivíduo uma disponibilidade de tempo necessária para a busca do conhecimento. Com relação à cultura, tem-se que decorre do fato desta corresponder a um instrumento de concretização do lazer. Ou seja, os eventos e manifestações culturais correspondem a uma forma de exercício do lazer pelos indivíduos.

---

<sup>92</sup> “Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1988

Assim, quando um cidadão se encontra em um espetáculo teatral, em um museu ou mesmo realiza uma consulta ao acervo de uma biblioteca pública, ele está exercendo o seu direito ao lazer, o ócio e, por conseguinte, estimulando a sua sanidade mental. Com isso, prevê o artigo 215 da Constituição Federal de 1988<sup>93</sup> que é dever do Estado a promoção da cultura e, conseqüentemente, do lazer.

Portanto, o estímulo a cultura, isto é, a ida aos teatros, museus, bibliotecas, correspondem a um incentivo ao lazer, valorizando-o de forma que o indivíduo conheça mais suas origens, divirta-se, adquira conhecimento e, conseqüentemente, busque seu desenvolvimento. Fica claro que o lazer ao interagir com a cultura também oferta benefícios à educação. Some-se a isso também que uma cultura valorizada também fomenta o turismo que corresponde a uma das dimensões econômicas do lazer. Desse modo, patrimônio histórico e cultural preservado pelo Estado e sociedade estimulam o turismo, conhecimento e, assim, o lazer.

Quanto ao desporto, de acordo com o artigo 217 da Constituição Brasileira<sup>94</sup>, é dever do Estado e abrange todo o tipo de prática desportiva desde as formais até as não formais. Logo, é perceptível que o exercício de esportes, tais como, futebol, vôlei, tênis, ou até mesmo, passear de bicicleta, andar de patins, correspondem à prática desportiva que proporcionam ao indivíduo momentos de lazer, principalmente na dimensão humana, já que correspondem ao entretenimento, recreação.

Todavia, o desporto como um ramo de efetivação e influência do lazer não gera somente ao indivíduo o chamado por Dumazedier de “*divertissement*” como também se constitui um mecanismo de convívio social. Isso porque o indivíduo que pratica um determinado esporte, regra geral, necessita de um parceiro para o exercício da atividade. Com isso, o desporto incentiva não só a prática de exercícios como também a busca de novas amizades, conhecer novas pessoas e interagir com elas.

Imagine-se, então, a quadra poliesportiva construída pelo Estado ou mesmo a praça com espaços para o exercício de atividades de ginástica e passeios de patins. Pois bem, durante os momentos de tempo livre, o indivíduo irá para tais locais com o intuito de exercer as atividades ali ofertadas e, conseqüentemente, encontrará mais pessoas com o mesmo propósito. Desse modo, começará a sua interação e será proporcionado um convívio social.

---

<sup>93</sup> “Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1988.

<sup>94</sup> “Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1988.

Aproveitando-se que já se encontra em análise o convívio social, tem-se que este é responsável, inclusive, pela manutenção da paz social quando realizado de forma equilibrada. Ou seja, são nos momentos de lazer, incluído o desporto, que o indivíduo tem a possibilidade de efetuar um maior contato com a família e, até mesmo, dispor maior tempo para convivência tanto com familiares como com amigos e particulares. É ideal para a reconstrução dos laços sociais.

Com isso, tem-se que o desporto somente atinge sua função se concedido através da visão humana e com a valorização do lazer visto que proporcionará ao indivíduo oportunidades de convívio social, prática de atividades esportivas e, portanto, fomentará o lazer na dimensão humana do ponto de vista social. Reitera ainda tal função do desporto e sua ligação com o lazer o artigo 217, §3º da Constituição ao informar que o Poder Público, através de práticas desportivas, incentivará o lazer como um mecanismo de promoção social.<sup>95</sup>

Além disso, o desporto e, nessa mesma toada, o lazer influenciam a saúde pública, Ora, a prática de atividades desportivas é essencial para a busca de uma vida mais saudável. Por essa razão, a promoção do lazer é, também, uma questão de saúde. Comprova-se tal interação do lazer com a saúde o conceito desta emitido pela Organização Mundial de Saúde – OMS, reproduzido na Lei Federal nº 8.080/90 em seu artigo 3º<sup>96</sup>.

Em razão disso, tem-se que o lazer se encontra como um dos elementos determinantes e condicionantes da saúde e, por conseguinte, expressa o nível de organização econômica e social de uma nação. Ora, a saúde pública é um dos requisitos para se verificar as condições econômicas e sociais de um determinado Estado.

Uma sociedade que apresenta pouco tempo destinado o lazer, ou mesmo inexistente, tende a apresentar um quadro significativo de indivíduos enfermos e que afetam, portanto, o quadro econômico-social do país em que vivem. Isso porque o lazer é, antes de tudo, uma necessidade biológica do ser humano. Logo, o descanso, o entretenimento e o desenvolvimento pessoal constituem necessidades básicas do indivíduo para que se tenha uma vida digna.

Imagine-se pois uma pessoa que trabalha 10 (dez) horas por dia e, logo após o labor, frequenta a universidade de forma a passar mais 4 (quatro) horas de seu dia dedicando-se a atividade obrigatória. Pois bem, quanto tempo lhe resta para desenvolver o descanso, entretenimento e desenvolvimento da pessoa? O indivíduo passa 14 (quatorze) horas de seu dia

---

<sup>95</sup>“Art. 217 (...) § 3º - O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1988.

<sup>96</sup>“Art.3º Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais” BRASIL. **LEI DA SAÚDE**. Brasília, DF: Presidência da República, 1990

dedicando-se a atividades de produção de capital e obrigatória. Assim, partindo-se da concepção de que são gastas 8 (oito) horas de seu dia com o sono (descanso), a pessoa exemplificada teria somente mais 2 horas destinada à recreação e autoconhecimento. Todavia, existem as necessidades básicas vitais que ocupariam tal tempo, tais como alimentação e higiene, restando ao indivíduo a não percepção de tempo livre.

O lazer não é somente descanso, mas sim a ocorrência de suas três facetas: repouso, “*divertissement*” e desenvolvimento pessoal. Logo, aquele que não exerce, durante o seu dia, qualquer uma das perspectivas citadas, não possui o pleno gozo do lazer. Ora, é claro, então, no caso exemplificado, o indivíduo apresentará alguma mazela, desde a problemas de saúde em decorrência do excessivo esforço (fadiga) até mesmo ao acidente de trabalho.

Desse modo, para o Direito, a saúde pública se apresenta como um ramo da Seguridade Social e, por essa razão, se encontra intimamente ligada com a Previdência Social. Conforme o artigo 194 da Constituição<sup>97</sup>, a Seguridade Social compreende a Saúde, Previdência e Assistência Social de forma que suas ações serão integradas e objetivam atingir o maior número de pessoas possíveis.

Um problema na saúde pública afetará toda a Seguridade Social e, conseqüentemente, a Previdência. Isso porque o sistema de seguridade social é financiado por todos, ou seja, Estado e sociedade. Logo, todos os benefícios e serviços ofertados são custeados pelo Poder Público e cidadãos de forma que a não promoção de um dos requisitos que compõe a estrutura da seguridade, poderá acarretar maiores prejuízos a todos.

No caso citado, é possível, por exemplo, que o indivíduo sofra algum acidente de trabalho que seja capaz de retirar-lhe, permanentemente, sua capacidade laborativa. Então, como ele se sustentaria? Prevê a Lei de Custeio da Previdência Social que a perda da capacidade para o trabalho em razão do acidente sofrido no labor pode gerar o direito à aposentadoria por invalidez. Dessa forma, caberá a parte da sociedade que exerce atividades de produção de capital e, por conseguinte, contribui para o sistema previdenciário, prover o sustento da pessoa acidentada.

Acrescente-se ainda que essa mesma pessoa irá dispor, assim como todo e qualquer indivíduo, dos serviços prestados pelo Sistema Único de Saúde a fim de que obtenha uma melhor recuperação e não adquira outras doenças. Assim, a ausência do lazer foi capaz de interferir em na saúde pública e na previdência.

---

<sup>97</sup>“Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1988.

Corrobora com tal pensamento a pesquisa citada por Cláudio Mascarenhas Brandão,<sup>98</sup>, ao revelar que o aumento da jornada e, até mesmo, a redução do tempo livre do indivíduo é causa preponderante para a ocorrência de acidentes de trabalho que, conseqüentemente, afetam a saúde pública.

Assim, a fadiga excessiva ocasionada pela ausência de lazer é capaz de comprometer, permanentemente, a saúde do indivíduo de forma a gerar o enfraquecimento do sistema imunológico, estresse, quadro de fadiga patológica e aumento no número de acidentes de trabalho. Assim, conclui Cláudio Brandão (2009, p. 44) que

(...)desde o nascimento das primeiras normas de proteção à saúde (...) o pano de pano de fundo dos debates sempre incluiu a fixação de limites à jornada de trabalho (...) o que demonstra a intrínseca relação entre os dois temas.

Logo, se a fixação da jornada de trabalho tem como o intuito proporcionar ao indivíduo o lazer e esta regra não é cumprida, tem-se que são aumentadas as chances de o indivíduo sofrer com a fadiga, afetar sua saúde e, conseqüentemente, acidentarse de forma a influenciar, negativamente, a seguridade social. Assim, o lazer é, de fato, uma questão de saúde pública e a preocupação com o seu bem-estar, segurança e higiene influenciam a previdência social.

Com relação aos idosos, adolescentes e crianças, fora relatado que seus estatutos específicos preveem a proteção do lazer e, inclusive, determinam a sua promoção. Isso porque é através de todas as vertentes humanas e econômicas do ócio que o indivíduo se desenvolve e, conseqüentemente, tem acesso à uma vida digna.

Pegando-se os casos dos idosos, tem-se que fora realizada uma pesquisa em Botucatu/SP em 2003, publicada na Revista de Saúde Pública em 2007 da Universidade de São Paulo<sup>99</sup>, no qual se buscava descrever os fatores associados ao grau de satisfação com a vida entre a população de idosos assim consideradas as pessoas com mais de 60 (sessenta) anos de idade. Para isso, foram entrevistados 365 idosos no município de Botucatu, selecionados por meio de amostragem estratificada proporcional e aleatória e utilizou-se uma composição dos questionários sobre atividade física; morbidade, avaliação emocional e situação sócio-demográfica dos idosos.

---

<sup>98</sup> “Estudos realizados na Europa e nos Estados Unidos comprovam o aumento de acidentes com a elevação do número de horas de trabalho, chegando ao máximo por volta das onze horas da manhã e caindo por volta do meio-dia, com a mesma distribuição no período da tarde. Além disso, há casos de diminuição em 60% o número de acidentes quando se reduziu em determinada fábrica de doze para dez horas a jornada de trabalho, da mesma forma que variam com o índice de fadiga” (2009, p.33)

<sup>99</sup> JOIA, Luciane Cristina; RUIZ, Tania; DONALISIO, Maria Rita. **Condições associadas ao grau de satisfação com a vida entre a população de idosos.** Universidade de São Paulo: Revista de Saúde Pública, 2007, p. 131-138

Desse modo, ao serem questionados sobre a relação de satisfação com a vida e as atividades de lazer, 218 (duzentos e dezoito) idosos informaram que se sentiam satisfeitos quando da prática dessas atividades, demonstrando que o ócio é essencial para o bem-estar do idoso. Além disso, o mesmo quantitativo de idosos informaram que a valorização do lazer como qualidade de vida corresponde a um dos fatores que se associam com a satisfação em viver. Portanto, é o lazer direito fundamental essencial para os idosos a fim de que tenham bem-estar e vida digna e se sintam capazes e satisfeitos em viver. Logo, cabe ao Poder Público, a sociedade e a família do idoso a promoção de atividades no tempo livre do idoso.

Com relação às crianças e adolescentes, tem-se que o lazer exerce uma função essencial em sua formação e desenvolvimento humanos. Isso porque o lazer corresponde ao tempo livre concedido ao indivíduo para conviver com a família e, assim, interagir com filhos e passar-lhes seus princípios de vida e conhecimento. Desse modo, o lazer apresenta proteção e determinação para sua promoção no Estatuto da Criança e do Adolescente, em especial nos artigos 71<sup>100</sup>; 94, XI<sup>101</sup> e 124, XII<sup>102</sup>.

Não obstante, com o mundo moderno, cada vez é mais comum a ausência de convivência entre pais e filhos de forma que tais crianças e adolescentes apresentam uma rotina repleta de atividades obrigatórias tais como escola, muitas vezes em turno integral; curso de língua estrangeira; esportes; trabalhos extraescolares. Por essa razão, há um déficit na convivência familiar que acarreta vários tipos de desequilíbrios comportamentais. Com isso, leciona o autor Jeremy Rifkin (2000, p. 258), que

O declínio da supervisão dos pais criou a síndrome do 'abandono'. Psicólogos educadores e um número crescente de pais preocupam-se com o aumento dramático da depressão infantil, da delinquência, de crimes violentos, de abuso de álcool e drogas e de suicídio entre adolescentes, causados em grande parte pela ausência dos pais nos lares.

Portanto, a promoção ao lazer é um dever de todos e essencial para a construção de um ser humano com valores, íntegro e cargas emocionais equilibradas de forma a saber que há um porto-seguro em sua família, resgatando-se, assim, a importância do convívio familiar. Apresenta a mesma conclusão, Delgado (2013, p.28) ao sugerir que

---

<sup>100</sup> “Art. 71. A criança e o adolescente têm direito a informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento” BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília/DF: Presidência da República, 1990.

<sup>101</sup> “Art. 94. As entidades que desenvolvem programas de internação têm as seguintes obrigações, entre outras: XI - propiciar atividades culturais, esportivas e de lazer” BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília/DF: Presidência da República, 1990.

<sup>102</sup> “Art. 124. São direitos do adolescente privado de liberdade, entre outros, os seguintes: XII - realizar atividades culturais, esportivas e de lazer”. BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília/DF: Presidência da República, 1990.

Propiciar aos responsáveis legais por crianças e adolescentes maior tempo de interação e convivência familiar, de transmissão cotidiana de valores e princípios éticos, de lazer comunitariamente compartilhado, é instituir efetiva política pública de resgate da família na sociedade brasileira, viabilizando o melhor funcionamento de mecanismo comprovadamente eficaz de formação e socialização das crianças e jovens brasileiros. (grifo nosso)

Por tudo que fora exposto, é possível chegar à conclusão de que o direito fundamental ao lazer se relaciona com as mais diversas áreas não só do direito, mas também da vida do indivíduo de forma que seja capaz de proporcionar uma sobrevivência digna, feliz e saudável através do repouso, convívio social, recreação e desenvolvimento. Assim, seu desrespeito ou até mesmo sua desvalorização é capaz de atingir não somente o meio ambiente laboral (em razão da fadiga excessiva) como também o meio ambiente social ao torná-lo desequilibrado e acentuar, cada vez mais, as mazelas existentes na sociedade e inversão dos valores.



### **3. POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DE EFICÁCIA SOCIAL DO DIREITO FUNDAMENTAL AO LAZER.**

Objetiva o presente capítulo discutir instrumentos de efetivação do direito ao lazer. Isso porque, de acordo com tudo que já fora analisado, restou claro que o ócio criativo corresponde a um direito fundamental social positivado tanto no plano internacional como interno. Portanto, não restam dúvidas quanto a sua importância para o ser humano e para o convívio social.

Não obstante, apesar do ordenamento jurídico ter se preocupado em, expressamente, proteger o lazer, o que se verifica na realidade, em especial a brasileira, é que tal direito sofre transgressões recorrentes e, muitas vezes, aceitas pelo Estado. Ora, se o ordenamento jurídico permite flexibilização de direitos que influenciam no lazer; se o Estado exerce sua fiscalização de forma descompromissada com a proteção do ócio e se a própria sociedade não se conscientiza sobre a importância do tempo livre e prioriza uma vida consumista, tem-se que o lazer não encontra espaço para seu devido desenvolvimento.

Desse modo, será discutido o compromisso social firmado pelo Estado Democrático de Direito instituído no Brasil através de seu fundamento primordial, qual seja, a dignidade da pessoa humana com o lazer. Com isso, objetiva-se demonstrar ao leitor que a efetivação do ócio criativo corresponde a um mecanismo essencial para a promoção da dignidade da pessoa humana e mais, que a transgressão desse direito social afeta diretamente o alicerce do Estado Democrático.

Porém, é sabível que, apesar da grande importância sociológica e jurídica do lazer, a sua revalorização e conscientização se depara com diversos obstáculos que se originam na inversão de valores presente na sociedade não só brasileira como mundial. Com isso, discutir-se-á os desafios que serão enfrentados pelo Estado na busca da eficácia social do lazer através da alteração dos fundamentos basilares da atual sociedade capitalista (a industrialização, o consumismo, a produção em escala; isto é, um “mundo que não dorme”).

É de extrema importância reconhecer também que as dificuldades enfrentadas pelo Estado Democrático de Direito não são exclusivas da sociedade brasileira como também mundial posto que a presente dissertação deseja ser muito mais do que uma teoria e sim um estudo passível de aplicação concreta. Todavia, apesar do estudo comparado, objetiva-se influenciar, diretamente, o Estado Democrático constituído no Brasil e, assim, oferecer a sociedade brasileira condições de vida melhores.

Para isso, comprovar-se-á que o ordenamento jurídico brasileiro permite que o Estado exerça seu poder de regular a sociedade e conscientizá-la através das políticas públicas de forma

a fornecer aos direitos fundamentais de segunda geração, em especial, os sociais, a efetividade necessária. Assim, serão utilizados os ensinamentos de Alexy quanto ao tipo de prestações estatais possíveis com o intuito de melhor justificar o enquadramento do lazer como direitos a prestação e, por conseguinte, convencer o leitor de que o Estado tem o dever de implementá-lo por meio de políticas públicas de fazer, essencialmente.

Porém, tal medida de efetividade do direito social ao lazer se esbarra nos argumentos estatais que justificam a sua incapacidade do Estado e sua inércia na concretização em razão do Princípio da Reserva do Possível. Ora, partindo-se do pressuposto de que somente o Estado pode construir, por exemplo, as escolas públicas imprescindíveis para a educação, como poderia este se eximir do seu dever sob a justificativa de que seu orçamento limita a sua atuação?

Portanto, será demonstrado que o Princípio da Reserva do Possível, da forma que é analisada e praticado pelo Estado, se encontra em conflito com três princípios também previstos no nosso ordenamento jurídico, sendo o último fundamental: Princípio da Vedação ao Retrocesso, da Progressividade dos Direitos Sociais e da Dignidade da Pessoa Humana.

Desse modo, serão aplicadas técnicas da hermenêutica constitucional pós-positivista para comprovar que o Estado tem a obrigação de implementar o direito fundamental ao lazer, além de demonstrar aos cidadãos e à comunidade internacional a que compõe, especificamente ao Sistema Regional Interamericano, que a efetivação de tal direito se encontra, progressivamente, dentro dos limites orçamentários e em execução.

Por fim, o capítulo se encerra com a análise de quais medidas possíveis, concretamente, podem ser adotadas pelos três poderes que compõem o Estado Democrático de Direito. Logo, será revelada a função do Poder Legislativo na busca da concretização do lazer e os instrumentos que lhe cabem para o cumprimento desse dever; do Poder Executivo e a melhor forma para a implementação do lazer através de políticas públicas que interferem tanto no âmbito da concessão do tempo livre, do seu uso e da conscientização deste; e do Poder Judiciário informando as formas de controle que são ofertadas pela Constituição Federal de 1988 e a análise de jurisprudências sobre a atuação deste órgão na efetivação de direitos sociais fundamentais.

### **3.1. O compromisso social firmado pelo Estado Democrático de Direito: o dever constitucional de prestação e concretização do Lazer**

O princípio inserido no Estado Democrático de Direito capaz de traçar um novo rumo para as atuações estatais e, por essa razão, considerado seu fundamento primordial, é a dignidade

da pessoa humana. Logo, é possível concluir que esse Estado sempre age de forma a buscá-lo e concretizá-lo.<sup>103</sup> Portanto, o Estado Democrático surge para inserir no Direito e na sociedade a importância da dignidade humana e os seus meios de promoção. Conclui, então, José Afonso da Silva (1993, p.122), que “(...) a tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social”. Etimologicamente, a palavra dignidade significa mérito, nobreza, prestígio, valor intrínseco. Portanto, tem-se que os ordenamentos que positivaram a dignidade da pessoa humana desejam indicar a obrigação do Estado em proteger o valor intrínseco do ser humano e em guiar-se por esse valor através dos direitos fundamentais que lhe são inerentes.

Desse modo, o Estado Democrático de Direito apresenta valores, razões capazes de garantir a dignidade da pessoa humana o status de princípio fundamental como também institui uma procedimentalização para o exercício desse direito a fim de que seja possível a alteração da realidade social. Logo, são características do Estado Democrático de Direito o seu conteúdo transformador; a participação estatal e da sociedade na busca da alteração da realidade social e a concretização do princípio fundamental da dignidade humana.

Para a concretização, então, desse princípio fundamental, a Constituição Federal do Estado Democrático prevê a efetivação e proteção dos direitos fundamentais como mecanismo. Logo, é possível concluir que a implementação do direito social ao lazer corresponde não somente a uma forma de proporcionar aos indivíduos sua dignidade como também protegê-la. Entretanto, apesar da rápida associação entre lazer e dignidade humana, deseja-se, nesse momento, comprovar essa relação e demonstrar o dever do Estado de implementação desse direito fundamental social.

Inicialmente, tem-se que a doutrina jurídica mundial cita a Constituição Alemã (Lei Fundamental da República Alemã de 1949), o Estatuto da Organização das Nações Unidas de 1945 e a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 como os primeiros documentos jurídicos a tratarem dos direitos fundamentais como instrumento de proteção e implementação da dignidade da pessoa humana, além de citá-la expressamente<sup>104</sup>.

---

<sup>103</sup> Complementa nosso raciocínio os seguintes dizeres de Nicola Abbagnano em Dicionário de Filosofia (1982, p. 259): “Na incerteza das apreciações pelas duas guerras mundiais, a exigência da dignidade do ser humano pode dizer-se que haja superado a prova, revelando-se como uma pedra de toque fundamental para a aceitação das ideias e das formas de vida instauradas ou propostas; já que as ideologias, os partidos, e os regimes que implícita ou explicitamente contravieram a esse teorema se demonstraram ruinosos para si e para os outros”.

<sup>104</sup> Acrescenta Ingo Sarlet (2008, p.113) que o princípio da dignidade da pessoa humana fora assim positivado nos seguintes textos constitucionais estrangeiros, no decorrer da história pós-guerra: “Dentre os países que fazem parte da União Europeia, apenas as Constituições da Alemanha (art. 1º, inc. I), Espanha (preâmbulo e art. 10.1), Grécia (art. 2º, inc. I), Irlanda (preâmbulo) e Portugal (art. 1º). No âmbito do Mercosul, apenas (...) na do Paraguai (preâmbulo). No que tange aos demais Estados Americanos, Cuba (art. 8º), Venezuela (preâmbulo) e do Chile (art. 1º)”.

Analisando-se o ordenamento jurídico brasileiro, tem-se que a Constituição Federal de 1988 do Brasil positivou, nos seus artigos 1º, II<sup>105</sup>; 170, *caput*<sup>106</sup>; 227, *caput*<sup>107</sup>, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa Democrática do Brasil. Na verdade, conforme os ensinamentos da professora Jussara Maria Moreno Jacintho (2006, p.250), a dignidade funciona muito mais do que uma regra, fundamento ou mesmo guia do Estado Democrático. A dignidade humana é, na verdade, um princípio<sup>108</sup>, ou como para alguns, superprincípio<sup>109</sup>, capaz de influenciar toda a ordem jurídica.

A interpretação da norma de direito fundamental, para ser concretizada, necessita ser considerada segundo três aspectos: na sua pré-compreensão, ou seja, na sua contextualização, sobretudo enquanto valor; na sua dimensão normativa propriamente dita, através da observação da sua dimensão sintática, semântica e pragmática, e, por fim, enquanto razão concreta de decidir. (...) A par de ser princípio que confere unidade material à Constituição, a dignidade da pessoa humana, como já vimos, se configura como um direito, e posto que fundamental, em busca de concretização. A dignidade, sobre se um princípio da interpretação, é um direito humano fundamental e, expressa-se ora como princípio, ora como regra. Ao atuar como princípio hermenêutico, a dignidade da pessoa assume a envergadura de um superprincípio, o qual não pode ser subdimensionado, devendo prevalecer sobre os demais. É pois, mais que um princípio, um valor que confere legitimidade ao Estado Democrático de Direito. (grifo nosso)

Portanto, tem-se que a dignidade da pessoa humana se apresenta não somente como valor fundante do Estado Democrático de Direito, mas também como princípio capaz de guiar a busca do sentido das normas constitucionais e de legitimar as ações estatais que devem modificar a realidade social a fim de que a promova efetivamente. Concorda com isso, a seguinte passagem de Sarlet (2008, p.115)

Tal princípio põe em evidência o ser humano, intrinsecamente considerado, para o qual deve convergir todo o esforço de proteção pelo Estado, através de seu ordenamento jurídico. É o Estado que existe em função da dignidade da pessoa humana, e não o contrário, pois a dignidade da pessoa humana não pode ser considerada como atividade meio do Estado e sim finalidade precípua estatal.

---

<sup>105</sup> “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana” BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1988

<sup>106</sup> “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios”. BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1988

<sup>107</sup> “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1988

<sup>108</sup> Ensina José Afonso da Silva (2001, p.589) que “(...) a eminência da dignidade humana é tal que lhe confere ao mesmo tempo natureza de valor supremo e princípio constitucional fundamental e geral que deverá inspirar toda a ordem jurídica”.

<sup>109</sup> Aduz Paulo Bonavides (2003, p. 233), em Teoria Constitucional da Democracia Participativa, que “(...) o princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio supremo da hierarquia das normas. A dignidade da pessoa humana é alçada à condição de meta-princípio. Por isso, irradia valores e vetores de interpretação para todos os demais direitos fundamentais”.

Assim, a dignidade humana é o ponto central do constitucionalismo contemporâneo; alicerce dos chamados direitos fundamentais; capaz de influenciar todo o ordenamento jurídico e exigir seu respeito em todos os planos. Dessa maneira, implementação da dignidade humana se dá através da promoção dos direitos fundamentais visto que eles são capazes de fornecer ao indivíduo o bem-estar social necessário para a vida digna.

É notório, então, que os direitos e garantias fundamentais positivados no texto constitucional apresentam duas dimensões: assegurar a dignidade humana e promover alterações na realidade social através de sua implementação. Desse modo e relacionando-se com o tema da presente dissertação, tem-se que a Constituição Federal Brasileira de 1988, nos seus artigos 6º a 11 (Capítulo II do Título II), expressam os direitos sociais e protege-os. Porém, tais direitos se constituem, antes de tudo, como instrumentos para a introdução de transformações da realidade social e preservação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Pegando-se o direito social ao lazer, tem-se que este é considerado um direito fundamental. Então, é preciso buscar seu real significado no Estado Democrático de Direito a fim de que se verifique sua função na promoção da dignidade.

Levando-se em conta a concepção popular do lazer, tem-se que é visto como passatempo, folga, momento para a prática de esportes. Logo, a sociedade tende a referi-lo como um simples direito infraconstitucional sem grande importância para a vida em sociedade. Porém, o ócio criativo é muito mais do que um mero tempo livre, conforme ensinamentos de Nelson Carvalho Marcellino (2006, p. 13), tem-se que “Descansar, recuperar as energias, distrair-se entreter-se, recrear-se, enfim, o descanso e o divertimento são os valores comumente mais associados ao lazer”.

Desse modo, o lazer corresponde a um momento de desenvolvimento humano e social e, por conseguinte, essencial para o homem. Por essa razão, foi considerado e positivado como direito fundamental e, por isso, exerce no Estado Democrático de Direito uma função primordial na busca do desenvolvimento psicossocial. Com isso, concluiu Christian Marcello Manãs<sup>110</sup> (2005, p.112), que o lazer se impõe no Estado Pós-positivista como um direito fundamental capaz de implementar a dignidade humana posto sê-lo um instituto inerente a condição de ser humano. Acrescente-se ainda a visão de Amauri Mascaro do Nascimento (2013, p.863) ao revelar que o lazer possui múltiplas funções:

---

<sup>110</sup> “A intenção do constituinte ao alçar o lazer como direito social foi a de reconhecer uma necessidade de libertação e contraposição da vida diária de trabalho. Mais do que isso, reconheceu o legislador que o homem não é apenas trabalhador, mas possui uma dimensão social e condição humana que não se resume ao trabalho, o que permite o desenvolvimento pessoal e possibilita o relacionamento equilibrado com a família e sociedade”. (MANÃS, 2005, p.112, grifo nosso)

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

Entendendo, então, o lazer não somente como momento de não trabalho, mas como uma necessidade vital do homem posto sê-lo capaz de fornecer ao indivíduo oportunidades de descanso, conhecimento, integração social, desenvolvimento pessoal, tem-se que esse direito fundamental é essencial. Logo, sua implementação fornece melhores condições de vida e valoriza a dignidade humana, atributo inerente a qualidade de ser humano.

Portanto, o lazer é um direito fundamental social que apresenta relação direta com o princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, qual seja, a dignidade da pessoa humana. Para isso, é preciso que o lazer apresente eficácia social, ou seja, tenha reconhecimento na sociedade, seja respeitado e valorizado. Conforme foi dito anteriormente, o problema do lazer não se encontra no ordenamento jurídico, ou seja, na ausência de sua positivação, mas sim na influência social, nos efeitos produzidos na sociedade. Isso porque, apesar dos esforços implementados pelo legislador constituinte, o que se percebe na realidade é que o direito fundamental ao lazer se encontra sem qualquer valoração pela sociedade e, infelizmente, estagnado e cravado na Lei Fundamental.

Ou seja, a realidade social é que o ócio criativo, conforme analisado no capítulo anterior, passa por um momento de negação em razão de a sociedade vê-lo, pejorativamente, como contrário ao trabalho e atrelá-lo à vagabundagem posto que o homem moderno não se preocupa com sua dimensão humana e, no mínimo, com suas necessidades vitais básicas; mas sim com o consumo, produção e trabalho. Portanto, o que restou ao direito fundamental ao lazer foi a sua desvalorização em todos os âmbitos: social, como relatado, e estatal, que não se esforça em modificar o quadro atualmente existente e, de certo modo, permite a degradação humana.

O que se percebe, então, é que o lazer não apresenta os efeitos sociais desejados e imprescindíveis para o fornecimento de uma vida digna aos homens. Isso porque, em razão da forma em que se vive atualmente e da inversão de valores, o lazer se associa a uma visão negativista, majoritariamente, e tende a ser repudiado pela sociedade. Em consequência disso,

a sociedade abre mão de oportunidades de elevação do próprio ser e mesmo de sua dignidade humana a fim de que seja capaz de sobreviver no mundo capitalista moderno. Demostram essa desvalorização social do lazer as autoras Flávia da Cruz Santos e Sílvia Cristina Amaral (2010, p.3) ao informar que “As pessoas, em geral, apenas dizem que vão ao cinema, ao parque, que estão lendo, descansando ou não estão fazendo nada. Não dizem que estão lazerando, vão lazerar ou identificam essas práticas como lazer”.

Ora, a inércia estatal que permite a desvalorização do lazer em função da visão de que este instituto é contrário ao valor fundamental da comunidade capitalista, qual seja, trabalho e produção, é a principal causa do desrespeito e ausência de dignidade humana nos tempos atuais. Logo, é importante que o Estado Democrático busque alternativas capazes de revigorar o lazer positivamente na sociedade, de implementá-lo e, por conseguinte, de concretizar a dignidade humana prevista expressamente no próprio ordenamento jurídico brasileiro.

Como exemplo dessa degradação, tem-se, no âmbito trabalhista, as recorrentes horas extraordinárias exercidas pelo indivíduo empregado de forma rotineira, habitual. Logo, tais horas fora da jornada deixam de ser excepcionais posto que são exercidas em todos os dias de labor. Analisando tal fato sociologicamente e economicamente, vê-se que o empregador prefere pagar as horas extras de seus empregados a contratar mais funcionários posto ser essa via mais lucrativa e atender as demandas de produção do mercado capitalista. Quanto ao empregado, submete-se a uma jornada excessiva e fadigante em razão da mão-de-obra barata, da necessidade de uma maior remuneração e da ausência de suporte estatal capaz de garantir-lhe o mínimo existencial digno. Acrescente-se a isso que ambos os pólos da relação trabalhista (empregado e empregador) não observam o lazer como necessidade vital do ser humano e, muito menos, são capazes de respeitá-lo já que é visto como tempo de não-produção.

Desse modo, o lazer se encontra deixado de lado e a dignidade humana que a ele se encontra atrelada passa a ser desrespeitada e a não mais guiar as ações estatais e dos particulares. Corroboram com isso a seguinte passagem de Calvet (2005, p.175):

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 lazer.

Deseja, então, nesse momento, revelar que a dignidade da pessoa humana corresponde a um princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, mas também capaz de influenciar as relações entre particulares. Logo, é dever do Estado e da própria comunidade buscar alternativas e meios capazes de concretizar os direitos fundamentais, reduzir as desigualdades sociais e, conseqüentemente, proteger a dignidade humana.

Porém, as ações existentes na sociedade moderna, tal qual como no exemplo citado, demonstram a inércia estatal tanto na fiscalização dos direitos fundamentais como também em sua implementação, como são recorrentes desrespeitos dos particulares durante seu cotidiano através de inversão de valores e atitudes que comprovam a ausência de valorização do lazer na dimensão humana.

Logo, a solução para tal problemática corresponde à conscientização da comunidade quanto à importância do lazer e sua interação com a dignidade da pessoa humana, como também uma atuação estatal positiva e concreta capaz de ofertar ao lazer a efetividade desejada e imprescindível para a busca de seus objetivos norteadores expressos no artigo 1º da Constituição Federal. Destaca-se, então, que a dignidade da pessoa humana é dever e fundamento de Estado Democrático de Direito e através da implementação do lazer esse superprincípio é protegido e concretizado.

### **3.2. A sociedade industrializada, consumista e globalizada: Os desafios a serem enfrentados pelo Estado**

Conforme se vê em todo o decorrer da dissertação, o lazer corresponde a um direito fundamental social positivado na Constituição Federal Brasileira de 1988 e em outros documentos legais infraconstitucionais. Porém, apesar da previsão jurídica, da sua importância para o ser humano e da sua ligação direta com a dignidade humana, verificou-se que o lazer se encontra em uma fase de renúncia e desvalorização. Isso porque a sociedade contemporânea apresenta-se inserida em um capitalismo agressivo, consumista e desumano. Porém, tais efeitos atualmente sentidos não foram o projetado. Desse modo, é de extrema importância a busca histórica da sociedade em que vivemos para podermos discutir os desafios a serem enfrentados como também as medidas já aplicadas capazes de revalorizar o lazer e seus benefícios sociais.

O capitalismo foi instituído com a Modernidade, a partir do século XVI, com origem nos países europeus, a qual corresponde ao movimento que nasce em oposição ao modelo social clássico e aos pensamentos tradicionais. Assim, ela objetivava ofertar o progresso, a ciência, a



razão, o saber, a técnica, a ordem, a unidade, a indústria, o universalismo e a competição. Desse modo, percebe-se que a modernidade e seu capitalismo influenciaram tanto a economia como o Direito e objetivava, com isso, torna a sociedade mais humana, igualitária, isto é, reduzir as desigualdades sociais existentes. Assim, conclui Boaventura de Souza Santos (2002, p.119), que “Ao direito moderno foi atribuída a tarefa de assegurar a ordem exigida pelo capitalismo”. Logo, Direito na Modernidade se refere ao mecanismo de regulação da vida em sociedade e formas de emancipação.

Portanto, o que a modernidade deseja é ofertar um desenvolvimento cultural e social controlado da humanidade através da regulação jurídica, do equilíbrio das forças, da fé na ciência e no modo capitalista de produção. Ela tem o intuito de preparar a sociedade para o capitalismo ingressante, oferta de melhoras na vida e progressos sociais. Para tanto, vê-se o fortalecimento dos direitos fundamentais sociais, a exigência de intervenções e atuações positivas do Estado, a busca por uma redução nas desigualdades e fornecimento de trabalho para todos. Diante disso, conclui Ricardo Maurício Freire Soares (2008, p.14) que

A modernidade caracterizava-se pela forma participativa das tomadas de decisões na vida social, valorizando o método democrático e as liberdades individuais. O objetivo da sociedade moderna era oferecer uma vida digna, na qual cada um possa realizar sua personalidade, abandonando as constrictões de autoridades externas e ingressando na plenitude expressiva da própria subjetividade.

Não obstante, o que se verificou na realidade foi exatamente o oposto, o desequilíbrio. Apesar das diversas formas de capitalismo implementada desde o século XVI até os dias de hoje<sup>111</sup>, o que aconteceu, em todas as fases, foi uma forte opressão do Estado em face dos indivíduos, de modo a restringir tanto os direitos civis em si, inclusive o seu exercício, como o estabelecimento de uma regulamentação excessiva estatal no mercado financeiro, induzindo os movimentos econômicos através da mídia e grandes corporações<sup>112</sup>. Ora, na verdade o Estado passou a exercer seu poder de forma monopolizada e tendente a não ofertar aos cidadãos muitas opções. Além disso, o Estado que monopoliza, controla e guia a sociedade somente indica e satisfaz os anseios das classes influentes e dirigentes do capitalismo.

Diante disso, Boaventura (2002, p.56) ensina que a modernidade, de fato, ocasionou uma catástrofe social de forma que sua regulamentação de mercado originou a comercialização

---

<sup>111</sup> No século XIX, teve-se o capitalismo liberal e no fim desse século até a Segunda Guerra Mundial o capitalismo organizado; já a partir da década de sessenta, surge o capitalismo financeiro.

<sup>112</sup> Assim, assegura Zygmunt Bauman (2001, p.64) que “O que elas compartilhavam era o pressentimento de um mundo estritamente controlado; da liberdade individual não apenas reduzida a nada ou quase nada, mas agudamente rejeitada por pessoas treinadas a obedecer ordens e seguir rotinas estabelecidas; de uma pequena elite que manejava todos os cordões”.

de seres humanos e restringiu a sociedade a valer-se do capitalismo sem levar em consideração o social, o homem:

A promessa de uma sociedade mais justa e livre, assente na criação da riqueza tornada possível pela conversão da ciência em força produtiva, conduziu à espoliação do chamado Terceiro Mundo e a um abismo cada vez maior entre o Norte e o Sul. Nesse século, morreu mais gente de fome do que em qualquer dos séculos anteriores, e o mesmo nos países desenvolvidos continua a subir a percentagem dos socialmente excluídos, aqueles que vivem abaixo do nível de pobreza (o chamado 'Terceiro Mundo' interior). (grifo nosso)

Portanto, em verdade, a modernidade e seu capitalismo acentuaram as desigualdades sociais e, por muitos historiadores, foi considerada a maior responsável pelos massacres nazistas executados por Adolf Hitler durante a Segunda Guerra Mundial. Em consequência disso, conclui-se que o modelo social planejado se encontra em crise e questionamentos quanto ao capitalismo surgiram com o intuito de contornar a situação existente.

Dessa maneira, verifica-se que a ordem prevista no direito e colocada em prática fora tanta que os homens e mulheres não mais tinham o poder de controlar suas próprias vidas já que a sociedade era baseada na previsibilidade, regularidade e repetição. Outro exemplo da ordem excessiva e dos desequilíbrios da modernidade foi a cultura do “fordismo”. Tal forma de produção foi baseada na mecânica, em uma linha de produção; teve destaque no século XX; foi considerado um modelo eficiente de industrialização em razão da organização e apresentou apropriada divisão entre liberdade e obediência, projeto e execução.

Analisando internamente a modernidade, verifica-se que prática afetou em demasiado os direitos sociais, em especial o lazer. Isso porque com a massificação da cultura e dos meios de comunicação, o lazer das pessoas também foi regulado tal qual o mercado. Ora, tudo deve manter o capitalismo, injetá-lo. Não tem como se analisar um bem-estar social sem que antes se pondere o quão bom será ao capitalismo, ao mercado. Assim, o ócio criativo não é visto como uma necessidade humana vital, mas sim um produto a ser vendido.

Surge, então, nesse momento, o lazer consumista com a preponderância da dimensão econômica visto que o capitalismo moderno injeta a ideia de que o lazer nada mais é que uma aquisição de entretenimento; retira-lhe sua dimensão humana e torna o indivíduo um ser comercial. Assim, tem-se que a dimensão econômica leva em consideração toda a influência da economia no lazer e seu papel dentro do mercado. A partir disso, verifica-se o lazer como momento de renovação de energia para o trabalho a fim de que se aumente a produtividade; criação de novos setores na economia e promoção dos já existentes, em especial o turismo e busca do pleno emprego.

Ora, o lazer é meio de manutenção e aquecimento da economia. Isso porque quando o indivíduo se encontra em seu momento de repouso, este busca revigorar suas energias para

enfrentar mais uma semana de labor, de desgaste e de rotina. Quando analisamos o lazer como fonte de desenvolvimento, tem-se uma melhor qualificação para o mercado de trabalho, ou seja, um progresso educacional que afetará, mais uma vez, a economia posto que fornecerá mão-de-obra qualificada. Por fim, quando o lazer é recreação, tem-se o estímulo as viagens, passeios, compras, dentre outros.

Portanto, a dimensão econômica do lazer é enaltecida e a inversão de seus valores é concretizada posto que não existem razões para dispor de momento livre se não for para melhorar a economia. Nesse momento, concretiza-se o consumismo no lazer.

Ora, o que acontece atualmente é a relação direta do lazer com o labor. O que ocorre, na verdade, é que o lazer, como um direito fundamental social, apresenta influência na seara trabalhista, assim como na educação, saúde, meio ambiente, esporte, previdência social, dentre outros. O fato de atingir o trabalho não quer dizer que o lazer a ele se restringe. Porém, como a Modernidade e seu capitalismo sofreram distorções durante sua implementação e prática, percebe-se que a visão humana do lazer se perdeu e este foi reduzido ao tempo contrário ao trabalho, ou seja, aquele momento em que o cidadão nada faz nem produz. Porém, apesar da sociedade não lhe ofertar a devida importância, tem-se que o lazer tem previsão expressa no ordenamento jurídico. Assim, relacionando-o, novamente, com o trabalho, como é feito, tem-se que a delimitação da jornada de trabalho, a concessão de repouso semanal remunerado e férias são formas encontradas pelo legislador de garantir ao indivíduo trabalhador momentos de lazer, tempo para o gozo de seu direito fundamental.

Diante disso, o capitalismo e sua sociedade moderna se deparou com a obrigação de conceder tal momento ao indivíduo, mas, apesar de sua visão negativista, não poderia deixar de ganhar com esse tempo livre. Assim, disseminou a dimensão econômica do lazer de forma que durante o gozo desse direito, o indivíduo fosse capaz de adquirir aquilo que produziu. Isto é, o lazer foi associado ao momento de consumo e seu uso foi visto pelo mercado como forma de manter a economia viva.

Com isso, surge o seguinte questionamento: qual é a verdadeira razão do lazer? Será que a dimensão econômica do lazer se apresenta tão fundamental que deve ser capaz de sobrepor-se à humana? Como alterar tal situação?

Objetivando auxiliar nosso entendimento quanto a forma em que vive a sociedade moderna e o conceito de lazer adotado na modernidade, Theodor W. Adorno e Max Horkheimer (2006, p.125) revelam que

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

(...)

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

Assim, a liberdade de gozo do tempo livre e, por que não dizer, a essência do lazer se encontra totalmente afetada pelo capitalismo agressivo predominante na sociedade contemporânea de forma que a comunidade não o vê como bem essencial para a dignidade humana e satisfação de suas necessidades vitais, mas como uma forma de mostrar-se economicamente forte e inserido no mundo capitalista. Corrobora ainda com isso, os dizeres de Valquíria Padilha (2000, p.68-69):

(...) indubitavelmente, o lazer como tal se apresenta hoje, é uma atividade de consumo. Essa afirmação compreende alguns pontos que poderiam ser assim resumidos: 1º. Se as atividades de lazer são transformadas em mercadorias a serem consumidas, o lazer está perfeitamente integrado ao sistema econômico do qual ele faz parte; 2º. Se esse sistema econômico tem o consumo de mercadorias como pilar de sustentação, e o momento de realização do lucro, não só as atividades de lazer se tornam mercadorias, como o próprio tempo de lazer se configura em tempo para consumir mercadorias; 3º. Se é real a tendência de aumento do tempo livre em função das transformações tecnológicas, parece provável que aumentará consideravelmente o número de serviços especializados em entretenimentos (viagens, recreação, lazer). (grifo nosso)

Portanto, tem-se que o lazer, de fato, infelizmente, se encontra como mais um instrumento de consumo e, por essa razão, incluído no sistema econômico de forma que não é visto como uma essencialidade humana e sim como mecanismo de aquecimento econômico. Isso porque, nos dizeres de Lafargue (2003, p.96), “(...) o grande problema da produção capitalista não é mais encontrar produtores e dobrar suas forças, mas descobrir consumidores, excitar seus apetites e neles criar falsas necessidades”.

Desse modo, resta claro que a sociedade capitalista atual, após ter-se desvirtuado dos reais propósitos da modernidade, instaurou uma cultura consumista e baseada somente no trabalho para reger a comunidade de forma que a dignidade humana, os direitos fundamentais sociais e a desigualdade social não representem sua prioridade nem guiem o Estado Democrático que vivemos. Consequentemente, tem-se que o lazer vive uma fase de preponderância da visão econômica de forma que se restrinja a um momento livre oportuno para o consumo daquilo que o capitalismo produz e meio de aquecer a economia.

Porém, tal problemática envolvendo o lazer não se restringe ao Brasil. De fato, o reconhecimento do consumismo e de que o capitalismo moderno se baseia nessa aquisição exacerbada, constitui-se um dos principais obstáculos para a revalorização do lazer através de

sua dimensão econômica, mas não é o único. Analisando mais uma vez a modernidade e o atual capitalismo, verifica-se que a sociedade deixou de ser regional, individual e adquiriu proporção coletiva, mundial. É a chamada globalização mercantil-societária.

Assim, quando falamos em capitalismo e a introdução do consumismo, não nos restringimos às sociedades dos países de Terceiro Mundo. Muito pelo contrário, o consumismo e seu capitalismo agressor tiveram como consequência a construção de uma sociedade globalizada, conectada. A globalização corresponde a um movimento de expansão do capitalismo que retira as fronteiras físicas dos países e permitem a internacionalização do mercado. Assim, define José Eduardo Faria (2004, p.52) que

Por globalização se entende basicamente essa integração sistêmica da economia em nível supranacional, deflagrada pela crescente diferenciação estrutural e funcional dos sistemas produtivos e pela subsequente ampliação das redes empresariais, comerciais e financeira em escala mundial, atuando de modo cada vez mais independente dos controles políticos e jurídicos ao nível nacional.

O consumo do lazer se encontra espalhado por todo mundo. A visão de que o ócio não passa de um momento livre para a aquisição de bens materiais, disposição do capital e comprovação do poder aquisitivo é a que predomina. Porém, não se deseja aqui defender a retirada do capitalismo, instituição do socialismo, mas sim a transformação desse modelo econômico para um viés mais social, humano.

O capitalismo se encontra, como dito, enraizado na cultura consumista, mas isso não quer dizer que sua filosofia seja incapaz de reduzir as desigualdades sociais, proporcionar bem-estar e, mais, garantir a dignidade da pessoa humana. O que se faz verdadeiramente necessário é a introdução de uma nova sistemática dentro do capitalismo, é valorização do ser humano, a coletivização da sociedade de forma a torná-la mais humana. Apesar de sua essência inicial ter sido baseada no trabalho e constituir uma sociedade mais igualitária e coletiva, o que se vê na realidade é uma comunidade egoísta, individualista, fugaz e sempre em busca de modificações. Costuma-se dizer que os indivíduos do século XX e XXI somente buscam uma emancipação líquida, capaz de sofrer mudanças a qualquer momento.

As pessoas não se veem inserida em uma comunidade globalizada, desengajada com o social e preocupada exclusivamente com o mercado, mas sim como indivíduos iguais como mesmas pretensões, desejos e anseios. Assim, como diz Bauman (2001, p.64),

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

É preciso, portanto, que o Estado atue de forma a alterar tal cultura massificada, a introduzir uma visão mais humana na comunidade e a ensejar a valorização da dignidade humana e, assim, de seus direitos fundamentais. Poucos são os movimentos que agem em busca da proteção ao lazer, que o defendem como um direito essencial para o homem e proteção de sua dignidade. A sociedade se encontra tão imersa nessa visão consumista do ócio criativo que é incapaz de enxergar o fim do ser humano.

Porém, apesar de ideal e necessário, tais transformações são extremamente difíceis e necessitam de um bom tempo para se concretizarem. Apesar do consumismo e da atual sociedade globalizada se encontrarem como a pedra ruim do gozo do lazer, são eles quem regem a disposição do tempo livre pela sociedade. Desse modo, o lazer se encontra umbilicalmente ligado com as facetas desumanas e globais do capitalismo de forma que sua concessão se desenvolve em razão de sua essencialidade para o mercado.

Ora, se o indivíduo não tivesse momento livre para dispor, como iria consumir? O mercado é globalizado de tal forma que se é possível adquirir um produto da Croácia, por exemplo, em qualquer cidade do Brasil. O consumo brasileiro não só enriquece o capitalismo local como também aquece a economia do país exportador. Portanto, falar em modificar a visão econômica do lazer, é apresentar a proposta de alteração desta em toda a comunidade mundial.

Logo, esse é o grande desafio encontrado pelos Estados, principalmente daqueles que compõem o Terceiro Mundo, visto que sua transformação interna causará efeitos na economia externa. Não obstante, apesar dos obstáculos e desafios, tal alteração não é impossível. Basta pegarmos os exemplos dos países escandinavos, em especial a Suécia, para percebermos que a sociedade é capaz de conciliar o capitalismo com sua essência humana, sua dignidade.

Com isso, cabe ao Estado intermediar tal relação mercado-pessoa de forma que esta última nunca fique abaixo da economia. Não vivemos para produzir capital e sim para obtermos bem-estar. O lazer não é medida econômica, não foi criada para satisfazer o mercado e sim para alcançar a dignidade humana, fornecer ao indivíduo momento de desenvolvimento social e psíquico. É de extrema importância a reintrodução dessa perspectiva na comunidade de uma forma que o capitalismo se mantenha, mas sua base seja o princípio fundamental que rege o Estado Democrático de Direito. A sociedade buscou com a Modernidade uma melhor qualidade de vida e mais liberdade. Porém, obteve um mundo com mais injustiças sociais, um mercado regedor da vida e uma liberdade cada vez mais restrita.

É claro que, apesar dos pontos negativos expostos, houveram progressões dentro da comunidade, mas é, sem dúvida, essencial que ocorra uma reconfiguração das estruturas sociais e dos valores que regem a sociedade. A economia é sim um fator importante, porém não

prepondera o valor humano. Este deve sem dúvida influenciar todo o regime moderno e, conseqüentemente, guiar o lazer. É preciso que as alterações ocorram para que os sujeitos sejam capazes de realizar, em toda a sua plenitude, os benefícios que foram introduzidos pelo Estado Democrático de Direito na Modernidade.

Porém, apesar da realidade difícil e majoritariamente econômica, é possível perceber alguns progressos em determinadas áreas de convivência social e a busca da alteração da visão econômica do lazer para uma dimensão mais humana que busca a valorização da dignidade da pessoa humana.

Inicialmente, percebe-se, no âmbito trabalhista, algumas discussões quanto à redução da jornada de trabalho a fim de que o empregado pudesse dispor de mais tempo livre e, conseqüentemente, gozar de seu lazer. Quando proposta tal solução, verificou-se que o indivíduo, quando abordado sobre a redução da jornada e aumento do tempo livre, informou que utilizaria esse momento para exercer outro labor a fim de que melhorar sua condição financeira. Logo, verifica-se que a diminuição da quantidade de horas destinadas ao labor deve ser acompanhada de uma conscientização do lazer e da dignidade da pessoa humana. A razão para a busca de um novo labor com a redução da jornada já fora analisada por Dumazedier, na década de 60, e chegou-se a mesma conclusão dos dias atuais de que a alteração do tempo de trabalho somente poderá ser exercida após uma mudança nos paradigmas empresariais de forma que o tempo livre adquirido seja percebido como momento de fruição do direito fundamental ao lazer.

Não obstante, apesar da redução ainda não ser concebida como mecanismo direto de implementação do lazer nos países de Terceiro Mundo, em especial no Brasil, tem-se que tal instituto pode ser percebido na União Europeia. Conforme a Nota Técnica n. 91 de Setembro de 2010 elaborada por Dieese, tem-se que os efeitos positivos dessa redução no lazer já podem ser percebidos, na prática, no plano internacional. Logo, tem-se a Convenção nº 1 da OIT de 29 de Outubro de 1919 que delimitou a jornada de trabalho em oito horas diárias e 48 horas semanais para o setor industrial; o Conselho da União Europeia, em 1993, através da Diretiva 93/104/CE instituiu a jornada semanal laboral, incluindo as horas extras possíveis, em 48 horas para todos os trabalhadores a partir de 23 de Novembro de 1996. Como consequência disso, a própria OIT revelou, em 2008, que a maioria dos países europeus apresentam jornadas de 40 horas semanais, sem a prática de horas extras e, na França, persiste o processo de discussão para a implantação de uma jornada de 35 horas semanais.

Logo, conclui-se que a redução da jornada de trabalho é uma medida capaz de valorizar o lazer e proporcionar-lhe seu gozo pelo indivíduo, além da concretização da dignidade humana. Porém, faz-se necessário que algumas alterações sociais e econômicas sejam realizadas prévia

e conjuntamente a fim de que o homem não busque outras atividades produtivas para preencher esse tempo e melhorar suas condições financeiras. Nesse momento, vê-se que, no Brasil, tal projeto seria capaz de concretizar o lazer, mas seria imperioso que o Estado e particulares, em especial os empregadores, instituíssem a conscientização da importância do lazer além de assegurarem, de fato, aos indivíduos empregados um salário justo capaz de arcar com os custos previstos na Constituição<sup>113</sup>, em especial o lazer, e fornecer uma vida digna. Corroborando com a importância do salário justo como mecanismo de alteração da realidade social e, conseqüentemente, de efetividade para outros direitos fundamentais sociais, inclusive o lazer, a seguinte passagem de Luciana Aboim Machado Gonçalves Da Silva (2013, p.33):

Nesse diapasão, emerge a necessidade de se conceber reconhecimento e eficácia ao direito social do trabalhador ao salário justo no intento de implementar transformações no cenário social de exploração de trabalhadores, sob o espreque dos princípios fundamentais imersos na Constituição Federal de 1988, dentre os quais sobressai a dignidade da pessoa humana, considerada como 'pedra de toque' de nosso Estado Democrático de Direito.

Um mecanismo, então, que comprova a capacidade de valorização do lazer através de práticas empregadas por particulares e com competência para conscientizar o indivíduo e, por conseguinte, trazer eficácia plena ao lazer através da redução da jornada são as atividades proporcionadas por algumas empresas durante o labor. Com isso, a título de exemplificação, tem-se a oferta de jogos no local de trabalho como ping pong e sinuca, de atividades físicas; a construção de quadras poliesportivas, salões de danças e espaços de convivência, dentre outros.

Na prática, tem-se o Projeto Prata da Casa realizado anualmente pela Petrobrás, sociedade de economia mista brasileira, que através dessa atividade busca estimular a criatividade, descobrir talentos e potencialidades de seus empregados. Desse modo, conforme diretrizes do projeto, tem-se que são realizados espetáculos, shows, mostra de artes com a participação e atuação dos empregados estimulando sua criatividade e o convívio social. Logo, tem-se que esse projeto da Petrobrás é capaz de valorizar a dimensão humana do lazer, além de ofertá-lo a seus empregados dentro da empresa e conscientizá-los.

Ainda de acordo com os dados do Projeto Prata da Casa, tem-se os seguintes benefícios alcançados: estímulo da criatividade e do talento dos empregados; aumento da integração dos funcionários; crescimento nas inscrições nas próximas campanhas socioeducativas da empresa<sup>114</sup>.

---

<sup>113</sup> Assim, defende Luciana Aboim (2013, p.45) que o salário justo deve ser composto, dentre outros elementos, da "satisfação das necessidades vitais e garantia da dignidade do trabalhador e de sua família; particularidades de cada ofício ou profissão; produtividade de cada trabalhador; situação da empresa; e exigências do bem comum".

<sup>114</sup> Os dados citados foram extraídos de Campanha Prata da Casa em Avantare clientes no site <[www.avantare.com.br/clientes/petrobras/prata-da-casa](http://www.avantare.com.br/clientes/petrobras/prata-da-casa)> acessada em Janeiro, 2015.



Cita-se ainda a empresa Airbnb que tem como atividade fim o serviço online de auxílio na busca de hospedagem residencial para viagens. Assim, evitando-se a aquisição de doenças profissionais, tais como LER, e o estímulo do lazer em sua dimensão humana, a empresa fornece a seus empregados aulas de yoga; possibilidade de levar seus animais de estimação para o local de trabalho; além de dois mil dólares por ano para viagens<sup>115</sup>.

Por fim, tem-se o Projeto Cultural do Banco do Brasil chamado de Circuito Cultural no qual se busca atingir não somente aos empregados como toda a sociedade através da promoção de shows, peças teatrais e filmes com ingressos a baixo custo ou mesmo gratuito. Desse modo, objetivou-se com o projeto ofertar a comunidade brasileira atividades de lazer capazes de valorizar a dimensão humana do instituto; estimular o convívio social e o acesso à cultura. Seguindo essa mesma linha, tem-se o Projeto Eu faço cultura da Caixa Econômica Federal que distribuía, entre seus empregados, cortesias para espetáculos culturais promovidos em algumas cidades. Destaca-se também o Projeto Nívea que faz tributos a alguns artistas de renome na música brasileira em locais públicos e gratuitos estimulando o lazer e valorizando cada vez mais tal instituto.

Dessa maneira, verifica-se que a sociedade capitalista consumista e globalizada representa, de fato, traz uma dificuldade para a dimensão humana do lazer, mas sua implementação tanto pelo Estado como pelos particulares não é impossível. Assim, citou-se alguns projetos financiados por empresas que atingem tanto os trabalhadores como a comunidade a fim de que o lazer seja ofertado, valorizado e, conseqüentemente, fruído pelos indivíduos. Além disso, tem-se a discussão sobre a redução da jornada de trabalho como instrumento de manutenção do capitalismo e sua produção, oferta do pleno emprego e garantia do lazer; mas que necessita de um trabalho coletivo de conscientização do lazer e busca de um salário justo capaz de garantir ao indivíduo melhores condições de custear a sua vida digna baseada nos pilares previstos no artigo 7º, IV da Constituição Federal Brasileira.

Logo, o que se objetiva é demonstrar que apesar das dificuldades apresentadas pela atual sociedade capitalista e da visão consumista e econômica que prevalece do lazer, a concretização de tal direito na perspectiva humana e sua valorização não são impossíveis e requer que Estado e particulares se empenhem na transformação dos paradigmas atualmente existentes a fim de que se tenha uma sociedade mais humana e fundada em sua dignidade.

### **3.3. A classificação do direito a prestação sob a ótica de Alexy**

---

<sup>115</sup> Dados disponíveis em <[www.ceviu.com.br/blog/info/noticias/curiosidades/conheca-as-mordomias-que-google-facebook-e-outras-empresas-oferecem-a-seus-funcionarios](http://www.ceviu.com.br/blog/info/noticias/curiosidades/conheca-as-mordomias-que-google-facebook-e-outras-empresas-oferecem-a-seus-funcionarios)>. Acesso em Janeiro, 2015.

Alexy aduz que, conforme a Teoria dos *Status* de Georg Jellinek, os direitos tidos como fundamentais podem ser classificados em passivo, ativo, positivo ou negativo. Desse modo, tem-se que os direitos fundamentais positivos são aqueles que demandam do Estado uma prestação, exigem deste uma atuação. Assim, são aqueles chamados de direitos fundamentais de status positivo em sentido estrito. Não obstante, quais seriam essas prestações? Essas normas garantem ao indivíduo qualquer tipo de prestação? Tais dispositivos geram deveres estatais? Quais as prestações positivas que o Estado deve realizar para implementar o direito social ao lazer?

Inicialmente, tem-se que os direitos fundamentais a prestação devem ser entendidos e conceituados de forma ampla, ou seja, correspondem a ação que o Estado deve promover a fim de que garanta a concretização do enunciado normativo fundamental. Tal conceituação ampla tem razões. A primeira se relaciona com o fato de que os principais direitos fundamentais positivos, conforme analisado anteriormente, são os direitos fundamentais sociais. Desse modo, é perceptível que tais direitos, apesar de previstos até mesmo implicitamente na Constituição Federal, exigem para sua concretização não somente ações positivas prestacionais por excelência (fáticas) como também normativas. Assim, é possível concluir que há direitos fundamentais sociais que apresentam a eficácia social necessária com a atuação do legislador infraconstitucional de forma a indicar o procedimento e organização.

A segunda razão para um sentido amplo do direito de prestação ocorre em razão de que os obstáculos e dificuldades enfrentados por eles não são semelhantes (ou não possuem a mesma intensidade) aos demais tipos de direitos fundamentais. Assim, ensina Alexy (2008, p.444) que os direitos fundamentais sociais, em especial o lazer, como direitos positivos

(...) impõem ao Estado, em certa medida, a persecução de alguns objetivos. Por isso, todos os direitos a ações positivas suscitam o problema de se saber se e em que medida a persecução de objetivos estatais pode e deve estar vinculada a direitos constitucionais subjetivos dos cidadãos.

Acrescente-se ainda que o direito fundamental social ao lazer é subjetivo e constitucional, sendo, portanto, possível afirmar que corresponde a um direito a prestação e, por essa razão, impõe ao Estado a execução de uma ação positiva que pode ser de três tipos: proteção; organização e procedimento; prestação em sentido estrito.

Logo, o lazer é direito social fundamental subjetivo capaz de permitir ao indivíduo que exija do Estado a garantia da fruição e respeito ao ócio criativo por meio de uma ação positiva de efetivação do direito social. Assim, pegando-se o exemplo de Alexy (2008, p.445), tem-se que “Se o titular do direito fundamental *a* tem um direito em face do Estado (*s*) a que o Estado

realize a ação positiva *h*, então, o Estado tem, *em relação* a *a*, o dever de realizar *h*". Desse modo, tem-se que o lazer corresponde a um direito fundamental social que gera um dever estatal de concretização e um direito subjetivo do indivíduo de exigí-la.

Ainda sobre a qualidade de direito subjetivo do lazer, tem-se que apresenta como seu titular todo e qualquer indivíduo posto sê-lo um instituto de extrema importância para a dignidade humana. Por essa razão, impõe ao Estado ações positivas para sua implementação, dentre elas, fiscalização a fim de que se evite transgressões; construção de praças, parques e outros lugares de diversão; a conscientização da sociedade sobre a importância do ócio criativo; a elaboração de diretrizes e metas específicas para o lazer. Portanto, conclui-se que o Estado tem a obrigação de realizar tais prestações, configurando o lazer como um direito fundamental positivo.

Mas, quais seriam as prestações necessárias para a efetivação do lazer? Ou seja, quais são as medidas a serem adotadas pelo Estado a fim de que o lazer apresente a efetividade necessária para sua eficácia plena? Como foi dito anteriormente, os direitos a prestação podem exigir do Estado uma proteção; organização e procedimento ou prestação em sentido estrito (dinheiro e outros bens). Iniciando-se pelos direitos fundamentais positivos a proteção, tem-se que, conforme ensinamentos de Alexy (2008, p. 451), são "(...) direitos constitucionais a que o Estado configure e aplique a ordem jurídica de uma determinada maneira no que diz respeito à relação dos sujeitos de direito de mesma hierarquia entre si". Assim, são aqueles que exigem do Estado uma atuação de forma a protegê-lo das intervenções/desrespeito de terceiros.

Tais direitos a prestação de proteção são, normalmente, implementados através de normas penais, de responsabilidade civil, processual e, até mesmo, por atos administrativos e ações fáticas. Assim, são direitos constitucionais e subjetivos que exigem do Estado ações positivas fáticas ou normativas a fim de que seja limitada a atuação do particular que apresenta a mesma hierarquia do indivíduo detentor do direito. Esse tipo de prestação se relaciona, diretamente, com a eficácia horizontal do direito fundamental ao lazer, ou seja, com a obrigação dos particulares de respeitarem o direito social nas suas relações privadas. Portanto, é nesse momento que surge a obrigação estatal de fiscalizar, por exemplo, e punir as transgressões ao lazer ocorridas no âmbito trabalhista, isto é, quando há desrespeito a jornada de trabalho, não é concedido o descanso remunerado semanal ou mesmo intrajornada, não se cumpre as normas de segurança, higiene e proteção do meio ambiente de trabalho, dentre outras.

Porém para que tal prestação de proteção ocorra, é preciso que os seguintes requisitos sejam preenchidos: existência, estrutura e justiciabilidade. Com relação à existência, busca-se, inicialmente, saber quais são os direitos que exigem tal proteção e qual o melhor mecanismo

para tanto. Após, segue-se para o aspecto estrutural que se baseia nos seguintes pilares: direitos fundamentais a prestação de proteção são direitos subjetivos e distintos dos direitos a proteção.

Com relação ao primeiro pilar já foi explicitado anteriormente que o lazer oferta sua titularidade aos indivíduos e, por essa razão, permite que esses demandem do Estado as prestações cabíveis e necessárias para sua efetividade. Já distinção entre os direitos fundamentais a prestação de proteção e os de defesa/proteção, tem-se que os primeiros são os típicos direitos positivos sociais que exigem do Estado uma ação positiva, enquanto que os segundos exigem uma abstenção estatal, não atuação. Dessa forma, aduz Robert Alexy (2008, p.456) que

(...) é correto que o direito a proteção diz respeito a uma defesa. Mas, com isso, esgotam-se os pontos comuns entre o direito de defesa e o direito a proteção. O primeiro é um direito em face do Estado a que ele se abstenha de intervir, o segundo é um direito em face do Estado a que ele zele para que terceiros não intervenham.

Portanto, o marco do direito de proteção é quando o legislador configura uma ordem jurídica de forma que não só limita-o como também atinge a vida social de maneira que o terceiro não tenha permissão para intervir na esfera de outro indivíduo transgredindo seus direitos fundamentais, como é o caso do lazer. Logo, traz o autor a visão da eficácia horizontal do direito social ao lazer ao informar que esse direito fundamental influencia tanto as relações entre os particulares como aquela estabelecida com o Estado. Dessa maneira, os direitos fundamentais sociais, em especial o lazer, vinculam não somente o Estado como também os demais componentes da sociedade (particulares), cabendo a cada um deles implementá-los e até mesmo protegê-los. Uma das previsões, então, constitucionais no ordenamento brasileiro que visa proteger o lazer no âmbito da horizontalidade é a determinação da busca da função social da propriedade. Assim, ensina Pietro Perlingieri (2011, p.305) que

(...) em um sistema inspirado na solidariedade política, econômica e social e no pleno desenvolvimento da pessoa, o conteúdo da função social assume um papel de tipo promocional, de maneira que a disciplina das formas de propriedade e sua interpretação devem ser atuadas para garantir e para promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento.

Portanto, pegando-se o exemplo da seara trabalhista, é obrigação do empregador garantir aos seus empregados e respeitar o lazer a eles concedidos e tal dever se origina não somente da previsão constitucional e delimitação das jornadas e intervalos como também da obrigação de proporcionar a sua propriedade empresarial a função social exigida pela Constituição. Logo, um ambiente de trabalho saudável, digno, igualitário e o fornecimento de condições compatíveis com o direito social ao lazer confere aos particulares o respeito ao direito fundamental e ao empregador o exercício da função social de sua propriedade.

Retornando aos elementos que caracterizam o direito a prestação de proteção, tem-se a análise de sua estrutura e justiciabilidade. Esses requisitos revelam que os direitos de proteção introduzem no indivíduo o direito subjetivo a exigir do Estado obrigações para proteger ou mesmo fomentar seu direito fundamental. Porém, o que causa dúvidas quanto a esse ponto se refere na escolha estatal do meio para cumprir a obrigação, isto é, é permitido ao Estado a prática de qualquer mecanismo que satisfaz seu dever ou existem critérios para tanto?

Analisando profundamente o tema, Robert conclui que o Estado, de fato, goza de uma discricionariedade quanto à forma escolhida para a fomentação ou proteção do lazer, mas esta não é absoluta. Nesse momento, o Estado se utilizará do princípio da proporcionalidade, da reserva do possível, da progressividade social e da vedação ao retrocesso a fim de que se analise, dentre as opções possíveis, aquelas que preenchem a adequação, a proporcionalidade em sentido estrito, a necessidade e a promoção social imprescindível para a efetividade do lazer.

Portanto, é possível concluir que os direitos fundamentais a prestação de proteção são direitos constitucionais subjetivos que ensejam no indivíduo a capacidade de exigir do Estado uma atuação positiva que proteja seu direito ou mesmo que o fomente, geram nos particulares a obrigação de respeitá-los e promovê-los, além de impedir sua transgressão.

O segundo tipo de direito a prestação corresponde ao de organização e procedimento. Inicialmente, tem-se que tal vertente corresponde a obrigação estatal em estabelecer um sistema de regras e princípios capazes de proporcionar ao particular a capacidade de gozo e implementação desse direito. É óbvio que organização e procedimento são palavras com conteúdo distintos, mas que o segundo é capaz de abarcar o primeiro. Dessa forma, tem-se que procedimento, conforme Alexy (2008, p.473), engloba a “realização e asseguarção dos direitos fundamentais por meio de organização e procedimento”. Tentando, então, conceituar os direitos fundamentais a prestação a organização e procedimento, revela-se que são direito tanto de criação de certas normas procedimentais como de obtenção de uma interpretação e aplicação concreta das normas procedimentais existentes. Ou seja, é o direito subjetivo a criação de normas procedimentais capazes de permitirem a sua concretização e o de uma proteção jurídica efetiva.

Com relação à primeira parte do conceito, tem-se que corresponde a um direito subjetivo em face do legislativo, ou seja, a capacidade de permitir que o indivíduo exija desse poder a criação das normas procedimentais necessárias para o gozo do direito. Como exemplo disso no ordenamento jurídico pátrio, tem-se o instituto do Mandado de Injunção que permite ao indivíduo que, judicialmente, requirite ao Legislativo a produção da norma necessária, e os projetos de lei de iniciativa popular que tratam dos temas escolhidos pela população e são

encaminhados ao Legislativo para análise e votação. Trazendo esse tipo de prestação para o lazer, tem-se que este direito social não apresenta legislação específica que determine suas diretrizes, formas de gestão e órgão administrativo específico capaz de organizar as políticas públicas de implementação. Assim, corresponderia a capacidade de exigir do Legislativo e Executivo a elaboração de normas organizando as ações estatais de concretização do lazer, além da destinação específica de verbas públicas para tal instituto que, apesar de intersetorial, é independente.

Destaque-se, nesse momento, que em razão desse caráter do direito a prestação a organização e procedimento, alguns autores costumam qualificá-los como, de fato, direitos fundamentais ativos, porém, a sua execução/exigência não caracteriza o indivíduo como um influenciador da opinião política estatal, mas sim como um exigente de normas jurídicas para a efetivação de seu direito.

Por fim, tem-se os direitos a prestação em sentido estrito ou, como os denomina Robert Alexy, os direitos sociais, objeto dessa dissertação. Ensina o autor que

Direitos a prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter dos particulares.

Logo, são direitos a prestação previstos na Constituição de forma que sem a manifestação estatal, tais direitos não possuem meios de implementação e fomentação. São eles os direitos a prestação em dinheiro e em outros bens, conforme citado anteriormente. Regra geral são associados aos direitos fundamentais sociais posto que tais direitos exigem do Estado um gasto orçamentário direto para sua concretização. Da mesma forma que os demais direitos, são subjetivos e vinculantes, posto que não trazem somente enunciados programáticos e constituem ao indivíduo a capacidade de exigir do Estado sua prestação.

É certo que, em alguns momentos, foram questionadas tais características dos direitos fundamentais a prestação em sentido estrito. Isso porque os direitos fundamentais sociais não se coadunam com a sistemática do tudo ou nada. Logo, o indivíduo vê na Constituição a proteção de seu direito social fundamental e verifica que para seu exercício e gozo é necessário que o Estado preste uma ação positiva em dinheiro ou em outros bens capazes de concretizar sua pretensão.

Tal subjetividade do direito social decorre da sua relação direta com o livre desenvolvimento da personalidade humana e, conseqüentemente, com a dignidade humana. Portanto, em função do princípio fundamental que rege o Estado Democrático de Direito e, assim, do direito ao desenvolvimento pessoal do indivíduo, o homem tem a possibilidade de exigir do Estado medidas eficazes para o fomento do direito social.

Desse modo, analisando-se especificamente o direito social ao lazer, tem-se que se encontra previsto, dentre outros artigos, no artigo 6º da Constituição Federal. Portanto, a sua existência no texto constitucional já é capaz de justificar o seu caráter fundamental. Ocorre que, em função do seu sentido e da sua interação com a dignidade humana, tal direito é concebido como social e, portanto, se encontra no status positivo, ou seja, direito a prestação.

A subjetividade, então, que é concedida ao particular também enseja o direito de o indivíduo exigir do Estado a adoção de medidas públicas capazes de proporcionar sua eficácia social. Logo, a prestação em sentido estrito corresponde as ações positivas de Estado de conscientização da sociedade quanto à importância do referido lazer para a sua vida e dignidade; o estímulo ao ócio criativo não em função do seu poder de consumo, mas sim em razão de sua dimensão humana; a criação de ambientes capazes de promover efetivamente o lazer.

Ressalta-se que, primordialmente, a política pública de conscientização deve ser realizada primeiro e concomitante com as demais ações, posto que a comunidade não irá fornecer a importância necessária para a implementação do lazer e, muito menos valorizarão tal medida efetuada, já que nos encontramos em uma sociedade capitalista consumista e produtora. Portanto, é essencial que o Estado promova a revalorização do ócio criativo através da educação sobre sua imprescindibilidade deste para a vida digna.

Desse modo, tem-se que o lazer é, realmente, um direito fundamental positivo a prestações e sua implementação requer que o Estado exerça cada uma das vertentes aqui citadas, quais seja, de proteção; de organização e procedimento; de prestação em sentido estrito, o torne efetivo, isto é, proporcione-lhe a eficácia social e, conseqüentemente, a promoção do seu bem maior, a dignidade da pessoa humana.

### **3.4. O Princípio da Reserva do Possível como mecanismo de controle da eficácia social do Direito Fundamental ao Lazer: Uma interpretação à luz do Princípio da Vedação ao Retrocesso e da Progressividade dos Direitos Sociais**

Conforme fora analisado, o direito fundamental social ao lazer é um direito a prestação em sentido estrito e, por essa razão, gera ao indivíduo a competência para exigir do Estado a implementação dos mecanismos necessários para o gozo de referido direito e ao Estado o dever de fomentá-lo. Não obstante, é comum que o Estado permaneça inerte e, conseqüentemente, os direitos fundamentais sociais não obtenham a prestação que necessitam.

O que ocorre, na prática, é que o Estado tem conhecimento do seu dever de fomentação dos direitos fundamentais sociais posto sê-los direitos a prestação e, de acordo com a própria

Constituição, de aplicação direta e imediata. Desse modo, apesar de se apresentarem como direitos constitucionais subjetivos, a ação positiva imposta ao ente estatal não deve ser somente realizada quando exigida pelo particular. Ora, a positivização dos direitos sociais já impõe o dever estatal e o direito subjetivo do indivíduo. Logo, sua aplicação já se encontra possível pelo Estado, além de que tais direitos se relacionam diretamente com o superprincípio do Estado Democrático de Direito, a dignidade humana.

Todavia, o Estado não implementa os direitos sociais e quando esta é exigida, judicial ou administrativamente, pelo indivíduo, a entidade alega não possuir condições de concretizá-los em virtude do Princípio da Reserva do Possível, ou seja, que o orçamento público representa um limite a efetivação dos direitos sociais posto que há uma reserva financeira a ser aplicada para todos os tipos de direitos fundamentais. Com isso, pretende o Estado eximir-se de seu dever.

É certo que o orçamento público é peça essencial para a eficácia social dos direitos fundamentais de segunda dimensão. Desse modo, pode-se concluir que sem verba pública não é mesmo possível garantir a aplicação direta e imediata de tais direitos. Porém, tal limitação ao direito constitucional não pode ser utilizado como instrumento para a sua não efetividade. Ou seja, o Princípio da Reserva Financeira do Possível existe para guiar a entidade pública na destinação da verba de forma justa, equilibrada e adequada. Ora, informar que em razão da limitação orçamentária, um dever constitucional do Estado não será cumprido é desrespeitar a Constituição e, conseqüentemente, os princípios ali implícitos.

Portanto, o que se verifica é que a reserva do possível vem sendo aplicada de forma errônea e em contrariedade à essência dos direitos fundamentais. Desse modo, necessita-se a busca e aplicação de uma nova interpretação de tal princípio a fim de que os demais que atualmente se encontram em conflito com este, apresentem concordância e unidade.

Na prática, ocorre que alguns meios de concretização do lazer, tais como práticas de gozo do ócio, construção de escolas<sup>116</sup>, quadras poliesportivas, disponibilização de profissionais em espaços públicos para a prática de atividades esportivas, não são implementadas pelo Estado e quando é discutido tanto no âmbito da própria Administração quanto judicialmente, a entidade estatal invoca o Princípio da Reserva do Possível a fim de subsidiar sua inércia e descompromisso com o direito social ao lazer.

---

<sup>116</sup> Conforme já fora defendido em toda a dissertação, ficou claro que o lazer se constitui em um direito fundamental social sem efetividade e desvalorizado. Logo, é a conscientização um dos elementos capaz de reverter tal situação atual. Assim, a construção de escolas se mostra com um elemento essencial na busca da educação sobre o lazer, sua importância, benefícios e inserção da dimensão humana desse direito, além de proporcionar mecanismo de fruição do ócio através das atividades poliesportivas ofertadas.



Diante desse caso concreto, verifica-se que o referido princípio colide com dois princípios implícitos constitucionais Vedação ao Retrocesso e Progressividade Social baseados na essência dos direitos fundamentais sociais positivados e na dignidade da pessoa humana.

Com relação ao primeiro, tem-se que sua origem foi na jurisprudência europeia, em especial na Alemanha e Portugal, e teve com finalidade garantir os patamares sociais conquistados pela comunidade. Desse modo, ensina Barroso (2013, p.341) que

(...) o princípio da proibição de retrocesso decorre justamente do princípio do Estado Democrático e Social de Direito; do princípio da dignidade da pessoa humana; do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras dos direitos fundamentais; do princípio da proteção da confiança e da própria noção do mínimo essencial. (grifo nosso)

Em razão disso, tem-se que a proibição do retrocesso, apesar de não expresso na Constituição, apresenta pilares previstos na Lei Fundamental e pretende, com isso, proteger os direitos fundamentais sociais tanto no âmbito da não efetividade como mesmo da sua retirada do ordenamento jurídico. Ora, deseja-se com esse princípio garantir a evolução da realidade social de forma que as desigualdades existentes dentro da sociedade moderna capitalista se reduzam cada vez mais. Desse modo, tem-se que a inércia estatal sob manta da reserva do possível agride uma das vertentes da vedação ao retrocesso, qual seja, a máxima efetividade e eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais.

Ensina ainda Ingo Sarlet (2010, p. 74) que o Princípio da Vedação ao Retrocesso corresponde a “(...) 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 (...)”.

No exemplo citado acima, tem-se que o lazer é um direito social prestacional e, portanto, necessita que o Estado realize ações positivas a fim de fornecer a norma não só a máxima eficácia como também a efetividade e não restrição ao seu gozo, ou seja, atinja seu objetivo na sociedade, qual seja, concretização da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais para fornecer melhores condições de vida para os indivíduos.

Se pensarmos que o lazer se relaciona diretamente com a saúde pública e com os casos de acidentes de trabalho protegidos pela Previdência Social, verifica-se que sua implementação pelo Estado constitui um dever constitucional capaz assegurar ao indivíduo melhores condições de trabalho e uma saúde pública de qualidade. Isso porque seria capaz de reduzir as quantidades de acidentes causados, por exemplo, pela fadiga e doenças profissionais consequentes do labor exercido. Consequentemente, ter-se-ia uma prestação de serviços de saúde estatal de melhor qualidade e uma Seguridade Social mais solidária.

Corroborar com tal visão defendida nessa dissertação o seguinte ensinamento de Marmelstein (2011, p.118):

(...) a ideia por detrás do princípio da proibição de retrocesso é fazer com que o Estado sempre atue no sentido de melhorar progressivamente as condições de vida da população. Qualquer medida estatal que tenha por finalidade suprimir garantias essenciais já implementadas para a plena realização da dignidade humana deve ser vista com desconfiança e somente pode ser aceita se outros mecanismos mais eficazes para alcançar o mesmo desiderato forem adotados. Esse mandamento está implícito na Constituição Brasileira e decorre, dentre outros, do artigo 3º da CF/88, que inclui a redução das desigualdades sociais e a construção de uma sociedade mais justa e solidária entre objetivos da República Federativa do Brasil, sendo inconstitucional qualquer comportamento estatal que vá em direção contrária a esses objetivos. (grifo nosso)

Ainda sobre o sentido do Princípio da Proibição do Retrocesso Social, tem-se os seguintes ensinamentos de Ravênia Márcia de Oliveira Leite (2009, p.3) demonstrando a posição do Conselho Constitucional Francês que defende a semelhança deste princípio com o efeito *cliquet*, posto que esse é sentido pelos alpinistas quando em subida de determinada montanha, buscando sempre o topo, subir e nunca retroagir, descer. Dessa mesma forma, o Princípio da Vedação ao Retrocesso possui a vertente do *effect cliquet* visto que os direitos fundamentais previstos na Constituição não podem sofrer qualquer retroação, devem sempre progredir.

Portanto, é possível concluir que o fato de haver um limite orçamentário que controle os gastos públicos inclusive com a implementação de direitos sociais não é capaz de permitir um retrocesso social, ou seja, a oferta de um não progresso no âmbito da realidade vivida pela sociedade, um aumento na desigualdade social, uma inércia injustificada. Corroborar com tal entendimento a seguinte passagem de Canotilho (1993, p. 336) ao garantir que seria inconstitucional qualquer medida tendente a revogar direitos fundamentais já regulamentados através da não criação de meios para sua compensação.

Neste sentido, se fala também de cláusulas de proibição de evolução reacionária ou de retrocesso social (ex. consagradas legalmente as prestações de assistência social, o legislador não pode eliminá-las posteriormente sem alternativas ou compensações reconhecidas, através de lei, o subsídio de desemprego como dimensão do direito ao trabalho, não pode o legislador extinguir esse direito, violando o núcleo essencial do direito social constitucionalmente protegido).

Quanto à progressividade social, esse princípio é essencialmente previsto nos documentos internacionais, tais quais, os Tratados de Versailes e da Filadélfia; a Declaração Universal dos Direitos do Homem; o Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966; a Convenção Americana de Direitos Humanos; o Protocolo de San Salvador; Convenção de Viena de 1922, além de outros.

O primeiro documento a tratar da progressividade social foi o Tratado de Versailles ao revelar que os direitos fundamentais, em especial os sociais, devem ser aplicados de forma progressiva pelos Estados a fim de que se promova uma vida digna aos particulares. Assim, propõe um desenvolvimento progressivo dos direitos sociais de forma a proporcionar-lhes uma maior extensão, proteção e implementação com o decorrer do tempo.

Portanto, os Estados têm a obrigação de implementar suas atividades econômicas, sociais e culturais com o intuito de garantir uma melhora progressiva e contínua das condições sociais de vida. Dessa maneira, fica perceptível que os direitos considerados de 2ª dimensão passam, então, a apresentar a aplicação imediata e direta imposta a todos os direitos fundamentais já que permite ao Estado o cumprimento das normas sociais através de políticas públicas contínuas.

Passando diretamente para o plano interno brasileiro, tem-se o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificado pelo Brasil através do Decreto nº 591 em 06 de Julho de 1992, afirmando, expressamente, a obrigatoriedade da progressividade nas medidas aplicadas para a implementação dos direitos sociais, econômicos e culturais no seu artigo 2º.<sup>117</sup>

Ressalta-se que a Declaração de Direitos do Homem também prevê em seu corpo normativo a progressividade na medida em que impõe ao Estado a busca progressiva da melhoria das condições de vida, do desenvolvimento humano e social sob a justificativa de que os indivíduos são iguais e, portanto, deve-se buscar e zelar sempre pela igualdade em razão da dignidade humana.

Revela-se também que a própria Constituição Federal em seu artigo 3º, II prevê a garantia do desenvolvimento nacional e a redução das desigualdades sociais como objetivos fundamentais da República Brasileira. Desse modo, a obrigação estatal de implementação do lazer e a realização de políticas públicas capazes de fornecer ao lazer efetividade são deveres constitucionais fundamentados nos Princípios da Vedação ao Retrocesso e da Progressividade Social.

---

<sup>117</sup> ARTIGO 2º 1. Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas. 2. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados e exercerão em discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação. 3. Os países em desenvolvimento, levando devidamente em consideração os direitos humanos e a situação econômica nacional, poderão determinar em que garantirão os direitos econômicos reconhecidos no presente Pacto àqueles que não sejam seus nacionais. (Grifo nosso)

É possível, então, inferir que o Estado tem a competência para destinar recursos para a concretização ao lazer de forma que, progressivamente, torne-o acessível a todos os indivíduos e melhore as condições de vida da comunidade. Portanto, utilizando-se o exemplo citado, tem-se que o Estado deve organizar o seu orçamento anual e plurianual de forma a construir escolas, quadras, incentivar as práticas esportivas e de desenvolvimento pessoal de forma contínua e progressiva a ser medida pelo desenvolvimento social obtido pela comunidade.

Sustenta-se ainda que os princípios da vedação ao retrocesso e da progressividade social se relacionam diretamente com a segurança jurídica, um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Isso porque é a segurança quem limita as relações sociais e, por essa razão, é uma medida contra as ações retrocessivas do Estado que atuem de forma a ignorar ou mesmo prejudicar os direitos fundamentais de segunda dimensão, em especial lazer, como faz com sua inébrica. Nessa toada, defende Sarlet (2003, p. 119) que

(...) a segurança jurídica, na sua dimensão objetiva, exige um patamar mínimo de continuidade do (e, no nosso sentir também no) Direito, ao passo que, na perspectiva subjetiva, significa a proteção da confiança do cidadão nesta continuidade da ordem jurídica no sentido de uma segurança individual das suas próprias posições jurídicas.

Portanto, tais princípios cumulado com a segurança jurídica impedem que o Estado, por mera liberalidade, altere ou mesmo deixe de realizar o direito ao lazer, como ocorre atualmente, garantindo aos indivíduos estabilidade nas conquistas obtidas e dispostas na Lei Fundamental. Ocorre que garantir somente aos três princípios uma interpretação convergente não garante a efetividade do direito social ao lazer. Ora, a atribuição de um sentido compatível com a Constituição da Reserva do Possível não é capaz por si só de proporcionar ao lazer a implementação necessária para a sua eficácia social.

Desse modo, percebe-se que tais princípios permitem que a sociedade fiscalize o Poder Público e analise sua atuação na busca da concretização do direito social ao lazer e, conseqüentemente, na garantia da dignidade humana. Desse modo, tem-se que um dos instrumentos corresponde a busca judicial para fiscalizar as medidas adotadas pelo Estado tanto no plano executivo como legislativo. Para a realização desse controle, tem-se que o Brasil possui duas formas de fiscalização judicial: órgãos jurisdicionais internos e internacionais ratificados, em destaque o sistema regional interamericano de proteção que prega a implementação dos direitos humanos de segunda dimensão de forma progressiva.

O órgão jurisdicional internacional corresponde à Corte Interamericana com jurisdição ratificada pelo Brasil e competência para se o Estado-Parte efetiva, de forma progressiva, contínua e evolutiva, os direitos sociais, em especial o lazer, a fim de ofertar aos indivíduos

melhores condições de vida. Tal controle se dá através da análise da distribuição de recursos no orçamento público e nos índices oficiais de qualidade de vida.

Em caso de verificação de descumprimento à progressividade e constatação de retrocesso social ou mesmo de ausência de políticas implementadoras, situação essa que se encontra o Brasil quanto ao direito fundamental social ao lazer, o Estado-Membro agressor poderá ser punido com as sanções cabíveis tanto de âmbito administrativo (multas, por exemplo) como político.

Quanto ao âmbito interno, tem-se que o Poder Judiciário é competente para averiguar se o Estado está cumprindo o seu dever e, portanto, exigir, através do pleito individual e coletivo a implementação do direito fundamental ao lazer. Uma das formas de controle judicial interno corresponde a análise de constitucionalidade da medida legislativa que excluiu ou restringiu o direito fundamental a lazer, a exemplo do Controle de Constitucionalidade da Lei de Orçamento Anual e Plurianual já aprovada pelo Congresso Nacional em face dos princípios aqui citados. Outra forma de atuação judicial corresponde a sua capacidade de exigir do Estado, diretamente, a execução de determinada política pública que considere essencial para a efetividade do direito social.

Um segundo mecanismo que a sociedade possui decorre de sua representação no Poder Legislativo. Assim, tem-se que o ordenamento jurídico pátrio concede ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa de elaborar o Projeto de Lei sobre orçamento público tanto no lapso de tempo anual como no quadriênio que exercerá seu mandato. Desse modo, para que o Projeto tenha se integre ao ordenamento, é necessária a sua submissão ao Congresso Nacional. Nesse momento, o Legislativo, órgão representante do povo e protetor de seus interesses, ao avaliar a referida lei, exerce a função fiscalizadora e, portanto, tem a capacidade de impugná-la e, conseqüentemente, não aprova-la caso verifique a ausência de implementação progressiva do lazer.

Ora, o Legislativo estaria exercendo o que a doutrina denomina de controle preventivo de constitucionalidade, mas garantindo, na prática, que a sociedade tenha seu direito social ao lazer implementado em conformidade com o princípio da vedação ao retrocesso, progressividade social e reserva do possível. Desse modo, poderia, então, o Congresso Nacional fazer uma comparação com a legislação orçamentária anterior e com as medidas realmente concretizadas antes de aprovar o novo projeto de lei a fim de ter certeza de que o Poder Público está se guiando pela dignidade da pessoa humana e redução das desigualdades sociais.

Desse modo, poderia o Poder Legislativo ao analisar, por exemplo, a prestação de contas anuais do Chefe do Poder Executivo, levar em consideração os princípios aqui analisados

e o direito fundamental ao lazer, a fim de verificar se, na prática, houve implementação de medidas capazes de tornar o lazer um direito acessível a todos; conscientizar a sociedade. Quando, então, da aprovação da Lei Orçamentária, faria o contraponto a fim de assegurar os indivíduos a evolução social consubstanciada na implementação progressiva do lazer. Ressalta-se, nesse momento, que tais ações do Congresso Nacional deve levar em conta a reserva do possível posto que o Estado apresenta limitações, de fato, em seu orçamento e este deve ser destinado para todos os direitos fundamentais previstos na Carta Fundamental.

Com isso, resta claro que a vedação ao retrocesso e a progressividade não se encontram em oposição a reserva do possível. Ou seja, esses três princípios abarcado pela Constituição Federal Brasileira não são divergentes visto que cada um deles objetiva a implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais de forma igualitária e justa fornecendo a sociedade, dentro da capacidade econômica do Estado, os avanços necessários para uma justiça social.

Assim, a reserva financeira do possível, em verdade, deseja informar que o Estado deverá analisar seu orçamento e distribuir suas verbas de forma que as principais necessidades econômicas, sociais e culturais, em especial o lazer, sejam atendidas. Porém, tais direitos não seriam satisfeitos de uma forma única (em uma somente implementação). Por essa razão, defende-se sua efetivação de forma contínua, progressiva e que traga a sociedade mais instrumentos de obtenção da vida digna e sem desigualdades.

Como o lazer se encontra, atualmente, em uma fase de desvalorização e ausente de efetividade, tem-se que uma parte do orçamento do Estado deve ser destinada diretamente a esse direito social com o intuito de conscientizar a sociedade de sua importância como também levar ao conhecimento desta o real sentido do lazer, além de ofertar melhor condições sociais. Ora, percebe-se que o ócio apresenta, na sociedade contemporânea, uma visão pejorativa e divergente ao trabalho. Porém, lazer é muito mais que tempo livre, já que corresponde a uma necessidade vital do ser humano asseguradora de uma vida digna.

Por essa razão, defende-se a análise convergente dos três princípios ora citados a fim de fornecer à reserva do possível uma interpretação condizente com o direito social ao lazer e capaz de ofertar-lhe a eficácia social imprescindível para sua revitalização e permitir a sociedade uma fiscalização objetiva das ações estatais. Passada essa análise, deseja-se, então, no próximo tópico, verificar quais as possíveis medidas cabíveis pelo Estado através de cada um dos seus Poderes para a efetividade dos direitos fundamentais sociais, em especial o lazer, em consonância com os princípios aqui revelados.

### **3.5. Políticas Públicas: Atuação prestacional do Estado Democrático de Direito através dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.**

Verificou-se que o Estado Democrático de Direito tem a obrigação de adotar os meios necessários para a concretização dos direitos fundamentais, especificamente do lazer, em função da determinação constitucional e do seu fundamento na dignidade da pessoa humana. Assim, tem-se que o lazer exige do Estado a sua proteção e implementação a fim de que alcance sua eficácia social e a dignidade humana. Conforme já foi discutido nesse trabalho, o lazer é um direito social em fase de desvalorização visto que há não somente uma alteração de valores dentro da sociedade como também um desleixo do Estado e particulares que, ao invés de implementar tal direito, permite sua deterioração a cada dia.

Com isso, defende-se que o Estado e os indivíduos devem atuar, imediatamente, em busca da efetividade do lazer a fim de que não somente se obtenha a valorização do ócio como também a sociedade desfrute de uma vida mais digna e com menos desigualdades. A solução abordada nessa dissertação são as Políticas Públicas que implementem o direito ao lazer através de prestações em sentido estrito e instrumentos de conscientização da sociedade. Porém, antes de adentrar nas ações estatais propriamente ditas, é preciso discutir qual o tipo de política que se defende.

Primeiramente, tem-se que o direito fundamental ao lazer traz previsão constitucional e infraconstitucional, induz o dever estatal de proteção e implementação, mas não traz as políticas e diretrizes a serem adotadas para o alcance da efetividade. Assim, verifica-se que a inércia estatal pautada na reserva do possível, a influência do capitalismo consumista e a inversão dos valores são as principais causas do predomínio da dimensão econômica do lazer.

Porém, para reverter tal quadro é importante que o Estado passe a atuar positivamente através de prestações em sentido estrito e o início seria através das políticas públicas indicadas para a saúde, educação, esporte, segurança, previdência social já que esse instituto interage com elas. Assim, o Estado tem o poder de implementar o lazer por meio de ações difusas previstas e estimuladas, por exemplo, nas Leis de Incentivo a Cultura (Lei nº 8.31/91) e ao Esporte (Lei nº 11.438/06); Lei nº 12.761/2012 que cria o vale-cultura e institui o Programa de Cultura do Trabalhador<sup>118</sup>; pelas entidades que compõem o “Sistema S” por meio das contribuições

---

<sup>118</sup> O vale-Cultura é benefício destinado, prioritariamente, aos trabalhadores que recebem até cinco salários mínimos com intuito de permitir-lhes o acesso ao teatro, cinema, museus, espetáculos, shows, circos, livros, revistas, jornais, dança; além de proporcionar-lhes o acesso a cursos de fotografia, de música, de literatura, de teatro, entre outras atividades culturais.

compulsórias a elas destinadas; pelas políticas organizadas e praticadas pelas ONGs e entidades privadas parceiras de projetos e programas de lazer, tais como os já citados anteriormente.

A doutrina ainda discute sobre os dois tipos de políticas públicas atualmente praticadas pelo Estado Democrático Brasileiro: de Estado e de Governo. As primeiras correspondem a ações positivas implementadas pelo Estado em função do seu dever social, ou seja, a busca da efetividade dos direitos fundamentais sociais e, conseqüentemente, a garantia da dignidade humana. Conceitua melhor as Políticas Públicas de Estado as autoras Sílvia Cristina Amaral e Flávia Santos (2010, p.7):

Toda política social de Estado define-se através de estruturas legais e está referida a alguma estrutura institucional do Estado – diversamente das políticas de governo -, o que lhe garante algum grau de continuidade mesmo que haja mudança de governo ou simples mudança de pasta. Ela possui uma teoria e um conteúdo normativo que a norteia – esse conteúdo são suas concepções e não pode ser confundido com sua estrutura -, que determinam a política e sua gestão.

Com relação às políticas públicas de governo, tem-se que correspondem a medidas adotadas por governos específicos e que não apresentam continuidade no tempo, principalmente quando há uma modificação de gestão. Isto é, são políticas determinadas pelas prioridades estabelecidas por cada governo e através de matrizes distintas que não levam, concretamente, a eficácia do lazer. Esse tipo de políticas públicas é a que vem sendo implantada no Brasil e torna o lazer um direito sem importância, independência, continuidade e fonte de financiamento determinada. Ora, o próprio Estado renega ao lazer a sua devida importância e tenta incluí-lo em medidas prestacionais destinadas a outros direitos sociais. Diante disso, concluem Amaral e Santos (2010, p.6) que “essa provisoriade das políticas públicas de lazer, decorrente do fato de elas serem políticas de governo e não de Estado, expressa o lugar ocupado por ele na sociedade brasileira e evidencia o seu desenvolvimento no atual momento histórico”.

Portanto, defende-se a atuação estatal de forma a proporcionar ao lazer Políticas Públicas de Estado, contínuas, com a competência para implementar referido direito social, garanti-lo a todos os indivíduos e fornecer uma vida mais digna e menos desigual. Para isso, é preciso, primeiramente, abarcar todas as formas do lazer citadas no capítulo anterior a fim de que se possa perceber a sua independência como instituto, mas sua relação interdisciplinar. Ora, o fato de o lazer interagir diretamente com a saúde pública não quer dizer que aquele deve estar incluído nas medidas sociais dessa, e sim que merece a destinação de recursos públicos e programas de concretização próprios. Logo, o lazer é um direito social intersetorial, mas que precisa ver visto com independência e capaz de titularizar políticas de Estado independentes.

A partir desse entendimento, passa-se a discussão das políticas públicas de Estado passíveis de concretização pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Partindo-se do



Poder Executivo, tem-se que cabe a este poder, de acordo com o já demonstrado anteriormente, precipuamente, dos projetos de lei que tratam do orçamento anual e plurianual desse Poder<sup>119</sup>. Assim, o primeiro passo seria a destinação, progressiva, de verbas públicas para a concretização do lazer, isto é, destinação de orçamento público para a elaboração de espaços de lazer, conscientização da importância desse instituto, por exemplo.

Desse modo, é nesse momento de planejamento tanto orçamentário como de políticas públicas de Estado que o Executivo deve analisar os direitos fundamentais sociais, em especial o lazer, a fim de que sejam traçadas metas, formas de gestão e ações prestacionais capazes de implementá-los, reduzir as desigualdades sociais; proteger e concretizar a dignidade humana e proporcionar a progressividade proclamada em sede constitucional.

Portanto, deve o Executivo planejar, analisar e estruturar seus órgãos e entidades com o intuito de torná-los capazes de cumprir seu dever constitucional de forma eficaz e efetivar o direito ao lazer. Então, quando da elaboração do referido orçamento, é obrigação do Executivo verificar todas as ações já implementadas, os benefícios trazidos e organização do novo orçamento com o intuito de, dentro das suas condições financeiras, proporcionar políticas públicas de Estado capazes de dar efetividade ao lazer de forma contínua, progressiva e evolutiva socialmente.

Destaca-se que tal orçamento anual e plurianual corresponde a um Projeto de Lei de iniciativa do Chefe do Executivo que será encaminhado ao Legislativo a fim de que avalie sua viabilidade, constitucionalidade e fornecimento de evolução social da comunidade a fim de que seja aprovado. Conforme já foi discutido anteriormente, é possível que o Congresso Nacional exerça, nesse momento, um controle mais eficaz das políticas públicas do Estado. Assim, defendeu-se uma análise aprofundada e baseada nos princípios da reserva do possível, vedação ao retrocesso e progressividade social a fim de que o Legislativo, através do poder que lhe fora conferido na Constituição Federal de 1988<sup>120</sup>. Para que o Congresso possa, então averiguar a evolução social e progressiva das políticas públicas de Estado aplicadas e concretizadas de lazer, tem-se que o parâmetro seriam os planos verdadeiramente executados pelo Executivo por meio dos relatórios apresentados ao Legislativo para aprovação. Ou seja, como a Constituição Federal

---

<sup>119</sup> “Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I - o plano plurianual; II - as diretrizes orçamentárias; III - os orçamentos anuais”. BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1988

<sup>120</sup> “Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: II – plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, operações de crédito, dívida pública e emissões de cunho forçado”. BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1988

em seu artigo 49, IX<sup>121</sup>, oferta ao Congresso Nacional a competência de aprovar as contas anuais do Poder Executivo e os relatórios que informam as políticas e programas concretizados, estes teriam a incumbência de fiscalizar as ações do Executivo como também um paradigma para exigir do Estado a sua progressão na implementação do lazer.

Considerando-se que o orçamento público proposto pelo Chefe do Executivo foi aprovado, este se tornará público e, portanto, de conhecimento da sociedade o que permite que esta seja capaz de fiscalizar, controlar as atividades estatais e o uso das verbas públicas, além de ter conhecimento sobre quais serão os programas executados pelo Executivo e as formas de implementação do lazer. Desse modo, o orçamento corresponde não somente a uma forma de o Estado organizar seus gastos e implementar mais o lazer como também fornecer subsídios aos indivíduos e demais Poderes na fiscalização de sua atuação.

A próxima medida do Executivo seria a aplicação concreta das verbas públicas destinadas para a fomentação do lazer. Ressalta-se, nesse momento, que os programas a serem implementados e as políticas a serem executadas em favor do lazer devem ter previsão expressa na legislação orçamentária. Assim, serão trazidas, nesse momento, sugestões de políticas públicas de Estado capazes de concretizar o lazer. A primeira solução seria a destinação de verbas públicas nos setores de fiscalização e capacitação de profissionais. Conforme os casos práticos citados, tem-se que diversas são as transgressões ao lazer no âmbito trabalhista, por exemplo, principalmente através do desrespeito às jornadas de trabalho fixadas; a concessão de repouso semanal remunerado e férias; ao fornecimento de meio ambiente de trabalho estressante e em desconformidade com as regras de saúde, higiene e segurança no trabalho, dentre outros.

Portanto, tem-se que uma maior fiscalização por parte dos órgãos que compõem o Poder Executivo, como o Ministério do Trabalho e Emprego, seria capaz de reduzir os casos de desrespeito ao lazer e, por conseguinte, garantir ao indivíduo melhores condições de vida, trabalho e gozo do lazer. Porém, destaca-se que tais entidades fiscalizadoras somente têm o poder de autuar e exigir o cumprimento da lei. Logo, sugere-se que tais órgãos também disponham de medidas socioeducativas através de audiências públicas e palestras capazes de conscientizar e educar os particulares, em especial empregados e empregadores, sobre as dimensões e os sentidos do lazer, além de sua importância para o ser humano. Acrescente-se ainda que tais medidas educativas somente podem ser realizadas após a capacitação dos membros do Poder Executivo a fim de que torne-os competentes para ministrarem tais cursos e buscar uma melhor compreensão social do lazer.

---

<sup>121</sup> “Art. 49. É de competência exclusiva do Congresso Nacional: IX- julgar, anualmente, as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo”. BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1988

É óbvio que as políticas públicas educativas são medidas que somente demonstraram seus efeitos a longo prazo e que exigem, de fato, um contínuo exercício no decorrer do tempo para que seus efeitos sejam produzidos e, finalmente, o sentido atribuído ao lazer modificado. Logo, defende-se que tal medida seja implementada continuamente e, de acordo com o explicitado, por meio de políticas públicas de Estado posto que não correspondem a uma opção de governo, mas sim um instrumento de efetividade do direito social ao lazer.

Ao lado das políticas públicas de conscientização e fiscalização, é necessário que o Estado forneça aos indivíduos mais locais públicos para o gozo do lazer, além da oferta de atividades desportivas gratuitas para todos. Ou seja, é a própria concretização do lazer através do investimento de verbas públicas na construção de parques, bibliotecas, praças, além da disponibilização de aulas esportivas nesses ambientes que estimulem a atividade física, mental e social. Logicamente, não se atribui ao Poder Executivo somente a obrigação de construir tais espaços e mantê-los como também exige-se que sejam sempre criadas políticas motivacionais ao uso e prática de tais atividades como forma de bem-estar, conhecimento pessoal, elevação do ser, mecanismo de convívio social, isto é, a promoção social.

Portanto, a disponibilização de profissionais da área de saúde e de educação física nos locais públicos de atividades desportivas para que informem a população dos benefícios do lazer e ministrem as aulas de atividades físicas são essenciais para a eficácia social desse direito fundamental, além de proporcionar ao indivíduo melhores condições de vida. O estímulo a leitura, ao conhecimento e a criação de maiores oportunidades de escolaridade também correspondem a instrumentos de efetivação do lazer em razão do desenvolvimento psicossocial ofertado. Nesse momento, explica-se que, apesar de relacionar o lazer com atividades também direcionadas a outros setores, o que se deseja nesse momento é a destinação de verba pública especificamente para o lazer. Ora, é claro que a construção de uma escola e quadra poliesportiva em seu complexo educacional também interfere no direito social à educação e, conseqüentemente, corresponde a um mecanismo de concretização deste. Porém, não se defende aqui a destinação de verbas para a educação e, como o lazer se encontra inserido nesse ramo, sua eficácia social reflexa. Muito pelo contrário, defende-se a construção de escolas e quadras com o intuito de fornecer ao indivíduo maior conhecimento sobre o lazer, seus sentidos e benefícios, além do estímulo à prática de atividades desportivas capazes de fomentar o lazer.

Quanto ao Poder Legislativo, verificou-se que, no ordenamento jurídico interno, o lazer se encontra expressamente positivado. Ora, é possível encontrar proteção ao ócio e estímulo a sua fomentação no plano constitucional e sua citação na legislação infra legal comprovando sua atuação intersetorial. Dessa forma, tem-se que existem normas jurídicas que concedem ao lazer

a eficácia jurídica necessária. O que afeta tal direito social é, de fato, a ausência de eficácia social, isto é, a capacidade de tal norma influenciar a sociedade e seus hábitos. Ora, o lazer apresenta-se no plano jurídico, mostra-se como medida de promoção social, mas não apresenta a capacidade de produzir efeitos no âmbito da comunidade. Em razão disso, verificou-se que o lazer, apesar da proteção normativa, não apresenta mecanismos próprios de implementação.

Ou seja, quando se analisou os documentos infraconstitucionais, percebeu-se que o lazer se encontra dentro da previsão dos ramos desportivos, de saúde, do meio ambiente, da saúde pública, porém não se apresentou como instituto independente, com recursos e gestão próprias. Para melhor compreensão, como exemplo, tem-se que cada um desses setores possui um órgão específico para realizar sua gestão, elaborar suas políticas públicas e atuar junto a sociedade e captar orçamento público específico, exceto o lazer.

Portanto, tem-se que uma das funções do Poder Legislativo seria a elaboração de normas infralegais capazes de designar as diretrizes destinadas exclusivamente para a implementação do lazer a fim de estimular o Executivo a criar órgão com atribuição de administrar, implementar, conscientizar e proteger o direito fundamental ao lazer.

Também pode o Legislativo elaborar audiências públicas com o intuito de informar a comunidade da importância do lazer, da sua relação direta com a dignidade humana, os benefícios trazidos com a sua implementação, além de, claro, de acordo com o que fora dito, fiscalizar a atuação do Executivo, analisar suas contas e avaliar sua lei orçamentária e a aplicação das verbas públicas.

Finalmente, informa-se que somente através de uma boa gestão administrativa do lazer e o estabelecimento de sentidos e meios de concretização deste são capazes de torna-lo objeto de Políticas Públicas de Estado. Isso porque, como foi dito anteriormente, como o lazer atualmente se encontra como um instituto dentro de outras áreas, não lhe são destinados recursos próprios nem programas específicos para a sua efetivação, de que forma que, quando concretizados, não se apresentam de forma contínua em razão das políticas públicas de governo que lhe são destinadas. Desse modo, a atuação conjunta do Executivo e Legislativo na busca de aperfeiçoamento do lazer permite a atuação estatal através de políticas de Estado competentes para a concretização do lazer com independência e progressividade.

Importante deixar claro que o principal ponto para a virada da eficácia plena no lazer se encontra na conscientização. Portanto, de nada adiantaria se Legislativo e Executivo atuassem de forma a indicar diretrizes e realizar obras de implementação do lazer se a comunidade não tiver o conhecimento do que seja o seu direito ao lazer, da dimensão humana deste e, muito menos, do seu real valor. Logo, toda e qualquer ação deve ser precedida e acompanhada de

medidas socioeducativas capazes de conscientizar e informar a sociedade de que esse direito social é de extrema relevância para a busca e proteção da dignidade humana, redução das desigualdades sociais e doenças, dentre outros.

Quanto ao Poder Judiciário, é notório que este somente pode atuar quando há provocação. É claro que a exigência de políticas públicas de Estado somente chega nesse âmbito quando há uma lide apresentada judicialmente. Logo, não é o Judiciário capaz de, diretamente, interferir nas ações prestativas estatais sem provocação. Além disso, muito se discute na doutrina sobre a competência desse órgão para adentrar nas nuances das políticas públicas elaboradas pelo Executivo e aprovadas pelo Legislativo, ou seja, mais especificamente, quanto a sua capacidade de impor ao Estado a adoção de políticas públicas para a efetivação do lazer.

Com o intuito de dirimir tal dúvida, conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é possível verificar que a atual posição defende a competência do Judiciário em compelir o Estado na implementação de políticas públicas capazes de concretizarem os direitos fundamentais sociais, inclusive o lazer. De acordo com o Recurso Extraordinário com Agravo - ARE 745745<sup>122</sup>, julgado em 02 de Dezembro de 2014, decidiu-se que é possível que o Poder Judiciário estabeleça as providências necessárias para a concretização do direito fundamental social. Desse modo, segue o seguinte trecho do voto do Ministro Relator Celso de Mello:

---

<sup>122</sup> E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – MANUTENÇÃO DE REDE DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – DEVER ESTATAL RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDE PROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO – A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 6º, 196 E 197) – A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOCTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (ARE 745745 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/12/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 18-12-2014 PUBLIC 19-12-2014, grifo nosso)

Assim, a questão central da presente causa é verificar se se revela possível ao Judiciário, sem que incorra em ofensa ao postulado da separação de poderes, determinar a adoção, pelo Município, quando injustamente omissos no adimplemento de políticas públicas constitucionalmente estabelecidas, de medidas ou providências destinadas a assegurar, concretamente, à coletividade em geral, o acesso e o gozo de direitos afetados pela inexecução governamental de deveres jurídico-constitucionais. (...) Impende assinalar, contudo, que a incumbência de fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição poderá atribuir-se, ainda que excepcionalmente, ao Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter vinculante, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame.

Diante disso, a jurisprudência dominante brasileira se mostra na defesa da competência do Poder Judiciário em indicar ao Estado agressor dos direitos sociais (como no caso do lazer, o Estado inerte) quais as políticas públicas que devem ser adotadas a fim de que o direito social lesado apresente a eficácia social necessária. Porém, apesar de capaz para discutir as políticas públicas de Estado, tem-se que o Judiciário deve ser, antes de tudo, provocado.

Logo, é possível que o Poder Judiciário determine que o Estado proceda a construção de quadras poliesportivas; a capacitação de profissionais para a conscientização da sociedade sobre o lazer; adoção de medidas capazes de implementar o lazer e valorizá-lo, no lugar de determinada política pública de Estado prevista em seu planejamento de gestão e orçamentário.

Então, antes de adentrarmos, de fato, na atuação direta desse Poder, é preciso falar um pouco sobre os órgãos auxiliares da justiça. As Defensorias Públicas e os Ministérios Públicos são os órgãos capazes de representar a sociedade e, assim, perante o Judiciário, discutir seus anseios e direitos. Pegando-se o Ministério Público, tem-se que são responsáveis pela defesa dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, os quais abarcam o direito ao lazer. Desse modo, trazendo para o âmbito da seara trabalhista, por exemplo, surge o Ministério Público do Trabalho, de acordo com a Lei Complementar nº 75/93, como órgão competente para proteger os direitos sociais, inclusive o lazer. Desse modo, conforme os artigos 83, III<sup>123</sup> e 84, II<sup>124</sup> da lei citada, cabe ao Ministério Público do Trabalho por meio ação civil pública e inquéritos civis a proteção do lazer e a busca de sua implementação pelo Estado.

Porém, esse não é o único órgão capaz de proteger os direitos sociais, em especial o lazer. Todo o Ministério Público tem a competência constitucional de proteger os direitos

---

<sup>123</sup> “Art. 83. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho: III - promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos” BRASIL, **Lei Complementar nº 75/1993**, Congresso Nacional, Brasília/DF: 20 de Maio de 1993

<sup>124</sup> “Art. 84. Incumbe ao Ministério Público do Trabalho, no âmbito das suas atribuições, exercer as funções institucionais previstas nos Capítulos I, II, III e IV do Título I, especialmente: II - instaurar inquérito civil e outros procedimentos administrativos, sempre que cabíveis, para assegurar a observância dos direitos sociais dos trabalhadores” BRASIL, **Lei Complementar nº 75/1993**, Congresso Nacional, Brasília/DF: 20 de Maio de 1993

fundamentais, inclusive o social ao lazer, e, por essa razão, em caso de descumprimento ou mesmo de inércia estatal capaz de afetar negativamente o lazer, pode ser objeto de discussão judicial através de Ação Civil Pública e, assim, buscar-se sua implementação.

Nesse momento, então, em que o Ministério Público ajuíza uma ação em que se discute a concretização do direito social ao lazer, tem-se que o Poder Judiciário é convocado para manifestar-se sobre o tema e, conseqüentemente, capaz de indicar e obrigar o Estado a executar determinada política pública capaz de efetivar o direito ali discutido. Destaca-se também a Defensoria Pública possui competência para defender os direitos coletivos e difusos dos indivíduos, além de assessorá-los quando não dispõem de condições financeiras para atuarem em juízo.

Entretanto, também é possível que o próprio indivíduo, percebendo que seu direito social ao lazer foi violado ou mesmo está prestes a ser violado, ingresse com medida judicial a fim de coibir tal ação ou mesmo punir e cessar a referida contrariedade. Como primeiro exemplo de atuação do Judiciário na busca da concretização do lazer e preocupando-se com a sua vertente humana, tem-se o julgado de 17 de Dezembro de 2014 do Tribunal Superior do Trabalho sobre o caso de norma coletiva que não estabelecia qualquer limitação do horário de repouso intrajornada o que afetava, diretamente, o lazer e a jornada de trabalho do indivíduo.

Assim, em razão do Recurso de Revista nº 1037-66.2010.5.04.0231<sup>125</sup>, o Tribunal Superior do Trabalho decidiu que normas coletivas de trabalho, tais como acordos e convenções

---

<sup>125</sup> AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. INTERVALO INTRAJORNADA SUPERIOR A DUAS HORAS. PREVISÃO EM ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. AUSÊNCIA DE DELIMITAÇÃO DO TEMPO ELASTECIDO. INVALIDADE. Agravo de instrumento a que se dá provimento em face de haver sido demonstrada possível violação do artigo 71, caput, da CLT. RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. INTERVALO INTRAJORNADA SUPERIOR A DUAS HORAS. PREVISÃO EM ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. AUSÊNCIA DE DELIMITAÇÃO DO TEMPO ELASTECIDO. INVALIDADE. O artigo 71, caput, da CLT possibilita que, por meio de acordo escrito entre os contratantes, o intervalo intrajornada possa ser estendido além do limite máximo de duas horas. O referido acordo, contudo, deve especificar expressamente o horário e a duração do intervalo para alimentação, o que, inclusive, refletirá no término do expediente, sob pena de resultar em abuso de direito, gerar insegurança ao empregado e o conseqüente prejuízo na vida pessoal e social. Na hipótese, extrai-se do acórdão recorrido a generalidade da cláusula coletiva, ao prever a possibilidade de alargamento do período intervalar para mais de duas horas, sem, contudo, prefixar tempo disponível para descanso. Como anteriormente dito, tal procedimento contraria a finalidade da norma contida no artigo 71 da CLT, pois, ao não estipular previamente a duração e, em virtude do acréscimo ao final da jornada, dificulta o gozo do lazer e convívio social, influenciando, conseqüentemente, na recomposição da saúde mental do indivíduo, também protegida pelo preceito supracitado. Inválida, portanto, a cláusula coletiva. Precedentes. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. DANOS MORAIS. CARACTERIZAÇÃO. Inviável o conhecimento do recurso de revista em que a parte não indica violação de dispositivo de lei ou da Constituição Federal, tampouco aponta dissenso pretoriano ou contrariedade a verbete de jurisprudência desta Corte, desatendendo, assim, a disciplina do artigo 896 da CLT. Recurso de revista de que não se conhece. RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. HORAS EXTRAS. ÔNUS DA PROVA. O artigo 818 da CLT disciplina a distribuição do encargo probatório entre as partes do processo. Assim, a violação do mencionado dispositivo legal somente ocorre na hipótese em que o magistrado decide mediante atribuição equivocada desse ônus, o que não ocorreu no caso dos autos. Recurso de revista de que não se conhece. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Ressalvado meu posicionamento pessoal, verifico que, ao condenar a ré ao pagamento de honorários de advogado, apesar de reconhecer que o autor não está assistido pelo sindicato, a Corte Regional contrariou a Súmula nº 219 do

coletivos podem dilatar o intervalo intrajornada de forma que este seja superior a duas horas. No entanto, esse aumento deve ser previsto na própria norma a fim de que se tenha o exato tempo de descanso ofertado posto que a ausência de delimitação do tempo afetará a jornada de trabalho do indivíduo e, conseqüentemente, o seu lazer já que, como já foi dito, a limitação da jornada corresponde a um mecanismo jurídico em garantir a fruição do ócio criativo do empregado. Por esses motivos, o Tribunal Superior do Trabalho considerou inválida a referida norma coletiva.

Outro exemplo de atuação do Poder Judiciário em face de desrespeito ao direito fundamental ao lazer é a condenação do agressor em dano existencial. Isso porque quando o lazer é violado e, portanto, retirada do indivíduo a oportunidade de fruir do ócio criativo e obter os benefícios ali existentes, tem-se que a transgressão atinge a própria existência do homem e, conseqüentemente, gera um direito a indenização. Como não é possível a concessão do tempo de lazer violado, há a condenação em pecúnia pela violação do direito fundamental ao lazer e exige-se do agressor respeito a esse direito e a tomada das providências cabíveis para a sua concretização.

Traduzindo esse pensamento, tem-se o Acórdão nº 0000105-15.20115.04.0241 do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região julgado em 14 de Março de 2012<sup>126</sup> que condena o empregador ao pagamento de indenização pelo dano existencial causado visto que o empregado realizava jornada extra excedente com habitualidade e tal ação gerava a não fruição do lazer e, conseqüentemente, reduzia suas oportunidades de convívio familiar e social, retirava-lhe o direito ao desenvolvimento psicossocial, além de tornar suas condições de vida indignas. Ressalta-se que a Corte Regional acatou o argumento da Reclamante de que a prestação habitual de horas extras acarretou a não fruição do direito ao lazer posto que a empregada chegava tão cansada do seu momento de trabalho que somente repousa em seu momento livre, deixando de lado as outras vertentes humanas do lazer tais como a convivência familiar, busca pelo conhecimento e desenvolvimento do ser, práticas de atividades desportivas.

---

TST. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (RR - 1037-66.2010.5.04.0231 , Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 17/12/2014, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/02/2015, grifo nosso)

<sup>126</sup> “**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 provido. (Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Acórdão n. 0000105-14.2011.5.04.0241. Relator: José Felipe Ledur, DJ 14/03/2012, grifo nosso)



Desse modo, tem-se que o Poder Judiciário também se encontra atuante quando os órgãos de fiscalização não obtêm sucesso na fase administrativa de autuação e, então, recorrer ao Judiciário não somente para cobrar as multas atribuídas pelo desrespeito ao direito fundamental ao lazer como também para exigir o cumprimento das normas protetionais. Portanto, o Judiciário se encontra como um Poder capaz de exigir do Estado a aplicação das políticas públicas de Estado propostas em seu orçamento anual e plurianual; de indicar quais medidas devem ser concretizadas a fim de melhor implementar o direito ao lazer; a condenação de particulares ao dano existencial ou até mesmo do Poder Público quando há transgressão ao direito fundamental ao lazer capaz de afetar a dignidade humana do indivíduo e o controle de constitucionalidade e legalidade das normas que contrariam referido direito social e sua fruição pelo homem.

Logo, é possível a alteração da visão econômica do lazer a fim de que prepondere a dimensão humana posto que tal direito tem como função a promoção da dignidade do homem, de uma vida igualitária e justa e da redução das desigualdades sociais. Para isso, defende Maria Hemília Fonseca (2011, p.77) que

(...) a vigência dos direitos econômicos, sociais e culturais implica o compromisso de que todas as medidas tendentes à realização dos mesmos – legislativas, judiciais, administrativas, econômicas, sociais e educacionais – sejam realizadas pelos poderes públicos, sob a fiscalização e controle dos órgãos componentes.

Logo, é necessário que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário atuem de forma conjunta, objetivando a implementação desse direito fundamental social e conscientizando a comunidade não somente da sua importância como também do direito constitucional garantido e dos mecanismos que dispõe para sua defesa.

## CONCLUSÃO

A dissertação tratou da problemática do lazer que envolve a ausência de efetividade e, conseqüentemente, a não apresentação de eficácia plena. Conforme tudo que fora discutido, conclui-se que o lazer corresponde a um direito fundamental social de segunda dimensão e, por essa razão, exige do Estado uma intervenção na vida em sociedade a fim de que sejam implementados e respeitados.

Apesar da divergência doutrinária existente, o lazer é um direito fundamental de aplicabilidade imediata e direta. Isso porque, de acordo com o artigo 5º, §3º da Constituição Federal Brasileira, os direitos fundamentais previstos no ordenamento constitucional brasileiro possuem eficácia plena e, portanto, produz efeitos tanto no âmbito jurídico como no social.

Buscando-se, então, a eficácia plena garantida pela Constituição, a realidade em que se encontra o lazer foi analisada e verificou-se que esse direito fundamental passa por uma fase de desvalorização e sem reconhecimento social. Ora, o lazer não é visto como um direito social humano capaz de proteger e implementar a dignidade humana. Ele é visto como momento de não trabalho, vagabundagem e se apresenta, cada vez mais, excluído da sociedade.

Muitos estudos foram realizados com o intuito de fomentar o lazer e torná-lo mais aceito e fruído pelos indivíduos. Não obstante, as propostas foram rejeitadas em função da ausência de importância social do lazer. Como exemplo, teve-se a discussão sobre a redução da jornada de trabalho a fim de proporcionar ao indivíduo um maior tempo de lazer. Logo, conforme o conceito adotado, tem-se que o lazer corresponde ao momento de descanso, repouso, divertimento, recreação, convívio social, desenvolvimento psicossocial, ócio no sentido positivo.

Porém, a comunidade vê o lazer como tempo perdido e quando se discute a redução da jornada diária, a maioria indica que utilizaria tal momento livre para buscar outro trabalho de forma a complementar sua renda e ter melhores condições financeiras. Desse modo, através da pesquisa realizada por Jon Messenger para a Organização Internacional do Trabalho, verificou-se que os países desenvolvidos foram capazes de ofertar aos seus indivíduos uma jornada semanal de 36 (trinta e seis) horas e, portanto, incentivar mais o lazer e o gozo do momento livre. Porém, tal medida somente se mostrou eficaz em razão do pagamento justo da mão-de-obra.

Isso porque o salário pago em função da atividade laboral exercida é capaz de suprir as necessidades vitais do indivíduo, dentre elas, a alimentação, o lazer, a higiene, a educação, a moradia, vestuário, transportes, previdência social. Logo, um salário justo que atende ao básico

do indivíduo permite que este tenha uma jornada laboral menor e, portanto, condições para a fruição do lazer.

Porém, tal situação não se percebe nos países em desenvolvimento. Isso porque a jornada de trabalho semanal é superior, no caso do Brasil são 44 (quarenta e quatro) horas, e o pagamento da mão-de-obra é inferior. Logo, para que o indivíduo obtenha uma remuneração capaz de suprir todas as necessidades vitais ora citadas é preciso que exerça mais de uma atividade laborativa e, por conseguinte, abdique do seu momento de lazer.

Além disso, o lazer se encontra em desvalorização posto que a comunidade passou a priorizar o trabalho em função da visão pejorativa de vagabundagem do ócio introduzida pelo capitalismo moderno. Apesar do péssimo pagamento da mão-de-obra, o que se verifica também na sociedade capitalista contemporânea é o engrandecimento da produção e a necessidade de seu consumo. Assim, o lazer era visto não somente como tempo de não-labor como também de incapacidade de adquirir condições para o consumo.

Tentando, então, driblar essa visão e fomentar a aquisição dos produtos e serviços produzidos pelo capitalismo, o lazer foi estimulado através de sua visão econômica. Assim, esse direito fundamental foi restringido ao momento livre do indivíduo para a busca do descanso a fim de recuperar as energias para o trabalho e, conseqüentemente, aumentar sua produtividade; tempo destinado ao aquecimento econômico, como por exemplo o turismo, posto que é ideal para a consumo daquilo que se produziu e criação de outros setores da economia; a busca do pleno emprego.

Desse modo, tem-se que o trabalho foi colocado, então, no centro de prioridades do indivíduo fazendo com que todos os demais direitos e razões de existir do ser humano gire em torno dele. Ocorre que tal inversão dos valores ocasionados pelo capitalismo contemporâneo agressivo afasta o Estado Democrático de Direito de sua real fundamentação, qual seja, a dignidade da pessoa humana. Além disso, são os direitos fundamentais com eficácia plena os instrumentos estatais de proteção e garantia desse superprincípio.

Desse modo, o lazer se relaciona diretamente com a dignidade humana pelo fato de ser capaz de ofertar o indivíduo o momento somente seu, que destaque sua essência humana e que busque consigo seu autoconhecimento e valorização de sua qualidade. Ou seja, o lazer na visão humana interage e garante a dignidade posto que oferta ao direito social aqui estudado uma visão de que é uma atividade necessária para o bem-estar e desenvolvimento do homem. Assim, relaciona-o com o descanso imprescindível do homem (biológico), sua interação com a sociedade (social), desenvolvimento psíquico-moral e busca do sentido da vida.

Logo, o lazer é uma necessidade humana que introduz na sociedade e no próprio indivíduo a oportunidade de repousar, divertir-se, recrear-se, entreter-se e desenvolver-se pessoalmente. Ora, é o momento livre do indivíduo, o tempo que lhe é destinado para fazer toda e qualquer atividade que não se relacione com a produção de capital muito menos com as atividades obrigatórias. Poderíamos, claro, considerar como lazer aquele momento de convívio familiar no qual pais e filhos, por exemplo, realizam um piquenique no parque. O momento de repouso para reposição das energias, de leitura não obrigatória (temas que não se relacionem com o labor ou qualquer outra atividade obrigacional), a busca do desenvolvimento humano psíquico-moral, dentre outros.

Além disso, o lazer é um instituto interdisciplinar e que apresenta uma influência e proteção nas demais áreas de convivência do indivíduo. Dessa forma, esse direito social se apresenta na saúde, na previdência social, no desporto, no bem-estar de crianças, adolescentes e idosos, no meio ambiente, dentre outros.

Pegando-se especialmente a situação dos idosos, verificou-se através da pesquisa citada nesse trabalho que o bem-estar dos indivíduos com mais de 60 (sessenta) anos de idade é sua prioridade de vida posto que já passaram da fase de dedicação de parte de seu tempo para as atividades de produção de capital, restando-lhe somente o tempo livre e aquele destinado a obrigações familiar, sócio-espirituais e sócio-políticas. Com isso, a pesquisa desejou descobrir dos idosos quais institutos interferem na sua conceituação de uma boa qualidade de vida e percebeu-se que, para a maioria, o lazer corresponde a um dos requisitos.

Ora, é comum no Brasil, em especial na cidade de Aracaju/SE, a presença de idosos nas praças públicas exercitando-se, conversando com outros indivíduos, passeando com seus animais de estimação e, até mesmo, levando seus familiares para passear. Portanto, é de fácil percepção e conclusão que o lazer é importante item para a busca de uma qualidade de vida não só para os idosos como também para todo ser humano.

Desse modo, é imprescindível que ocorra uma alteração da visão que se tem do lazer a fim de que a sociedade possa usufruir de melhores condições de vida e, conseqüentemente, atender aos seus anseios humanos. Porém, quando se fala na urgente revalorização do lazer, não se deseja nesse momento defender a instituição de uma sociedade socialista. Muito pelo contrário, acredita-se no capitalismo como uma forma de economia viável, mas que precisa de uma mudança de valores para a sua percepção saudável. Desse modo, uma das possibilidades para a efetividade do direito social ao lazer seria a concessão de um salário justo. Ora, de que adiantaria reduzir a jornada de trabalho do indivíduo se este permaneceria com uma mão-de-obra barata e incapaz de suprir suas necessidades básicas?

Não obstante, a concessão de um salário capaz de atender as necessidades vitais do indivíduo de nada adiantaria se não houver a valorização do lazer. Isso porque o indivíduo não concede ao ócio a importância que lhe é imprescindível e, muito menos, vê-o como um direito essencial para a sua vida. Logo, a concessão de uma remuneração justa e condizente com o atendimento das necessidades essenciais do indivíduo corresponde, de fato, a uma maneira de garantir o lazer ao indivíduo, mas a conscientização, valorização e implementação estatal devem ser precedentes a fim de que o homem seja capaz de dedicar seu tempo ao ócio.

Desse modo, verificou-se nessa dissertação que o lazer corresponde a um direito a prestação, ou seja, a direito positivo posto que exige do Estado uma atuação interventiva de forma a proteger e implementar o direito social em discussão. Destaca-se que os direitos a prestação são assim considerados pois garantem ao indivíduo a capacidade de exigir da entidade estatal uma prestação capaz de fomentar o seu direito. Portanto, são os chamados direitos constitucionais subjetivos que possibilitam ao homem exigir do Estado a prestação de políticas públicas para a concretização de seu direito.

Tal prestação pode se apresentar de três formas: de proteção, a organização e procedimento, prestação em sentido estrito. Com relação à primeira, tem-se que são aqueles direitos que exigem do Estado uma medida que os protejam da intervenção de terceiros, ou seja, que permitam o gozo do direito sem que ocorra a transgressão deste por outro indivíduo. Assim, normalmente, percebe-se que o Estado efetua sua proteção através de sanções penais, civis ou mesmo administrativas àqueles que desrespeitam o direito garantido. Seria, então, essa uma das medidas a ser adotada pelo Estado no momento em que prevê, por exemplo, o pagamento de hora extra trabalhada superior ao horário normal; quando concede a indenização por dano existencial ao indivíduo que tem jornada extraordinária com regularidade.

Portanto, é preciso que o Estado intervenha de forma a combater os desrespeitos realizados pelos particulares posto que os direitos fundamentais sociais possuem a vertente horizontal de relação. Acrescente-se ainda que é possível nessa perspectiva de prestação que o Estado atue de forma educadora, conscientizadora de modo a mostrar aos indivíduos os direitos que possuem e as formas de exigir seu respeito.

Com relação ao direito a prestação a organização e procedimento, tem-se que corresponde a atuação do legislador de forma a procedimentalizar o gozo de tal direito de forma que o indivíduo tenha uma cartilha de como concretizá-lo. Ora, seria, então, a disponibilização ao indivíduo de institutos, entidades e meios de usufruir referido direito. Ocorre que o lazer não apresenta órgãos ou mesmo entidades específicas para a gestão dos seus recursos ou mesmo elaboração das diretrizes para sua concretização. Dessa forma, é necessária a elaboração de

normas que permitem a criação de referido órgão e indique os mecanismos aplicados na efetividade do lazer. Destaca-se ainda que é imprescindível a destinação de recursos públicos exclusivos para o lazer de forma que sejam implantadas atividades permanentes e eficazes de conscientização e concretização desse direito fundamental.

Por fim, têm-se as prestações em sentido estrito, quais sejam, em dinheiro e outros bens. Essa vertente da prestação é aquela que exige do Estado uma aplicação direta de verba pública para a efetividade do lazer. Ou seja, envolve o orçamento público e sua destinação. Dessa forma, relaciona-se com as políticas públicas de concretização do lazer. Com isso, defende-se que o Estado deve destinar e organizar-se de forma a praticar medidas educadoras capazes de ressaltar a importância do lazer e da sua visão humana; a aumentar a fiscalização nos setores que se relacionam com o gozo do lazer e exigir, de acordo com as medidas administrativas previstas, o respeito desse direito; construir locais que fomentem o gozo do lazer através das suas formas de convívio social, desporto, dentre outras.

Ressalta-se ainda que, apesar de se verificar a obrigação estatal em implementar o lazer através de políticas públicas, o que se verifica na realidade é que o lazer não apresenta medidas próprias de implementação e é objeto de políticas de governo. Ou seja, o lazer não é visto como um direito social fundamental independente capaz de ter políticas públicas de Estado específicas para sua efetividade. Desse modo, é preciso que o Estado Democrático também altere sua visão e com a criação de entidades específicas capazes de gerir e organizar as diretrizes do lazer, fomente-o e concretize-o.

Revela-se ainda que o Estado justifica sua abstenção e, muitas vezes, sua atuação através de políticas de governo em função da reserva do possível e, por conseguinte, ausência de orçamento financeiro capaz de efetivar o direito social ao lazer. Todavia, tal razão não merece prosperar posto que a reserva do possível corresponde a um princípio constitucional destinado a assegurar ao Estado a destinação e organização do orçamento público de forma justa e digna para a concretização dos direitos fundamentais sem que o torne obsoleto, lento e endividado. Desse modo, o orçamento público deve ser realizado observando as medidas possíveis pelo Estado e garantido ao lazer uma implementação progressiva (conformidade com o Princípio da Progressividade Social) e à sociedade uma evolução social, redução das desigualdades e oferta de melhores meios e condições financeiras de vida (Princípio da Vedação ao Retrocesso Social).

Portanto, pode-se concluir que é dever estatal a implementação do direito fundamental social ao lazer de forma a alterar a visão econômica que prepondera atualmente através de políticas públicas de Estado através da conscientização, da educação, da fiscalização e da fomentação ao ócio, de acordo com as possibilidades financeiras do Estado. Porém, tal reserva

deve se conciliar com outros dois princípios constitucionais implícitos da vedação ao retrocesso e progressividade social de forma que a destinação de verbas públicas traga à sociedade uma concretização evolutiva do direito ao lazer capaz de proteger e proporcionar uma vida digna aos indivíduos.

## REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 1982

ABBOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2011

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos**. Trad. Guido de Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 2006

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo/SP: Malheiros, 2008

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. **O Direito do Trabalho como Dimensão dos Direitos Humanos**. São Paulo: LTr, 2009

\_\_\_\_\_ ; COLNAGO, Lorena de Melo Rezende (Orgs.). **Direito Internacional do Trabalho e as Convenções Internacionais da OIT comentadas**. São Paulo: LTr, 2014

AMARAL, Sílvia Cristina Franco; SANTOS, Flávia da Cruz. Sobre Lazer e Políticas Públicas: Questões teórico-conceituais. *in*: **Pensar a Prática, Goiânia**. v. 13, n. 3, p.1-13. Goiânia, Set/Dez, 2010

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10ª ed. São Paulo/SP: Malheiros, 2010

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicação do direito e contexto social**. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2000

BACAL, Sarah. **Lazer e o universo dos possíveis**. 2ª Ed. São Paulo Aleph, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. “Constitucionalização das Políticas Públicas em matéria de Direitos Fundamentais: O Controle Político-Social e o Controle Jurídico no espaço



democrático”, *in*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). **A constitucionalização do direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2010

\_\_\_\_\_. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte/MG: Fórum, 2013

\_\_\_\_\_. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte/MG: Fórum, 2013

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001

BRANCO, Maurício de Melo Teixeira; BARROS, Renato da Costa Lino de Goes; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário Veiga. **Fundamentação material dos direitos fundamentais na contemporaneidade**. Disponível em:

[http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp\\_codartigo=522](http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=522). Acesso em: 08/06/2014

BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. **Jornada de trabalho e acidente de trabalho: reflexões em torno da prestação de horas extraordinárias como causa do adoecimento no trabalho**. Volume 75, n. 2. Porto Alegre: Revista do Tribunal Superior do Trabalho, 2009

BRASIL. **Constituição Federal do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 01/07/2014

BRASIL. **Lei da Saúde**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm). Acesso em: 05/05/2014

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro/RJ: Forense, 2003

BRUHNS, Heloisa Turini. “Lazer e Motricidade: Dialogando com o Conhecimento” In: **Temas sobre Lazer**. São Paulo: Autores Associados, 2000.

CALVET, Otávio Amaral. **A eficácia horizontal imediata do direito social ao lazer nas relações privadas de trabalho**. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005

\_\_\_\_\_. **Direito ao Lazer nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2006

CAMBI, Eduardo. **Pós-positivismo e o Neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do legislador: contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra, 1994

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1993

CHEMIN, Beatriz Francisca. **Constituição & Lazer: Uma Perspectiva do Tempo Livre na Vida do (Trabalhador) Brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2002.

CICERO, Marco Túlio. **Das Leis; Sobre o ócio**. (trad.) Otávio T. de Brito. São Paulo: Editora Cultrix, 1967.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/>  
Acesso em 21/05/2014

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em:  
<http://www.corteidh.or.cr/> Acesso em 21/05/2014

DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade**. São Paulo/SP: Saraiva, 2009

DE GRAZIA, Sebastian. **Tiempo, trabajo y ocio**. Madrid: Tecnos, 1994

DE MASI, Domenico. **O ócio criativo**: Entrevista a Maria Serena Palieri. Trad. Lea Manzi. 10ª ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

\_\_\_\_\_. Perspectivas para o trabalho e o tempo livre. *in*: **Lazer numa sociedade globalizada**: leisure in a globalized society. Ed. GARCIA, Erivelto Busto; LOBO, Francis. Trad. Mario Bresighello. São Paulo: SESC/WLRA, 2000

\_\_\_\_\_. **O futuro do trabalho**: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial. Trad. Yadyr A. Figueiredo. 7. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2003

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e Direitos Fundamentais**: Dignidade da Pessoa Humana, Justiça Social e Direito do Trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 2013

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, 2011

DUMAZEDIER, Joffre. **Sociologia Empírica do Lazer**. São Paulo: Perspectiva, 1979

\_\_\_\_\_. **Lazer e Cultura Popular**. 3.ed. São Paulo: Perspectiva, 2004

\_\_\_\_\_. **Vers une civilisation du loisir?** Paris: Éditions du Seuil, 1962

FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2004

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014

FOGLIA, Sandra Regina Pavani. **Lazer e Trabalho: Um enfoque sobre a ótica dos direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2013

FONSECA, Maria Hemília. Direito ao Trabalho: Um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro. *in: Temas de direito do trabalho e seguridade social: homenagem ao Prof. Cássio Mesquita Barros*. Org. ZAINAGHI, Domingos Sávio; SILVA, Lucas Gonçalves da; SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. São Paulo: LTR, 2013

GOMES, Christianne Luce. **Lazer e trabalho**. Brasília: SESI/DN, 2005

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre/RS: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade Humana: Princípio Constitucional**. 1ª. ed. Curitiba: Juruá, 2006

JELLINEK, Georg. **Teoria General del Estado**. Alemanha, 2004

JOIA, Luciane Cristina; RUIZ, Tania; DONALISIO, Maria Rita. **Condições associadas ao grau de satisfação com a vida entre a população de idosos**. Universidade de São Paulo: Revista de Saúde Pública, 2007, p. 131-138

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

LEE, Sangheon; MCCANN, Deirdre; MESSENGER, Jon C. **Duração do trabalho em todo o mundo: Tendências de Jornadas de Trabalho, Legislação e Políticas numa perspectiva global comparada**. Secretaria Internacional do Trabalho. Brasília: OIT, 2009. Disponível em: [http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/work\\_hours/pub/duracao\\_trabalho\\_284.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/work_hours/pub/duracao_trabalho_284.pdf)  
Acesso em: 27/07/2013

LEITE, Ravênia Márcia de Oliveira. **Do efeito cliquet ou princípio da vedação ao retrocesso**. Revista Jus Vigilantibus. 2009

LUNARDI, Alexandre. **Função social do Direito ao Lazer nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2010

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

MARCASSA, Luciana Pedrosa. **A invenção do lazer**: educação, cultura e tempo livre na cidade de São Paulo (1888-1935). Dissertação de Mestrado em Educação. Universidade Federal de Goiás, 2002

\_\_\_\_\_. “As faces do lazer: categorias necessárias a sua compreensão”.  
*in*: **Anais do XV ENAREL**. Santo André: SESC, 2003

MARCELLINO, Nelson de Carvalho. **Estudos do lazer**: uma introdução. 4. ed. Campinas: Autores Associados, 2006

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo/SP: Atlas, 2011

MASCARENHAS, Fernando. “Lazerania também é conquista: tendências e desafios na era do mercado. *in*: **Movimento**. V. 10, n. 2. Porto Alegre, 2004

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo/SP: Saraiva, 2011

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília/DF: Brasília Jurídica, 2000

MESSENGER Jon C.; LEE Sangheon; MCCANN Deirdre. **Duração do Trabalho em Todo o Mundo**: Tendências de jornadas de trabalho, legislação e políticas numa perspectiva global comparada. Secretaria Internacional de Trabalho. Brasília: OIT, 2009 Disponível em: [http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/employment/doc/apresentação\\_jon\\_messenger\\_70.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/employment/doc/apresentação_jon_messenger_70.pdf) Acesso em: 27/07/2013

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: [http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm) Acesso em: 21/05/2014

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

MORAIS, José Luis Bolzan de. **A subjetividade do tempo**: uma perspectiva transdisciplinar do Direito e da Democracia. Santa Cruz do Sul/RS: Edunisc, 2010

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Teoria da reforma constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012

MÜLLER, Friedrich. **Metodologia de direito constitucional**. Tradução Peter Naumann, Euridice Avance de Souza. 4. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007

\_\_\_\_\_. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Ed, Martins Fontes, 2009

NIETZSCHE, Friedrich. **Humano, demasiado humano**. Trad. SOUZA, Paulo César de. 1. ed. São Paulo: Companhia de Bolso, 2005

NOGUEIRA, Jairo Dias. **Prolongamento da jornada de trabalho**: uma visão sociológica, Pelotas, EDUCAT: 2001

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 5ª ed. São Paulo/SP: Método, 2011

OLEIAS, Valmir José. **Conceito de Lazer**. Disponível em: <http://www.cds.ufsc.br/~valmir/cl.html>. Acesso em : 1º fev. 2013.

PADILHA, Valquíria. **Tempo livre e capitalismo**: um par imperfeito. Campinas: Alínea, 2000

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direito fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro/RJ: Renovar, 2006

PERLINGIERI, Pietro. *in*: **Tratado de los tratados internacionales** – Comentados. Dirig. Walter F. Carnota y Patricio Alejandro Maraniello. Coord. SOSA, Guilhermina Leontina. 1. ed. Buenos Aires: La Ley, 2011

PESSOA, Flávia Guimarães. **Curso de direito constitucional do trabalho**. Salvador/BA: JusPodivm, 2009

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos e os direitos constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013

\_\_\_\_\_. **Temas de direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PINTO, Airton Pereira. **Direito do Trabalho, Direitos Humanos Sociais e a Constituição Federal**. São Paulo: LTr, 2006

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013

RIFKIN, Jeremy. **O fim dos empregos**. São Paulo: Makron Books, 2000

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas relações de trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2014

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

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

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Crise e desafios da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004

SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência – para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. São Paulo: Editora Cortez, 2002

SANTOS JÚNIOR, Rubens Fernando Clamer. **A eficácia dos direitos fundamentais dos trabalhadores**. São Paulo: LTr, 2010

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3ª ed. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado Editora, 2003

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 6ª ed. ver. atual. Porto Alegre/RS: 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; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010

SARMENTO, Daniel. “Os Direitos Fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social. *in*: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Crise e desafios da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19ª ed. São Paulo/SP: Malheiros, 2001

SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. Direito Social do Trabalhador ao Salário Justo. *in*: **Temas de direito do trabalho e seguridade social**: homenagem ao Prof. Cássio Mesquita Barros. Org. ZAINAGHI, Domingos Sávio; SILVA, Lucas Gonçalves da; SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. São Paulo: LTR, 2013

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. **Direitos fundamentais**: contribuição para uma teoria geral. São Paulo/SP: Atlas, 2010

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais** – conteúdo, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo/SP: Malheiros Editores, 2010

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O devido processo legal**: uma visão pós-moderna. Coleção Temas de Processo Civil. Estudos em homenagem a Eduardo Espínola. Coord. DIDIER JUNIOR, Freddie. Salvador: Juspodivm, 2008



TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002

\_\_\_\_\_. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo/SP:  
Saraiva, 2012

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro/RJ: Renovar, 2009

VALE, André Rufino do. Aspectos do neoconstitucionalismo. *in*: **Revista de Direito Público**.  
n. 14. Porto Alegre: Síntese/IOB/IDP, 2007