



FACULDADE BAIANA DE DIREITO

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LUANDA LIMA NASCIMENTO

**O DIREITO FUNDAMENTAL AO LAZER NAS RELAÇÕES DE
EMPREGO**

Salvador

2016

LUANDA LIMA NASCIMENTO

**O DIREITO FUNDAMENTAL AO LAZER NAS RELAÇÕES DE
EMPREGO**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador:

Salvador

2016

TERMO DE APROVAÇÃO

LUANDA LIMA NASCIMENTO

**O DIREITO FUNDAMENTAL AO LAZER NAS RELAÇÕES DE
EMPREGO**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito,
Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2016

A

Deus, meu maior Companheiro.

AGRADECIMENTOS

O momento da realização da monografia foi marcado por inúmeros obstáculos no percurso, sacrifícios feitos, dúvidas e ausência na vida daqueles que amo, mas com todo o apoio das pessoas de luz que me circundam, eu estou concluindo mais uma etapa.

Por isso, agradeço a Deus por ter colocado em mim toda a força necessária para terminar essa árdua trajetória.

Aos meus pais por todo o apoio e paciência durante esse período de tantas provações na minha vida.

A minha família, pelo amor incondicional, preocupação e a felicidade em me ver alcançando mais uma vitória.

As minhas amigas pela paciência e pelas doces palavras de conforto em cada tentativa de me acalmar durante esse processo longo e sacrificante, mas também muito enriquecedor.

A Dra. Adriana Brasil Vieira Wyzykwoski, minha orientadora, pelo suporte durante esta etapa, compreensão diante dos obstáculos que foram ultrapassados ao longo dessa jornada e pelo companheirismo e palavras reconfortantes.

A Faculdade Baiana de Direito por me apresentar as dificuldades enfrentadas, me instigando e direcionando sempre ao caminho da superação, me preparando para as dificuldades que serão impostas na efetiva vida adulta.

Aos meus professores, por todo o ensinamento jurídico.

A mim, pela resiliência.

“Se não puder voar, corra. Se não puder correr, ande. Se não puder andar, rasteje,
mas continue em frente de qualquer jeito.”

Martin Luther King Jr.

RESUMO

A pesquisa empreendida versa sobre o direito fundamental ao lazer nas relações de emprego. O direito ao lazer se constitui como um direito fundamental social. Os direitos fundamentais surgiram como instrumento de proteção frente às atuações estatais descabidas que ocasionavam violações a esfera individual dos destinatários dos direitos, todavia, com o decurso do tempo observou-se que as violações não eram provenientes somente do Estado, mas que também advinham das relações privadas. Não obstante haja o reconhecimento em norma constitucional a respeito deste direito, o ordenamento jurídico brasileiro não dispõe de legislação específica que regulamente a prestação desse direito, trata-se e uma desvalorização do direito ao lazer, que se encontra ignorado também pela sociedade, em razão da perspectiva capitalista que dinamiza o modo de vida na contemporaneidade. Assim, esse direito é visto de forma secundária e não recebe o tratamento devido. Apesar disso, o direito ao lazer não deixa de possuir um grande valor na vida do indivíduo, pois a sua efetiva concretização influencia em diversas esferas da vida do indivíduo. No que tange as relações de emprego, observa-se que cada vez mais as jornadas excessivas de trabalho e as flexibilizações ocasionam no indivíduo uma impossibilidade de desconexão da atividade laboral e isso reflete na vida do indivíduo tanto no âmbito do ambiente de trabalho quanto fora, visto que tal situação afeta também a relação do empregado no seu relacionamento com família e amigos, impedindo o seu desenvolvimento intelectual e da personalidade, o seu descanso e a sua diversão. Observa-se com isso a importância da aplicabilidade do direito ao lazer nestas relações como mecanismo de promoção da dignidade da pessoa humana. Assim sendo, o que se busca realizar com o presente estudo é a análise da possibilidade da aplicação desse direito nas relações de emprego, bem como os meios cabíveis para essa concretização. Por fim, através dessa lógica surge a viabilidade da proteção da dignidade da pessoa humana, através da promoção deste direito também pelo empregador, no âmbito das relações de emprego, seja no ambiente de trabalho ou no âmbito extralaboral.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Relações de Emprego; Eficácia Horizontal; Direito ao lazer; Concretização.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|------|---|
| art. | artigo |
| CF | Constituição Federal da República de 1988 |
| CLT | Consolidação das Leis do Trabalho |
| OIT | Organização Internacional do Trabalho |
| ONU | Organização das Nações Unidas |
| RE | Recurso Extraordinário |
| RO | Recurso Ordinário |
| TRT | Tribunal Regional do Trabalho |
| STF | Supremo Tribunal Federal |

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| 1 INTRODUÇÃO | 10 |
| 2 ASPECTOS GERAIS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 | 14 |
| 2.1 CONCEITUAÇÃO | 15 |
| 2.1.1 Conceituação sob a ótica formal | 16 |
| 2.1.2 Conceituação sob a ótica material..... | 18 |
| 2.2 UMA BREVE ABORDAGEM HISTÓRICA INSERIDA NO CONTEXTO DAS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS | 19 |
| 2.2.1 Primeira Dimensão | 21 |
| 2.2.2 Segunda Dimensão | 22 |
| 2.2.3 Terceira Dimensão..... | 24 |
| 2.3 UMA BREVE ABORDAGEM HISTÓRICA INSERIDA NO CONTEXTO DAS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS | 26 |
| 2.3.1 A historicidade e indivisibilidade dos direitos fundamentais | 27 |
| 2.3.2 Acumulabilidade | 30 |
| 2.3.3 Relatividade | 35 |
| 2.3.4 Inalienabilidade, indisponibilidade e imprescritibilidade | 37 |
| 2.4 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA DISPOSIÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 | 39 |
| 3 A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS | 46 |
| 3.1 A DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS | 46 |
| 3.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS RELAÇÕES PRIVADAS | 49 |
| 3.3 TEORIA DA INEFICÁCIA HORIZONTAL OU TEORIA DA STATE ACTION | 53 |
| 3.4 TEORIA DE SCHWABE OU TEORIA DA CONVERGÊNCIA ESTATISTA.. | 57 |

| | | |
|----------|---|------------|
| 3.5 | TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL INDIRETA OU MEDIATA..... | 58 |
| 3.6 | TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DIRETA OU IMEDIATA | 63 |
| 3.7 | TEORIA DOS DEVERES DE PROTEÇÃO | 72 |
| 3.8 | TEORIA INTEGRADORA DE ROBERT ALEXY | 75 |
| 4 | A APLICAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO LAZER NAS RELAÇÕES DE EMPREGO | 80 |
| 4.1 | LAZER E TRABALHO: A INTERAÇÃO NO DECURSO DO TEMPO..... | 82 |
| 4.2 | LAZER: A NATUREZA JURÍDICA E A SUA IMPORTÂNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO | 90 |
| 4.3 | CONCEITO DE LAZER..... | 96 |
| 4.4 | FUNÇÕES DO LAZER..... | 99 |
| 4.4.1 | Lazer com a função do descanso e seus desdobramentos | 103 |
| 4.4.2 | A função do lazer como divertimento, recreação e entretenimento .. | 108 |
| 4.4.3 | A função do lazer como desenvolvimento da personalidade | 110 |
| 4.5 | A EFICÁCIA E OS MEIOS DE CONCRETIZAÇÃO DO LAZER NAS RELAÇÕES DE EMPREGO | 110 |
| 4.5.1 | Titulares do direito ao lazer..... | 111 |
| 4.5.2 | A aplicabilidade e os meios de concretização do direito ao lazer nas relações de emprego | 113 |
| 5 | CONCLUSÃO | 127 |
| | REFERÊNCIAS..... | 134 |

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia apresenta como tema o direito fundamental ao lazer nas relações de emprego.

Este capítulo visa demonstrar, de forma objetiva, uma apresentação geral da pesquisa, explicitando o tema objeto deste trabalho, bem como a sua delimitação do âmbito de estudo, os objetivos gerais e específicos, a justificativa para a escolha do tema da pesquisa, como também o método e as fontes utilizadas para o aprofundamento do trabalho.

O presente estudo abarca como principal justificativa a verificação de que não obstante se observe a relevância do direito ao lazer para a vida do ser humano e, a priori, a sua relevância no ordenamento jurídico brasileiro como um direito fundamental social diante de previsão na Constituição Federal, este direito carece ainda de um prestígio na sociedade e também de uma regulamentação no plano infraconstitucional que o garanta de forma concreta, tendo em vista que em se tratando de um direito fundamental social, a mera previsão constitucional não garante, na realidade, o respeito devido a este direito, bem como o seu atendimento.

Assim, a necessidade de aprofundamento deste tema no âmbito jurídico, visando discutir a natureza jurídica deste direito como também os seus efeitos, é essencial para a própria satisfação do direito, pois, a falta de uma abordagem apropriada do assunto impede também um maior conhecimento acerca da sua importância, dificultando a busca de uma efetiva delimitação do que seria o lazer, e conseqüentemente uma melhor viabilização da sua proteção e aplicação inclusive no âmbito das relações de emprego, objeto da pesquisa.

Desse modo, diante da ausência de análise jurídica do tema, e da necessidade de discussão do mesmo, para possibilitar um melhor atendimento do lazer na sociedade, coube buscar, no presente trabalho, a conceituação do lazer em bibliografias que o analisa sob a ótica de outras áreas, como a sociologia e a educação.

A sociedade atual vive tão focada na ideia do labor como satisfação pessoal que acaba por cultuar o trabalho. Nota-se que além da limitada disciplina jurídica, há também uma inexistência do devido reconhecimento do lazer pela própria

sociedade, que por viver sob o viés capitalista acaba possibilitando que esse direito perca a força que deveria ter, pois, o trabalhador se encontra numa posição de mero instrumento para o desenvolvimento econômico e com isso há uma insensibilidade para uma análise humana.

O lazer está sendo minimamente disciplinado, e ainda assim, este, está sendo observado sob a mesma ótica do viés capitalista, por meio de um ponto de vista econômico, como uma ferramenta necessária à viabilização da energia laboral, contudo, trata-se de uma incongruência, visto que está disposto na Constituição Federal como um direito fundamental social. Assim, dentre os diversos enfoques em que o lazer pode estar inserido, o presente estudo observa o lazer sob a ótica constitucional, que consiste na figura do lazer como a possibilidade de um desenvolvimento pessoal do indivíduo, então, trata-se de uma perspectiva humana diante da própria natureza desse direito.

Ocorre que, o lazer é um direito fundamental que está associado ao ideal de bem-estar, e se configura como um elemento essencial para o indivíduo, pois este direito consegue exercer diversas funções e alcançar diversas esferas da vida do ser humano, estando intimamente relacionado com a dignidade da pessoa humana.

A relevância prática do presente estudo se apresenta à proporção que as relações de emprego se tornam cada vez mais excessivas e descabidas diante do não atendimento do direito ao lazer, sendo diversas as repercussões negativas que podem incidir sobre a vida de uma pessoa, como danos à saúde, seja física ou mental; limitação da liberdade do indivíduo; supressão do direito ao lazer, e do direito à vida – quando analisada sob a luz da dignidade da pessoa humana. Isto ocorre, pois, o indivíduo enquanto empregado, não deixa de ser um cidadão titular de direitos e deveres estabelecidos constitucionalmente.

Nesse sentido, diante da íntima conexão entre o lazer e o trabalho, avalia se o direito ao lazer se constituiria como alternativa necessária para a abstenção da violação aos direitos fundamentais que está ocorrendo de forma reflexa, nos direitos fundamentais, por meio das relações trabalhistas. Vale ressaltar que, a delimitação do presente estudo se constituiu na análise da aplicabilidade do direito fundamental ao lazer nas relações de emprego.

Assim, dentre os diversos argumentos que rodeiam o presente tema, surge o principal problema deste trabalho, que consiste na seguinte indagação: como o direito fundamental ao lazer pode ser concretizado/garantido nas relações de emprego?

Diante disso, busca-se entender como seria possível a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, diante da inexistência de previsão legal que discipline este ponto de forma específica, e, após tal conclusão, analisar como se daria essa concretização.

Desse modo, o trabalho terá que ser desenvolvido, inicialmente, sob a ótica dos direitos fundamentais, para analisar os direitos fundamentais e suas possíveis aplicações no âmbito privado, e somente depois analisar sua incidência no âmbito do direito do trabalho. Assim, como pode se observar os argumentos postos, é justificável o presente estudo generalizado no âmbito do Direito Constitucional e posteriormente um estudo específico na seara do Direito do Trabalho.

Com o objetivo de construir o estudo de pesquisa abordando os questionamentos expostos acima se subdividiu o trabalho em três capítulos de desenvolvimento.

No primeiro capítulo de desenvolvimento são realizadas as abordagens iniciais acerca dos direitos fundamentais, definindo-os; caracterizando-os; discorrendo sobre as dimensões dos direitos fundamentais; ponderando acerca da aplicabilidade dos direitos fundamentais, como forma de iniciar o presente estudo.

O segundo capítulo percorre as principais teorias acerca da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas analisando qual a teoria que melhor se adequa ao ordenamento jurídico pátrio, e é aceita majoritariamente pela doutrina e jurisprudência.

Por último, no terceiro capítulo, há a abordagem do direito ao lazer buscando conceituá-lo; estabelecer a relação entre o lazer e o trabalho; principais distinções; analisar quais são as funções do lazer; verificar os desdobramentos do lazer, identificando as suas principais formas de manifestação; instituir qual a importância do lazer no ordenamento jurídico; discorrer sobre a eficácia e os meios de concretização do lazer nas relações de emprego.

Na conclusão, buscou-se identificar, por meio de tópicos, as reflexões que decorreram da presente pesquisa.

Ademais, vale salientar que o presente estudo, com o fim de obter o resultado adquirido utilizou-se, de forma predominante, do método dedutivo cartesiano proposto por René Descartes, visto que se buscou estudar a partir da perspectiva geral dos direitos fundamentais, para seguir para o estudo específico do direito ao lazer nas relações de emprego.

Acerca da bibliografia empregada no presente estudo, utilizou-se de obras que abordaram o tema direta ou indiretamente, por meio das fontes bibliográficas e documentais, a exemplo dos livros, periódicos, artigos científicos, dissertações de mestrado, códigos, como também acesso a jurisprudência, afim de reiterar pontos determinados do presente estudo.

2 ASPECTOS GERAIS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A discussão, no presente trabalho, acerca dos direitos fundamentais é imprescindível para a compreensão da sua relevância, pois através do entendimento das principais características desses direitos, bem como a sua evolução histórica, o estudo das suas dimensões, e sua inserção na Constituição vigente no ordenamento jurídico brasileiro que se torna possível apreender a importância de uma concreta efetivação dos direitos fundamentais, que pelo fato da constante transformação social em que vivemos, acarretando na necessidade de equilibrar alguns direitos às práticas estruturais existentes.

Para tanto, não objetivando o esgotamento da teoria dos direitos fundamentais, é indispensável a abordagem do contexto dos direitos fundamentais, para compreensão de forma mais específica o direito fundamental ao lazer, objeto do presente estudo.

Ocorre que, no decurso do tempo, observou-se na história o reconhecimento e a proteção de diversas conquistas decorrentes de lutas sociais para o sistema jurídico. No que se refere à garantia de inúmeros direitos para o homem, dentre essas garantias encontram-se os direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais constituem-se fundamentais por serem indispensáveis. Insta salientar que, o reconhecimento destes ocorreu de forma progressiva no tempo, de modo que, o rol de direitos tidos como essenciais ampliou-se durante os anos à medida que era descoberta uma “nova” esfera do homem que estaria sendo lesada.

As gerações dos direitos revelam ordem cronológica do reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais, que se proclamaram gradualmente na proporção das carências do ser humano, nascidas em função da mudança de condições sociais. A dizer, o desenvolvimento da técnica, a transformação das condições econômicas e sociais, a ampliação dos conhecimentos e a intensificação dos meios de comunicação poderão causar substanciais alterações na organização da vida humana e das relações sociais a propiciar o surgimento de novas carências, suscitando novas reivindicações de liberdade e de poder¹.

¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 607.

Nesta perspectiva, Paulo Gustavo Gonet Branco alega que o realce dos direitos fundamentais ocorreu no momento em que houve uma inversão na relação estabelecida entre Estado e indivíduo, uma vez que no seu ponto de vista ficou conhecido que o indivíduo, a priori, tem direitos perante o Estado e, posteriormente aos direitos estabelecidos, que os deveres se inserem nesse contexto. Em referência aos direitos atribuídos ao Estado objetivariam a proteção e o atendimento das necessidades dos cidadãos².

Nesses termos, nota-se que os direitos fundamentais são essenciais para avaliar o funcionamento social, na ponderação em que uma regular proteção desses direitos implicaria numa efetiva organização estrutural da sociedade.

Bernardo Gonçalves Fernandes fundamenta, que além da outorga aos titulares dos direitos, de possibilidades jurídicas de impor interesses pessoais frente ao Estado no que tange a determinar uma ação ou omissão do Estado, os direitos fundamentais servem como diretrizes do ordenamento jurídico, o fundamentando³.

Nesta senda, resta evidente a necessidade de regulamentação acerca dos direitos fundamentais, identificando-os, preservando-os e garantindo sua efetividade na comunidade jurídica.

2.1 CONCEITUAÇÃO

A conceituação dos direitos fundamentais se torna uma tarefa complexa, pois para que isso ocorra faz-se necessário analisar, ainda que de forma sucinta, os diversos aspectos adotados doutrinariamente.

Não obstante a utilização da terminologia “direitos fundamentais” se faça presente no ordenamento jurídico de forma consolidada, inclusive no texto constitucional ao se referir, na epígrafe do Título II como “Direitos e Garantias Fundamentais”, percebe-se que são empregadas outras expressões pela doutrina, dentre elas estão “direitos e garantias individuais”, “direitos naturais”, “liberdades públicas” ou “direitos

²BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 136

³ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015. P. 305

humanos” como sinônimos. No entanto, o uso destas terminologias muitas vezes vem possibilitar interpretação distinta da pretendida ⁴.

A priori, resta necessário estabelecer que apesar dos direitos fundamentais e dos direitos humanos se encontrarem intimamente ligados, não se pode permitir a ocorrência da utilização corriqueira destas expressões como sinônimas.

Nesse mesmo sentido manifesta-se Ingo Wolfgang Sarlet:

“[...] atribuímos às expressões “direitos humanos” (ou direitos humanos fundamentais), compreendidos como direitos da pessoa humana reconhecidos pela ordem jurídica internacional e com pretensão de validade universal, e “direitos fundamentais”, concebidos como aqueles direitos (dentre os quais se destacam os direitos humanos) reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional”⁵.

Desse modo, observa-se que apesar da similaridade acerca das matérias que constituem os direitos fundamentais e os direitos humanos, para título de diferenciação, é relevante analisar o âmbito de incidência de ambos os direitos. Assim, permite-se concluir com a manifestação de Ingo Wolfgang Sarlet, que o âmbito de incidência dos direitos fundamentais restringe-se à soberania nacional, enquanto que os direitos humanos são reconhecidos pela ordem jurídica internacional.

2.1.1 Conceituação sob a ótica formal

Acerca da utilização de múltiplas expressões no ordenamento jurídico para denominar os direitos fundamentais, Manoel Jorge Silva e Neto afirma que:

Com efeito, não poderá encontrar absoluta identidade entre “direitos fundamentais”, “direitos do homem” ou “direitos humanos”, porquanto a designação de “fundamentais” é dedicada àquele conjunto de direitos assim considerados por específico sistema normativo-constitucional, ao passo que “direitos do homem” ou “direitos humanos” são terminologias recorrentemente empregadas nos tratados e convenções internacionais⁶.

Em conformidade com esse entendimento, Ingo Wolfgang Sarlet expõe que muito embora se identifique a utilização de diversas expressões no ordenamento jurídico brasileiro para nomeação dos direitos fundamentais, esta pluralidade de

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.248.

⁵ *Ibidem*, p.250.

⁶SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 7.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 587

terminologias impossibilita um consenso conceitual e, diante disso, o autor reforça a necessidade da adoção de apenas uma terminologia, e conseqüentemente um conceito, que viria a ser a de “direitos (e garantias) fundamentais”, tendo em vista ser a expressão que foi seguida pelo constituinte brasileiro⁷.

Em outras palavras, a pluralidade de terminologias acerca dos direitos fundamentais pode tornar sua natureza ambígua, e na esfera de direitos fundamentais necessita-se de uma objetividade para que se possibilite a efetiva proteção.

Por outro lado, muito embora uma pluralidade de terminologias não seja um fator positivo para a formação conceitual, no que tange a pluralidade de entendimentos, esse se revela como elemento imprescindível para a construção de um conceito.

Da mesma forma defende Dirley da Cunha Júnior ao afirmar que para a conceituação dos direitos fundamentais é necessário uma cumulação de entendimentos, tanto no aspecto formal quanto no aspecto material⁸.

No entendimento deste autor, sendo os direitos fundamentais posições jurídicas direcionadas às pessoas, estas posições jurídicas decorreriam da explicitação, ainda que indireta, do princípio da dignidade da pessoa humana. Esta, poderia se manifestar, seja por previsão na Constituição Federal - aspecto formal -, ou até mesmo naquelas hipóteses em que não há previsão expressa na Constituição, todavia diante do seu conteúdo e importância adquiriram relevância e se equiparam aos direitos resguardados pela Constituição Federal, ainda que não tenham sido reconhecidos expressamente pelo legislador constituinte - aspecto material -⁹.

Portanto, os direitos fundamentais, analisados sob a ótica formal, consistiriam nos direitos humanos que foram positivados no âmbito interno, presentes na Constituição Federal (CF), uma vez que a utilização da expressão direitos humanos visa abranger os indivíduos, contudo numa perspectiva externa de esfera internacional.

⁷SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.248.

⁸CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 454

⁹*Ibidem, loc. cit.*

2.1.2 Conceituação sob a ótica material

No que tange a conceituação dos direitos fundamentais sob a ótica material, deve-se encontrar respaldo no princípio da dignidade da pessoa humana¹⁰. Assim, para fins de conceituação dos direitos fundamentais, levou-se em consideração o conteúdo trazido pelo direito.

Logo, conforme abordado anteriormente, é inquestionável a noção dos direitos fundamentais como direitos constitucionais. De acordo com a interpretação exposta por Dirley da Cunha Júnior, as normas fundamentais devem ser analisadas sob uma ótica formal, que diz respeito à recepção dos direitos no texto constitucional, como também sob a ótica material, que se refere à essência do direito, por meio do qual o conteúdo, por si só, concederia o *status* fundamental do direito.

Pode-se ressaltar que este entendimento foi acolhido no ordenamento jurídico brasileiro uma vez que, conforme previsão do artigo 5º, §2º, da Constituição Federal de 1988, os direitos fundamentais não se restringem aos previstos na Constituição Federal, por isso, diante de sua relevância, os direitos que estão em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro e os decorrentes de tratados internacionais, os quais o Brasil seja signatário, podem ser considerados também direitos fundamentais, ainda que não previstos expressamente na Carta Magna.

Com a utilização dessa perspectiva adotada pelo autor, também manifestada no texto constitucional, há uma garantia de maior alcance de direitos fundamentais para a sociedade, porquanto nessa hipótese, a omissão legislativa não frustraria os direitos fundamentais.

Paulo Gustavo Gonet Branco assevera que “os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são, por conseguinte, pretensões que, em cada momento histórico, descobrem-se a partir da perspectiva do valor da dignidade humana”¹¹.

¹⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

¹¹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 140

Logo, vale colocar em evidência que, a conceituação dos direitos fundamentais não se figura como uma atividade facilmente operada. Todavia, os direitos fundamentais podem ser considerados como os direitos basilares do ordenamento jurídico brasileiro, seriam os direitos que regeriam e organizariam toda a estrutura, e estes podem estar positivados no texto constitucional ou não, já que os direitos fundamentais não se restringem aos expressamente dispostos na Constituição Federal de 1988.

2.2 UMA BREVE ABORDAGEM HISTÓRICA INSERIDA NO CONTEXTO DAS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

As normas que versam sobre direito fundamental, criadas objetivando a concretização de direitos tidos como essenciais para a vida com dignidade, foram elaboradas de forma progressiva no tempo, na proporção em que um novo cenário histórico vinha sendo construído. Dessa forma:

A sedimentação dos direitos fundamentais como normas obrigatórias é resultado de maturação histórica, o que também permite compreender que os direitos fundamentais não sejam sempre os mesmos em todas as épocas, não correspondendo, além disso, invariavelmente, na sua formulação, a imperativos de coerência lógica¹².

Da mesma forma que há na doutrina uma multiplicidade de expressões para fazer menção aos direitos fundamentais, constata-se também a pluralidade de terminologias para referenciar a evolução dos direitos fundamentais. Muito se utiliza os termos “geração”, “família” ou “dimensão” dos direitos fundamentais.

Diante da pluralidade de expressões, existem na doutrina algumas críticas acerca de certas terminologias adotadas.

Uadi Lammêgo Bulos ao analisar as expressões utilizadas no ordenamento, defende a utilização da terminologia “gerações”, pois na concepção do autor seria a terminologia que melhor evidenciaria a evolução dos direitos fundamentais, de modo que a expressão “geração” traz à tona a noção de conexão entre as gerações e não uma sobreposição, o que não ocorre, em sua concepção, na utilização da terminologia “dimensão”, tendo em vista que gera um escalonamento que não seria

¹² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p.135, *et. seq.*

cabível na esfera dos direitos humanos, que, por sua natureza impossibilitam a instituição de um critério hierárquico¹³.

Arion Sayão Romita utiliza-se do termo “família”, visto que para o autor, a expressão “geração” traz uma ideia de sucessão que não poderia ocorrer no âmbito dos direitos fundamentais, uma vez que o surgimento de novos direitos não provoca o desaparecimento dos anteriores. No que tange ao uso da palavra “gerações”, para o autor, esta se revela imprópria para fazer menção a grupos de direitos fundamentais, porque tal expressão se justificaria para fazer alusão a um certo e determinado direito, concluindo, assim, que “família” seria o mais adequado¹⁴.

George Marmelstein Lima, ao se manifestar a respeito da utilização da expressão “geração”, assevera a existência de várias críticas, tanto no âmbito nacional quanto estrangeiro acerca da terminologia, uma vez que o termo “geração” transmite um entendimento de sobreposição de uma geração a outra, dando a ideia de que no decorrer da história, o surgimento de uma nova geração de direitos excluiria direitos já impetrados, além de assegurar que, a utilização da expressão “geração” leva a compreender que ocorreu, de forma bastante lógica, uma sequência temporal das gerações, o que não poderia ser afirmado de fato. O autor complementa ainda que “em razão de todas essas críticas, a doutrina recente tem preferido o termo “dimensões” no lugar de “gerações”, afastando a equivocada ideia de sucessão, em que uma geração substitui a outra”¹⁵.

A partir das premissas exibidas acima, é admissível concluir que muito embora a evolução dos direitos fundamentais perpassasse por inúmeros momentos históricos, constituindo assim, várias dimensões de direitos fundamentais, não seria possível a aplicação constante terminologias que pudessem alegar a ocorrência de divergências ou até mesmo substituições de entre as dimensões dos direitos fundamentais, e isso ocorreria na hipótese de emprego do termo “gerações”.

Sob o mesmo ponto de vista, critica-se a adoção do termo “família”, uma vez que tal pensamento exibiria uma ideia muito restrita acerca dos direitos fundamentais, ao

¹³ BULOS, Uadi Lammêgo, **Curso de Direito Constitucional**. 8.ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 528.

¹⁴ ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho**. 4 ed. rev. e aumentada. São Paulo : LTr, 2012, p. 102.

¹⁵ LIMA, George Marmelstein. **Críticas à Teoria das Gerações (ou mesmo Dimensões) dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: < <http://georgemlima.xpg.uol.com.br/geracoes.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2016

expor estes direitos através das características comuns apresentadas por eles e não conforme o elemento histórico, por exemplo.

Igualmente, deve-se entender o processo de garantia de direitos fundamentais aos indivíduos como um processo cumulativo, porquanto tal entendimento objetiva a garantia do princípio da dignidade da pessoa humana, não havendo, com isso, conflitos entre os direitos fundamentais.

Desta forma, o presente estudo filia-se ao posicionamento que apreende que o vocábulo que melhor ao ordenamento jurídico a utilização da terminologia “dimensões”.

Sendo assim, parte-se para a análise das dimensões dos direitos fundamentais.

2.2.1 Primeira Dimensão

A primeira dimensão dos direitos fundamentais se conecta ao contexto histórico referente à transição do Estado Autoritário para o Estado de Direito, considerando a ocorrência da limitação ao poder estatal com o fim de garantir uma maior liberdade aos cidadãos.

Bernardo Gonçalves Fernandes compreende que “os direitos de primeira geração (ou dimensão para alguns) seriam chamados também de direitos de liberdade: direitos civis e políticos que inaugurariam o constitucionalismo do ocidente”¹⁶.

Visando a garantia dos direitos fundamentais, o que se buscava no primeiro momento era a limitação do direito do Estado, procurando defender a vida e a integridade física respaldados no ideal da liberdade.

Tais direitos são chamados de direitos negativos, os direitos resguardados nessa dimensão seriam direitos postos para negar ao Estado o direito de agir arbitrariamente perante a sociedade, tendo em vista que tal ideal começava a impor ao Estado uma não intromissão na esfera privada dos seus cidadãos.

A clássica concepção de matriz liberal-burguesa dos direitos fundamentais informa que tais direitos constituem, em primeiro plano, direitos de defesa do indivíduo contra ingerências do Estado em sua liberdade pessoal e

¹⁶FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 315

propriedade. Esta concepção de direitos fundamentais – apesar de ser pacífico na doutrina o reconhecimento de diversas outras – ainda continua ocupando um lugar de destaque na aplicação dos direitos fundamentais. Esta concepção, sobretudo, objetiva a limitação do poder estatal a fim de assegurar ao indivíduo uma esfera de liberdade. Para tanto, outorga ao indivíduo um direito subjetivo que permite evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminação de agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal¹⁷.

Trata-se, segundo Manoel Jorge e Silva Neto, do amparo no ideário de liberdade individual e política¹⁸.

Avaliando numa perspectiva contemporânea é aceitável ponderar como direitos fundamentais de primeira dimensão, além das liberdades tidas como percussoras de tal momento histórico, os demais direitos que visem à abstenção da atuação estatal, tendo em vista que o recorte dos direitos fundamentais em dimensões, além de criar uma delimitação com base no contexto histórico, designa também o agrupamento de direitos que abarquem as mesmas ideologias.

2.2.2 Segunda Dimensão

Nessa segunda dimensão, o contexto histórico existente era o das lutas sociais que tinham como finalidade o cumprimento pelo Estado do dever de respeitar aqueles direitos já reconhecidos e resguardados, mas que também, este cumprisse certas obrigações que gerariam proteções coletivas. Havia, conseqüentemente, a defesa das prestações sociais. Assim:

A Revolução Industrial, ocorrida nos séculos XIX e XX, proporcionou um crescimento econômico acelerado, desconhecido para as épocas próximas, muitas vezes regidas pela agricultura e tecelaria. No entanto, a prosperidade econômica visualizada na época não foi gozada por uma maioria. Essa grande quantidade de pessoas, em verdade, foi prejudicada pelo desenvolvimento industrial sob a ótica de que não puderam garantir a efetivação de seus direitos de liberdade e igualdade, ainda que formal, em sua plenitude¹⁹.

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Jurídica Virtual**. Jun./1999, v.2, n.13. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/ojs_saj/index.php/saj/article/viewFile/1011/995>. Acesso em: 27 jan. 2016.

¹⁸ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 7.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p 593

¹⁹ WYZYKWOSKI, Adriana Brasil Vieira. **A Concretização Do Direito Fundamental Ao Lazer Nas Relações De Emprego**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Estado da Bahia, Salvador. p 37. *et, seq.*

Diante do contexto histórico vivenciado na concretização dos direitos fundamentais, as liberdades públicas almejadas na primeira dimensão trouxeram como consequência um contexto de desigualdade, no qual o exercício daqueles direitos resguardados à época só tinha a sua plenitude em uma parcela menor da sociedade fazendo-se necessário a busca pela igualdade como forma de ampliar a efetivação dos direitos fundamentais.

Paulo Gustavo Gonet Branco interpreta que nesse momento, marcado pela segunda dimensão dos direitos fundamentais, o ideal de abstenção defendido no Estado Liberal não respondia às novas reivindicações que estavam sendo postas, tendo em vista a inexistência de uma justiça social. Diante disso, busca-se além da liberdade num sentido amplo, a liberdade real e igual que deveria ser proporcionada para todos os cidadãos por meio de um Estado ativo e corretivo.²⁰

Nota-se que, diferentemente do ideal de liberdade que predominava na primeira dimensão, através da garantia de direitos mediante a ausência de uma prestação do Estado, os direitos da segunda dimensão para se concretizarem, necessitariam da prestação estatal, diante disso, é apropriado compreender esses direitos como condicionados, e esta consequência decorre da limitação à atuação do Estado.

Ocorre que o condicionamento à atuação estatal, elemento basilar para a garantia dos direitos dessa dimensão, pode trazer consequências negativas para a efetivação dos mesmos, tendo em vista que diante da omissão do Estado não haverá a efetiva concretização dos direitos. E, trata-se de um cenário recorrente ao longo da história a de supressão de direitos que ocorre em decorrência da omissão estatal, quando este é o responsável para concretizá-los.

Ademais, André Ramos Tavares expõe que os direitos dessa dimensão possibilitam o exercício dos demais direitos de forma mais concreta:

O estado passa do isolamento e não intervenção a uma situação diametralmente oposta. O que essa categoria de novos direitos tem em mira é, analisando-se mais detidamente a realização do próprio princípio da igualdade. De nada vale assegurarem-se as clássicas liberdades se o indivíduo não dispõe das condições materiais necessárias a seu aproveitamento. Nesse sentido, e só nesse sentido, é que se afirma que tal categoria de direitos se presta como meio para propiciar o desfrute e o

²⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 137

exercício pleno de todos os direitos e liberdades. Respeitados os direitos sociais, a democracia acaba fixando os mais sólidos pilares.²¹

Destarte, os direitos dessa geração são tidos como direitos positivos, visto que este momento histórico foi marcado pelo surgimento dos direitos sociais ou direitos à prestação, que se concretizariam por meio de uma atuação estatal, como por exemplo, no direito ao trabalho, à segurança, ao lazer²².

Por conseguinte, dentre os direitos fundamentais de segunda geração encontra-se o direito ao trabalho, e também o direito ao lazer, que assim como os demais direitos sociais busca estabelecer uma relação igualitária entre os indivíduos possibilitando que o ideal de liberdade existente nos direitos da primeira dimensão efetive-se numa configuração mais justa e concreta.

É precisamente nesse aspecto que o presente trabalho abordará sobre o direito fundamental ao lazer nas relações de emprego. É imprescindível que seja posto a necessidade do lazer e pontuar que ele é um direito fundamental do indivíduo, mas que, por si só, não se concretiza, estando condicionado a uma prestação para que seja garantido o lazer ao indivíduo enquanto pessoa e enquanto empregado.

Para tanto, é mister examinar tal entendimento em dois ângulos: a compreensão do lazer como um direito de enorme importância para o indivíduo, que adveio de um contexto de lutas sociais com o fim de proporcionar de forma mais completa o ideal de vida digna do ser humano; e, a compreensão de que a consolidação do direito ao lazer só se materializará por meio de uma manifestação externa, uma atuação que possibilite a sua fruição.

2.2.3 Terceira Dimensão

Ingo Wolfgang Sarlet delibera que a terceira dimensão dos direitos fundamentais teria como fundamento o ideal de fraternidade e em decorrência disso os direitos fundamentais dessa dimensão seriam denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, que buscariam a garantia de direitos de uma coletividade. Ocorre

²¹TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 503.

²²SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 7.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p 593.

que, nesse momento, há uma mudança de enfoque, pois se busca estabelecer a proteção de grupos humanos como titulares dos direitos e não mais a proteção da figura do homem num âmbito individualizado tratando-se, assim, de direitos de titularidade difusa²³.

Averigua-se, diante desse caráter de direito meta-individual o nível de abstração desses direitos de terceira dimensão é muito alto, tendo em vista que se busca a garantia do bem-estar da coletividade, e a definição de bem-estar não é objetiva quando se ajuíza sob um prisma individual quanto mais analisando coletivamente.

Assim, os direitos dessa geração, por muitas vezes, ainda restariam indefinidos.

Nesse sentido, Dirley da Cunha Júnior, ainda que afirme como difusa a natureza desses direitos, estabelece que eles são atuais e estariam passando ainda por um processo de amadurecimento²⁴.

O autor os atribui ainda como direitos de solidariedade, tendo em vista que, por serem difusos, trazem como consequência a aderência das pessoas em prol de um interesse comum a todos. Esse interesse comum diz respeito tanto a noção de um grupo como titulares dos direitos, como também no âmbito da sua efetivação, visto que por se tratar de coletividade há uma necessidade de atuação para que esse direito seja garantido²⁵.

Nesse diapasão, apresentam-se como exemplo dos direitos de terceira dimensão os direitos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ao patrimônio, ao desenvolvimento, à paz.

Muito embora os direitos de terceira dimensão, assim como os direitos sociais, necessitem também de uma atuação por parte do Estado para se concretizarem, se diferenciam pelo fato dos direitos difusos serem usufruídos pela coletividade, estes transcendem a esfera individual do homem, enquanto os direitos sociais são direitos voltados para a fruição do homem de forma individual.

Não obstante, é concreto que a atuação do Estado nesse contexto não é condicionante exclusiva para sua consolidação, a garantia dos direitos dessa

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 10. ed. rev. ampl. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 48.

²⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 454

²⁵ *Ibidem, loc. cit.*

dimensão está condicionada à atuação da coletividade, ou seja, os próprios indivíduos destinatários dos direitos terão que participar ativamente para a garantia.

Ademais, não se contesta que há atualmente discussão doutrinária acerca da existência de demais dimensões de direitos fundamentais no ordenamento jurídico, estas, entretanto, não se encontram consolidadas acerca da matéria por elas tratadas e, do mesmo modo, não serão objetos de aprofundadas discussões no presente momento²⁶.

2.3 AS CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A SUA IMPORTÂNCIA PARA A PROTEÇÃO DA EFETIVIDADE DESSES DIREITOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Estabelecer quais são as características dos direitos fundamentais é essencial para analisar a sua aplicação e sua devida efetividade no ordenamento jurídico, porém por se tratar de uma temática ainda de discussão doutrinária não há uma unanimidade acerca de um rol determinado dessas características, de tal modo, o presente trabalho não pretende esgotar todas as características que são expostas na doutrina.

As características dos direitos fundamentais servem para identificá-los no contexto em que tiverem inseridos, como também resguardá-los de eventuais tentativas de

²⁶ Há ainda um entendimento doutrinário acerca de outras dimensões de direitos fundamentais, seriam elas a quarta e quinta dimensões. Diferentemente das anteriormente abordadas, estas dimensões não se encontram plenamente consolidadas no ordenamento jurídico, pois não há um consenso na doutrina quanto a sua existência ou até mesmo com relação aos direitos inseridos em cada esfera. A quarta dimensão dos direitos fundamentais tem a sua existência defendida por Paulo Bonavides, doutrinador de grande referência no ordenamento jurídico brasileiro, e vislumbraria, por meio desses direitos uma correspondência à fase de instituição do Estado social. No que tange à quinta dimensão, esta encontra-se fundamentada vagamente e ainda não se encontra um entendimento consolidado na doutrina, visto que há divergência entre seus defensores quanto aos direitos que ali se inseririam. O doutrinador Arion Sayão Romita, por exemplo, reconhece que se trata de uma dimensão pouco estudada e pouco mencionada nas bibliografias reconhecidas, mas entende que trataria dos direitos que teriam relação com o uso do conhecimento apresentado pela informática. Em outra perspectiva, Uadi Lammêgo Bulos diria que corresponderia ao direito à paz. Assim, vale ressaltar que muito embora se reconheça no presente estudo a existência de questionamentos doutrinários acerca da manifestação de outras dimensões de direitos fundamentais, não se pretende aqui esgotar todo o conhecimento acerca deste tópico, porém, para tanto recomenda-se para maiores leituras os seguintes escritos: ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho**. 5 ed. São Paulo : LTr, 2005; BULOS, Uadi Lammêgo, **Curso de Direito Constitucional**. 8.ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014; e, BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2009

supressões irregulares dos direitos fundamentais ao desrespeitar essas características.

O estudo das características dos direitos fundamentais torna-se essencial, no presente estudo, para através dela reiterar a condição do direito ao lazer como um direito fundamental com elementos próprios que necessitam ser respeitados para a sua efetiva solidificação. Neste sentido:

Os direitos fundamentais – como categoria jurídica fundamental reconhecida em razão da dignidade da pessoa humana e essencial num Estado Constitucional Democrático de Direito – possuem características comuns que os identificam entre si e os distinguem de outras categorias jurídicas²⁷.

Por isso, faz-se necessário restringir às características dominantes e que já se encontram radicadas na doutrina, tendo em vista que a caracterização do direito fundamental é substancial para se examinar a sua constituição, as suas propriedades para assim fundamentar a sua importância diante do contexto atual.

Tendo em vista que, na conjuntura hodierna, a inaplicabilidade do direito ao lazer nas relações de emprego está se dando de forma recorrente, a caracterização serve como fundamento apresentado para demonstração dos aspectos basilares contidos no cerne desse direito.

As particularidades dos direitos fundamentais encontradas de forma recorrente na doutrina, e abordadas no presente estudo são: indivisibilidade, historicidade, acumulabilidade, relatividade, inalienabilidade, indisponibilidade e imprescritibilidade.

2.3.1 A historicidade e indivisibilidade dos direitos fundamentais

É muito comum acreditar que a proteção dos direitos fundamentais já findou, no sentido de não haver mais possibilidade de surgirem novos direitos essenciais, no entanto, Manoel Jorge Silva e Neto assinala que, partindo do pressuposto que o Estado tem como objetivo satisfazer os interesses e necessidades humanas, e avaliando que o ser humano se transforma constantemente, não se pode afirmar

²⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 9.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 502

que esse processo de densificar os direitos fundamentais, que ocorre de modo natural, tem um fim²⁸.

Por conseguinte, ao passo que o ser humano evolui e as relações se transformam, haverá ainda a necessidade de aprofundamento nos direitos fundamentais, e o Estado como instrumento dessa satisfação deverá se adequar as novas exigências²⁹.

A historicidade alvitra sustentar que os direitos fundamentais carecem ser entendidos no seu contexto histórico, porque em alguns momentos da história eles podem ser criticados.

Ponderando que vão sendo criados e desenvolvidos ao longo da história, para entender realmente a necessidade do direito fundamental, deve ser assimilado o momento histórico que estes foram criados. Em suma, é admissível depreender que o direito ao lazer, conquistado em decorrência das lutas sociais que advieram de um contexto histórico intimamente ligado com as relações trabalhistas da época, traz em seu contexto uma ideia de essencialidade frente à dignidade da pessoa humana.

Na perspectiva de Guilherme Peña de Moraes “a historicidade indicia que os direitos fundamentais são suscetíveis de transformações ao longo da história”³⁰.

Sob esta possibilidade abonada pelo autor, entende-se que os direitos fundamentais não se resumiriam ao acréscimo de novos direitos no decorrer da história, mas também a possibilidade do surgimento de um direito preexistente com uma nova roupagem, diante de um novo contexto. Vale ressaltar esse novo panorama que um direito vai apresentar não irá suprimir a outra, entretanto para apreender cada esfera do direito deverá ser analisado o momento histórico o qual se insere.

No âmbito da evolução histórica, averigua-se que a supressão de direitos fundamentais não se encerrou e conserva-se até hoje, atingindo cada vez mais o indivíduo, ao impedir o exercício de alguns direitos já perfilhados, bem como direitos fundamentais que ainda não têm o devido reconhecimento, proteção ou credibilidade, é o que ocorre com o direito ao lazer, que muito embora seja um

²⁸SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 7.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 593

²⁹ *Ibidem*, *loc. cit.*

³⁰ PEÑA DE MORAES, Guilherme. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 509

direito fundamental expressamente firmado pela Constituição prossegue sendo elemento de violação tanto pelo Estado quanto por terceiros, que no presente estudo, no âmbito da relação trabalhista, é o exemplo do empregado.

O que se pondera é a existência da ininterrupta violação dos direitos fundamentais, sendo praticadas de maneiras distintas ao longo da história, havendo a modificação apenas do fato gerador dessa violação de direitos, in verbis:

Se a proteção fornecida pela cláusula pétrea impede que os direitos fundamentais sejam abolidos ou tenham o seu núcleo essencial amesquinhado, não tolhe, evidentemente, o legislador reformista de ampliar o catálogo já existente³¹.

Logo, reconhece-se que o problema que sempre existiu e se mantém habitando o sistema, não se configura na ausência do reconhecimento desses direitos, mas sim na efetiva proteção desses direitos na realidade dos fatos.

Ademais, esses direitos fundamentais ainda que tenham surgido em momentos diferentes da história e com propósitos dessemelhantes, mas ainda complementares, não podem ser vistos isoladamente, já que todos se debruçam sobre um único propósito que é o alcance da dignidade da pessoa humana, e diante desse fator e outros, como por exemplo, as características comuns, crê-se que esses direitos estão inter-relacionados e por isso são interdependentes e devem ser aferidos de forma indivisível.

Ante essa interdependência que, por exemplo, pode-se interpretar o direito ao lazer como elementar para o pleno gozo do direito à vida. E, assim não se pode deixar de garantir ao indivíduo um direito fundamental, porquanto esta supressão interferirá na efetivação de todos os demais direitos.

George Marmelstein Lima ao arguir sobre o “universo” das dimensões dos direitos fundamentais ratifica que “é de suma importância tratar os direitos fundamentais como valores indivisíveis, a fim de não se priorizarem os direitos de liberdade em detrimento dos direitos sociais ou vice-versa”. Igualmente, o autor assegura que avaliando as dimensões dos direitos fundamentais, com base na indivisibilidade desses direitos é oportuno assimilar que efetivamente não há como dissociar esses direitos tidos como fundamentais ao ser humano, apreciando que todos estes são

³¹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet.; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p.130

primordiais para a dignidade da pessoa humana, princípio que rege os direitos fundamentais³².

Dessarte, independentemente da dimensão em que se encontre o direito, embora haja essa divisão para fins de identificação da evolução histórica dos direitos fundamentais, de modo algum há uma hierarquização entre esses direitos, todos devem ser sopesados como importantes e os indivíduos têm o direito ao gozo de todos os direitos fundamentais para a sua vida digna.

2.3.2 Acumulabilidade

A acumulabilidade dos direitos fundamentais desponta-se com o seu próprio surgimento e na proporção que outros novos são agregados ao longo do tempo. Essa propende garantir que os direitos fundamentais não se esgotem no seu contexto histórico. No momento em que são adotados e consolidados no ordenamento, não podem mais ser extintos e os novos direitos descobertos serviriam como agregadores do rol dos direitos fundamentais e não substitutos dos mesmos anteriormente assegurados.

Essa manifestação ideológica consta na Constituição Federal de 1988 e ao estabelecer os direitos fundamentais como cláusulas pétreas, no artigo 60, §4º da CF impede a supressão dos direitos e garantias³³.

Sob o mesmo ponto de vista, Dirley da Cunha Júnior externa-se acerca da impossibilidade da supressão desses direitos:

Sendo os direitos fundamentais o resultado de um processo evolutivo, marcado por lutas e conquistas em prol da afirmação de posições jurídicas concretizadoras da dignidade da pessoa humana, uma vez reconhecidos, não podem ser suprimidos, ou abolidos, ou enfraquecidos. Milita em seu favor a proibição de retrocesso³⁴.

³² LIMA, George Marmelstein. **Criticas à Teoria das Gerações (ou mesmo Dimensões) dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: < <http://georgemlima.xpg.uol.com.br/geracoes.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2016

³³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado. 1988.

³⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 9.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 507.

Por esse ângulo, o autor não só expõe sobre a impossibilidade da supressão, como também estabelece que é vedada a abolição ou o enfraquecimento dos direitos fundamentais.

Cabe ressaltar que desde o reconhecimento do direito ao lazer no ordenamento jurídico brasileiro até a conjuntura atual, este direito não recebe a devida atenção e, diante da falta de medidas para sua concretização, ele vem sendo enfraquecido.

O enfraquecimento dos direitos fundamentais reflete negativamente no modo como a sociedade enxerga-os, posto que ele passa a ser entendido como desnecessário ou até irrelevante. Há também, diante da perda da força desse direito, uma carência em alguma esfera da vida do ser humano, dado que a função por ele exercida não está se evidenciando. De tal modo, ocorre com o direito ao lazer.

Não é sem razão que os direitos fundamentais são cláusulas pétreas, com o objetivo de impedir que o poder constituinte derivado mude-as para retroceder³⁵.

Perante esta lógica da acumulabilidade e sua devida previsão no texto constitucional, percebe-se a existência de uma relação desta característica com o princípio da vedação ao retrocesso. Ou seja, diante da cumulação de direitos fundamentais, instituída pela Constituição Federal como cláusulas pétreas, não se pode vir a perder o que já fora adquirido.

³⁵ SEGURO DPVAT. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA CNS PARA A PROPOSITURA DA PRESENTE AÇÃO. PERTINÊNCIA TEMÁTICA DA ATUAÇÃO DA REQUERENTE COM OS DESDOBRAMENTOS DAS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELAS LEIS CONJURADAS NA REGULAMENTAÇÃO DO SEGURO DPVAT. OS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA PROPORCIONALIDADE E DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL, MÁXIME DIANTE DOS MECANISMOS COMPENSATÓRIOS ENCARTADOS NA ORDEM NORMATIVA SUB JUDICE, RESTAM PRESERVADOS NA TABELA LEGAL PARA O CÁLCULO DA INDENIZAÇÃO DO SEGURO DPVAT. 7) O DIRIGISMO CONTRATUAL É CONSECUTÁRIO DA NOVA DOGMÁTICA DO DIREITO CIVIL GRAVITANTE EM TORNO DO TEXTO CONSTITUCIONAL E LEGITIMADORA DA PROIBIÇÃO LEGAL DE CESSÃO DO CRÉDITO DO DPVAT. 8) O NOVEL REGRAMENTO DO SEGURO DPVAT NÃO IMPEDE AS VÍTIMAS DE ACIDENTES DE TRÂNSITO DE ELEGEREM OS HOSPITAIS PARTICULARES PARA O SEU ATENDIMENTO. 9) DIREITO À INCLUSÃO LEGAL DO ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA DO VALOR DA INDENIZAÇÃO DEVIDA A TÍTULO DE SEGURO DPVAT. NECESSIDADE DE INICIATIVA DO PODER COMPETENTE. 10) IMPROCEDÊNCIA DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.350 E 4.627. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 8º DA LEI Nº 11.482/07 E DOS ARTS. 30 A 32 DA LEI Nº 11.945/09. (BRASIL. ADI 4350, Relator Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, Julgado em 23 out. 2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-237 DIVULG 02-12-2014 PUBLIC 03-12-2014). Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000255090&base=baseAcordao>>. Acesso em: 19 nov. 2015

Geraldo Magela Melo define:

O princípio da vedação ao retrocesso é uma garantia constitucional implícita, decorrente do denominado bloco de constitucionalidade, tendo sua matriz axiológica nos princípios da segurança jurídica, da máxima efetividade dos direitos constitucionais e da dignidade da pessoa humana, mas se constitui em um princípio autônomo, com carga valorativa eficiente própria. Tal princípio alude a ideia de que o Estado, após ter implementado um direito fundamental, não pode retroceder, ou seja, não pode praticar algum ato que vulnere um direito que estava passível de fruição, sem que haja uma medida compensatória efetiva correspondente³⁶.

Do ponto de vista do contexto histórico de lutas para o alcance dos direitos fundamentais, não seria admissível que após a conquista desses direitos, eles pudessem ser facilmente desassistidos pelo Estado.

Nesse cenário, uma vez sendo estabelecido certo direito como um direito fundamental, não seria cabível sua restrição de forma que trouxesse como consequência um retrocesso do cenário social, este se configura o conteúdo do princípio da vedação ao retrocesso. Não obstante, esta lógica não implicaria em legitimar que tais direitos seriam absolutos, e sim que sua supressão não poderia ocorrer de modo arbitrário pelo Estado.

O princípio da vedação ao retrocesso social é defendido pela doutrina e também pela jurisprudência, majoritariamente, como um princípio que se direciona à proteção dos direitos sociais, garantindo a sua segurança jurídica, uma vez que se apreende como precária a sua efetividade por se tratar de direitos que carecem de atuação direta do Estado para sua solidificação.

Nesse sentido, manifestou-se o Ministro Celso Antônio Bandeira de Mello em julgamento no dia 28/08/2011, o qual foi relator e julgou pelo conhecimento de um direito social, fundamentando-se no princípio da proibição do retrocesso social deixando comprovada a recepção do princípio pelo ordenamento jurídico pátrio:

A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais

³⁶ MELO, Geraldo Magela. A Vedação Ao Retrocesso e o Direito Do Trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Jul./Dez.2010, Belo Horizonte, v.52, n.82, p.65-74, Disponível em: < www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev.../geraldo_magela_melo.pdf > Acesso em: 22 mar. 2016

ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados³⁷.

Muito embora a regra seja a vedação ao retrocesso social, isto é, vedação à supressão dos direitos sociais, tidos como aqueles direitos de segunda dimensão, os quais requerem uma prestação para a sua concretização, questiona-se sobre a possibilidade da incidência deste princípio sobre os demais direitos fundamentais. A proibição ao retrocesso social se restringiria aos direitos sociais?

Marcia Andrea Bühring declara que a abordagem doutrinária acerca da proibição do retrocesso institui além do reconhecimento da impossibilidade de supressão dos direitos, a hipótese de responsabilidade, pois uma vez reconhecidos os direitos tornam-se direitos subjetivos³⁸.

Nessa mesma acepção, expressa-se Luciana Di Credico Derossi ao defender que “o princípio do retrocesso tem efetivo reflexo na vida da sociedade e, primordialmente, na seara dos direitos sociais no que tange à limitação da flexibilização de suas normas cogentes”³⁹.

Conseqüentemente, averigua-se que, para as autoras supramencionadas, a instituição do princípio do retrocesso seria imperioso para a garantia dos direitos sociais, essa apreciação pode estar ligada à ideia de que os direitos à prestação estão condicionados a uma efetiva atuação para a sua concretização, a mera abstenção não é suficiente para a satisfação desse direito e por isso necessitaria de uma maior proteção.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 639337 AgR, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01PP-00125). Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000179240&base=baseAcordaos> >. Acesso em: 05 abr. 2016.

³⁸ BÜHRING, Marcia Andrea. **Direito Social: Proibição de Retrocesso e Dever de Progressão. Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 41, n. 1, p. 56-73, jan.-jun. 2015. Disponível em < <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/18175/12667> >. Acesso em: 05 abr. 2016. p. 60, et. seq.

³⁹ DEROSI, Luciana Di Credico. **O Princípio da Vedação do Retrocesso Social e os Direitos Sociais**. Artigo Científico (Curso de Pós-Graduação). 2014. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. Disponível em < http://www.emerj.rj.gov.br/paginas/trabalhos/trabalhos_conclusao/2semestre2014/trabalhos_22014/LucianaDerossi.pdf >. Acesso em: 05 abr. 2016.

Entretanto, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que a crise de efetividade estaria ocorrendo em todos os direitos fundamentais, ainda que em escalas distintas, não se restringindo aos direitos sociais⁴⁰.

Diante disso, a insegurança jurídica se estenderia a todas as esferas de direitos fundamentais, necessitando da incidência deste princípio não somente aos direitos fundamentais sociais (de segunda dimensão), mas aos direitos fundamentais lato sensu.

Então, apesar de inicialmente o princípio da vedação ao retrocesso social objetivar a garantia essencialmente dos direitos sociais, não se pode, contudo, esquecer o caráter da indivisibilidade dos direitos fundamentais, que os colocam num único patamar e também num mesmo grau de importância devendo todos serem igualmente protegidos, até mesmo porque as manobras para supressão dos direitos fundamentais são diversas, independentemente da dimensão em que eles estejam inseridos.

Assim, Ingo Wolfgang Sarlet complementa:

[...] reitera-se a nossa posição em prol da possibilidade de uma aplicação da noção de proibição de retrocesso, desde que tomada em sentido amplo, no sentido de uma proteção dos direitos contra medidas de cunho restritivo, a todos os direitos fundamentais. Assim, verifica-se que a designação proibição de retrocesso social, que opera precisamente na esfera dos direitos sociais, especialmente no que diz com a proteção “negativa” (vedação da supressão ou diminuição) de direitos a prestações sociais, além de uma ideia-força importante (a iluminar a ideia de que existe de fato um retrocesso – e não um simples voltar atrás, portanto, uma mera medida de cunho regressivo), poderia ser justificada a partir de algumas peculiaridades dos direitos sociais, o que, importa sempre frisar, não se revela incompatível com a substancial equivalência – de modo especial no que diz com sua relevância para a ordem constitucional – entre direitos sociais (positivos e negativos) e os demais direitos fundamentais⁴¹.

Muito embora, o princípio da vedação ao retrocesso social, seja direcionado pela doutrina para uma aplicação tão somente aos direitos sociais, nota-se que a fundamentação utilizada pela parcela doutrinária que estende a incidência desse princípio aos demais direitos fundamentais tem coerência à medida que a própria Constituição Federal de 1988, institui no §4º, IV do artigo 60, que não poderiam ser

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas Sobre a Assim Designada Proibição de Retrocesso Social no Constitucionalismo Latino-Americano. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Jul./Set. 2009, vol. 75, n. 3. Disponível em <<http://www.abdpc.com.br/artigo/46/Notas-sobre-a-assim-designada-Proibicao-de-Retrocesso-Social-no-Constitucionalismo-Latino-Americano/12>>. Acesso em: 07 abr. 2016, p. 119, *et seq.*

⁴¹ *Ibidem*, p. 123.

propostas emendas constitucionais que visassem abolir direitos e garantias fundamentais⁴².

Em face desta previsão, nota-se que apesar de não encontrar de forma consolidada na doutrina o entendimento acerca da extensão da incidência do princípio da vedação ao retrocesso social, a ideologia trazida do princípio acerca da não supressão dos direitos fundamentais já adquiridos se faz presente no próprio texto constitucional, devendo, portanto, ser respeitado.

E, em se tratando do direito fundamental ao lazer ser considerado como um direito social, conforme previsão na Constituição Federal de 1988, sua manutenção deve ser resguardada mediante texto constitucional, jurisprudência e princípio da vedação ao não retrocesso social.

2.3.3 Relatividade

A relatividade é estabelecida por entendimento jurisprudencial e visa demonstrar a impossibilidade da continuidade do pensamento que defende a existência dos direitos fundamentais como absolutos, porque se fossem todos os direitos absolutos, na ocorrência de possíveis conflitos entre eles, um direito anularia o outro.

Assim, confirma esse entendimento Paulo Gustavo Gonet Branco ao entender que “tornou-se pacífico que os direitos fundamentais podem sofrer limitações, quando enfrentam outros valores de ordem constitucional, inclusive outros direitos fundamentais”⁴³.

O princípio da relatividade visa definir que em caso de conflito entre os direitos fundamentais é cabível um juízo de proporcionalidade visando estabelecer naquele caso em concreto uma ponderação acerca de qual direito será resguardado.

Portanto, ainda que os direitos fundamentais sejam tidos como o mínimo existencial do indivíduo, por vezes será necessário que, mediante uma avaliação proporcional entre os direitos fundamentais, um sobrepele em relação ao outro.

⁴² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado. 1988.

⁴³BRANCO, Paulo Gustavo Gonet.; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**.10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p.143

A relatividade dos direitos fundamentais se confirma a partir da adoção da técnica de ponderação de valores instituída por Alexy, pelo Supremo Tribunal Federal que por meio de julgamento de matéria envolvendo a relativização dos direitos fundamentais entende por necessário a sua ponderação na hipótese de conflito⁴⁴.

Uádi Lammego Bulos acrescenta que:

Esse é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Embasado no princípio da convivência entre liberdades, a Corte concluiu que nenhuma prerrogativa pode ser exercida de modo danoso à ordem pública e aos direitos e garantias fundamentais, as quais sofrem limitações de ordem ético-jurídica. Essas limitações visam, de um lado, tutelar a integridade do interesse social e, de outro, assegurar a convivência harmônica das liberdades, para que não haja colisões ou atritos entre elas. Evita-se, assim, que um direito ou garantia seja exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros⁴⁵.

Robert Alexy estabelece que “o objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto”⁴⁶.

Diante disso, esses direitos, antes tidos como absolutos, passaram a ser adaptáveis, porque, em tese, todos os direitos são iguais, todavia, para a aplicação prática faz-se necessário, em alguns momentos, ponderar e selecionar. Ressalta-se que as escolhas adotadas precisarão ser baseadas em valores que estejam postos na realidade fática.

Dirley da Cunha Júnior, seguindo o entendimento de Robert Alexy, complementa que as escolhas devem ser feitas através da ponderação diante da existência de um

⁴⁴OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. (BRASIL.MS 23452, Relator Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 16 set. 1999. DJ 12-05-2000 PP-00020 EMENT VOL-01990-01 PP-00086). Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000020700&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 22 mar. 2016

⁴⁵ BULOS, Uádi Lammêgo, **Curso de Direito Constitucional**. 8.ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p.533

⁴⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5ª ed (1986). São Paulo: Malheiros, 2008. p. 95

conflito concreto, salvo hipóteses em que não há conflitos, os direitos devem conviver entre si de forma harmônica⁴⁷.

Conquanto reste estabelecida a utilização da técnica de ponderação dos direitos fundamentais em caso de colisão, ainda que realizado mediante o arbítrio do julgador, não afasta a exigência de proporcionalidade.

2.3.4 Inalienabilidade, indisponibilidade e imprescritibilidade

Paulo Gustavo Gonet Branco vai definir a inalienabilidade, indisponibilidade e imprescritibilidade como características dos direitos fundamentais à medida que não poderia o titular do direito realizar quaisquer atos de disposição, seja física ou juridicamente, não podendo a preterição ser justificada pelo consentimento do titular do direito⁴⁸.

Essas características tornam-se relevantes justamente por gerar um impeditivo à supressão desses direitos, apesar de serem atos realizados pelo próprio titular dos direitos, é possível que esses atos contenham vícios que impossibilitem uma manifestação de vontade que seja correspondente à vontade real do indivíduo.

A hipótese apresentada acima poderia ocorrer, por exemplo, no âmbito das relações de emprego, caso fosse possível alienar o direito fundamental ao lazer, por exemplo. Em se tratando de uma relação desigual, em que a relação de emprego para o empregado trata-se de instrumento de subsistência, poderia o empregador, utilizando-se do seu poder, fazer com que o empregado alienasse o seu direito ao lazer para que assim pudesse ter sua jornada de trabalho aumentada, trazendo à vida do empregado consequências negativas⁴⁹.

⁴⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 9.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 505

⁴⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 145

⁴⁹ Vale ressaltar que o presente estudo, conforme será exposto adiante, visa analisar a possibilidade de incidência dos direitos fundamentais nas relações de emprego.

Na concepção de Manoel Jorge e Silva Neto, a inalienabilidade estaria presente nos direitos fundamentais, uma vez que estes são direitos que não estão inseridos no comércio jurídico, tendo em vista o seu caráter fundamental⁵⁰.

Entende-se o direito fundamental como um valor, não podendo ser doado, vendido, emprestado, por exemplo. E diante disso, em regra, não poderia também ser livremente dispostos.

A inalienabilidade indica que os direitos fundamentais não são subordinados à disposição jurídica, pelos institutos da alienação e renúncia, ou disposição material, pelos instrumentos do abandono e destruição da coisa, de maneira que são nulos, por ilicitude do objeto, os negócios jurídicos que importem transmissão, a qualquer título, dos direitos fundamentais que visem resguardar a vida biológica, assim como a integridade moral e física⁵¹.

Diante da indisponibilidade e inalienabilidade dos direitos fundamentais pode-se concluir acerca da sua imprescritibilidade, pois Manoel Jorge Silva e Neto se manifesta afirmando que “fundamentais que são, a ausência de exercício durante determinado lapso temporal não implica a prescrição”⁵².

A imprescritibilidade visa não estabelecer um prazo de validade dos direitos fundamentais, pois seria ilógico. Sendo o direito um valor fundamental à vida digna do ser humano, este deve ser preservado e não pode perder os efeitos após determinado tempo.

Dessa forma, são considerados imprescritíveis, e em decorrência da indisponibilidade e inalienabilidade poderão ser exercidos a qualquer momento, e não se perde a oportunidade de utilizá-los, ainda que não os utilize.

Não há discussões, portanto, que o direito fundamental ao lazer, como será visto no capítulo 4, corresponde a um direito que não pode ser disposto livremente, tendo em vista a sua relevância para a manutenção do ideal de vida digna para o indivíduo, assim, este direito é por natureza inalienável e indisponível, pois a sua supressão pode impactar negativamente de forma relevante na condução da vida do ser humano.

⁵⁰ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 7.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p 594

⁵¹ PEÑA DE MORAES, Guilherme. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 506

⁵² SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Op. cit.*, 2011, *loc. cit.*

Observa-se que, ante o exposto dado a relevância desses direitos, percebe-se que o legislador preocupou-se dispor, ao longo do texto constitucional, com bastante profundidade acerca dos direitos fundamentais.

2.4 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA DISPOSIÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 traz em seu bojo o reconhecimento do vasto rol de direitos e garantias fundamentais existentes no ordenamento.

Uadi Lammêgo Bulos salienta que o rol apresentado na Constituição não é taxativo, tratando-se de um rol meramente exemplificativo, tendo em vista que os direitos fundamentais existentes ultrapassam até mesmo os previstos na Constituição Federal, podendo decorrer também dos princípios constitucionais ou dos tratados internacionais em que o Brasil se inserir como parte⁵³.

No ordenamento jurídico brasileiro, a CF expressou no seu texto o seu respeito e reconhecimento aos direitos e garantias constitucionais ao trazê-los expressamente por meio de um rol amplo. Dentre as inovações ocorridas encontra-se a fixação dos direitos fundamentais, bem como suas garantias nos primeiros capítulos.

A Constituição Federal de 1988 concentra os direitos e garantias fundamentais no título II do seu texto, dividindo-o em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos e direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos. Não se almeja fazer exaustiva reflexão aqui acerca de cada um dos direitos fundamentais elencados nos referidos artigos, pretende-se, apenas, realizar uma demonstração geral deles⁵⁴.

Além disso, com o advento da Constituição Federal de 1988, findou o questionamento acerca da força vinculativa dos direitos fundamentais sociais, que em decorrência de disposição diversa no texto constitucional anterior virou alvo de suspeita por parte dos doutrinadores.

A partir do momento em que os direitos sociais ficaram dispostos no texto constitucional em capítulo autônomo, mas apesar disso ainda inserido no título dos

⁵³ BULOS, Uadi Lammêgo, **Curso de Direito Constitucional**. 8.ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 533

⁵⁴ WYZYKWOSKI, Adriana Brasil Vieira. **A Concretização Do Direito Fundamental Ao Lazer Nas Relações De Emprego**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Estado da Bahia, Salvador. p.47

direitos e garantias fundamentais, corroborando a sua natureza fundamental, não restou mais suspeitas acerca da sua natureza.

Ademais, a própria Constituição vai estabelecer a existência de direitos fundamentais implícitos, que podem ser extraídos por meio da interpretação dos princípios adotados, como também direitos fundamentais que não estão expressamente dispostos na própria Constituição de 1988, mas de alguma maneira foi recepcionado no ordenamento jurídico brasileiro.

Esse entendimento se manifesta através da materialidade dos direitos fundamentais que está prevista no artigo 5º, §2º da Constituição, segundo o qual “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”⁵⁵.

Uma consideração importante também prevista na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, §1º, dispõe expressamente que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais são de aplicabilidade imediata”, editado com a finalidade de perpetuar o respeito aos direitos fundamentais, bem como sua eficácia⁵⁶.

Não obstante tal previsão definir os direitos como de aplicabilidade imediata, essa previsão possibilita a existência de interpretação contraditória na doutrina, pois se abre a discussão acerca da extensão dessa previsão, cabendo questionar se tal dispositivo abarcaria tão somente os direitos fundamentais previstos no art.5º ou não.

João Petro Gegrán Neto fundamenta sob à ótica da restrição dessa previsão ao art. 5º e seus incisos, pois entende que, considerar que a previsão abarca todos os direitos fundamentais não seria plausível, pois tal afirmação não iria superar os problemas da realidade fática⁵⁷.

Sobre o assunto Ingo Wolfgang Sarlet pontua:

Em que pese a circunstância de que situação topográfica do dispositivo poderia sugerir uma aplicação da norma contida no art. 5º, § 1º, da CF

⁵⁵BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado. 1988.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito a Prestações Materiais e a Efetividade da Tutela Jurisdicional**. 2004. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Paraná. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Direito_a_prestacoes_materiais_e_a_efetividade_da_tutela_jurisdicional.pdf>. Acesso em: 20 de outubro de 2016.

apenas aos direitos individuais e coletivos (a exemplo do que ocorre com o § 2º do mesmo artigo), o fato é que este argumento não corresponde à expressão literal do dispositivo, que utiliza a formulação genérica "direitos e garantias fundamentais", tal como consignada na epígrafe do Título II de nossa *Lex Suprema*, revelando que, mesmo em se procedendo a uma interpretação meramente literal, não há como sustentar uma redução do âmbito de aplicação da norma a qualquer das categorias específicas de direitos fundamentais consagradas em nossa Constituição, nem mesmo aos - como já visto, equivocadamente designados - direitos individuais e coletivos do art. 5º. Em sentido contrário, houve inclusive quem propusesse uma "nova exegese" da norma contida no art. 5º, § 1º, sustentando a sua necessária interpretação restritiva quanto ao alcance (embora extensiva quanto à eficácia) já que o Constituinte "disse mais do que o pretendido" assumindo, por via de consequência, uma interpretação baseada não apenas na já amplamente questionada e questionável "vontade do Constituinte", mas num originalismo ancorado numa vontade presumidamente contrária ao teor literal do dispositivo. Sem que se vá aprofundar aqui este aspecto, entendemos suficiente - pelo menos no que diz com a aplicação do postulado da aplicabilidade imediata a todas as normas de direitos fundamentais, uma remissão aos demais argumentos por nós deduzidos, que consideramos serem ainda idôneos para afastar a pretendida exegese restritiva⁵⁸.

Não obstante a discussão proviesse da disposição escolhida pelo legislador para fixar o dispositivo no texto constitucional gerando ambiguidades acerca da incidência somente nos direitos individuais e coletivos previstos no artigo 5º da CF, não resta dúvida que a previsão tem um caráter geral e se direciona a todos os direitos fundamentais independente da sua localização no texto constitucional.

Otávio Amaral Calvet conclui que não houve pelo legislador nenhuma distinção expressa acerca dos direitos fundamentais em cada dimensão:

Ademais, nosso legislador constituinte não fez qualquer distinção clara em termos de eficácia entre direitos fundamentais de cada dimensão, deixando notar que encontra-se num mesmo patamar de importância cada um dos direitos enumerados, em verdadeiro ambiente de complementaridade, assentado na ideia de desenvolvimento de um Estado Social, em que a promoção do bem-estar geral viabiliza o exercício das liberdades individuais de forma real⁵⁹.

Nesse sentido, não há cabimento distinguir efetivamente os direitos fundamentais pelas suas diferentes dimensões, pois, como abordado anteriormente, as dimensões servem para o enquadramento desses direitos na história, além de facilitar na identificação dos princípios norteadores de cada direito, mas não para gerar uma

⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 10. ed. rev. ampl. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 262

⁵⁹ CALVET, Otávio Amaral. **A Eficácia Horizontal Imediata Do Direito Social Ao Lazer Nas Relações Privadas De Trabalho**. 2005. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. p.50

hierarquização entre esses direitos que se encontram todos num mesmo grau de relevância.

Além da discussão acerca da extensão do artigo, pode-se considerar como segundo objeto de discussão, a questão referente à aplicabilidade dos direitos fundamentais, que é o que expõe o supramencionado artigo.

Questiona-se acerca da possibilidade da previsão estabelecida no artigo 5º,§1º da CF atingir com a aplicabilidade imediata todas as normas constitucionais fundamentais, uma vez que dentro do âmbito dos direitos fundamentais, alguns deles podem de imediato produzir efeitos, mas outros, conforme texto constitucional, dependem de uma atuação “externa” para se concretizarem, como por exemplo, o direito ao lazer, objeto do presente estudo.

Ocorre que, a previsão expressa constitucionalmente visando estabelecer a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais decorre do entendimento do legislador em preservar a efetiva garantia desses direitos, tendo em vista que não se objetiva que o texto constitucional viesse a se tornar “letra morta”.

Porém, diante de uma transferência dessa previsão constitucional à disposição legal acerca dos direitos fundamentais, como também pensando essa previsão através da evolução histórica dos direitos fundamentais e de suas dimensões, entende-se que há uma incongruência, pois, conforme estudado anteriormente, existem direitos fundamentais negativos que se concretizariam pela mera omissão estatal, mas existem direitos fundamentais positivos que necessitam de uma atuação estatal para se concretizarem, e essa atuação decorreria de lei que disciplinasse esta atuação.

Assim, questiona-se: acerca dessa multiplicidade dimensional dos direitos fundamentais, como poderiam os direitos fundamentais positivos encontrar respaldo nessa aplicabilidade imediata? Caberia ao direito ao lazer ter essa aplicabilidade imediata como prevê o texto constitucional?

O primeiro pensamento apresentado, no presente estudo, é o defendido por Dirley da Cunha Júnior:

Segundo a Constituição de 1988, as normas definidoras de direitos (e garantias) fundamentais tem aplicação imediata, o que significa afirmar que, em princípio, essas normas têm eficácia plena, não sendo dependentes de qualquer interposição do legislador para lograrem a efetividade ou eficácia social. Todavia, o assunto não é assim tão simples, pois, a despeito de expressa previsão constitucional (CF/88, art.5º,§1º), as normas definidoras de direitos fundamentais longe estão de se

identificarem funcional e normativamente, o que dificulta, em demasia, chegar a um tratamento uniforme sobre a matéria. Com efeito, assim como as normas constitucionais em geral, as normas definidoras de direitos fundamentais assumem feições distintas, seja de referência às funções que desempenham no ordenamento jurídico-constitucional, seja no tocante às técnicas de sua positivação. Assim, em que pese todas integrarem a mesma categoria jurídico-normativa e serem rotuladas de normas definidoras de direitos fundamentais, elas – em razão das distintas funções que exercem e das diferentes técnicas de positivação às quais submeteram – não são dotadas da mesma carga eficaz, o que leva alguns autores ao absurdo de declararem a inutilidade da norma contida no art. 5º,§1º, fazendo pouco caso da vontade constituinte⁶⁰.

Assim, o autor reconhece que no rol das normas constitucionais fundamentais, as mesmas se apresentam de forma diversificada, e isto implica na diferente valoração acerca da eficácia das normas constitucionais, mas mesmo assim este não seria um fator para determinar que o artigo 5º,§ 1º da CF seria dispensável.

Em posição contrária, revela-se Regina Maria Macedo Nery Ferrari ao afirmar que não seriam todas as normas constitucionais que poderiam ser aplicáveis de forma direta na realidade que ela dispõe sobre, ocorre que, para a autora, muitas dessas normas só poderiam ser plenamente aplicadas, no sentido de serem executáveis, no momento em que outra norma viesse regular a matéria⁶¹.

Seguindo a posição adotada pela autora supramencionada, Manoel Gonçalves Ferreira Filho expõe que as normas só teriam a aplicabilidade imediata quando estivessem completas tanto na sua hipótese quanto no seu dispositivo, e, caso possuísse alguma lacuna não seria executável⁶².

Essa compreensão dos doutrinadores supracitados é manifestado diante do reconhecimento pelo ordenamento jurídico da existência de uma variação a respeito da carga eficaz das normas constitucionais, sem dúvidas, existem normas constitucionais que necessitam de uma atuação de órgãos estatais que a concretizem, seriam essas as normas programáticas, que trazem como exemplo os direitos sociais que necessitam de uma atuação estatal para serem implementados⁶³.

⁶⁰CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 9.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015,p. 519

⁶¹FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas Constitucionais Programáticas – Normatividade, Operatividade e Efetividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

⁶² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 13ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 126.

⁶³ Não obstante as existência de diversas classificações e divisões das normas constitucionais no ambiente doutrinário, o presente estudo se filiou ao posicionamento clássico defendido por José Afonso da Silva que divide as normas fundamentais em: normas de eficácia plena; normas de eficácia contida; e, normas de eficácia limitada. As normas constitucionais de eficácia plena teriam a

Verifica-se que a existência de normas constitucionais com diferentes graus de eficácia, não impede que a disposição constitucional estabeleça a aplicabilidade das normas constitucionais, num sentido genérico e o que se pode extrair do texto é que a intenção do legislador ao editar tal previsão, era demonstrar o grau de importância dos direitos fundamentais, por prever uma proteção desses direitos ao torná-los aplicáveis no ordenamento jurídico de imediato, respeitando assim a sua essencialidade.

Por este ângulo, George Marmelstein Lima critica o pensamento exposto pela doutrinadora supramencionada, comprovando a existência de controvérsia deste pensamento com a estrutura existente no ordenamento jurídico:

É óbvio que esse entendimento não pode prevalecer, sob pena de tornar a efetividade Constituição “refém” da vontade do Congresso Nacional. Ou seja: o legislador infraconstitucional terá mais poder do que o próprio legislador constituinte, o que é um absurdo⁶⁴.

Dessarte, definir que as normas que carecem de políticas públicas e posterior intervenção legislativa não possuem uma aplicabilidade imediata é deixar a sua concretização à margem da discricionariedade do poder público, podendo, no entanto, ocasionar a frustração do gozo de direitos fundamentais ao indivíduo, ao desobrigar essa imediatividade que revela, na verdade, a relevância da fruição desses direitos.

Nesse sentido, Ricardo Maurício Freire Soares segue esse entendimento:

Todas as normas constitucionais concernentes à estrutura axiológica ou teleológica dos direitos fundamentais – inclusive as ditas programáticas – geram imediatamente direitos subjetivos para os cidadãos, inobstante apresentem graus eficaciais distintos. Sendo assim, considerar as normas constitucionais programáticas como meras proclamações de cunho

aplicabilidade imediata e integral, e incidiriam sobre a matéria a partir do momento em que entrassem em vigor; as normas de eficácia contida seriam entendidas como normas que tem a aplicabilidade imediata, também independem de integração legislativa, mas não se aplicam de forma integral, pois estas estariam sujeitas à restrições previamente estabelecidas ou ainda condicionadas a uma regulamentação que limitariam a eficácia ou aplicabilidade; as normas constitucionais de eficácia limitada dependeriam de uma integração posterior do legislativo, e, essas normas se subdividiriam ainda em normas de princípio institutivo ou organizativo, que seriam as normas direcionadas a estruturação de organismos, e em normas de princípio programático que veiculam políticas públicas para a efetivação do objeto que é matéria da norma. Assim, os direitos sociais seriam considerados normas programáticas por dependerem da existência de uma política pública, intervenção legislativa. Para maior aprofundamento: SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

⁶⁴ LIMA, George Marmelstein. **Crítica à classificação de José Afonso da Silva acerca da aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais**. Disponível em: < <http://georgelimaxpg.uol.com.br/critica.pdf> >. Acesso em: 18 abr. 2016.

ideológico ou político implica negar a existência delas como categorias normativas⁶⁵.

Por conseguinte, fica o entendimento de que não se pode não considerar a recepção do artigo 5º, §1º da CF pelos direitos fundamentais que necessitem de uma atuação positiva estatal, caracterizando sua eficácia como efetivamente limitada, sendo que num contexto de direitos fundamentais, não cabe condicioná-los a regulamentação ou atuação de quem quer que seja, sem outras alternativas de satisfação, porque implicaria numa restrição de sua eficácia.

Examina-se no ordenamento jurídico mecanismos que comprovam a aplicabilidade imediata até mesmo das normas programáticas, uma vez que se verificou uma preocupação da efetivação dessas normas constitucionais, por meio de instrumentos como os remédios constitucionais, a exemplo do habeas data e mandado de injunção, bem como por meio da possibilidade de proposta de ação direta de inconstitucionalidade por omissão e por meio da possibilidade de retirada de qualquer norma que ofenda um direito fundamental, ou, até mesmo na medida em que se possibilita ao poder judiciário a possibilidade de concretizar os preceitos constitucionais por meio de interpretação quando da lacuna legislativa⁶⁶.

Deste modo, fazendo uma análise do objeto do presente estudo, considera-se que a despeito do direito social ao lazer se configurar doutrinariamente como uma norma programática, levando em conta que carece, para sua efetivação de uma atuação do Estado, promovendo meios para tal, por se tratar de um direito fundamental deve proporcionar imediatamente a produção de efeitos para os titulares desses direitos.

⁶⁵ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O discurso constitucional da dignidade da pessoa humana: uma proposta de concretização do direito justo no pós-positivismo brasileiro**. 2008. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Estado da Bahia, Salvador. p.187. Disponível em: < <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/10500/1/Ricardo%20Mauricio.pdf> >. Acesso em: 09 abr. 2016.

⁶⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.p.126

3 A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como já fora visto previamente, diante da relevância dos direitos fundamentais na vida do indivíduo, torna-se primordial refletir acerca da sua extensão na esfera privada, considerando-se que a supressão dos direitos pode não decorrer tão somente da atuação estatal. Para uma apreciação acerca da possibilidade da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, faz-se necessário discorrer, sem pretensão de esgotar o tema, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, como também as principais teorias que versam sobre a temática e o posicionamento majoritário do ordenamento jurídico brasileiro⁶⁷.

Verificar a viabilidade de aplicação dos direitos fundamentais é essencial, pois não caberia a mera equiparação com a vinculação existente entre o indivíduo e Estado, porque na relação entre particulares, ambos os “lados” estão revestidos de direitos.

3.1 A DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A nova ordem constitucional traz em seu bojo a abordagem da chamada dupla dimensão dos direitos fundamentais, tal entendimento doutrinário compreende que esses direitos são dotados de uma manifestação subjetiva e objetiva.

Em conformidade com exposição anterior, o contexto histórico o qual se deu início ao surgimento dos direitos fundamentais condiz com o momento em que o Estado vinha cometendo inúmeras violações à esfera do indivíduo enquanto homem e enquanto cidadão ferindo a dignidade da pessoa humana, e a partir desse contexto iniciaram-se lutas nas quais se buscavam direitos frente ao Estado. Nesse primeiro momento tais direitos se consolidavam com a abstenção do Estado, e é através

⁶⁷ Para Daniel Sarmento, diante da importância que os direitos fundamentais revelam ter na vida das pessoas, é necessário que estes incidam também no âmbito das relações privadas, mas para que isso ocorra existem dois pontos que devem ser analisados: o primeiro consiste na busca pela compatibilização da proteção desses direitos quando nos dois polos existem sujeitos de direito; e, o segundo ponto corresponde à análise acerca da relação entre os poderes legislativo e judiciário, para a concretização dos direitos fundamentais, tendo em vista que não se encontra na doutrina uma pacificação acerca dos limites do judiciário para a aplicabilidade imediata desses direitos. Ver: SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 210

deste cenário que se observa a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais. Seguindo esse entendimento, Filipe Augusto dos Santos Nascimento evidencia que:

Partindo da ideia acima exposta, a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais compreende tais direitos em uma relação indivíduo-Estado, considerando os direitos fundamentais como mecanismos de proteção do cidadão em face do Estado⁶⁸.

À proporção que a sociedade evoluiu, ocasionou também a alteração das tutelas requeridas pelos indivíduos possibilitando, assim, o surgimento de novos direitos que, diferentemente dos anteriores, vieram buscar sua garantia por meio da atuação estatal⁶⁹.

Isto posto, ao passo que a mera abstenção estatal não se tornou suficiente para a satisfação dos direitos fundamentais existentes à época, passou-se a demandar uma atuação estatal para que ocorresse a efetivação, surgindo assim uma compreensão da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Nessa dimensão, diferentemente da dimensão subjetiva, se ultrapassa a percepção do direito fundamental como mecanismo limitador da atuação estatal frente ao indivíduo, tendo um caráter mais ativo. Além disso, enquanto a dimensão subjetiva vincula-se à figura de um sujeito titular do direito, na dimensão objetiva há uma desvinculação desse indivíduo, e os direitos fundamentais passam a ser analisados sob o enfoque de uma ordem de valores, como menciona Gabrielly Paiano Silveira e Daniela Braga Paiano:

Vale enfatizar que além da perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais – esta refere-se ao reconhecimento dos titulares dos direitos fundamentais e quais as pretensões passíveis de exigência do indivíduo frente ao Estado – há também a denominada dimensão objetiva, que está ligada a ideia de consagração de valores numa sociedade (grifo nosso)⁷⁰.

Assim, além de se examinar os direitos fundamentais perante a perspectiva destes como ferramentas de imposição de prestações e abstenções estatais, em razão da

⁶⁸ NASCIMENTO, Filipe Augusto dos Santos. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: é possível reconhecer os direitos fundamentais como uma ordem objetiva de valores? **Revista Direito e Liberdade - ESMARN**. V. 13, n. 1, p. 09 – 24 – jan/jun 2011. Disponível em < http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/viewFile/407/404 >. Acesso em 10 maio 2016.

⁶⁹ MARCHINHACKI, Romualdo Paulo. **Direitos fundamentais: aspectos gerais e históricos**. Disponível em: < <http://www.unifebe.edu.br/revistadaunifebe/20122/artigo017.pdf> >. Acesso em: 9 abr. 2016.

⁷⁰ SILVEIRA, Gabrielly Paiano; PAIANO, Daniela Braga. **Os direitos fundamentais na nova perspectiva constitucional**. Disponível em: < <http://eventos.uenp.edu.br/sid/publicacao/artigos/34.pdf> >. Acesso em 20 out. 2016.

condição de destinatário, sob o prisma objetivo poderão ser vistos como instrumentos regedores de uma coletividade. Tal entendimento gera como efeito, a chamada eficácia irradiante dos direitos fundamentais⁷¹.

Este efeito apresenta a ideia de que, por ser um mecanismo norteador da comunidade, os direitos fundamentais são valores que devem se difundir em todo o ordenamento jurídico, regendo tanto o poder judiciário, quanto os poderes executivo e legislativo, e ainda que tenha um papel de limitar o Estado, se revestiriam também de um caráter norteador⁷².

Diante da importância atribuída, a irradiação promove no ordenamento jurídico uma constitucionalização do direito, posto que todo o restante do ordenamento deve ter a observância dos direitos fundamentais, e, confere também a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, pois a responsabilização pela concretização desses direitos deixa de ser do Estado e passa a ser de toda a sociedade, não se eximindo o Estado, contudo, de impedir a supressão da consolidação dos direitos, ainda que por terceiros⁷³ ou por outros Estados, como assevera Ingo Wolfgang Sarlet:

Outra importante função atribuída aos direitos fundamentais e desenvolvida com base na existência de um dever geral de efetivação atribuído ao Estado, por sua vez agregado à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, diz com o reconhecimento de deveres de proteção (*Schutzpflichten*) do Estado, no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões provindas de particulares e até mesmo de outros Estados. Esta incumbência, por sua vez, desemboca na obrigação de o Estado adotar medidas positivas da mais diversa natureza (por exemplo, por meio de proibições, autorizações, medidas legislativas de natureza penal, etc.), com o objetivo precípua de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais⁷⁴.

⁷¹ Importante ressaltar que, não se pode fazer uma análise meramente objetiva dos direitos fundamentais, pois, como expõe Robert Alexy, ignorar a dimensão subjetiva desses direitos seria contradizer o aspecto mais básico, tendo em vista que são direitos que dizem respeito aos indivíduos. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad: Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros. p. 525.

⁷² SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 130 *et. seq.*

⁷³ Conforme será exposto adiante, essa aplicação da eficácia irradiante que decorre da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, no âmbito das relações de emprego, deve ser observada com maior atenção, dado que se deve analisar também a realidade fática dos empregadores.

⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 10. ed. rev. ampl. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 148 *et. seq.*

Destarte, um dos efeitos da dimensão objetiva que admite ser analisado no presente estudo é a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, para fins de apreciação, mais adiante, da concretização do direito ao lazer nas relações de emprego.

3.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS RELAÇÕES PRIVADAS

Quanto à relação entre os direitos fundamentais e as relações privadas Ângelo Márcio Kloster pontua:

Os direitos fundamentais foram construídos originariamente, como direitos do indivíduo frente ao Estado, seja como direitos de defesa contra o Estado, seja como direitos a uma prestação por parte deste. Inicialmente, portanto, os direitos fundamentais eram exercidos verticalmente, de forma hierarquizada e com caráter de subordinação diante da supremacia do Estado perante o particular. Com o fortalecimento do Estado de Direito, passaram a atuar novas forças privadas além do Poder Estatal, capazes de desestabilizar as relações jurídicas entre particulares, por vezes, sujeitando o mais fraco em detrimento do mais forte. Os direitos fundamentais foram construídos originariamente, como direitos do indivíduo frente ao Estado, seja como direitos de defesa contra o Estado, seja como direitos a uma prestação por parte deste. Inicialmente, portanto, os direitos fundamentais eram exercidos verticalmente, de forma hierarquizada e com caráter de subordinação diante da supremacia do Estado perante o particular. Com o fortalecimento do Estado de Direito, passaram a atuar novas forças privadas além do Poder Estatal, capazes de desestabilizar as relações jurídicas entre particulares, por vezes, sujeitando o mais fraco em detrimento do mais forte⁷⁵.

Não obstante os direitos fundamentais tenham surgido frente à primordialidade da proteção dos cidadãos diante dos poderes que emanavam do Estado, na qual os direitos fundamentais passaram a recair nas relações entre cidadão e Estado como agente limitador da atuação deste, no decorrer do tempo notou-se que as violações a direitos fundamentais não mais resultavam exclusivamente do Estado, mas também das relações entre particulares⁷⁶.

Nesse seguimento, Arion Sayão Romita alega que concomitantemente ao momento histórico em que surgiam os direitos fundamentais, as relações privadas se materializavam por meio dos negócios jurídicos, sob o amparo da autonomia privada e, as normas jurídicas que incidiam eram tipicamente de direito privado destinando-

⁷⁵KLOSTER, Ângelo Márcio. **A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais**. Disponível em <www.agu.gov.br/page/download/index/id/1312630>. Acesso em: 9 de abr. 2016

⁷⁶ Trata-se da eficácia vertical dos direitos fundamentais.

se à defesa um dos outros. Uma vez que os particulares não dispunham de poderes de autoridade, eles viriam a se encontrar na mesma condição de igualdade não podendo invocar os direitos fundamentais e prevalecendo a autonomia da vontade⁷⁷.

Verifica-se que, notadamente, essa condição de igualdade por ele demonstrada permanecia real apenas no plano hipotético, a julgar pelo fato de que nem todos eram tratados de maneira similar, como também nem todos na sociedade detinham dos mesmos instrumentos para defesa de seus interesses, ocasionando, por conseguinte, em diversas situações, uma realidade díspar entre os dois polos da relação privada, visto que a liberdade estabelecida no âmbito privado permitiria inclusive a adoção de medidas e celebração de acordos contrários às garantias trazidas nos direitos fundamentais.

Daniel Sarmiento e Fábio Rodrigues Gomes alegam que:

A teoria liberal clássica limitava o alcance dos direitos fundamentais à regência das relações públicas, que tinham o Estado em um dos seus pólos. Tais direitos eram vistos como limites ao exercício do poder estatal, que, portanto, não se projetavam no cenário das relações jurídico-privadas. Hoje, tal concepção, que caracterizava o modelo de constitucionalismo liberal-burguês revela-se anacrônica. Parece indiscutível que se a opressão e a violência contra a pessoa provêm não apenas do Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados, presentes em esferas como o mercado, a família, a sociedade civil e a empresa, a incidência dos direitos fundamentais na esfera das relações entre particulares se torna um imperativo incontornável⁷⁸.

Desta forma, não possibilitar a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas seria uma ferramenta para suprimir o exercício desses direitos essenciais aos seus titulares para uma vida com dignidade⁷⁹.

Essa demonstração pode se confirmar, por exemplo, nas relações de emprego, que, como já abordado anteriormente, consiste numa relação desigual, na qual o

⁷⁷ ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho**. 5 ed. São Paulo : LTr, 2005. P. 196

⁷⁸ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A Eficácia Dos Direitos Fundamentais Nas Relações Entre Particulares: O Caso Das Relações De Trabalho. **Rev. TST**. Brasília. Vol. 77, no 4, out/dez 2011. Disponível em < <http://www.tst.jus.br/documents/1295387/ba6d2078-7c20-49ab-b5c6-e08d2d9cd0e8> >. Acesso em: 9 de abr. 2016 p.61

⁷⁹ Muito embora defenda-se no presente estudo à importante relevância dos direitos fundamentais, tal entendimento não se encontra plenamente assentado na doutrina, como revela Thiago Luís Santos Sombra ao fixar que “o excessivo apego à vertente histórica dos direitos fundamentais e à irrestrita proteção ao princípio da autonomia privada constituem os dois maiores argumentos contrários à eficácia dos direitos fundamentais entre particulares. O primeiro, por todas as razões esposadas nos tópicos antecedentes, carrega em sua bagagem um fardo ideológico formado essencialmente pela separação estanque entre o público e o privado; o segundo, por sua vez, relaciona-se à autonomia e independência do Direito Privado e de seu preceito primordial: a autonomia da vontade.”. SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2011. p.74

empregado na sua condição de prestador de serviços, utiliza-se do emprego como mecanismo de subsistência, assim, revela-se como a parcela frágil da relação que é dependente da perpetuação do vínculo empregatício.

Nesta mesma lógica entende Tereza Aparecida Asta Gemignani e Daniel Gemignani ao constatar que a necessidade da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas se manifesta de forma ainda mais grave por existir na modernidade conflitos entre particulares decorrentes de uma relação assimétrica, onde as partes se encontram explicitamente em situação de desigualdade, como ocorre, por exemplo, nas relações de emprego⁸⁰.

Nota-se que esse entendimento a respeito da desproporcionalidade existente nas relações de emprego é reforçado pela própria proteção que é garantida ao empregado na seara do direito do trabalho.

Outrossim, o empregado na condição de cidadão titular de direitos fundamentais merece tê-los resguardados em todo o contexto em que ele está inserido. E, por esse ângulo, os direitos fundamentais serviriam como instrumentos norteadores e limitadores da autonomia das relações privadas, para tanto se discute as formas propostas na doutrina para tal incidência.

Daniel Sarmento demonstra a relevância da análise acerca da aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares ao declarar que:

[...] não seria correto simplesmente transplantar o particular para a posição de sujeito passivo do direito fundamental, equiparando o seu regime jurídico ao dos Poderes Públicos, pois o indivíduo, diversamente do Estado, é titular de direitos fundamentais, e está investido pela própria Constituição em um poder de autodeterminação dos seus interesses privados. [...] O ponto nodal da questão consiste na busca de uma fórmula de compatibilização entre, de um lado, uma tutela efetiva dos direitos fundamentais, neste cenário em que as agressões e ameaças a eles vêm de todos os lados, e, do outro, a salvaguarda da autonomia privada da pessoa humana⁸¹.

⁸⁰GEMIGNANI, Tereza Aparecida; GEMIGNANI, Daniel. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho.** Disponível em <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_80/tereza_aparecida_gemignani_e_daniel_gemignani.pdf>. Acesso em: 10 de abr. 2016

⁸¹SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 223.

Torna-se imprescindível a realização de um estudo que examine além do questionamento a respeito da possibilidade ou não de incidência dos direitos fundamentais⁸².

Como já fora tratado, a necessidade da vinculação desses direitos às relações de direito privado está claramente definida, todavia, mais importante do que reafirmar essa pertinência, é buscar um meio de satisfação dessa garantia que se demonstre proporcional e razoável.

Ante o exposto, não resta dúvida sobre a eficácia nas normas constitucionais de direitos fundamentais e a efetiva vinculação do Estado, conforme o artigo 5º, §1º da Constituição Federal⁸³, o que se procura entender, no entanto, é se o ordenamento pátrio recepciona a ideia da aplicação também no âmbito privado.

Em vista disso, o estudo da eficácia horizontal dos direitos fundamentais é inevitável diante da omissão no texto constitucional, das múltiplas teorias presentes no ordenamento e da resistência doutrinária ao longo do tempo para aceitar esta tese.

A dificuldade posta pela doutrina decorria, segundo Arion Sayão Romita, da argumentação respaldada no juízo de que instituir a eficácia imediata dos direitos fundamentais no âmbito privado viria a estabelecer uma ameaça à liberdade da vinculação privada que era garantida no Estado de direito possibilitando aos indivíduos a autonomia na sua decisão de âmbito particular⁸⁴.

Como será demonstrado adiante, as limitações atribuídas aos particulares objetivam estabelecer a garantia da dignidade da pessoa humana, bem maior a ser tutelado no ordenamento, sendo assim, qualquer limitação de outro direito para resguardá-lo faz-se legítimo.

Em suma, busca-se identificar qual a teoria aplicável no ordenamento pátrio, pois tal entendimento contribui, no presente estudo, ao possibilitar a conclusão de como o direito ao lazer se vincularia nas relações de emprego.

Adriano Pessoa da Costa aponta as teorias predominantes no que tange à vinculação dos direitos fundamentais nas relações privadas:

⁸² Para tanto, estuda-se no presente trabalho as diversas visões das principais teorias acerca da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas.

⁸³ Art. 5, §1º da Constituição Federal.

⁸⁴ ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho**. 5 ed. São Paulo : LTr, 2005.

No plano teórico, é possível afirmar, com segurança, que a dogmática da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas compreende pelo menos quatro vertentes:

I. Esses direitos não têm eficácia no plano jurídico-civil, pois mesmo quando perpetradas por particulares, as possíveis violações devem ser arrojadas ao Estado, seja diretamente (tese de Schwabe) ou indiretamente, pelo artifício da equiparação da conduta privada à estatal (*State Action*);

II. Os preceitos jusfundamentais têm eficácia, mas ela opera indiretamente, através das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados próprios da legislação privatística e sua interpretação pelos órgãos judiciais;

III. A eficácia é imediata, sem que se faça necessária qualquer intermediação estatal, pois decorre diretamente do texto constitucional;

IV. O modelo dos três níveis de eficácia, proposto por Alexy⁸⁵.

Sendo assim, parte-se para análise das teorias supramencionadas.

3.3 TEORIA DA INEFICÁCIA HORIZONTAL OU TEORIA DA STATE ACTION

A teoria da *state action* ou da ineficácia horizontal manifesta um pensamento que se contrapõe ao pensamento adotado pelas teorias da eficácia horizontal. Enquanto as teorias da eficácia horizontal admitem a possibilidade de vinculação dos direitos fundamentais nas relações privadas, esta vai reconhecer tão somente a existência da eficácia vertical, que consiste na vinculação desses direitos dos cidadãos perante o Estado.

A defesa feita por esta teoria estabelece que os direitos fundamentais só seriam aplicados nas relações entre Estado e particulares, não sendo vinculado aos entes particulares.

Adriana Brasil Vieira Wyzykwoski sustenta que:

A teoria da *state action* surgiu na Alemanha, em contraposição à teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, sendo defendida por Mangoldt e Forsthoff. Essa teoria nega-lhes eficácia nas relações privadas, partindo da concepção de que somente o Estado pode ser sujeito passivo desses direitos, de modo a serem os direitos fundamentais apenas direitos de defesa em face ao Estado⁸⁶.

⁸⁵ COSTA, Adriano Pessoa da. **Direitos Fundamentais Entre Particulares Na Ordem Jurídica Constitucional Brasileira**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Ceará, Fortaleza. p.52

⁸⁶ WYZYKWOSKI, Adriana Brasil Vieira. **A Concretização Do Direito Fundamental Ao Lazer Nas Relações De Emprego**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Estado da Bahia, Salvador. p. 83

Muito embora tenha surgido na Alemanha, este entendimento teórico ganhou forças nos Estados Unidos onde foi fortemente defendido, tal acontecimento decorreu do contexto liberal adotado pelo ordenamento americano, bem como a adoção da ideologia da autonomia da vontade.

Para esta corrente doutrinária, oportunizar que os direitos fundamentais incidissem nas relações privadas seria ferir o ideal de liberdade defendido pelos americanos.

Lucyellen Roberta Dias Garcia complementa ainda que nos Estados Unidos, a União não possui a competência para editar normas referentes às regras de direito privado, pois se trata de uma atribuição destinada diretamente aos Estados, sendo afastada, então, a possibilidade de interferência das Cortes Federais em matéria que envolve as relações privadas. Assim, os doutrinadores que defendem esta corrente teórica se baseavam no próprio sistema jurídico que se mantém vinculados, para justificar a autonomia dos Estados na solução dos conflitos estabelecidos entre os particulares⁸⁷.

Outrossim, observou-se que um dos maiores fatores de influência para adoção dessa corrente doutrinária nos Estados Unidos se deu pela interpretação literal que foi realizada à *Bill of Rights*, Constituição daquele país.

Os direitos fundamentais previstos nesta Constituição Americana referiam-se tão somente à limitação do poder público, e, diante da ausência de fixação dos entes privados como vinculados também às previsões constitucionais, restou estabelecido o ideal de que as garantias possuíam somente o Estado como destinatário⁸⁸.

Daniel Sarmiento e Fábio Rodrigues Gomes manifestam-se contrários ao posicionamento adotado nesta teoria:

Enfim, a doutrina da *state action*, apesar dos temperamentos que a jurisprudência lhe introduziu, não proporciona um tratamento adequado aos direitos fundamentais, diante do fato de que muitos dos perigos e ameaças à pessoa humana provêm não do Estado, mas de grupos, pessoas e organizações privadas. Ademais, ela não foi capaz de construir *standards* minimamente seguros e confiáveis na jurisdição constitucional norte-americana. Tal teoria está profundamente associada ao radical individualismo que caracteriza a Constituição e a cultura jurídica e social dos Estados Unidos. Não obstante, pelo grande prestígio e influência do

⁸⁷ GARCIA, Lucyellen Roberta Dias. Aplicabilidade Direta Das Normas De Direito Fundamental Às Relações Privadas. **Revista FANORPI de Divulgação Científica**. n. 2. ano 2013. Disponível em < <http://www.fanorpi.edu.br/universitas/downloads/numero2/artigo02.pdf> >. Acesso em: 10 maio 2016

⁸⁸ COSTA, Adriano Pessoa da. **Direitos Fundamentais Entre Particulares Na Ordem Jurídica Constitucional Brasileira**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Ceará, Fortaleza. p. 58

Direito Constitucional norte-americano, ela acabou sendo também adotada em outros países, como o Canadá⁸⁹.

Não resta dúvida de que tal tese frustra completamente os direitos fundamentais no vasto campo em que estes deveriam incidir, refere-se neste ponto a alçada das relações privadas, que no decorrer dos tempos se tornaram cada vez mais complexas e importantes para a própria manutenção da sociedade.

Difundir esse pensamento defendido pela teoria da *State Action*, diante do contexto de uma sociedade que, desde os primórdios, traz em seu histórico de forma explícita a desigualdade, é “fechar os olhos” para o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que os mecanismos para garantir direitos e liberdades não se encontram equitativamente dispostos a todos.

Decerto, à luz do direito do trabalho, depreende-se que o entendimento adotado por esta doutrina extingue de todas as formas a única tentativa plausível de equiparação das posições dos empregados e empregadores na relação de emprego.

Contudo, no decorrer do tempo, houve uma mitigação da teoria da *state action* à medida que o judiciário americano passou a relativizá-la, passando a ser utilizada a teoria da *public function*, momento em que houve também a vinculação das entidades privadas que se submetiam à prática de atividades originariamente estatais aos direitos fundamentais ou em que o Estado tenha uma relação profunda com a atividade privada que estaria sendo executada⁹⁰.

Um dos fatores determinantes para que houvesse um amortecimento da rigidez presente na primeira teoria, para composição um pouco relativizada da teoria da *public function*, segundo Daniel Sarmiento e Fábio Rodrigues Gomes, foi o caso *Shelley v. Kraemer*.

O caso *Shelley v. Kraemer* constitui um relevante precedente nesta linha. Na hipótese, existia uma convenção privada vinculando os proprietários de vários imóveis de uma região, que os proibia de aliená-los a pessoas integrantes de minorais raciais. Apesar disso, o dono de um dos imóveis resolveu vendê-lo a um negro, contra o que se opuseram alguns dos demais coobrigados pela convenção, através o ajuizamento de uma ação. A questão chegou à Suprema Corte, que disse

⁸⁹ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A Eficácia Dos Direitos Fundamentais Nas Relações Entre Particulares: O Caso Das Relações De Trabalho. **Rev. TST**. Brasília. Vol. 77, no 4, out/dez 2011. Disponível em < <http://www.tst.jus.br/documents/1295387/ba6d2078-7c20-49ab-b5c6-e08d2d9cd0e8> >. Acesso em: 9 abr. 2016. p.66

⁹⁰ WYZYKWOSKI, Adriana Brasil Vieira. **A Concretização Do Direito Fundamental Ao Lazer Nas Relações De Emprego**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Estado da Bahia, Salvador. p. 86

que se o Judiciário tutelasse o suposto direito dos autores com base na convenção, ele estaria emprestando a sua força e autoridade a uma discriminação contrária à Constituição. Por este artifício, reconheceu-se a presença de *state action* no caso, para rejeitar a ação⁹¹.

Esta teoria visa enquadrar todas as proposições em que o Estado, ainda que indiretamente, fosse parte numa relação, assim, não só as hipóteses em que o Estado propriamente dito estivesse na relação seriam vinculadas aos direitos fundamentais, como também ocorreria por qualquer ente que lhe faça às vezes, por exemplo.

Em verdade, concorda-se que a conjectura que prevê inclusão dos entes privados que estivessem realizando uma atividade estatal é coerente, pois ainda que fosse uma atuação Estatal indireta, a natureza da atividade não deixa de ser pública. Contudo, quanto à vinculação na hipótese da existência de uma íntima conexão com uma relação particular específica, diante do grau de abstração da proposição, não se poderia estabelecer que tal posicionamento trouxesse um resultado concreto na garantia dos direitos fundamentais em questão, diante da amplitude da previsão.

Conforme justificado acima, da mesma forma que há a limitação da vinculação dos direitos fundamentais na teoria da *state action*, ocorre também com a teoria da *public function*, pois ambas as teorias inadmitem a incidência desses direitos nas relações tipicamente privadas. Assim sendo, pode-se concluir que, as possibilidades de supressão dos direitos fundamentais são diversas, mas não são exclusivas do Estado, ainda mais no contexto atual, e essa limitação, defendida pelas teorias supracitadas, pode repercutir negativamente na vida do indivíduo, pois são inúmeras as relações jurídicas privadas que o ser humano participa.

Deste modo, a *public function* seguiu o mesmo pensamento adotado na teoria da *state action* modificando apenas o rol de previsões da vinculação dos direitos fundamentais, de forma que relativizou o que era defendido pela primeira teoria, mas não modificando a compreensão adotada também na teoria anterior.

⁹¹ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A Eficácia Dos Direitos Fundamentais Nas Relações Entre Particulares: O Caso Das Relações De Trabalho. **Rev. TST**. Brasília. Vol. 77, no 4, out/dez 2011. Disponível em < <http://www.tst.jus.br/documents/1295387/ba6d2078-7c20-49ab-b5c6-e08d2d9cd0e8> >. Acesso em: 19 abr. 2016. p.65

3.4 TEORIA DE SCHWABE OU TEORIA DA CONVERGÊNCIA ESTATISTA

Trata-se de teoria que se manifesta sob à ótica da reparação e responsabilização, diante de uma ofensa a um direito fundamental⁹². Analisando por esse prisma apresentado por Schwabe, o autor revela um entendimento acerca da impossibilidade de vinculação das entidades privadas.

Ocorre que, diferentemente da perspectiva utilizada na teoria da *state action* e da *public function*, a não vinculação defendida por esta teoria, compreende tão somente o âmbito da responsabilização dos particulares. Ou seja, a percepção desta teoria é de que as ofensas a direitos fundamentais são atribuídas ao Estado, ainda que cometidas no âmbito das relações privadas.

Assim, não seria necessário diferenciar os direitos públicos dos privados, pois a responsabilização pelas agressões aos direitos fundamentais recairia sob o Poder Público, já que cabe a ele protegê-los. E, como o direito privado que ocasiona a violação seria uma permissividade legislativa aplicada ao caso concreto por meio do judiciário, os direitos fundamentais teriam mantido a natureza pública subjetiva, sendo oponível estritamente ao poder público⁹³.

Constata-se que o autor não se contrapõe à noção da vinculação dos direitos fundamentais às relações entre particulares, apenas estabelece que ainda nesses casos, a responsabilização seria do Estado.

Esta concepção se justifica pela ideia de que o Estado deve funcionar como instrumento de garantia para a concretização dos direitos fundamentais e, por isso, se torna a figura responsável para tal feito, de forma que deve o Estado se abster quando assim for previsto, deve atuar quando estipulado for e também impedir que os direitos sejam suprimidos por terceiros, seja por meio de previsão legal proibindo determinado ato, seja por meio do controle para prevenção de eventuais agressões a eles.

⁹² CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 2006. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. p. 133

⁹³ SANTOS, Adriana Aparecida Soares de. **A aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares: análise das teorias de eficácia do direito constitucional**. Artigo Científico (Curso de Pós-Graduação). 2010. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. Disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2010/trabalhos_22010/adrianasantos.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2016.

Sob o mesmo ponto de vista se manifesta Arion Sayão Romita:

No tocante à posição do Estado em face dos direitos fundamentais, estes podem ser visualizados em dupla perspectiva: como direitos de defesa e como garantias à proteção do Estado contra a agressão de terceiros. Na primeira visão, os direitos fundamentais obrigam o Estado a respeitar os direitos de qualquer indivíduo em face de investidas do próprio Poder Público: atuam como direitos de defesa (*Abwehrrechte*). Na outra perspectiva, o Estado se obriga a garantir os direitos de qualquer pessoa contra a agressão perpetrada por terceiros, quando invocado o seu dever de proteção (*Schutzpflicht des Staats*)⁹⁴.

Por fim, pois não se pode dizer que esta tese se adequaria na realidade fática, tendo em vista que na atualidade, as violações a direitos fundamentais nas relações particulares ocorrem de forma recorrente. Destarte, definir que haverá responsabilização do Estado, por exemplo, em todos os casos que não houver impedimento das agressões aos direitos fundamentais, torna-se impraticável, pois seria impossível o controle tempestivo de todas as relações constantes na sociedade.

Sob o mesmo enfoque se interpreta a questão no âmbito das relações empregatícias, não admite-se, na prática, a realização de um controle pelo Estado de todas as relações de emprego, que tem violações aos direitos fundamentais como práticas cotidianas, com o fim de impedir a tal ofensa.

3.5 TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL INDIRETA OU MEDIATA

A teoria da eficácia horizontal indireta ou mediata foi desenvolvida na Alemanha por Günter Dürig e consiste na concepção adotada no ordenamento jurídico alemão, onde impera na doutrina majoritária, bem como nas decisões da Corte Constitucional Alemã⁹⁵.

A primeira teoria, acolhida pelo Tribunal Constitucional da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*), repele a possibilidade de aplicação imediata dos direitos fundamentais às relações privadas. O objetivo dos direitos fundamentais não é solucionar diretamente os conflitos de interesses privados; sua aplicação se realiza pela utilização de meios previstos no ordenamento jurídico. Os direitos fundamentais são “decisões valorativas”, “normas objetivas” ou “valores fundamentais”, cuja função em face do direito privado se restringe à interpretação da norma aplicável. A projeção dos

⁹⁴ ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho**. 5 ed. São Paulo : LTr, 2005.p. 53

⁹⁵ SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2011. p.74 *et seq.*

direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas só se justifica quando eles não contrariam os princípios do direito privado. Vale dizer, exige-se uma espécie de “recepção” dos direitos fundamentais pelo direito privado como condição para a sua aplicação⁹⁶.

Essa teoria reconhece, portanto, a possibilidade da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas, além da aplicação já existente no âmbito das relações entre o Estado e o cidadão.

No entanto, a incidência não ocorreria de forma direta, ou seja, os direitos fundamentais não poderiam ser impostos imediatamente perante os particulares, porque para que isso ocorresse deveria haver uma manifestação por meio do poder legislativo, o qual editaria uma lei no âmbito do direito privado que regulasse a matéria dos direitos fundamentais para que estes incidissem.

A compreensão adotada é de que é atribuição do legislador a função de adequar a proteção dos direitos fundamentais ao âmbito privado, a partir do momento em que a edição das suas normas visasse a proteção de determinados direitos. Ressalta-se que, além da edição das leis que correspondessem à proteção dos direitos fundamentais, caberia ao legislador ponderar quais seriam os direitos possivelmente aplicados no âmbito privado.

No que diz respeito a atuação do judiciário, a esta esfera restaram duas importantes funções, que corresponderiam a interpretação das normas de direito privado de acordo com o estabelecido na Constituição, e também, ao preenchimento das cláusulas gerais editadas pelo legislador e os conceitos jurídicos indeterminados com o ideal perseguido pelas normas de direitos fundamentais⁹⁷.

Dentre as fontes utilizadas para a fundamentação dessa construção teórica, encontra-se a decisão pela Corte Constitucional Alemã que reconheceu a vinculação dos direitos fundamentais às relações privadas, consolidando tal concepção na jurisprudência alemã, este entendimento foi proferido no caso Lüth⁹⁸.

⁹⁶ ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho**. 5 ed. São Paulo : LTr, 2005.p. 54

⁹⁷ WYZYKWOSKI, Adriana Brasil Vieira. **A Concretização Do Direito Fundamental Ao Lazer Nas Relações De Emprego**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Estado da Bahia, Salvador.p. 91

⁹⁸ Acerca do caso Lüth, Hélio Ricardo Diniz Krebs discorre que “Com efeito, o *leading case* de aplicação da teoria mediata ou indireta é o já citado caso Lüth, julgado pela Corte Constitucional da Alemanha em 1950, ainda que não se discutisse naquela ocasião qualquer assimetria de poder entre os litigantes. Como visto linhas atrás, Erich Lüth, diretor do Clube e Imprensa de Hamburgo, sustentou boicote público contra o filme *Unsterbliche Gelibte* (amada imortal), de cunho notoriamente anti-semita, o qual fora dirigido pelo cineasta Veit Harlan. Harlan logrou decisão do Tribunal estadual

Nessa hipótese, a incidência dos direitos fundamentais ainda estaria se dando de forma limitada, pois iriam depender de uma compatibilidade de previsões, ou seja, para determinada garantia ser efetivada no âmbito privado, deveria haver a edição de uma norma jurídica privada compatível e, assim, ainda que não gere uma frustração do direito de imediato, pode-se identificar que tal compatibilidade não se encontraria facilmente e de forma que abrangesse todas as garantias já alcançadas no âmbito do direito público.

A dimensão objetiva e valorativa dos direitos fundamentais, segundo esta teoria, não acarreta a incidência direta nas relações privadas, mas implica a necessidade de que sejam levadas em conta pelo Estado na criação legislativa ou na interpretação do Direito Privado. Nessa linha, os direitos fundamentais não incidem como direitos subjetivos constitucionais, mas como normas objetivas de princípios⁹⁹.

Além disso, a percepção dos doutrinadores que seguem esse entendimento traz a ideia que os direitos fundamentais são direitos subjetivos exigíveis perante o Estado, e tendo uma aplicabilidade imediata também no âmbito privado estaria havendo, na verdade, uma equiparação do Estado com os particulares. Contudo, para eles, essa perspectiva seria controversa, uma vez que numa relação entre o indivíduo e o Estado, o Estado não é titular de direitos fundamentais, mas numa relação entre particulares, ambas as partes são e, diante dessa diferença existente nas relações não caberia ter a mesma incidência, mas sim uma regulamentação no âmbito privado de normas que correspondam às previsões constitucionais¹⁰⁰.

Entende que a regulamentação dos direitos fundamentais na esfera privada dependeria da edição de uma norma geral no âmbito do direito civil versando sobre

de Hamburgo no sentido de determinar que Lüth se abstinhasse de conchamar o boicote contra o referido filme com base no § 826 do Código Civil alemão, segundo o qual "aquele que causa dano a outro, de maneira ofensiva aos bons costumes, está obrigado a repará-lo". Ao dar provimento ao recurso constitucional interposto por Lüth, a Corte Constitucional enfatizou que decisões de tribunais civis, com base em leis gerais de natureza privada, podem lesar o direito de livre manifestação de opinião consagrado no art. 5º, I, da Lei Fundamental. Desse modo, os tribunais ordinários estariam obrigados a levar em consideração o significado dos direitos fundamentais em face dos bens juridicamente tutelados pelas leis gerais, o que não foi observado pelo Tribunal estadual ao desconsiderar direito de liberdade de expressão de Lüth em confronto com o interesse privado de Harlan." KREBS, Hélio Ricardo Diniz. **A Importância dos Direitos Fundamentais para o Sistema De Precedentes**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis.

⁹⁹ FRANZ, Camila Victor. **A Eficácia Dos Direitos Fundamentais Nas Relações Privadas: O Contrato Em Uma Perspectiva Civil-Constitucional**. Disponível em <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008_2/camila_victor.pdf>. Acesso em: 29 out. 2016

¹⁰⁰ WYZYKWOSKI, Adriana Brasil Vieira. **A Concretização Do Direito Fundamental Ao Lazer Nas Relações De Emprego**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Estado da Bahia, Salvador. p. 91

o mesmo tema que, vale ressaltar, já está garantido no âmbito constitucional, só para que houvesse a inserção no âmbito do direito privado se configuraria como uma incoerência, pois há o reconhecimento das normas constitucionais como normas superiores que regem todo o ordenamento jurídico. Por isso que as normas de direito civil também devem se submeter ao que resguarda a matéria constitucional, não necessitando mover o legislativo para reiterar algo já previamente definido em âmbito geral¹⁰¹.

Esta teoria se apresenta de forma intermediária no ordenamento entre a teoria *state action* e a da eficácia horizontal direta ou imediata, isso se dá pelo fato desta, diferentemente da teoria *state action*, estabelecer a assimilação acerca da possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, mas de

¹⁰¹ Nesse mesmo sentido foi proferida uma decisão no STF entendendo que as leis civis se enquadram como normas infraconstitucionais que necessitam seguir as normas constitucionais: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 20 E 21 DA LEI N. 10.406/2002 (CÓDIGO CIVIL). PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA REJEITADA. REQUISITOS LEGAIS OBSERVADOS. MÉRITO: APARENTE CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DE INFORMAÇÃO, ARTÍSTICA E CULTURAL, INDEPENDENTE DE CENSURA OU AUTORIZAÇÃO PRÉVIA (ART. 5º INCS. IV, IX, XIV; 220, §§ 1º E 2º) E INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM DAS PESSOAS (ART. 5º, INC. X). ADOÇÃO DE CRITÉRIO DA PONDERAÇÃO PARA INTERPRETAÇÃO DE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. PROIBIÇÃO DE CENSURA (ESTATAL OU PARTICULAR). GARANTIA CONSTITUCIONAL DE INDENIZAÇÃO E DE DIREITO DE RESPOSTA. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO AOS ARTS. 20 E 21 DO CÓDIGO CIVIL, SEM REDUÇÃO DE TEXTO. 1. A Associação Nacional dos Editores de Livros - Anel congrega a classe dos editores, considerados, para fins estatutários, a pessoa natural ou jurídica à qual se atribui o direito de reprodução de obra literária, artística ou científica, podendo publicá-la e divulgá-la. A correlação entre o conteúdo da norma impugnada e os objetivos da Autora preenche o requisito de pertinência temática e a presença de seus associados em nove Estados da Federação comprova sua representação nacional, nos termos da jurisprudência deste Supremo Tribunal. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. 2. O objeto da presente ação restringe-se à interpretação dos arts. 20 e 21 do Código Civil relativas à divulgação de escritos, à transmissão da palavra, à produção, publicação, exposição ou utilização da imagem de pessoa biografada. 3. A Constituição do Brasil proíbe qualquer censura. **O exercício do direito à liberdade de expressão não pode ser cerceada pelo Estado ou por particular. [...]** 7. **A liberdade é constitucionalmente garantida, não se podendo anular por outra norma constitucional (inc. IV do art. 60), menos ainda por norma de hierarquia inferior (lei civil), ainda que sob o argumento de se estar a resguardar e proteger outro direito constitucionalmente assegurado**, qual seja, o da inviolabilidade do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem. 8. Para a coexistência das normas constitucionais dos incs. IV, IX e X do art. 5º, há de se acolher o balanceamento de direitos, conjugando-se o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias. 9. Ação direta julgada procedente para dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo também desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes). (ADI 4815, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016). Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000300312&base=baseAcordaos> > Acesso em: 18 de setembro de 2016. (grifos nossos)

maneira contraditória ao pensamento desenvolvido na teoria da eficácia horizontal imediata ou direta, tendo em vista que nesta a aplicabilidade ocorre de forma condicionada, com limitações.

Carlos Bezerra Leite resume que:

Para a teoria da eficácia indireta ou mediata, os direitos fundamentais são analisados na perspectiva de duas dimensões: a) dimensão negativa ou proibitiva, que veda ao legislador editar lei que viole direitos fundamentais; b) dimensão positiva, impondo um dever para o legislador implementar direitos fundamentais, ponderando, porém, quais deles devam se aplicar às relações privadas¹⁰².

A manifestação deste autor vem demonstrar a compreensão das normas constitucionais como norteadoras do ordenamento jurídico, ao estabelecer em sua dimensão negativa a vedação à violação dos direitos fundamentais, que são normas constitucionais. Porém, ao abordar a dimensão positiva, indicando que no âmbito privado as normas editadas pelo legislador deveriam ponderar quais direitos fundamentais incidiriam nas relações privadas, fica clara a ideia de que seria feito um juízo de valor para a inclusão de direitos fundamentais numa relação que envolve seres humanos.

Os direitos fundamentais por si só já se explicam. Tratam-se de direitos essenciais para vida do indivíduo com dignidade, que merecem ter toda a proteção e garantia para que haja a sua efetividade. Dessa forma, o autor supramencionado apresenta uma concepção de que se restringir o que já foi restringido, aquele rol já foi estabelecido como o mínimo existencial e não caberia, portanto, realizar uma ponderação do que já foi acertado anteriormente e estabelecido como fundamental para o homem.

O direito ao lazer, por exemplo, que muito embora sendo um direito fundamental, não tem o devido reconhecimento na sociedade, caso ocorresse a aplicação dessa forma de vinculação dos direitos fundamentais, haveria uma grande probabilidade de não ser “escolhido” para incidir sobre as relações privadas, e isso ocasionaria diversos prejuízos ao indivíduo tanto quanto cidadão como também como obreiro nas relações de emprego.

¹⁰² LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais na Relação De Emprego. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**. n. 17 – jan./jun. 2011. Disponível em <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-033-Artigo_Carlos_Henrique_Bezerra_Leite_\(Eficacia_Horizontal_dos_Direitos_Fundamentais_na_relacao_de_Emprego\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-033-Artigo_Carlos_Henrique_Bezerra_Leite_(Eficacia_Horizontal_dos_Direitos_Fundamentais_na_relacao_de_Emprego).pdf)>. Acesso em: 11 maio 2016.

Ademais, excluindo o caráter hipotético, observa-se no ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, que o direito ao lazer muito embora previsto na constituição não mais é abordado de forma incisiva na legislação pátria, estabelecendo garantias diretas e efetivas para seu cumprimento, não sendo diferente no âmbito do direito do trabalho.

Ocorre que o direito ao lazer nas relações de emprego não teria nenhuma funcionalidade, pois esta corrente doutrinária exigiria que houvesse regulamentação acerca do direito ao lazer também na esfera privada, e observa-se que o direito ao lazer não é tutelado de forma direta, no âmbito trabalhista, por exemplo, a tutela do direito ao lazer, que será exposta adiante, se manifesta no direito do trabalho de forma indireta por meio de previsões legais que sutilmente o resguarda, é o exemplo da limitação da jornada de trabalho.

Nesta senda, tendo em vista que a tutela não é específica e direta, com base neste pensamento, não seria considerada, portanto, a incidência do direito ao lazer nas relações de emprego.

Conclui-se que a perspectiva adotada por esta teoria, ainda que reconheça eficácia horizontal das normas fundamentais, visa garantir, a todo instante, o máximo possível da autonomia privada, podendo ferir ainda, por vezes, a concretização dos direitos fundamentais¹⁰³. Diante disso, não é adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, e nem defendida pela doutrina nacional de forma majoritária.

3.6 TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DIRETA OU IMEDIATA

Esta teoria foi desenvolvida na Alemanha por Hans Carl Nipperdey, este autor compreendia que, muito embora alguns direitos fundamentais tenham sua vinculação somente com o Estado, a possibilidade de violação aos direitos fundamentais não decorreria somente do Estado, pois, determinados direitos

¹⁰³ Não se critica o fato de haver a garantia da autonomia privada, tendo em vista que se trata de um direito também do indivíduo que também deve ser resguardado, porém assim como o lazer, por exemplo, não pode ser visto numa ótica absoluta, este direito também não, para tanto deve ocorrer um juízo de proporcionalidade caso a caso que permita a fruição da autonomia privada, mas também o gozo do direito ao lazer. E, a medida em que se defende a aplicação dessa teoria no ordenamento jurídico brasileiro, há um impedimento do gozo, ainda que mínimo de certos direitos fundamentais ao indivíduo, não existindo na realidade uma razoabilidade.

poderiam ser violados o também por terceiros e, diante disso, a aplicabilidade destes deveria ser direta diante da oponibilidade erga omnes¹⁰⁴.

No que tange a teoria da eficácia direta ou imediata, sabe-se que esta tem o seu posicionamento adotado na perspectiva da aceitação da vinculação dos direitos fundamentais nas relações privadas. Esta teoria compreende que, diferentemente da anterior, a aplicabilidade se daria de forma imediata, não estando condicionada à previsão legislativa no âmbito privado.

Desta forma, impediria que a omissão legislativa se tornasse um fator limitador à concretização desses direitos aos indivíduos, pois sua vinculação às relações particulares independeria de edição normativa prévia pelo legislativo¹⁰⁵.

Segundo afirma Daniel Sarmento, os autores que defendem esta teoria, ao reconhecer a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais não negam a existência de particularidades para esta vinculação, como também a utilização de ponderação para harmonizar os direitos fundamentais frente à autonomia privada¹⁰⁶.

Observa-se que esta ponderação feita pelo autor é extremamente necessária, pois, como abordado anteriormente, as relações privadas envolvem partes que são, ambas, titulares de direitos e não se pode fazer com que a liberdade individual existente nessas relações entre particulares seja desconsiderada de forma desmedida e desproporcional.

A indispensabilidade da ponderação e razoabilidade na vinculação dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas se justifica, na medida em que, não se podem impor limitações à atuação dos particulares de forma absoluta como ocorre perante o Estado, já que os particulares são também destinatários de direitos previstos na CF.

Segundo Arion Sayão Romita:

¹⁰⁴ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p.245

¹⁰⁵ Em se tratando das normas que carecem de previsão legislativa, o cumprimento da edição dessas ainda se faria necessário. O que se quer dizer nessa afirmativa é que a satisfação dos direitos previstos em normas “incompletas” não seria condicionada exclusivamente à manifestação legislativa. A priori, cabe a esta solucionar a lacuna existente, porém diante de eventual omissão, o direito continuará a ser satisfeito por meio da atuação do judiciário. Diante desse fato há na doutrina diversos questionamentos acerca da separação dos poderes no ordenamento jurídico, porém o presente estudo não objetiva aprofundar tal ponto.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p.246

A teoria do efeito imediato afirma que os direitos fundamentais se aplicam às relações entre particulares não só como elementos de interpretação das normas de direito privado, mas também como fontes das quais decorrem diretamente direitos privados do indivíduo. Inadmissível é a cisão do ordenamento jurídico em duas áreas, em uma das quais os direitos fundamentais não tenham eficácia. Na verdade, eles devem ter efeito absoluto¹⁰⁷.

Para esta teoria, a incidência imediata dos direitos fundamentais, uma vez que esteja sendo realizada de forma a proporcionar uma efetiva ponderação e análise das particularidades existentes em cada caso, tem reflexos mais efetivos do que à abordagem proposta na teoria da eficácia mediata, em que a restrição à garantia desses direitos ocorre de forma mais pontual, pois tais medidas adotadas naquela teoria trazem a noção de que haveria no ordenamento jurídico uma repartição interna, conforme pontuado por Arion Sayão Romita.

A vinculação imediata que ocorreria aos particulares, mediante análise da proporcionalidade, além de garantir a concretização dos direitos, reforça a ideia do ordenamento jurídico como conector entre si.

No que tange aos direitos fundamentais, Rodrigo Martins Faria entende que apesar de poder, no entendimento dessa teoria, incidir de forma direta nas relações privadas sem intervenção do legislativo, a incidência não ocorreria na mesma intensidade em que ocorre frente ao Estado, pois poderia ferir o princípio da autonomia privada, e diante disso, haveria hipóteses específicas em que ocorreria essa incidência de forma direta¹⁰⁸.

Mais uma vez, demonstra-se que os autores que defendem esta teoria, não a analisam sob uma ótica extremista, pois reiteram, a todo o momento, a utilização da proporcionalidade para a vinculação desses direitos às relações privadas.

Assim, observa-se que diante da essencialidade dos direitos fundamentais, esta teoria, dentre as apresentadas até o presente momento, é a que se encontra mais compatível com a realidade fática. Pois, é de extrema necessidade que não haja a

¹⁰⁷ ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho**. 5 ed. São Paulo : LTr, 2005.

¹⁰⁸ FARIA, Rodrigo Martins. **A eficácia horizontal dos direitos fundamentais no plano processual das relações privadas e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal após a Constituição Federal de 1988**. Disponível em < http://www.tjmg.jus.br/data/files/1B/02/3C/58/D9F1C31081DB91C3180808FF/A%20efic_cia%20horizontal%20dos%20direitos..jan.2013.pdf >. Acesso em: 26 maio 2016.

supressão dos direitos fundamentais que, diante da sua vinculação à luz da razoabilidade, mereçam ser garantidos frente à liberdade individual.

Porém, não se pode deixar de pontuar que, assim como as demais teorias, essa também é objeto de críticas doutrinárias, pois quando interpretada de forma inflexível, a aplicação deste entendimento poderia trazer uma violação desmesurada ao livre-arbítrio.

Reitera-se, portanto, que por se tratar de uma relação privada, a incidência dos direitos fundamentais não pode trazer como consequência a desigualdade das relações diante da extrema limitação à autonomia dos particulares. Quando se aborda acerca da razoabilidade, se objetiva com ela a vinculação dos direitos fundamentais de acordo com a liberdade individual, para que haja uma igualdade nas relações.

Luis Roberto Barroso afirma que este ponto de vista da aplicabilidade imediata e direta é a mais adequada para a realidade do Brasil, e este entendimento defendido por ele prevaleceria também no restante da doutrina. Ademais, o autor complementa que para a ponderação a ser realizada, entre autonomia privada e o direito fundamental em questão, alguns elementos do caso concreto deverão ser observados, para ele, fatores como: a existência de igualdade ou desigualdade material entre as partes da relação; risco à garantia da dignidade da pessoa humana; prevalência dos valores existenciais frente aos patrimoniais; e, falta de razoabilidade no critério adotado pelas partes ou ainda a manifesta injustiça, seriam elementos essenciais de análise acerca da vinculação dos direitos fundamentais¹⁰⁹.

Com base no entendimento supramencionado, pode-se concluir que nas relações trabalhistas, se tratando, em resumo, de uma relação demasiadamente desigual, a incidência dos direitos fundamentais ocorreria de forma imediata e direta.

Conforme demonstrado anteriormente, ainda que seja passível de críticas, essa teoria demonstrou ser a mais acertada para a promoção da devida proteção dos direitos fundamentais¹¹⁰. Este pensamento se reproduz por meio da doutrina

¹⁰⁹ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p.214

¹¹⁰ Daniel Sarmento apresenta as críticas realizadas ao sistema adotado no Brasil de forma sistematizada "(a) esta vinculação direta compromete em demasia a autonomia privada; (b) ela é antidemocrática, pois importa em atribuição de poderes excessivos ao juiz, em detrimento do legislador, que é quem deve ponderar os direitos e interesses constitucionais

majoritária nacional e, muito embora não tenha havido manifestação legal expressa acerca de qual seria a teoria adotada no ordenamento pátrio, há o acolhimento desta percepção no Superior Tribunal Federal, que através de suas decisões, encontra-se nas fundamentações, o entendimento acerca da aplicabilidade direta horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Ainda que não possua no ordenamento jurídico expressa disposição acerca da vinculação imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, André Luiz Tomasi de Queiróz acredita que esta intenção se manifesta ao longo do texto constitucional de maneira clara na medida em que, ao longo do texto constitucional, estão dispostos direitos fundamentais das mais diversas dimensões, que são oponíveis no âmbito privado. Nesse sentido, o autor exemplifica, através dos artigos 5º, incisos I, II, IV, V, VI, IX, X, XI primeira parte, XIII, XVII, XX e 7º, incisos I, VI, VII, VIII, IX, X, XI¹¹¹.

Por fim, no que concerne ao entendimento jurisprudencial, este se apresenta de forma expressa no ordenamento pátrio, ao passo que será objeto de estudo adiante.

Conforme apresentado anteriormente, as manifestações do Supremo Tribunal Federal são fundamentadas com base na aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

Contudo, Paula Fernanda Alves da Cunha Gorzoni afirma que, apesar do STF se manifestar expressamente acerca da vinculação as relações privadas “não foram raras as ocasiões em que a corte analisou o tema”. A autora complementa expondo que, apesar disso, há extrema dificuldade de encontrar uma quantidade relevante de

em jogo nos litígios privados; (c) ela gera insegurança jurídica, na medida em que enseja que os conflitos privados sejam solucionados com base em princípios constitucionais vagos e abstratos, cuja aplicação é muitas vezes imprevisível; e (d) ela põe em risco a autonomia e identidade do Direito Privado, permitindo a sua “colonização” pelo Direito Constitucional”. Para o autor nenhuma delas encontra respaldo, pois eles justifica que: para a questão da autonomia privada não se apresenta de forma absoluta, havendo a possibilidade do juízo de proporcionalidade, diante da ponderação feita com outros direitos; não seria antidemocrática, pois a atribuição de poderes ao juiz só ocorreria nas hipóteses em que houvesse omissão legislativa ou arbitrariedade, no sentido de edição de lei contrária a disposição constitucional; não põe em risco a autonomia do Direito Privado, porque este se sujeita à CF, que se encontra em posição hierarquicamente superior. SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 262.

¹¹¹ QUEIROZ, André Luiz Tomasi de. **Teorias da Horizontalização dos Direitos Fundamentais**. Disponível em < www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc/horizontal_and.Doc>. Acesso em 18 abr. 2016

casos que abordem esse tema e confirmem o entendimento da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais no âmbito privado¹¹².

Essa limitação suscita também uma repetição na doutrina, diante da apresentação das mesmas decisões.

Dentre elas encontra-se o Recurso Extraordinário (RE) nº 201819/RJ – Rio de Janeiro, julgado em 11/10/2005, caso em que houve a violação de direito constitucional à ampla defesa, na medida em que a União Brasileira de Compositores excluiu o sócio do quadro da sociedade civil sem atender o direito de defesa do sócio, e perante esse fato o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro acolheu a fundamentação acerca da violação da ampla defesa e decidiu nesse sentido, todavia, a União Brasileira de Compositores interpôs um RE com o objetivo de reverter a decisão. Diante disso, restou decidido pelo voto do Ministro Gilmar Mendes e acompanhado pela turma:

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

¹¹²GORZONI, Paula Fernanda Alves da Cunha. **Supremo Tribunal Federal e a vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 2007. Monografia (Conclusão de curso). Sociedade Brasileira De Direito Público – SBDP Escola De Formação, São Paulo. Disponível em < http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/70_Paula%20Gorzoni.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2016. p.6

suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.[...] IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO¹¹³.(grifos nossos)

A compreensão que restou firmada manifesta-se pelo reconhecimento da aplicabilidade dos direitos fundamentais, estabelecendo que a vinculação dos direitos fundamentais não é exclusiva do Estado, mas também se encontra presente nas relações entre pessoas físicas e jurídicas na seara privada. Além disso, afirma-se que a autonomia privada não está imune a incidência das normas constitucionais fundamentais e por isso podem sim sofrer limitações.

Por fim, na situação apresentada a justificativa da vinculação dos direitos fundamentais às relações entre particulares se deu pela forma imediata na medida em que o relator Ministro Gilmar Mendes considera, na decisão, que “(...) os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados”.

Segundo Paula Fernanda Alves da Cunha Gorzoni, falar de uma vinculação imediata desses direitos no âmbito privado significa que “os direitos fundamentais conferem, diretamente, direitos subjetivos aos particulares nas relações entre si, independentemente do material normativo infraconstitucional existente – ou mesmo independente de contrato ou estatuto de associação”, e esta repercussão foi evidenciada no caso apresentado¹¹⁴.

Ocorre que, a fixação de um precedente manifestando-se acerca da compreensão adotada pelo Tribunal que se mantém de forma contínua no contexto atual encontra-se constante na decisão do RE 407.688¹¹⁵, esta observou a possibilidade da

¹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 201819, Relator: Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000007697&base=baseAcordao>>. Acesso em: 15 de maio de 2016.

¹¹⁴ GORZONI, Paula Fernanda Alves da Cunha. **Supremo Tribunal Federal e a vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 2007. Monografia (Conclusão de curso). Sociedade Brasileira De Direito Público – SBDP Escola De Formação, São Paulo. Disponível em < http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/70_Paula%20Gorzoni.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2016. p.6

¹¹⁵ EMENTA: FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art.3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação da Lei nº 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 407688, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado

penhorabilidade do bem de família do fiador diante da garantia constante no contrato de locação¹¹⁶.

Não obstante tenha ocorrido uma modificação no entendimento do STF, não se pode deixar de salientar que continua persistindo o entendimento acerca da vinculação dos direitos fundamentais frente às relações privadas. Ocorre que, conforme fora defendido pela teoria da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, esta vinculação deve ocorrer mediante uma ponderação entre os direitos que estão sendo postos, e o entendimento do STF mudou verificando a prevalência nesses casos do direito fundamental da outra parte, que não o fiador¹¹⁷.

Assim, continua podendo observar, no presente estudo, que cabe a vinculação dos direitos fundamentais nas relações privadas, mas tendo no contexto das relações privadas uma situação em que ambas as partes são destinatárias de direitos fundamentais, a decisão pode favorecer ao direito fundamental de uma parte perante a outra. E o direito fundamental que prevalecer, diante da ponderação feita pelo judiciário, tem a vinculação direta.

Nesse mesmo sentido manifesta-se Paula Fernanda Alves da Cunha Gorzoni:

Em relação ao direito à moradia nessa relação entre particulares, pode-se afirmar que a posição do tribunal é favorável à vinculação dos direitos fundamentais, porém prevalece o direito do locatário e não o do fiador. Trata-se de exercício conflitante do mesmo direito entre sujeitos privados, sendo que um foi limitado em prol da efetivação em maior grau do outro. Também é possível afirmar que, no conflito entre a autonomia do

em 08/02/2006, DJ 06-10-2006 PP-00033 EMENT VOL-02250-05 PP-00880 RTJ VOL-00200-01 PP-00166 RJSP v. 55, n. 360, 2007, p. 129-147. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261768> >. Acesso em: 17 set. 2016.

¹¹⁶ Na decisão presente no RE 612360 RG / SP, restou fixado pela Min. Relatora Ellen Gracie o reconhecimento da existência de repercussão geral do disposto em decisão do RE 407688. EMENTA: CONSTITUCIONALIDADE DA PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR. RATIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA FIRMADA POR ESTA SUPREMA CORTE. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. (RE 612360 RG, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, julgado em 13/08/2010, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-164 DIVULG 02-09-2010 PUBLIC 03-09-2010 EMENT VOL-02413-05 PP-00981 LEXSTF v. 32, n. 381, 2010, p. 294-300). Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613957> >. Acesso em 20 out. 2016.

¹¹⁷ Acerca da mesma matéria decidiu o STF, em 25/04/2005, por meio do julgamento do RE 352940/SP, o qual restou entendido pela não recepção do dispositivo ao ordenamento jurídico, tendo em vista que este contraria disposição expressa da Constituição Federal. Muito embora tenha ocorrido o reconhecimento da eficácia horizontal, após esse julgamento passou-se a defender o disposto na teoria da eficácia horizontal imediata, reconhecendo a necessidade de ponderação no caso concreto acerca da prevalência ou não da norma constitucional, por meio do atendimento da proporcionalidade, mudando assim o entendimento da Corte. Disponível em < <http://www.stf.gov.br/arquivo/informativo/documento/informativo385.htm#transcricao1> >. Acesso em 29 maio 2016.

fiador e seu próprio direito à moradia, deve prevalecer a primeira, não cabendo ao tribunal limitar sua liberdade a fim de proteger o outro direito, que é atingido pela penhorabilidade do bem de família em decorrência de sua própria vontade¹¹⁸.

No âmbito do direito do trabalho, encontra-se o caso apresentado pelo RE 161.243-6/DF, que consistia numa situação de quebra de isonomia entre os empregados, haja vista que os empregados brasileiros da Air France tinham limitações às vantagens que eram concedidas somente aos empregados franceses conforme Estatuto do Pessoal desta empresa, e a questão ao ser levada ao Tribunal Regional do Trabalho (TRT) inadmitiu a aplicabilidade das vantagens dado que o próprio estatuto da empresa previu tal disposição, este entendimento se manteve quando levado ao Tribunal superior do Trabalho, por se tratar de uma suposta ofensa a norma constitucional foi interposto RE, que reconheceu:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput). II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846(AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido¹¹⁹.

Dessa forma, no presente caso também ocorreu a incidência dos preceitos constitucionais às relações privadas, de forma que o Estatuto Pessoal da Empresa foi desconsiderado frente a aplicabilidade direta da isonomia.

¹¹⁸ GORZONI, Paula Fernanda Alves da Cunha. **Supremo Tribunal Federal e a vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 2007. Monografia (Conclusão de curso). Sociedade Brasileira De Direito Público – SBDP Escola De Formação, São Paulo. . Disponível em <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/70_Paula%20Gorzoni.pdf>. Acesso em: 20 de jun. 2016. p.7

¹¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 161243, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 29/10/1996, DJ 19-12-1997 PP-00057 EMENT VOL-01896-04 PP-00756. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000105588&base=baseAcordaos>>. Acesso em 29 maio 2016.

Ademais, pode-se concluir que o posicionamento adotado pela jurisprudência reconhece expressamente a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas¹²⁰.

A identificação do reconhecimento da prevalência desta teoria no ordenamento jurídico não impede a análise crítica acerca das demais, pois, é possível ainda que se conclua a aplicação de outra teoria como mais adequada, embora não utilizada.

3.7 TEORIA DOS DEVERES DE PROTEÇÃO

Além das teorias supramencionadas existem na doutrina, outras teorias que versam sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, dentre elas se encontra a teoria dos deveres de proteção.

Essa teoria foi desenvolvida recentemente na Alemanha por quatro doutrinadores, seriam eles: Claus- Wilhelm Canaris, Joseph Iseense, Klaus Stern e Stefan Oeter¹²¹.

Para Daniel Sarmento e Fábio Rodrigues Gomes, esta teoria seria uma variação da teoria da eficácia mediata abordada anteriormente¹²².

Segundo esta teoria, cabe ao Estado além de privar-se de certos atos com o objetivo de evitar uma violação aos direitos fundamentais, realizar a proteção destes direitos diante de uma ameaça de agressão aos direitos por terceiros.

Assim, o entendimento fixado por ela visa buscar entender quais seriam as funções que decorreriam da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

Dessa forma, a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas decorreria tão somente da função obrigatória do Estado de proteger os direitos fundamentais de violações por particulares¹²³.

¹²⁰ A utilização de decisões mais antigas como base de fundamentação do presente tópico se deu pela ausência de decisões mais recentes publicizadas pelo STF que abordassem a matéria estudada, mas cabe ressaltar que tal posicionamento continua sendo o adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista que a doutrina continua manifestando tal entendimento ainda na atualidade.

¹²¹ WYZYKWOSKI, Adriana Brasil Vieira. **A Concretização Do Direito Fundamental Ao Lazer Nas Relações De Emprego**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Estado da Bahia, Salvador. p. 104

¹²² SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A Eficácia Dos Direitos Fundamentais Nas Relações Entre Particulares: O Caso Das Relações De Trabalho. **Rev. TST**. Brasília. Vol. 77, no 4, out/dez 2011. Disponível em < <http://www.tst.jus.br/documents/1295387/ba6d2078-7c20-49ab-b5c6-e08d2d9cd0e8> >. Acesso em: 9 de abril de 2016 p. 75

Diante desse pensamento, nota-se que a teoria é centrada nas funções atribuídas ao Estado, e todas as consequências decorreriam da tentativa do cumprimento dessas funções a ele designadas. Portanto, esta teoria entende que os direitos fundamentais vinculariam somente o Estado, não vinculando os particulares a esses direitos.

Assim, Ingo Wolfgang Sarlet pontua que:

Outra importante função atribuída aos direitos fundamentais e desenvolvida com base na existência de um dever geral de efetivação atribuído ao Estado, por sua vez agregado à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, diz com o reconhecimento de deveres de proteção (*Schutzpflichten*) do Estado, no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões provindas de particulares e até mesmo de outros Estados. Esta incumbência, por sua vez, desemboca na obrigação de o Estado adotar medidas positivas da mais diversa natureza (por exemplo, por meio de proibições, autorizações, medidas legislativas de natureza penal, etc.), com o objetivo precípua de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais¹²⁴.

Nota-se que, a abordagem dessa teoria se encontra diferente do que ocorre, por exemplo, na eficácia imediata, onde a incidência dos direitos fundamentais não decorreria exclusivamente da necessidade de proteção pelo Estado à violação desses direitos por particulares, mas também pelo fato que as relações entre particulares são marcadas por destinatários de direitos fundamentais que merecem ter também a garantia de seus direitos igualmente no âmbito privado.

Para esta teoria, na eficácia vertical o Estado estaria vinculado aos direitos fundamentais em decorrência da função de defesa que vedaria a violação desses direitos pelo Estado que deve se abster. Quanto ao âmbito da eficácia horizontal, o Estado se faria presente para poder exercer o dever de proteção desses direitos frente a violações que podem ocorrer a eles. Assim, esse dever de proteção, função do Estado, viria a ser desempenhado pelo Poder Legislativo e Judiciário¹²⁵.

A vinculação dos direitos fundamentais aos Poderes Públicos seria direta e imediata. A ideia dessa teoria no âmbito legislativo seria a afirmação de que o legislador ao

¹²³ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.p. 156

¹²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 10. ed. rev. ampl. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.149 *et seq.*

¹²⁵ WYZYKWOSKI, Adriana Brasil Vieira. **A Concretização Do Direito Fundamental Ao Lazer Nas Relações De Emprego**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Estado da Bahia, Salvador. p. 99 *et seq.*

editar normas de direito privado deve-se não somente se abster de violar os direitos fundamentais, como garantir a sua devida proteção perante terceiros. Quanto ao âmbito judicial caberia aos juízes ao julgarem lides no âmbito privado deve não somente se abster de violar direitos fundamentais das partes, como também garantir a sua proteção¹²⁶.

Portanto, nota-se que nesta teoria a vinculação nas relações privadas se daria de forma indireta, pois a proteção dos particulares é uma função do Estado, e diante disso cabe ele resguardar esses direitos.

Logo, não haveria restrições à liberdade individual dos particulares em decorrência dos direitos fundamentais. Em suma, se reconhece que esta violação poderia decorrer de atuação ocasionada por particulares, porém este reconhecimento não geraria aos particulares a obrigação de se submeterem diretamente aos direitos fundamentais.

Diante disso, o Estado que se vincula a esses direitos sendo o responsável pela sua proteção, que deverá ocorrer, a priori, mediante a edição de leis que garantiriam a concretização dos direitos fundamentais.

Muito embora baseados por diferentes fundamentos, nota-se a similaridade entre a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais e a presente teoria, uma vez que os efeitos que decorrem das suas aplicações seriam os mesmos, e o procedimento para a aplicabilidade também ocorreria de forma semelhante, visto que ambos os entendimentos imputam, num primeiro momento, ao Poder Legislativo a concretização dos direitos fundamentais, visto que a edição de normas seria fator condicionante à materialização desses direitos.

Sob esta perspectiva, Edith Picanço da Rocha Peixoto afirma que dentre as críticas recebidas por esta teoria, este entendimento se sujeitou a mesma crítica feita a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais, justamente por condicionar a garantia desses direitos ao arbítrio do legislador¹²⁷.

¹²⁶ KREBS, Hélio Ricardo Diniz. **A Importância dos Direitos Fundamentais para o Sistema de Precedentes**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis. Disponível em < <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/135144/334392.pdf?sequence=1&isAllowed=y> > Acesso em 20 julho de 2016. p. 304

¹²⁷ PEIXOTO, Edith Picanço da Rocha. **Aplicabilidade dos Direitos Fundamentais às Relações entre Particulares no Direito Brasileiro**. 2009. Artigo Científico (Pós-Graduação). Escola de

Ademais, conclui-se que além da questão do condicionamento da concretização dos direitos fundamentais ao legislador, observa-se que no âmbito privado podem ocorrer as mais diversas situações, que possibilitem a violação aos direitos fundamentais, e na medida em que resta estabelecido ao Estado esse dever de proteção, este entendimento se apresenta impraticável na realidade fática, pois como fora discursado os direitos fundamentais devem ser resguardados por toda a sociedade.

3.8 TEORIA INTEGRADORA DE ROBERT ALEXY

Esta teoria trata de outra percepção acerca da vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é proposta por Robert Alexy.

Sob o ponto de vista de Robert Alexy, já existe o reconhecimento no que tange a existência da aplicabilidade dos direitos fundamentais as relações particulares, porém permeiam ainda sobre o entendimento alguns elementos discutíveis. Para o autor, os elementos que cabem discussão seriam as questões que versam sobre como os efeitos seriam produzidos e qual a extensão que ocorreria a aplicabilidade¹²⁸.

Para ele, o debate que envolve o modo de aplicação desses direitos fundamentais seria um problema de construção, enquanto que a discussão relativa à extensão que ocorre a aplicabilidade trataria de um problema de colisão¹²⁹.

Estes questionamentos seriam uma consequência da tentativa de adequação que ocorreu para que o entendimento da eficácia vertical incidisse na eficácia horizontal. Isso porque, diferentemente da relação entre cidadão e Estado, na eficácia horizontal, conforme abordado anteriormente, ambos são titulares de direitos e diante disso não se aplica a teoria anterior de forma absoluta, precisando de uma moldura para o novo contexto.

Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. Disponível em < http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/EdithPicandaRochaPeixoto.pdf >. Acesso em: 04 jun. 2016

¹²⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad: Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros. p.352

¹²⁹ *Ibidem, loc. cit.*

Robert Alexy visa, por meio desta teoria, integrar a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais, a eficácia mediata dos direitos fundamentais e a teoria dos deveres de proteção, tratam-se de teorias com perspectivas adotadas que não se assemelham, porém, segundo o autor, convergem quanto ao resultado¹³⁰.

As divergências existentes entre as doutrinas seriam reflexo das perspectivas adotadas por cada uma delas. Enquanto a eficácia imediata reconhece a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas e sua necessidade de imediata efetivação, partindo do pressuposto do ordenamento jurídico uno e conector, nota-se que em sentido contrário manifesta-se a teoria da eficácia mediata, que vai pontuar a necessidade de uma intervenção legislativa para que ocorra a concretização dos desses direitos. E, numa perspectiva diversa encontra-se a teoria dos deveres de proteção que não reconhece a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, direcionando ao Estado o dever de proteção dos direitos fundamentais que viriam a ser garantido por meio de interferência do legislativo para edição de normas.

Ainda assim, entende o autor que, apesar dos direcionamentos dados por cada teoria, estas se dirigem ao mesmo resultado, estes ocorreriam no plano da decisão, visto que para Alexy o elemento em comum seria a definição do poder judiciário como o destinatário dessas teorias. Sob esta perspectiva, à medida que todas as teorias supramencionadas trazem os mesmos resultados, Alexy vai afirmar que, não caberia então, a determinação pelo ordenamento jurídico, de que apenas uma delas traria o entendimento correto¹³¹.

Todavia, não é possível concordar com tal percepção, na medida em que até a produção desses resultados, que seriam equivalentes, em todas as teorias apresentadas, não é traçado um mesmo procedimento que vise garantir a concretização desses direitos fundamentais. Assim, conclui-se que a afirmação desta teoria pontuando a possibilidade da produção equivalente entre os resultados, não traz a certeza de que haverá a efetiva produção dos resultados.

¹³⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad: Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros. p.352

¹³¹ STEINMETZ, Wilson; MARCO, Cristhian Magnus De. A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais na Teoria de Robert Alexy. **Revista da AJURIS**, v. 41, n. 134. Junho de 2014. Disponível em < <http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/download/212/148>>. Acesso em: 02 jun. de 2016.

A título de exemplificação, considerando a eficácia mediata dos direitos fundamentais, numa hipótese em que não há a edição de norma garantindo a concretização de determinado direito no âmbito privado, não ocorreria sua incidência. Analisando a mesma conjectura, sob a perspectiva da eficácia imediata, nota-se que independentemente de previsão legal, o direito fundamental em questão seria aplicado nas relações entre particulares.

Assim, observa-se que os resultados produzidos não foram equivalentes, uma vez que o direito na primeira situação não se aplicou, enquanto na segunda situação o direito vinculou as relações privadas. Por isso, nota-se que os resultados só se equivaleriam se ocorresse o efetivo atendimento ao que propõe a teoria, o que não ocorrem, muitas vezes, na prática.

Contudo, o entendimento fixado por Alexy é de que todas as teorias estariam corretas. Desse modo, por esse entendimento do autor, é defendido que a solução diante da discussão acerca do modo e da extensão da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares seria, para o autor, a unificação das três teorias supramencionadas, de forma que a junção das teorias estabelecesse o que ele denomina de três níveis de efeito, que segundo o autor “o modelo é composto por três níveis: o do dever estatal, o dos direitos em face do Estado e o das relações jurídicas entre os sujeitos privados”¹³².

Assim - Alexy propõe um modelo de três níveis: (i) o dos deveres do Estado, (ii) o dos direitos ante o Estado e (iii) o das relações jurídicas entre particulares.

(i) A teoria da eficácia mediata situa-se no nível dos deveres do Estado. Os direitos fundamentais como princípios objetivos que se projetam sobre todos os âmbitos do direito obrigam o Estado a tomá-los em conta na legislação e na jurisdição. (ii) Os direitos ante o Estado (a teoria de Schwabe) situam-se no segundo nível. O particular, em conflito com outro particular, tem o direito fundamental a que o juiz e os Tribunais, em suas decisões, tomem em consideração os princípios jusfundamentais (princípios objetivos) que apoiam a sua (do particular) posição ou pretensão. Esse direito fundamental é um direito fundamental ante (contra) a jurisdição. Se o juiz ou o Tribunal, na decisão proferida, não tomar em consideração esse direito fundamental, estará lesando esse direito fundamental como direito de defesa. (iii) No terceiro nível, situa-se a eficácia de direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares (teoria da eficácia imediata)¹³³.

¹³² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad: Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros.p.533

¹³³ STEINMETZ, Wilson; MARCO, Cristhian Magnus De. A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais na Teoria de Robert Alexy. **Revista da AJURIS**, v. 41, n. 134. Junho de 2014. Disponível em < <http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/download/212/148>>. Acesso em 02 de junho de 2016 apud ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad: Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros.

Portanto, o primeiro nível de efeito, sendo baseado na eficácia mediata, não teria a incidência dos direitos fundamentais de forma direta, pois as normas de direitos fundamentais consistiriam como meros princípios objetivos, porém cabe ao legislativo e ao judiciário editar normas e interpretar conforme esses direitos, tendo em vista que esses princípios seriam regedores do ordenamento, sendo este primeiro momento determinado como o nível deveres do Estado.

No que tange ao segundo nível, em se tratando da incidência da teoria dos deveres de proteção, diante do dever de proteção que é atribuído ao Estado, cabe a análise dos direitos fundamentais pelo Judiciário no momento em que for solucionar os conflitos existentes no caso. Dessa forma, resta estabelecido o nível dos direitos ante o Estado.

O terceiro nível de efeito, por sua vez, diria respeito à eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, dessa forma, ocorreria a incidência direta dos direitos fundamentais em última instância

Para fins de exemplificação, Robert Alexy utiliza o caso *Blinkfuer*¹³⁴.

Nesse sentido, é possível compreender que esta teoria criada por Robert Alexy pode se enquadrar na teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais, posto que o resultado produzido em todos os níveis seriam os mesmos, e, portanto pode-se aplicar os direitos fundamentais de forma direta¹³⁵.

¹³⁴ A Editora Springer conclamou os vendedores de jornais e revistas a um boicote contra a revista *Blinkfiier* e, ao mesmo tempo, fez ameaças de sanções comerciais contra aqueles que não aderissem ao boicote. A ação de indenização proposta pelo editor da revista *Blinkjüer* foi rejeitada pelo Superior Tribunal Federal. Contra essa decisão foi interposta reclamação constitucional; em seu julgamento, o Tribunal Constitucional Federal anulou a decisão do Superior Tribunal Federal em razão da violação do direito fundamental que o editor da revista *Blinkfü.er* teria em virtude do art. 5º, § 1º, da Constituição alemã. A rejeição da ação de indenização pelo Superior Tribunal Federal significa que ele considerava o apelo ao boicote como juridicamente permitido. Como foi demonstrado acima e ao contrário do que sustenta Schwabe, isso não significa que o apelo ao boicote, em razão de sua permissão e não-punição, tenha que ser imputado ao Estado, como uma intervenção estatal na liberdade de imprensa. Por meio da rejeição da ação, o Superior Tribunal Federal não interveio no direito fundamental à liberdade de imprensa. O que ele fez foi algo muito diferente: ele não garantiu ao editor da revista *Blinkfuer* uma proteção estatal contra uma ação privada que o afetava. Portanto, a violação do direito fundamental do art. 5º, § 11", da Constituição, constatada pelo Tribunal Constitucional Federal na parte dispositiva de sua decisão, não pode ser uma violação de um direito fundamental do status negativo. Ela é uma violação de um direito, em face do Estado, à proteção contra lesões causadas por particulares e esse direito pertence ao status positivo. Com isso, fica claro que a construção baseada nos direitos de defesa, proposta por Schwabe, não é suficiente para compreender completamente o efeito, mediado pelo Estado, dos direitos fundamentais.

¹³⁵ WYZYKWOSKI, Adriana Brasil Vieira. **A Concretização Do Direito Fundamental Ao Lazer Nas Relações De Emprego**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Estado da Bahia, Salvador. p. 109

Assim, permite-se afirmar que o entendimento atendido pelo ordenamento pátrio é capaz de alcançar a garantia dos direitos fundamentais possibilitando, portanto, seu livre gozo.

4 A APLICAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO LAZER NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

A ausência de largas discussões na esfera jurídica sobre o direito ao lazer, bem como a carência de previsões na legislação, as quais disciplinem de maneira mais incisiva com relação à proteção desse direito no ordenamento jurídico brasileiro, corroboram para a sua não aplicabilidade, mesmo sabendo que o lazer se configura como elemento de extrema relevância na vida do ser humano e disciplina todas as esferas do homem.

A sua relevância se confirma pelo fato de o lazer constituir-se como um meio de promoção da dignidade da pessoa humana e é também instrumento para integridade do indivíduo tanto no aspecto físico quanto no aspecto mental.

Tratando-se de direito social, pela própria acepção que a palavra “social” traz não se pode identificar como um direito que se restringe à figura do indivíduo enquanto homem afastando-o da comunidade na qual ele está inserido, dessa maneira aceita-se a apreensão do direito ao lazer em todas as esferas a qual o indivíduo está ambientado, a saber: lar, ambientes externos e trabalho, este último caracteriza na contemporaneidade, em regra, como uma grande parcela da vida do homem¹³⁶.

Pautado nesse mote do alcance do lazer na vida do indivíduo e no déficit de estudos a respeito deste tema, notadamente pela decorrência da sua desvalorização, torna-se difícil estabelecer uma conceituação universal sobre o que seria o lazer propriamente dito¹³⁷.

Em concordância com o que foi exposto antes, o lazer incide positivamente na vida do ser humano, e nesse sentido ele deve ser uma garantia para todos os indivíduos em todas as suas esferas, por isso o cidadão, enquanto trabalhador, também deve ser titular desse direito ao lazer. Então o que se busca apreender é: o que seria o

¹³⁶ Conforme abordado no tópico 2.3.2 do presente trabalho, uma das principais características dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos sociais, é a acumulabilidade que vai estabelecer a impossibilidade da supressão desses direitos diante do princípio da vedação ao retrocesso social e da previsão do art. 60, §4º da CF. Assim, observa-se que diante da natureza jurídica do direito ao lazer e da sua eficácia irradiante, não é possível a supressão desse direito, ainda que no âmbito das relações de emprego.

¹³⁷ Diante da ausência de uma compreensão universal do lazer, encontram-se diversos entendimentos nas diferentes áreas que estudam esta matéria, gerando assim uma multiplicidade conceitual e uma carência de uma fixação geral sobre o tema.

lazer? Qual a sua função? Poderia o lazer incidir nas relações de emprego? Como seria o desdobramento?

Dessa forma, antes mesmo do estudo conceitual do lazer e sua configuração na conjuntura hodierna, é inevitável ajuizar brevemente sobre o contexto histórico no qual esse direito está inserido, assim como o seu desenvolvimento, para um melhor posicionamento no tocante a sua conceituação.

Consoante com abordagem anterior, o direito ao lazer figura-se como um direito de segunda dimensão e, nesta perspectiva, esses direitos – sociais e de segunda dimensão - foram marcados por uma luta pela igualdade material, na qual se buscava uma atuação positiva do Estado para o alcance de direitos essenciais à vida digna do ser humano, incluindo assim todos os cidadãos.

A luta social em questão se fez necessária ante a situação vivida no Estado Liberal, uma vez que o exercício das liberdades resultou numa enorme desigualdade, pois os instrumentos necessários para garantia dos direitos de primeira dimensão, muitas vezes, encontraram-se restritos a uma pequena parcela da sociedade impedindo, deste modo, um crescimento igualitário dos cidadãos.

No contexto da Revolução Industrial, a perspectiva empresarial que regia as indústrias submetia os trabalhadores a situações desumanas e através disso os trabalhadores enxergaram a necessidade de buscar a garantia do mínimo existencial.

Diante disso, o que num primeiro momento restringia-se a uma garantia para melhores condições no exercício laboral tomou proporções maiores e resultou também em direitos que prezassem a igualdade material num âmbito que atingisse a toda a sociedade, como se pode perceber na contemporaneidade¹³⁸.

¹³⁸ Nessa perspectiva, manifesta-se Ana Maria Ávila Mendonça: “No que se refere ao nascimento dos direitos sociais, o marco foi a Revolução Industrial e as consequências sociais dela decorrentes: a organização da classe operária e o fortalecimento das lutas sociais, que avançam no sentido de conseguir condições dignas de vida, estabelecendo-se como organizações civis, rompendo com os elos substantivos da ordem liberal e da lei de mercado. O suporte da ruptura estaria no papel da classe operária, corpo unitário do seu tempo histórico e na capacidade política de fundar uma nova categoria de direitos que desestabilizasse os princípios substantivos do liberalismo clássico, a partir das circunstâncias sombrias desencadeadas pela Revolução Industrial”. MENDONÇA, Ana Maria Ávila. **O Campo Dos Direitos Sociais**. Disponível em < http://www.joinpp2013.ufma.br/jornadas/joinppIII/html/Trabalhos/EixoTematicoJ/b1bd992c1d32fb7faef6Ana_Maria.pdf >. Acesso em: 24 maio 2016.

Em se tratando da análise histórica do surgimento do direito fundamental ao lazer Adriana Wyzkowski argumenta:

Nesse contexto, o direito fundamental social ao lazer ganha seus primeiros contornos. A situação vivida à época da Revolução Industrial faz surgir os mais variados questionamentos. Um trabalhador fatigado produz bem? A concessão de períodos de descanso facilitaria a recuperação do trabalhador, passando este a produzir mais? Haveria necessidade de períodos de descanso para todos os trabalhadores? Como esses descansos deveriam ser fruídos? Bastaria o descanso ou o trabalhador necessitaria de algo mais? Seriam os períodos de descanso também períodos de lazer? O que é o lazer? O que é o ócio? O que é tempo livre?¹³⁹.

Depreende-se da explanação acima que dentre as garantias buscadas na luta da classe operária, o direito ao lazer se encontrava agregado, ainda que de forma precária.

É pertinente expor que devido à conexão existente entre o lazer e o trabalho, haja vista que o surgimento dos primeiros moldes que concretizariam o direito ao lazer se deu num contexto de luta trabalhista, inviabiliza conceitua-lo, e muito menos entender o lazer apartado de trabalho.

4.1 LAZER E TRABALHO: A INTERAÇÃO NO DECURSO DO TEMPO

Conceituar um instituto representa uma atividade de extrema dificuldade, alcançando que para a efetivação da conceituação é preciso um embasamento em elementos previamente instituídos que podem variar, por exemplo, em decorrência da perspectiva cultural, do momento histórico, dentre outros fatores. Este processo não seria diferente para conceituação do lazer.

Conforme explicitado anteriormente, diante do seu caráter amplo e de uma incidência universal o lazer pode ser conceituado em diversas definições, e, por isso compete a esse estudo, pesquisar uma conceituação de lazer que seja bastante ampla.

Para Humberto Luís de Deus Inácio, quando se realiza um estudo para estabelecer a definição de lazer, é corriqueiro o senso comum adotar como referência as

¹³⁹ WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. **A Concretização Do Direito Fundamental Ao Lazer Nas Relações De Emprego**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Estado da Bahia, Salvador. p.119 *et seq.*

atividades realizadas em momentos estabelecidos como momentos de descontração, seria o exemplo de viagens, festas, passeios que não se enquadrariam nas atividades consideradas rotineiras justamente por serem realizadas em momentos fora da rotina comum que tem o trabalho como principal atividade, esses momentos seriam, a título de exemplificação, os finais de semana ou as férias¹⁴⁰.

Alicerçada nesse pensamento, a sociedade estabelece que o lazer estaria extremamente conectado com o trabalho, mas numa perspectiva que a conexão se daria pelo lazer ser fixado com uma contraposição à atividade laboral.

Para melhor esclarecimento, o autor complementa que para a análise conceitual do lazer é imperativo fundamentar o entendimento do que viria a ser trabalho e como se deu a relação entre o trabalho e o lazer ao longo do tempo. E analisar se o lazer se restringiria realmente a essa ideia consolidada pelo senso comum¹⁴¹.

Julga-se necessário proporcionar no presente estudo, uma análise concisa das evoluções do lazer e trabalho ao longo do tempo.

Numa primeira perspectiva, o trabalho se encontrava intimamente relacionado ao sentimento de pena, dor, humilhação, sofrimento. Nesse sentido, Luciano Martinez profere que o trabalho realizado por conta própria como instrumento de subsistência já era visto negativamente e o sentimento negativo veio a se intensificar nas situações de trabalho por conta alheia¹⁴².

A própria palavra trabalho carrega em si o peso dessa concepção, já que vem do latim *tripaliari*, que significa castigar com *tripalium* (três paus), um instrumento de tortura da Roma Antiga. De forma geral, a cultura ocidental considera o ato de trabalhar como um dever e/ou obrigação perante Deus ou a humanidade, ou como um processo de dominação (no sentido de oposição) de homens e mulheres sobre a natureza¹⁴³.

¹⁴⁰ INÁCIO, Humberto Luís de Deus. **O Lazer Do Trabalhador Em Um Contexto De Transformações Tecnológicas**. 1997. Dissertação (Mestrado em Educação). Universidade Federal De Santa Catarina, Florianópolis. Disponível em < <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/77154/248937.pdf?sequence=1&isAllowed=y> > Acesso em: 25 maio 2016. p. 7

¹⁴¹ *Ibidem, loc. cit.*

¹⁴² MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 30

¹⁴³ ARAÚJO, Romilda Ramos de; SACHUK, Maria Iolanda. Os Sentidos Do Trabalho E Suas Implicações Na Formação Dos Indivíduos Inseridos Nas Organizações Contemporâneas. **Revista de Gestão USP**. São Paulo. V. 14, n. 1, p. 53-66, janeiro/março 2007. Disponível em < <http://www.regeusp.com.br/arquivos/442.pdf> > Acesso em: 25 maio 2016.

Aldacy Rachid Coutinho demonstra que o sentido negativo atribuído à expressão “trabalho” transcende a uma incursão etimológica do termo¹⁴⁴.

A autora além de realizar um estudo etimológico evidenciando que o vocábulo *tripalium* ou *trepalium* e seus correspondentes configuram-se como a origem da expressão “trabalho” nas mais variadas línguas, traz ainda a informação de que o sentido negativo e punitivo atribuído à expressão “trabalho” se encontra também na história da Bíblia, no Gênesis¹⁴⁵.

O trecho bíblico retrata um momento em que diante de um descumprimento aos preceitos divinos, a Adão é imputado como pena a sua subsistência que seria oriunda da própria força do trabalho a partir daquele momento: “Tu comerás o teu pão como suor do teu rosto, até que tornes à terra, de que foste formado. Porque tu és pó, e em pó te hás de tornar...”¹⁴⁶.

Uma vez que comprovadamente na história, o trabalho era visto sob um ponto de vista negativo e se figurava como um instrumento de punição e de humilhação, infere-se que é aceitável identificar na história os momentos em que essa ideologia brotava na sociedade, exemplo de tal feito é a escravidão.

Na escravidão verificava-se a existência de duas figuras: a primeira figura seria daquelas pessoas que detinham o poder e a riqueza carecem de uma força de trabalho; e, na segunda figura estariam os escravos, estes detinham a força de trabalho e por serem equiparados a uma mercadoria ou objeto deveriam laborar para quem detivesse poder e riqueza.

Neste momento histórico é possível ressaltar também a inexistência de uma preocupação acerca de um resguardo de direitos aos indivíduos que se prestavam à atividade laboral, pois estes não eram vistos como sujeitos de direitos.

Nesta acepção, Adriana Wyzykwoski através de um estudo relacionado ao pensamento apresentado por Aristóteles profere:

O conceito de trabalho como algo depreciativo foi visualizado por Aristóteles, na medida em que o mesmo trabalhou a concepção de escravidão na sociedade. A natureza do escravo e sua função mostram que ele é um ser não pertencente a si mesmo, e sim um bem de outro. A

¹⁴⁴ COUTINHO, Aldacy Rodrigues. Trabalho e Pena. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, v.32, 1999. Disponível em < <http://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/1872/1567>> Acesso em: 30 de maio de 2016. p.8

¹⁴⁵ *Ibidem*, p.9

¹⁴⁶ Bíblia Sagrada. Gênesis. 3:19.

utilidade dos escravos, para Aristóteles, não diferia da utilidade dos animais. A intenção era ter as necessidades da vida prestadas tanto por escravos como por animais domésticos. E aqueles que nasceram para ser escravos, assim nasceram por ter corpos fortes para atividades servis, não sendo injusta a sua condição de escravo¹⁴⁷.

Identifica-se também, ao longo da história, a mesma ideologia no período do feudalismo, assim como ocorreu com o escravo encontrou-se uma situação semelhante com a figura do servo.

Diferentemente da condição do escravo, o servo não era visto como objeto e sim como um indivíduo, mas este se encontrava numa posição social tida como inferior, e por estar nessa condição também era submetido ao trabalho, considerado naquele momento histórico como algo indigno.

É válido destacar que assim como no momento da escravidão na Antiguidade era possível identificar a mesma estrutura, onde existiam duas figuras (detentor de poder e detentor da força de trabalho, respectivamente), que diante da mesma situação ainda se encontravam em posições opostas, assim como mencionado anteriormente.

A diferença existente entre as duas situações expostas diz respeito à condição dos servos, que se diferenciava da posição em que os escravos achavam-se e que mesmo sendo diminuídos por outros estratos sociais, enquadravam-se na categoria de indivíduos, e por isso o trabalho exercido por eles possibilitava uma “contraprestação”; dava-lhes como “gratificação” condições que permitissem o seu sustento, obviamente essa contraprestação era tida como suficiente quando aferida sob a visão dos senhores.

Em suma, nos momentos históricos aludidos anteriormente, constata-se que o trabalho além de trazer na sua essência uma concepção negativa se configurou como um instrumento segregador e através dele se estabelecia quem era o detentor da riqueza e do poder e quem não era. Sendo que quem não detinha riquezas não detinha garantias de certos direitos essenciais à vida com dignidade.

Através dos tempos, a atividade laboral esteve sempre associada a servos e escravos, ou quando muito, a pequenos artesões e comerciantes. Já o prazer, é associado a reis, imperadores, faraós, senhores feudais e, hoje, aos milionários. Mesmo na Grécia antiga, berço do pensamento filosófico clássico e do modelo societário, o trabalho era considerado uma atividade

¹⁴⁷ WYZYKWOSKI, Adriana Brasil Vieira. **A Concretização Do Direito Fundamental Ao Lazer Nas Relações De Emprego**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Estado da Bahia, Salvador. p.121

inferior, cabendo aos escravos e mulheres. Aos homens livres, cabia a contemplação, os estudos e a filosofia atividades superiores ou divinas. Contudo, esta distinção entre lazer e trabalho, obrigação e prazer, submissão e poder é uma característica típica das sociedades modernas, fundadas na lógica de produção e consumo de mercadorias¹⁴⁸.

Assim, fica registrado que o lazer (em sentido amplo e precário) e o trabalho se encontravam em polos contrapostos e não se complementavam, considerando-se que o lazer direcionava-se exclusivamente a uma parcela privilegiada e o trabalho era destinado a outra parcela.

Coerente com esse ponto de vista, é visível neste momento histórico a ideia de que lazer adquiria uma valoração positiva. Luiz Octávio Camargo de Lima tutela tal pensamento quando assevera que o lazer era destinado aos cidadãos livres, não havendo vida de lazer aos destinados ao trabalho, em razão destes serem considerados indignos¹⁴⁹.

No transcorrer da história a ideologia que estava atrelada a noção de trabalho foi superada e o trabalho deixou de transmitir a ideia de algo negativo e passou a representar uma noção de dignificação do homem:

Com a Revolução Protestante, esse ser humano, criado à imagem e semelhança de Deus, precisaria trabalhar para ser considerado digno de um lugar no céu. Tal conceito vinha atrelado à concepção capitalista de trabalho, em que trabalhadores deveriam sujeitar-se a diversas condições laborais para manter o funcionamento do sistema em questão. Com o labor, surgiria a possibilidade de o trabalhador usufruir de bens de consumo que levariam à movimentação da economia e que, conseqüentemente, conduziria à percepção de lucros pelas empresas onde esses trabalhadores laboravam¹⁵⁰.

Com a propagação da noção do trabalho como algo positivo e pautado na vontade de Deus fica também fixada a ideia de que quanto mais a pessoa trabalhasse mais digna ela se tornaria.

Concomitantemente à difusão da nova perspectiva do trabalho estava o surgimento do capitalismo, um sistema econômico que ainda rege a sociedade contemporânea e tem um viés puramente econômico voltado para o lucro. Com isso, esse sistema

¹⁴⁸ INÁCIO, Humberto Luís de Deus. **O Lazer do Trabalhador em um Contexto de Transformações Tecnológicas**. 1997. Dissertação (Mestrado em Educação). Universidade Federal De Santa Catarina, Florianópolis. Disponível em < <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/77154/248937.pdf?sequence=1&isAllowed=y> > Acesso em: 25 maio 2016.

¹⁴⁹ CAMARGO, Luiz Octávio de Lima. **Sociologia do lazer. Turismo como aprender, como ensinar**. São Paulo: Senac, v.2, 2001.

¹⁵⁰ WYZYKWOSKI, Adriana Brasil Vieira. **A Concretização Do Direito Fundamental Ao Lazer Nas Relações De Emprego**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Estado da Bahia, Salvador. p.123

veio a intensificar o ideal que já estava sendo disseminado na sociedade, e intensificou mais ainda a ideia de um estilo de vida voltado para o trabalho excessivo, hábito que persevera, observados o respeito aos limites legais, até os dias de hoje.

Ao passo que se incorporou na sociedade um estilo de vida em que o trabalho se dá em demasia, pode-se concluir que o lazer não era um elemento em evidencia nesse momento da história, e, segundo abordagem anterior, com a Revolução Industrial, mal havia tempo livre para os trabalhadores quanto mais fruição do lazer que se entendia extinto nesse momento, dado a insignificância de sua viabilização.

Faz jus salientar que enquanto houve uma inversão dos valores atribuídos ao trabalho, quando o trabalho passou a dignificar o homem. Nesse momento o valor do lazer passou também por um processo de modificação.

Partindo do princípio que a viabilização do lazer ocorria de forma contraposta ao exercício do trabalho, o lazer passou a ser visto como algo negativo. Utilizando-se do pensamento de Luiz Octávio de Lima Camargo, essa nova perspectiva demonstrava que “o trabalho “dignifica o homem”, enquanto a ociosidade é “mãe de todos os vícios”¹⁵¹.

Com relação ao momento histórico marcado pela Revolução Industrial, sabe-se que houve ao trabalhador uma imposição de um ritmo de trabalho que rompia as barreiras do que seria humanamente aceitável, além de condições de trabalho que feririam completamente a dignidade da pessoa humana.

Maria Clara de Magalhães Guimarães Rigaud enfatiza que, além dos salários dos trabalhadores serem baixos, a jornada diária de trabalho poderia durar entre 16 horas a 18 horas, não havendo respeito ao intervalo intrajornada, nem direito as férias, e nem respeito às crianças que também eram submetidas ao trabalho em condições desumanas¹⁵².

Embora já tenha sido abordado anteriormente, compete reiterar aqui de forma sintética, que diante da situação vivida pelos trabalhadores durante a Revolução

¹⁵¹ CAMARGO, Luiz Octávio de Lima. **Sociologia do lazer. Turismo como aprender, como ensinar**. São Paulo: Senac, v.2, 2001.

¹⁵²RIGAUD, Maria Clara de Magalhães Guimarães. **O DIREITO AO NÃO TRABALHO: UMA ANÁLISE DO DIREITO AO LAZER NAS RELAÇÕES DE EMPREGO**. 2010. Artigo Científico (pós Graduação em Direito). Faculdade Baiana de Direito, Salvador.

Industrial, foi desencadeado uma luta dos operários prezando pela dignidade da pessoa humana, buscando melhores condições de trabalho e dentre os pedidos estava presente a questão da redução da jornada de trabalho que implicaria, posteriormente de forma positiva, uma vez que acarretaria a possibilidade de viabilização do lazer¹⁵³, ainda que mínimo diante do cenário vivido.

Por meio dessa luta, foi possível garantir diversos direitos fundamentais ao ser humano, seriam eles os direitos sociais que abarcam o direito ao trabalho e também o direito ao lazer. Isso implica afirmar que ambos se encontram em condições equivalentes e devem ser igualmente respeitados à luz da dignidade da pessoa humana, entretanto não é o que se verifica no decorrer da história e nem na contemporaneidade.

Mesmo que atualmente haja uma maior limitação ao trabalho excessivo através das previsões legais e garantias constitucionais que acabam por auxiliar ainda que indiretamente a possibilidade de manifestação do lazer, o contexto histórico no qual o lazer se desenvolveu, não possibilitou ainda o seu merecido reconhecimento pela sociedade, pois a visão de mundo voltada para o trabalho ainda rege a sociedade, de modo que o estilo de vida adotado continua colocando o trabalho no centro da vida do homem.

Apesar de o mundo estar vivendo em pleno século XXI, o real sentido da vida se encontra distorcido, o trabalho que deveria ser instrumento para o alcance da vida digna, se torna o fim, o objetivo maior das pessoas, impedindo que haja o gozo de bens que vão além do material.

A despeito de a modernidade ter ocasionado uma maior dinamização na proteção de direitos, à medida que estamos diante de uma sociedade ainda regida por um pensamento que prima pela atividade laboral, com o advento da globalização e o avanço tecnológico, houve em contrapartida o surgimento de novos moldes que

¹⁵³ Joffrey Dumazier, na sua obra "Lazer e Cultura Popular" explicita que "a diminuição da duração do trabalho iria desenvolver, aos poucos, na classe operária, uma aspiração pelo lazer, mais ampla e também mais profunda". O autor busca afirmar que o lazer ainda que se relacione com a noção de liberdade e bem-estar no âmbito dos trabalhadores, não foi imediatamente perseguido, pois diante das condições vividas buscou-se a priori a satisfação das necessidades vitais, e por isso o lazer só veio fazer parte das reivindicações dos trabalhadores posteriormente. Dentre as necessidades vitais se encontrava a diminuição da jornada de trabalho, pois com uma jornada de trabalho excessiva não teria como haver um desenvolvimento do lazer, então após a diminuição da jornada de trabalho que iria haver um desenvolvimento da busca pelo lazer, pela classe operária. DUMAZEDIER, Joffrey. **Lazer e Cultura Popular**. São Paulo: Ed. Perspectiva. 3ª ed., 2001, p. 265

possibilitaram a perpetuação da violação desse direito, a exemplo do advento da tecnologia que trouxe novos moldes, por exemplo, de prestação da atividade laboral fora do ambiente de trabalho regular, ou utilização de aparelhos celulares da empresa fora do ambiente de trabalho, que em muitos casos impossibilitam o controle da jornada de trabalho, e assim a fruição do lazer pelo empregado.

É interessante enfatizar que o presente estudo não ambiciona deliberar sobre os avanços tecnológicos ou a globalização como desnecessários, nem mesmo exclusivamente negativos no âmbito das relações trabalhistas, pois estes possibilitam, por exemplo, a possibilidade da prestação laboral no ambiente doméstico, que em certas situações pode vir a ser um aspecto favorável para o empregado.

Sobrevém que segundo o exposto anteriormente, a existência de uma utilização equivocada dá-se justamente pela falta de uma regulamentação específica em relação ao objeto estudado, caso ocorresse uma maior preocupação em abordar esta temática, esses novos moldes que vieram para agregar a sociedade cumpriram sua função com excelência.

Por esse ângulo, deve-se repensar os valores que circundam a sociedade, isso não quer dizer que o labor não deve ter a sua importância, até porque a produtividade que decorre do labor também é necessária, tanto o lazer quanto o trabalho são ferramentas que visam solidificar o verdadeiro ideal da dignidade humana.

“O futuro pertence a quem souber libertar-se da ideia tradicional do trabalho como obrigação ou dever e for capaz de apostar numa mistura de atividades, onde trabalho se confundirá com tempo livre, com o estudo e com o jogo, o futuro é de quem exercitará o “ócio criativo”¹⁵⁴”.

A necessidade da regulação do direito ao lazer nas relações de emprego é extrema, levando em consideração que se trata de uma relação que já nasce desigual, e diante dessa condição de hipossuficiente, o empregado muitas vezes se sujeita a imposições descabidas do empregador como forma de garantir a sua subsistência e a subsistência da sua família.

Ademais, é proeminente complementar que a interação entre trabalho e lazer acontece desde os primórdios, o lazer e o trabalho figuraram-se ao longo da história em lados contrapostos, contudo resta analisar se o lazer enquadra-se tão somente

¹⁵⁴ DE MASI, Domenico. **O ócio criativo: entrevista a Maria Serena Palieri**. Trad. Léa Manzi. Rio de Janeiro: Sextante, 2000 p. 8

na posição de oposição ao trabalho ou se esse pensamento restringe muito a concepção de lazer, para tanto urge examinar a natureza jurídica do lazer, bem como sua conceituação, as suas funções e a relevância da sua proteção no ordenamento jurídico e no âmbito do direito do trabalho.

4.2 LAZER: A NATUREZA JURÍDICA E A SUA IMPORTÂNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Ainda que a discussão jurídica acerca do lazer quase inexista, o lazer se configura como um direito fundamental, e está previsto expressamente na Constituição Federal no art. 6º:

São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição¹⁵⁵.

É indiscutível que o lazer é instrumento imprescindível para a efetividade da dignidade da pessoa humana, sendo uma das esferas pertencentes à natureza do indivíduo que deve ser garantida para a sua satisfação pessoal.

O direito ao lazer se encontra disposto, tanto no plano internacional, quanto em âmbito interno do ordenamento jurídico brasileiro. Este fato confirma então a importância que deve ser atribuída a este direito.

Do mesmo modo expõe Alexandre Lunardi:

Ocorre no entanto, que o direito ao lazer possui natureza jurídica de direito fundamental – algo que possui reconhecimento não só no plano jurídico interno através de disposição constitucional expressa, mas também é reconhecido no plano jurídico internacional, consagrado pela Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 – sendo imprescindível realizar um estudo com enfoque neste aspecto¹⁵⁶.

Com relação à disposição do direito ao lazer no ordenamento jurídico brasileiro, este ficou determinado como um direito fundamental social.

¹⁵⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado. 1988.

¹⁵⁶ LUNARDI, Alexandre. A estruturação positiva do Direito ao Lazer como Direito. **Revista Acadêmica Direitos Fundamentais**. Osasco- SP. Ano 2, n.2, 2008. Disponível em < <http://www.egov.ufsc.br/porta1/sites/default/files/273-910-1-pb.pdf> > Acesso em 18 de julho de 2016. p.32

Adriana Brasil Vieira Wyzykwoski assegura que não é a disposição constitucional que irá determiná-lo como direito fundamental de segunda dimensão, mas sim o seu contexto histórico¹⁵⁷.

Partindo desse pressuposto pode-se ponderar que nessa declaração da autora há uma observância à historicidade do direito ao lazer, pois, conforme já abordado em capítulo anterior, a historicidade é uma característica dos direitos fundamentais que revela o direito como histórico à medida que, para entendê-lo, analisa-se o contexto social em que surgiu o direito.

O direito ao lazer se enquadra no contexto dos direitos sociais e é consequência de um momento em que ocorria luta social travada para obtenção de direitos para os trabalhadores, como também tantos outros direitos que exigiam a prestação do Estado para a promoção da igualdade material.

Ana Cristina Costa Meireles delibera que:

Direitos sociais são aqueles direitos advindos com a função de compensar as desigualdades sociais e econômicas surgidas no seio da sociedade, seja ela de uma forma em geral, seja em face de grupos específicos; são direitos que têm por escopo garantir que a liberdade e igualdade formais se convertam em reais, mediante o asseguramento das condições a tanto necessárias, permitindo que o homem possa exercer por completo a sua personalidade de acordo com o princípio da dignidade humana¹⁵⁸.

De acordo com breve explicitação apresentada no capítulo 1 deste trabalho, o direito ao lazer necessita de uma prestação para sua efetiva concretização.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, por sua vez, estabelece que, em regra, os direitos sociais seriam poderes de exigir e trariam na sua natureza uma condição de “crédito”, mas no que tange ao direito ao lazer, para o autor, este se enquadraria num direito social que é antes um poder de agir, muito embora as Constituições se inclinassem a entendê-lo como um dever do Estado, e conseqüentemente um poder de exigir essa prestação por parte deste¹⁵⁹.

Mesmo que se interprete o direito ao lazer como um poder de agir, é inegável que é de responsabilidade do Estado fornecer instrumentos que permitam ao indivíduo

¹⁵⁷ WYZYKWOSKI, Adriana Brasil Vieira. **A Concretização Do Direito Fundamental Ao Lazer Nas Relações De Emprego**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Estado da Bahia, Salvador.p. 148.

¹⁵⁸ MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A Eficácia dos Direitos Sociais– os direitos subjetivos em face das normas programáticas de direitos sociais**. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 88

¹⁵⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 13ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 66 *et seq.*

desfrutar deste direito. A mera abstenção pelo Estado não satisfaria o direito, como ocorre, por exemplo, com o direito à liberdade, que exige, a priori, uma abstenção estatal.

É essencial sublinhar que o reconhecimento do direito ao lazer se deu de forma conjunta ao de direitos como a educação, saúde, moradia, alimentação, trabalho. Ocorre que, esta previsão normativa ao colocar o direito ao lazer na mesma esfera destes direitos supracitados, reitera o quão necessário é o lazer à vida humana, pois se encontra em posição igualitária com os demais.

O ato de dispor em lei sobre o direito ao lazer, demonstrando seu caráter fundamental é, para muitos doutrinadores, a afirmação de que esse direito ao lazer não consistiria numa ideologia sem concretude, como tantos outros afirmam ser, mas sim um direito digno de questionamentos, pois sua aplicabilidade na realidade fática é tão importante quanto à dos demais direitos¹⁶⁰.

Em um sentido amplo, tal pensamento justifica-se, visto que os direitos fundamentais independente da dimensão que se encontram, ou da natureza jurídica que apresentam são essenciais para a sustentação de um objetivo comum, que seria a promoção da dignidade da pessoa humana. Assim, todos os direitos fundamentais direcionam-se para um mesmo propósito e se tornam um único elemento à proporção que são interdependentes para o alcance deste fim.

Outro ponto que merece destaque é que dentre os diplomas jurídicos internacionais que disciplinam o direito ao lazer, destacam-se alguns diplomas, seriam eles: Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948; Complemento da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1936; Declaração referente aos fins e objetivos da Organização Internacional do Trabalho de 1944.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, por exemplo, prevê em seu artigo XXIV que “todo homem tem direito a repouso e lazer, inclusive limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas”¹⁶¹.

¹⁶⁰ ALMEIDA, Saulo Nunes de Carvalho; GOMES, Ana Virginia Moreira. **O Direito Fundamental Ao Lazer Nas Relações De Trabalho: uma perspectiva humanística**. Disponível em <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=ad7b25e2374b4235>>. Acesso em: 07 jun. 2016.

¹⁶¹ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS – 1948. Disponível em <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2016.

Pode-se interpretar de tal disposição que a previsão expressa do direito ao lazer, coloca-o no rol dos direitos humanos, haja vista tratar-se de um direito essencial para a promoção da dignidade da pessoa humana e inerente a todos os indivíduos.

Evidencia-se ainda que para sua garantia é necessário que o indivíduo disponha de tempo livre, então, o artigo ao estabelecer limitação da jornada de trabalho e férias remuneradas, está realizando também a promoção de medida alternativa que possibilite indiretamente a concretização do lazer.

No que tange à Declaração referente aos fins e objetivos da Organização Nacional do Trabalho (OIT) de 1944 verifica-se que, diferentemente do dispositivo anterior, este não dispõe expressamente sobre o lazer, mas o contém de forma implícita, a medida que se obriga no auxílio da execução de programas que visem a recreação e a cultura. E, conforme exposição adiante, ressaltando que uma das funções do lazer é a recreação, divertimento e entretenimento, nesse sentido, de forma indireta, há a disposição do lazer¹⁶².

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro constata-se ainda que tanto o direito ao lazer quanto o direito ao trabalho, encontram-se estabelecidos como direitos fundamentais sociais, isso pretende demonstrar que são direitos complementares com igual grau de importância ao indivíduo.

Em síntese, a vida do indivíduo na contemporaneidade é regulada pela atividade laboral, mas ainda assim, este feito não pode impedir a concretização da aplicação dos demais direitos fundamentais em todas as esferas nas quais o indivíduo está contido, inclusive no âmbito trabalhista.

Partindo da noção do direito ao lazer como direito essencial à construção de uma sociedade mais saudável, voltada para o real sentido de uma vida digna, que se compreende a importância do lazer também nas relações de emprego, que além de possibilitar os benefícios acima expostos, possibilita uma melhor produtividade do indivíduo enquanto empregado.

No entanto, no âmbito do direito do trabalho não se prevê expressamente o direito ao lazer, apenas de forma indireta se promove a garantia do direito ao lazer, ao estabelecer algumas limitações nas relações de emprego.

¹⁶² ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – BRASIL. Disponível em <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf>. Acesso em 29 maio 2016

Estas previsões encontram-se no artigo 7º da Constituição Federal de 1988, que delibera sobre os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais¹⁶³.

Sob esse ponto de vista, Alexandre Lunardi afirma que “sem dúvida, muitos instrumentos do direito do trabalho – em geral relacionados com a limitação da jornada de trabalho – são direcionados à proteção do lazer”¹⁶⁴.

Assim, as normas que regulamentam sobre as relações de emprego de forma que as limitam para proporcionar tempo livre ao empregado, geram uma proteção indireta do direito ao lazer, visto que o direito ao lazer só se manifesta quando há a existência do tempo livre, e havendo proteção ao tempo livre do empregado, está resguardando também a sua possibilidade de promoção do lazer.

Apesar disso, ainda que proporcionadas de forma indireta, certifica-se que a intenção do legislador não foi garantir o direito ao lazer, se fosse de seu interesse poderia trazer expressamente¹⁶⁵.

Assim compreendido, detecta-se que as garantias proporcionadas tendem na verdade o descanso, que traz em seu bojo o mero caráter econômico, na medida em que, no viés trabalhista o tempo do “não trabalho” do empregado consistiria tão somente no momento de repor energias para o retorno à atividade laboral, o que não é verdade, uma vez que o empregado tem outras obrigações além da profissional, como também o tempo para o lazer.

O direito ao lazer é ainda assegurado em outras disposições constitucionais, a exemplo do artigo 217, §3º e o artigo 227 da CF.

O artigo 217, § 3º da Constituição Federal obriga o Estado a incentivar o lazer como forma de promoção social, neste sentido, confirmando a natureza social do direito ao lazer que necessita uma prestação para ser garantida¹⁶⁶.

¹⁶³ A título de exemplificação, apresentam-se algumas das previsões citadas: 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; XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado. 1988.

¹⁶⁴ LUNARDI, Alexandre. A estruturação positiva do Direito ao Lazer como Direito. **Revista Acadêmica Direitos Fundamentais**. Osasco - SP. Ano 2, n.2, 2008. Disponível em < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/273-910-1-pb.pdf> > Acesso em 27 jul. 2016. p.39

¹⁶⁵ *Ibidem*, *loc cit*.

¹⁶⁶ 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.

Posto que tal previsão esteja disposta na seara do desporto, caberia a aplicação em todos os demais âmbitos em que houver conteúdo do lazer, pois o lazer não se resume à prática de atividades esportivas, podendo trazer em seu bojo diversos outros âmbitos de atuação.

No que se refere ao artigo 227 da CF, constata-se que se garantiu a criança e ao adolescente, dentre tantos direitos elencados, o direito ao lazer, colocando o no texto condicional de maneira equivalente à necessidade que a criança e o adolescente têm à saúde, à alimentação e à educação e até mesmo a vida¹⁶⁷.

Desta forma, diferentemente da omissão que ocorreu perante os trabalhadores, assinala-se que de maneira expressa foi garantido o direito ao lazer às crianças e adolescentes. Com isso, pode-se perceber que a falta de interesse do legislador em expressar o direito ao lazer como direito do empregado, pode estar relacionada com o fato de que o ideal de trabalho continua manifestando-se como contraposição ao lazer, como se o trabalhador enquanto condição de indivíduo que exerce a atividade laboral não pudesse ter a garantia dos seus direitos¹⁶⁸.

No que tange a disciplina do direito ao lazer, pode-se dizer que este direito, de forma indireta, está disciplinado em quase todo o ordenamento, já que a conexão existente entre os direitos, em sua maioria, possibilita que com a sua concretização abra a possibilidade de efetividade de outro direito. Assim, é imperativo evidenciar que a necessidade da efetivação desses direitos é eficaz para a plenitude do indivíduo e alcance da dignidade da pessoa humana.

É perceptível que no contexto atual, não se faz suficiente a mera disposição do direito ao lazer como direito fundamental social que necessita de uma prestação, se não forem possibilitados meios para a sua concretização, ou até mesmo, se os titulares dos direitos não reconhecerem a força do direito que tem e exigir a devida prestação pelo ente competente.

Além do que já foi explanado, pode-se complementar que os direitos fundamentais não devem ser vistos de forma apartada, uma vez que diante da natureza que eles alcançam como mínimo existencial, para a completude de um direito é necessário

¹⁶⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado. 1988.

¹⁶⁸ CALVET, Otávio Amaral. **A Eficácia Horizontal Imediata Do Direito Social Ao Lazer Nas Relações Privadas De Trabalho**. 2005. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. p. 86

que o outro direito fundamental também esteja sendo materializado, pois um influencia na efetividade do outro, diante da forte conexão existente.

4.3 CONCEITO DE LAZER

Luiz Octávio de Lima Camargo atesta que o lazer até recentemente não constituía uma noção substantiva na ciência, pois não havia uma manifestação doutrinária que buscasse a sua conceituação e por isso o termo “lazer” sempre foi utilizado de forma vaga pelos doutrinadores, conservando-se sempre associado aos ideais de ócio, tempo livre, recreação adquirindo, portanto, um valor positivo de prazer e bem-estar à sua expressão¹⁶⁹.

Não resta dúvida que o lazer tem um valor positivo na vida do homem, mas essa pacificação não se estende quando se busca a conceituação do lazer, em razão de a definição do termo continuar sendo alvo de controvérsias na doutrina diante da sua utilização nos mais diversos significados.

Christianne Luce Gomes ao falar das concepções de lazer pontua que Arnaldo Sussekind conceituava o lazer como “o período entre duas jornadas consecutivas de trabalho e os repouso obrigatórios, isto é, o descanso semanal e as férias anuais”¹⁷⁰.

É importante acentuar que esta concepção restringiria o lazer ao período definido como “não trabalho” e tal restrição não é defendida no presente estudo, dado que se trata de uma abordagem ultrapassada sobre o direito ao lazer, tendo em vista que o direito ao lazer deve se sobrepôr à atividade laboral do indivíduo e ter uma função que vai além do descanso para o retorno da atividade laboral.

Para Renato Requiça, o lazer constitui-se como “(...) uma ocupação não obrigatória, de livre escolha do indivíduo que a vive e cujos valores propiciam condições de recuperação psicossomática e de desenvolvimento pessoal e social”¹⁷¹.

¹⁶⁹ CAMARGO, Luiz Octávio de Lima. **Sociologia do lazer. Turismo como aprender, como ensinar**. São Paulo: Senac, v.2, 2001.

¹⁷⁰ GOMES, Christianne Luce. **Dicionário Crítico do Lazer**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2004. p.120 apud SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima, Instituições de Direito do Trabalho. 19ª. ed., São Paulo, LTr, 2000.

¹⁷¹ REQUIÇA, Renato. **Sugestões de diretrizes para uma política nacional de lazer**. São Paulo: SESC, 1980. P. 35

Esta concepção apresentada por Renato Requixa corrobora que o lazer deve ser entendido como algo subjetivo de cada indivíduo, pois seria considerado lazer a ocupação por ele escolhida e que lhe proporcionar bem-estar e um desenvolvimento social e pessoal.

Da mesma forma que a conceituação exposta por Arnaldo Sussekind não se enquadra no cenário atual, a conceituação de Dieckert, apresentada por Thelma Regina Marialva Menoia em seu estudo, que entende o lazer como “um evento que une os benefícios da prática de esportes (propícios à saúde) com a satisfação proporcionada ao indivíduo que o pratica, propondo a socialização do esporte”¹⁷², também não cabe no cenário atual, pois, remeter a ideia de lazer apenas a prática de esportes seria também restringir as diversas ocupações que podem ser realizados por um indivíduo no seu momento de lazer.

O sociólogo Joffrey Dumazier conceitua o lazer como:

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 sociais¹⁷³.

Ocorre que diante da amplitude e multiplicidade na definição, o mais correto realmente consistiria numa conceituação que pudesse alcançar todos, ou a maioria, dos campos em que o lazer enquadra-se, porque por mais que esta conceituação não seja perfeita, é a mais ampla.

Ainda que tenhamos visto que ao longo do tempo a interação entre lazer e trabalho se fez presente ocasionando, muitas vezes, um entendimento de que o lazer seria o “não trabalho”, considerar tal definição é reduzir o lazer a um contexto restrito que nem se encontra mais totalmente compatível à dinâmica social atual.

Então, a conceituação apresentada acima permite afirmar o lazer como um estado em que ocorre a configuração da plenitude do bem-estar do indivíduo ocasionada por meio de tarefas livremente escolhidas por ele quando este se exime da realização de suas obrigações cotidianas, sejam elas sociais, familiares ou profissionais.

¹⁷² MENOIA, Thelma. **Lazer: história, conceitos e definições**. Monografia (Bacharelado em Recreação e Lazer). 2000. UNICAMP, Campinas. Disponível em <<http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?down=000325119>> Acesso em 26 ago. 2016.

¹⁷³ DUMAZEDIER, Joffrey. **Lazer e Cultura Popular**. São Paulo: Ed. Perspectiva. 3ª ed., 2001. p. 34

Uma restrição do conceito de lazer a noção de “não trabalho” permitiria concluir que o lazer seria exclusivamente a configuração do tempo do “não trabalho”. No entanto, na dinâmica atual, não se encaixa refletirmos tendo como base essa visão, pois outras obrigações de outros setores da esfera do ser humano podem continuar existindo.

Todavia, não se pode afirmar também que o lazer não se relaciona com a noção do “não trabalho”, tendo em vista que a partir do momento em que o homem se exime de suas obrigações, em que se insere a obrigação laboral, há a possibilidade da manifestação do lazer.

Da mesma forma que não se deve restringir o lazer a ideia de “não trabalho”, não se pode restringi-lo a atividades específicas, portanto, reitera-se que o ele é um universo muito mais amplo do que se imagina. E, partindo do princípio que o lazer se encontra intimamente ligado com o ideal de bem-estar, nota-se que o ele alcança uma esfera muito pessoal do indivíduo e o que pode ser considerado por um indivíduo como lazer para outro pode não ser.

Diante da abordagem mais ampla apresentada, o presente estudo fundamentará no conceito apresentado por Joffrey Dumazedier, um dos pioneiros no estudo do lazer, que além de conceituar o lazer, identifica as suas principais funções.

Seriam elas: descanso; divertimento, recreação e entretenimento; e, desenvolvimento¹⁷⁴.

Depreende-se que é preciso analisar o lazer não só como “não trabalho”, pois como será abordado adiante o tempo destinado ao “não trabalho” não compõe somente o lazer. Vale ressaltar ainda que, o lazer é uma manifestação cultural e, portanto, deve ser estudado por meio da sua inserção no contexto social.

¹⁷⁴ CALVET, Otávio Amaral. **A Eficácia Horizontal Imediata Do Direito Social Ao Lazer Nas Relações Privadas De Trabalho**. 2005. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. p. 76

4.4 FUNÇÕES DO LAZER

Perpetrar a identificação das funções do lazer é urgente, a fim de que seja apregoado o seu valor de forma sólida e ratificada, considerando-se os diversos e relevantes papéis na vida do indivíduo.

As três funções do lazer apresentadas por Joffrey Dumazedier estão inter-relacionadas. Para o autor, ainda que transpareçam uma ideia de oposição estarão sempre presente nos mais diversos graus em todas as situações e podem coexistir ou se manifestarem de forma sucessiva¹⁷⁵.

4.4.1 Lazer com a função do descanso e seus desdobramentos

A primeira função atribuída ao lazer, segundo Joffrey Dumazedier, é o descanso. Nesta concepção, o lazer seria visto como um instrumento impreterível à reparação dos desgastes ocasionados ao indivíduo em decorrência da execução das obrigações cotidianas¹⁷⁶.

Partindo desse entendimento, o descanso inserir-se-ia no lazer na medida em que o esse proporcionaria uma reposição de energia ao indivíduo, tanto no âmbito físico quanto no âmbito psicológico.

No entanto, não se pode olvidar que o lazer é muito mais que função de descanso, ele abrange diversas outras funções.

Sobre essa mesma questão, tem-se a apreciação de Adriana Brasil Vieira Wyzykwoski que contesta o ponto de vista do autor aludido acima, proferindo a seguinte alegação:

Discorda-se de tal posicionamento, afinal descanso não consubstancia ações afirmativas do indivíduo para si mesmo. Descanso, em verdade, reflete uma tendência capitalista visando a recuperação do indivíduo para

¹⁷⁵ CALVET, Otávio Amaral. **A Eficácia Horizontal Imediata Do Direito Social Ao Lazer Nas Relações Privadas De Trabalho**. 2005. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. p.77

¹⁷⁶ DUMAZEDIER, Joffrey. **Lazer e Cultura Popular**. São Paulo: Ed. Perspectiva. 3ª ed., 2001.

que o mesmo pudesse laborar cada vez mais, realizando uma maior quantidade de tarefas em menos tempo¹⁷⁷.

A autora compreende o descanso tão somente como instrumento de reposição de energia do trabalhador e afere que estabelecer que uma das funções do lazer seja apenas a reposição de energia do indivíduo é retrocesso. Não se pode conceber a ideia do lazer como mero instrumento para atividade laboral, ou seja, o trabalhador repor energia para poder trabalhar cada vez mais. Quando interpretado sob esta vertente apreende-se que o ponto de vista de Adriana Wzykoswki é o mais coerente e, por isso, o lazer e o descanso não seriam sinônimos.

Em contrapartida, deduz-se que outro caminho pode ser seguido na interpretação da afirmativa de Joffrey Dumazedier, pois quando o autor estabelece que o lazer tem como uma de suas funções o descanso, ele não necessariamente está dizendo que ambos são sinônimos, e não são, mas pode-se entender que o lazer pode também trazer o descanso como uma consequência.

Ante essa premissa, é razoável proferir que o descanso pode estar presente no lazer, não como sinônimo, mas como um reflexo, pois a atividade de lazer é eminentemente um conjunto de ocupações livremente escolhida pelo indivíduo, e que nessas ocupações, ele pode ter um desenvolvimento pessoal e intelectual, além do alcance do bem-estar. E, a partir do momento que estiver realizando essas atividades, o sujeito terá como consequência também o descanso intelectual e o físico.

Apreender que o lazer traria reflexos no âmbito do descanso seria admitir que o lazer e descanso são sinônimos? Não é o que se afirma.

Com base nesse raciocínio, é manifesto que essa abordagem não sugere o descanso como sinônimo do lazer, e sim, como um momento de reposição de energias do indivíduo. De todo modo, há um foco biológico e econômico que circunda este momento, ao passo que o lazer qualifica-se como um conjunto de atividades, ocupando-se da existência de uma manifestação ativa do indivíduo para a busca do seu bem-estar. Isso denota que é importante o reconhecimento oficial da relevância da discussão em torno do tema em destaque.

¹⁷⁷ WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. **A Concretização Do Direito Fundamental Ao Lazer Nas Relações De Emprego**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Estado da Bahia, Salvador. p. 133

E agora, prosseguindo nesse argumento é conveniente destacar é que à medida que o lazer está se revelando, admite também ser a promoção do descanso das obrigações cotidianas do indivíduo e isto pode dar-se somente na esfera psicológica, visto que a atividade que está sendo realizada pelo indivíduo o distancia da fadiga mental ocasionada pelas suas obrigações cotidianas.

É necessário enfatizar que lazer e descanso não são sinônimos, mas também não são contraditórios, e sim, complementares. O descanso por si só não promove o lazer, já traz a concepção biológica da reposição de energias do indivíduo no que tange a fadiga laboral, enquanto o lazer abrange a postura ativa do indivíduo como forma de desenvolvimento pessoal e bem-estar, mas isso não impede que o lazer promova a recuperação da fadiga do indivíduo, ponderando que o lazer oferece o bem-estar ao ser humano e com isso o distancia do peso que as obrigações cotidianas ocasionam, nessa perspectiva seria o lazer manifestando sua função do descanso.

O lazer não se confunde com questões obrigacionais justamente por refletir uma postura ativa do indivíduo em busca de uma satisfação pessoal. Por conta disso, lazer se refere a atividades lúdicas, físicas, sociais etc, afinal lazer traz em seu bojo uma questão prazerosa embutida¹⁷⁸.

Perante esse pressuposto, é permitido considerar o descanso como uma função do lazer, lembrando que o lazer é muito mais abrangente que o descanso e determinar esse como uma função do daquele não significa estabelecê-los como sinônimos, mas legitimar a sua interação.

A interação entre o lazer e o descanso efetiva-se em razão de ambos pertencerem ao que corresponderia ao tempo livre. Por isso questiona-se: seria o tempo livre do empregado restrito tão somente ao descanso como forma de recuperação da fadiga laboral para que retorne ao trabalho? Não, o tempo livre do trabalhador não se resume ao descanso.

Como visto anteriormente, o tempo livre possui outros universos além do descanso que devem ser fruídos pelo indivíduo em geral, inclusive o empregado, um exemplo é o lazer que deve ser concretizado para o indivíduo enquanto ser humano, inclusive enquanto trabalhador. O tempo livre é o todo o tempo disponível ao indivíduo em

¹⁷⁸ WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. **A Concretização Do Direito Fundamental Ao Lazer Nas Relações De Emprego**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Estado da Bahia, Salvador. p. 136

decorrência do “não trabalho”, à medida que se tem o tempo livre que há a possibilidade de manifestação do lazer, não se trata de algo automático.

Muito embora tenha sido exposta anteriormente uma confusão nas definições de lazer e tempo livre no contexto histórico, como se o tempo livre se equivalesse ao lazer no decorrer da história, é sabido agora que os dois não são sinônimos, pois o tempo livre corresponde à efetiva contraposição ao período de trabalho e desde que dentro desse espaço não haja a obrigação laboral, inserem-se as demais obrigações do indivíduo decorrentes de outros âmbitos da sua vida que não o emprego, como também o momento de descanso, o lazer e o ócio.

Inicialmente, o termo tempo livre foi definido como o “tempo fora do trabalho e das obrigações ou actividades em que o sujeito se envolve durante o tempo discricionário, fornecendo tempo e espaço para o relaxamento e recuperação do stress ou para o seu próprio usufruto” (Shivers, 1985, in Mota 1997:20). Contudo, é no decurso do seu tempo livre que as pessoas têm que executar trabalhos não remunerados, de modo que só uma pequena parte do seu tempo livre é preenchida por uma ocupação seleccionada livremente e não remunerada. Deste modo, verifica-se que “o tempo livre, por si só, não garante a experiência de lazer.” (Mota, 1997:19)¹⁷⁹

Percebe-se que lutas pelo tempo livre sucederam-se na maior parte da história, já que ele que era desrespeitado. Entretanto, sua conquista não implicava automaticamente na efetivação do lazer, torna-se óbvio que era à medida que o tempo livre existisse que ocorreria a possibilidade de manifestação do lazer, bem como do descanso¹⁸⁰.

Propriamente, uma das funções do lazer seria permitir ao indivíduo o descanso.

¹⁷⁹ PEDRO, Carla Sofia Faria. **Identificação das Práticas de Lazer: Estudo com crianças do 1.º Ciclo do Ensino Básico de Valpaços**. Dissertação (Mestrado em Estudos da Criança – Educação Física e Lazer). 2005. Universidade do Minho. Portugal. Disponível em <<https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/4843/1/Tese%20de%20mestrado.pdf>> Acesso em: 08 ago. 2016. p. 10

¹⁸⁰ Este pensamento é manifestado também por Carla Sofia Faria Pedro ao concluir que “tempo livre e lazer são conceitos distintos, apesar de muitas vezes confundidos. Tempo livre é o tempo que resta depois do trabalho e das necessidades e obrigações diárias. O facto de se ter tempo livre não significa que seja tempo de lazer, depende da forma como se ocupa esse tempo livre. No entanto, para existir lazer tem que existir tempo livre.” PEDRO, Carla Sofia Faria. **Identificação das Práticas de Lazer: Estudo com crianças do 1.º Ciclo do Ensino Básico de Valpaços**. Dissertação (Mestrado em Estudos da Criança – Educação Física e Lazer). 2005. Universidade do Minho. Portugal.

4.4.2 A função do lazer como divertimento, recreação e entretenimento

A segunda função do lazer para Joffrey Dumazedier seria o divertimento, recreação e entretenimento que consistiria na quebra da monotonia propiciada pelo cumprimento das obrigações cotidianas. O autor concebe que essa função do lazer como divertimento, entretenimento, recreação, possibilitaria ao indivíduo trabalhador suportar as obrigações cotidianas:

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. A ruptura poderá levar, ainda a atividades reais, baseadas em mudanças de lugar, ritmo e estilo (viagens, jogos, esportes), ou então a recorrer a atividades fictícias, com base a identificação e na projeção (cinema, teatro, romance...) ¹⁸¹.

Falar em lazer como função de entretenimento, divertimento e recreação é compreendê-lo como a busca da satisfação pessoal por meio de atividades realizadas pela livre vontade do indivíduo e que consiga distraí-lo e liberá-lo ainda que temporariamente, das tarefas que circundam a sua vida pessoal.

A distinção perpetrada acima retrata que a análise da função do divertimento, recreação e entretenimento traz em seu bojo muito mais que um caráter humano do sentido de lazer, já que este empenha-se em ajustar o desenvolvimento pessoal e do bem-estar do ser humano no seu sentido mais puro, pois nada mais importa que a felicidade do indivíduo ao praticar tais atividades, diferentemente da função que o descanso exerce, esta possui um caráter mais econômico e biológico

Parece evidente que a função do lazer é a mais destacada e propagada pelo senso comum, mas não se pode entender que se resuma a tal feito. A função aqui discutida é fundamental para que o indivíduo preencha sua vida com situações que não pertençam às atividades que ele realiza de forma obrigatória.

Insta salientar ainda que o entretenimento, o divertimento e a recreação variam de indivíduo para indivíduo de acordo com o contexto cultural, social em que está envolvido, bem como o modo como este se relaciona com o mundo.

Neste contexto é consentido questionar ainda quais seriam as atividades capazes de provocar o lazer que traz como objetivo o entretenimento e distração dos indivíduos?

¹⁸¹ DUMAZEDIER, Joffrey. **Lazer e Cultura Popular**. São Paulo: Ed. Perspectiva. 3ª ed., 2001. p. 33

A resposta plausível seria que diversas manifestações de lazer consentem a função do divertimento aos indivíduos

A função do divertimento, entretenimento e recreação poderia ser proporcionado por meio de atividades culturais como, por exemplo, idas ao teatro, ao cinema, a museus, restaurantes, bares, como também passeios e viagens, além da realização de outras atividades como aula de dança, de teatro, futebol, dentre outras atividades.

Seguramente, como referido antes, que o lazer só se evidencia quando o indivíduo não está obrigado pelas atribuições cotidianas. Diante disso, não seria apropriado estabelecer que uma atividade que é exercida pelo indivíduo na sua condição de empregado, ainda que tenha um caráter de divertimento, entretenimento e recreação para os outros, seja considerado como lazer para ele, haja vista que a conceituação de lazer designa que as ocupações exercidas devem ser de livre vontade do indivíduo.

Então, por mais que dançar, por exemplo, configure-se como uma das atividades possíveis de proporcionar o bem-estar e desenvolvimento pessoal, sendo uma atividade que proporcionaria o divertimento das pessoas conseguindo propiciar o momento de lazer para o ser humano, todavia o empregado-protagonista estaria realizando uma obrigação laboral e não se enquadraria como lazer. Reitera-se aqui que o lazer configura-se como algo pessoal e relativo, devendo ser analisado sob o prisma de cada indivíduo¹⁸².

Ainda nessa ótica do lazer como função do divertimento, recreação e entretenimento, apresenta-se que o alcance do lazer, nesse âmbito, dá-se de forma variável de indivíduo para indivíduo, alicerçado no caráter pessoal que ele traz. Diante disso, para alcançar tal função, o indivíduo terá como base seus interesses subjetivos que vão variar de acordo com as necessidades individuais.

No lazer, o ser humano pode manifestar suas necessidades interferindo na sociedade por intermédio dos diversos conteúdos culturais anunciados por Dumazedier (1980) os quais são utilizados por vários pesquisadores e estudiosos de diversas áreas (Sociologia, Educação Física, Turismo, Arquitetura, etc) que discutem essa temática. Esses conteúdos foram classificados a partir de cinco interesses, os quais estão relacionados aos

¹⁸² Essa liberdade de escolha da ocupação que viria ser realizada para a satisfação do lazer consiste nesse ponto no plano extralaboral, pois não cabe ao empregador promover o lazer analisando cada empregado, mas sim diante da razoabilidade promover de forma que todos os empregados tenha acesso.

aspectos físicos, manuais, artísticos, intelectuais e sociais. O termo “interesse” é concebido por Dumazedier (1980a, p.110) como o “conhecimento que está enraizado na sensibilidade, na cultura vivida”¹⁸³.

A função do lazer que objetiva o divertimento do indivíduo apresenta-se de diversas formas, essas dependem do interesse que for manifestado pelo indivíduo e o que o motivou ou motivar à prática de determinada atividade.

Dentre as classificações estabelecidas por Joffrey Dumazedier, tem-se o interesse artístico, nesse momento o indivíduo busca a experiência estética proporcionada pelas atividades artísticas por remeterem o indivíduo ao campo lúdico.

André Henrique Chabaribery Capi pronuncia que os museus, exposições de arte, cinemas, teatros, além das próprias manifestações culturais locais seriam atividades caracterizadas pelo elemento estético que desperta ao indivíduo emoções, sentimentos e produção de imagens, trabalhando com o lúdico dos indivíduos que buscam o encantamento ao apreciar tais atividades¹⁸⁴.

Assim, as atividades relacionadas ao lazer artístico, exemplificadas pelas atividades elencadas, originariam o entretenimento do indivíduo por estarem envolvendo-o por meio da arte. Esta seria uma das hipóteses em que o lazer atingiria a função da recreação.

Outra forma de alcance do lazer com a função de divertimento seria através da busca de atividades que envolvessem o interesse físico esportivo do indivíduo. Nesse âmbito, as atividades manifestariam a necessidade do indivíduo em movimentar o corpo ou realizar exercícios físicos.

A prática de ginástica, futebol, basquete, vôlei e demais esportes, são exemplos de atividades que possibilitariam o lazer físico esportivo do indivíduo.

Júnior Vagner Pereira da Silva complementa ainda que o lazer físico esportivo poderia compreender para além da prática das atividades esportivas. Em sua

¹⁸³ CAPI, André Henrique Chabaribery Capi. **Lazer e esporte nos clubes social-recreativos de araraquara**. Dissertação (Mestrado em Educação Física). 2006. Universidade Metodista de Piracicaba – Unimep. Piracicaba, São Paulo. Disponível em <<https://www.unimep.br/phpg/bibdig/pdfs/2006/HTOIKXNPRWJO.pdf>> Acesso em: 27 ago. 2016. p. 20

¹⁸⁴ *Ibidem, loc cit.*

concepção insere-se no contexto do lazer físico à assistência do espetáculo das atividades que se relacionam com o esporte¹⁸⁵.

Acompanhando esse pensamento é possível caracterizar como lazer e entretenimento a prática e assistência de atividades que se relacionam com a atividade física e esportiva.

Uma outra forma de lazer apresentada por Joffrey Dumazedier é o lazer social enquanto função de entretenimento, nesse conjunto enquadrar-se-iam as atividades que desenvolvessem o relacionamento do indivíduo. Consistiria na busca pela interação com outras pessoas que terminariam promovendo o divertimento e bem-estar.

Incluir-se-iam nessas atividades as reuniões familiares, reuniões de amigos, festas, e demais atividade que tenham predominantemente o caráter social.

Há de se falar ainda no lazer intelectual, nessa hipótese se enquadram as atividades que estimulam a busca pelo conhecimento, que se manifestaria na participação de cursos, palestras, por meio da leitura, dentre outras hipóteses.

Dessa forma, a necessidade individual do indivíduo seria composta pela busca de informações que viessem a promover o divertimento com o alcance de conhecimento.

Por fim, Joffrey Dumazedier menciona o lazer constituído pelo interesse manual e incide nas atividades manuais realizadas pelo manuseio de diversos materiais e objetos que representam a cultura popular externada sem o interesse profissional, por livre vontade.

Nessa sequência, considera-se o exposto a seguir:

As atividades relacionadas com o manuseio de uma diversidade de materiais (sucatas, recicláveis, papel, madeira, alumínio, tecido) são vivências representativas da cultura popular que praticadas com desinteresse profissional e prazer transformam-se em mais uma possibilidade de lazer catalogada por Dumazedier (1980) como interesse manual. Elas podem ser desenvolvidas em casa, nas associações, clubes, praças, escolas ou instituições. Nesse interesse, as pessoas podem transformar os materiais por meio da pintura, dobradura, colagem, costura entre outras habilidades. O aspecto manual manifesta-se também por intermédio da culinária de fim de semana, da jardinagem e do ‘bricolagem’

¹⁸⁵ SILVA, Júnior Vagner Pereira da. O lazer de interesse físico/esportivo no cotidiano infantil e sua interface com a saúde. **Licere**. Belo Horizonte, v.15, n.1, mar/2012. Disponível em < <https://seer.ufmg.br/index.php/licere/article/download/463/355>>. Acesso em 24 maio 2016. p.3

mais conhecido como os pequenos reparos de objetos ou equipamentos eletroeletrônicos efetuados em casa¹⁸⁶.

Diante dessa classificação proposta por Joffrey Dumazedier, Luiz Octávio de Lima Camargo acrescentou ainda a hipótese do lazer turístico definindo-o como “aquele que envolve um deslocamento físico da cidade onde o indivíduo reside”. Porém, sabe-se que o lazer turístico não se restringiria somente a conceituação demonstrada, por isso o autor complementa afirmando que “pode-se dizer que o lazer turístico confunde-se até mesmo com o lazer extradoméstico dentro da própria cidade”¹⁸⁷.

O fato de especificar o lazer tão somente como as atividades realizadas fora das cidades na qual o indivíduo reside seria incoerente, pois não se pode delimitar o bem-estar num contexto espacial tão restrito, visto que dentro da cidade, local da residência do indivíduo, pode haver lugares especiais que lhe proporcionem o bem-estar.

Nesse ponto de vista, o lazer turístico consistiria no exercício de passeios, viagens, que fizessem o indivíduo conhecer novos lugares, novas culturas e paisagens, ou até mesmo visitar locais já conhecidos que não fazem parte da sua rotina, mas que proporciona ao indivíduo a plenitude buscada pelo lazer, justamente pelo fato de ocorrer de forma desobrigada.

Diante dessas questões, admitir-se-ia a exclusão das hipóteses das viagens feitas a trabalho, por exemplo, pois como já foi reiterado diversas vezes no presente estudo, um elemento primordial para a configuração do lazer é a livre manifestação de vontade. Assim, ainda que o empregado estivesse tendo acesso a novos lugares, uma vez que esta viagem estivesse ocorrendo em razão de trabalho, o elemento turístico já deixaria de existir, bem como o lazer propriamente dito¹⁸⁸.

¹⁸⁶ CAPI, André Henrique Chabaribery Capi. **Lazer e esporte nos clubes social-recreativos de araraquara**. Dissertação (Mestrado em Educação Física). 2006. Universidade Metodista de Piracicaba – Unimep. Piracicaba, São Paulo. Disponível em <<https://www.unimep.br/phpg/bibdig/pdfs/2006/HTOIKXNPRWJO.pdf>> Acesso em: 27 ago. 2016. p.21

¹⁸⁷ CAMARGO, Luiz Octávio de Lima. **Sociologia do lazer. Turismo como aprender, como ensinar**. São Paulo: Senac, v.2, 2001.

¹⁸⁸ Tal situação não incidiria no contexto do lazer diante da presença de um dos requisitos essenciais para a configuração da relação de emprego que é a subordinação do empregado frente ao empregador assim, na hipótese de uma viagem a trabalho, a prática só está sendo realizada porque o empregado está cumprindo ordens a ele destinadas, não sendo condizente com a liberdade de manifestar-se que é possibilitada no gozo do lazer. Importante salientar que, o presente trabalho não objetivou aprofundar as relações de emprego e os requisitos essenciais para a sua configuração,

É adequado relatar que esta hipótese do lazer turístico proposto por Luiz Octávio de Lima Camargo não foi excluída da classificação de Joffrey Dumazedier, esta hipótese apenas não foi manifestada de forma autônoma e poderia estar inserida dentre os lazeres sociais.

4.4.3 A função do lazer como desenvolvimento da personalidade

A função do lazer como desenvolvimento da personalidade, assim como a função anterior, está intimamente ligada com o seu caráter humano.

Diferentemente da função anterior, que promovia a desvinculação do indivíduo com as suas obrigações na medida em que lhe era proporcionada uma distração que o fizesse divertir-se, nesta função o lazer será instrumento do crescimento individual, por meio do desenvolvimento das capacidades do indivíduo.

O lazer trazendo a função do desenvolvimento da personalidade estaria dando ao indivíduo a possibilidade de evoluir, transformar-se e construir sua identidade, estabelecendo neste momento de construção sentimentos, percepções, comportamentos, bem como a oportunidade de estabelecer novas relações com o mundo, de forma desobrigada.

Joffrey Dumazedier vai afirmar que essa função traz inúmeras possibilidades ao crescimento individual:

[...] permite 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 agrupamentos recreativos, culturais e sociais; possibilita o desenvolvimento livre de atitudes adquiridas na escola [...] e incita a adotar atividades ativas na utilização de fontes diversas de informação, tradicionais ou modernas (imprensa, filme, rádio, televisão) [...] pode ainda criar novas formas de aprendizagem (learning) voluntária, a serem praticadas durante toda a vida e contribuir para o surgimento de condutas inovadoras e criadoras¹⁸⁹.

Entende-se que além do autor discorrer sobre o desenvolvimento da personalidade, traz também a ideia de um desenvolvimento social. Vê-se claramente que a função

para maiores esclarecimentos, ver: DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.

¹⁸⁹ DUMAZEDIER, Joffrey. **Lazer e Cultura Popular**. São Paulo: Ed. Perspectiva. 3ª ed., 2001. p. 35.

aqui apresentada, está intimamente ligada com o desenvolvimento social, e seria difícil a dissociação, posto que eles se complementam, uma vez que o indivíduo é um ser social, o seu desenvolvimento pessoal se decorre também do desenvolvimento social. Acredita-se que a construção do indivíduo seria proporcionada também por meio das atividades de lazer.

Muito embora haja um maior reconhecimento pelo senso comum da função de divertimento, recreação e entretenimento apresentada pelo lazer, observou-se que não se limita a isto.

É significativo destacar que muito embora os tipos de lazer enfatizados e ratificados a seguir: lazeres físicos, intelectuais, sociais, turísticos, manuais, artísticos tenham sido identificados dentro do contexto da função de divertimento, recreação e entretenimento, são estes que conjuntamente constroem o lazer em sentido amplo conforme dissertado no presente estudo e, por isso, eles desempenham as funções aqui relatadas.

Por meio dos lazeres explicitados anteriormente, pode se alcançar também a função do desenvolvimento da personalidade.

Não obstante o lazer tenha diversos papéis a serem desempenhados, não se pode cogitar que as funções se contrapõem. Joffrey Dumazedier, corrobora que mesmo que estas aparentem se opor, elas são solidárias, estando sempre conectadas, podendo coexistir ou suceder-se, além de estarem se manifestando num mesmo momento em graus diversos¹⁹⁰.

Conclui-se que o lazer é de fato elementar para o indivíduo em três dimensões: a biológica, na medida em que através dele pode-se fazer o indivíduo recuperar-se da fadiga física e psíquica decorrente das suas obrigações; a social, na proporção que o período de lazer pode desempenhar a convivência com a coletividade, com a família e os amigos de forma leve e desobrigada; a existencial, que possibilita ao indivíduo o crescimento pessoal.

Outro ponto a destacar é que essa essencialidade vai ser ratificada por meio dos diversos conteúdos que o a lazer traz consigo e pelas diversas funções que por ele podem ser exercidas.

¹⁹⁰ DUMAZEDIER, Joffrey. **Lazer e Cultura Popular**. São Paulo: Ed. Perspectiva. 3ª ed., 2001. p. 34.

Desse modo, cabe a análise se o ordenamento jurídico prevê de forma expressa essa garantia ao lazer e de qual forma garante esse direito em sua completude.

Após comprovado o direito ao lazer como um elemento tão importante na vida do indivíduo, não se poderia permitir que diante da omissão legislativa acerca desse direito aos empregados não haveria a sua aplicabilidade.

Constituído que a relação de emprego é uma relação privada, e consoante estudado anteriormente, admite-se no ordenamento brasileiro a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. Restando analisar agora como incidiria o lazer nas relações de emprego e quais seriam os meios para a sua concretização.

4.5 A EFICÁCIA E OS MEIOS DE CONCRETIZAÇÃO DO LAZER NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

Evidenciou-se em elucidações antecedentes que o direito ao lazer configura-se como um direito social que até os dias de hoje não tem o devido reconhecimento que lhe é cabível. É congruente dizer que ao longo do tempo houve uma melhora na percepção do lazer pela sociedade, esta, porém, ainda não se faz suficiente.

O direito ao lazer acaba tendo o seu resultado condicionado às prestações dos responsáveis pela sua promoção, e isso se torna mais um elemento desafiador da efetivação do direito ao lazer na sociedade.

A análise pesquisa revela que não é esta a realidade que deve prevalecer na sociedade, pois todo o ordenamento jurídico brasileiro tem como princípio basilar a dignidade da pessoa humana, assim, ressalta-se a importância do direito e sua efetiva regulamentação para a manutenção deste ideal.

No capítulo anterior está explicitado que os direitos fundamentais vinculam-se às relações entre particulares, esta vinculação ocorrerá de maneira imediata, levando-se em conta que o direito ao lazer constitui-se como um direito fundamental e as relações de emprego são relações privadas, é possível, portanto falar em direito ao lazer nas relações de emprego.

Assim, observa-se que, como ocorreria na eficácia vertical, o empregador além da obrigação de não violar o direito ao lazer, terá que se obrigar a promover a

concretização do lazer nas relações de emprego, uma vez que o lazer é um direito à prestação.

Dando sequência ao axioma acima, cabem aqui as seguintes indagações: como ocorreria a aplicabilidade do direito ao lazer nas relações de emprego? O direito ao lazer se enquadraria em todas as modalidades de emprego? Quais seriam os meios para a concretização do direito ao lazer?

Pontua-se que além da fraqueza que circunda a efetividade do direito fundamental ao lazer, diante da sua falta de reconhecimento, tem-se ainda o contexto das relações de emprego.

4.5.1 Titulares do direito ao lazer

O presente estudo analisa os empregados¹⁹¹ como os titulares desse direito.

Importante ressaltar que, a figura do empregado compreende as relações de trabalho no *stricto sensu*, tal feito não exclui os trabalhadores em *lato sensu* como também destinatários dos direitos fundamentais, pois, como mencionado anteriormente, o indivíduo deve ter a tutela desses direitos em qualquer relação que se insira, porém, a figura do empregado foi o recorte temático.

Sabe-se que as relações de emprego são relações assimétricas, a julgar que são regidas sob a ótica do capitalismo e, sobretudo, também por se tratar, como afirma Ipojucan Demétrius Vecchi de “uma relação de poder, na qual o empregado se encontra vulnerável/subordinado frente ao poder empregatício”¹⁹².

¹⁹¹ As relações de emprego se inserem no âmbito das relações de trabalho *lato sensu*, trata-se de um segmento específico das relações trabalhistas que possui uma legislação específica, e diante do sistema capitalista que rege a contemporaneidade adquiriu enorme relevância na sociedade, pois tornou-se uma modalidade frequentemente utilizada. Para Maurício Godinho Delgado tornou-se a mais importante relação de trabalho existente “quer sob a perspectiva econômico social, quer sob a perspectiva jurídica”. Para a caracterização da relação de emprego a doutrina e a legislação apresenta requisitos que, em regra, se tornam essenciais para a configuração dessa modalidade, são eles: realização por pessoa física, pessoalidade, onerosidade, subordinação e não eventualidade. Para maior aprofundamento, ver: DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 299, *et seq.*

¹⁹² VECCHI, Ipojucan Demétrius. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: o caso da relação de emprego. **Rev. TST**. Brasília. Vol. 77, no 3, jul/set 2011. Disponível em < <http://www.tst.jus.br/documents/1295387/2684887/A+efic%C3%A1cia+dos+direitos+fundamentais+na+s+rela%C3%A7%C3%B5es+privadas,%20o+caso+da+rela%C3%A7%C3%A3o+de+emprego> > Acesso em: 04 set. 2016. p. 119

Considerando o viés econômico que rege as relações atuais, é presumível certificar a existência de uma sobreposição dessa prática à proteção de direitos fundamentais. Nesse sentido, é corriqueira a violação de direitos fundamentais do empregado, tendo em vista o grau de sujeição do empregado frente ao empregador. Examinando ser esse, ainda, um direito que não é devidamente respeitado na sociedade, pode-se concluir que numa relação de emprego, então, que já há essa disparidade, o seu descumprimento ocorre de forma mais recorrente ainda.

Com base no que foi exposto vê-se que tal violação no ambiente laboral não se restringe à esfera das relações empregatícias, assim, as jornadas excessivas, as flexibilizações que impedem uma desconexão do ambiente de trabalho vão influenciar negativamente na vida do indivíduo também no campo extralaboral, podendo ocasionar ao empregado diversos problemas de saúde, como por exemplo, estresse e depressão, sendo que estes podem desdobrar-se em outras patologias. E, no próprio ambiente de trabalho, diante da redução da qualidade de vida do obreiro, este pode estar encontrando-se mais vulnerável a sofrer acidentes de trabalho.

A compreensão indicada remete à percepção que o direito ao lazer torna-se instrumento cabível e efetivamente possível para a melhora das condições de vida do indivíduo. À vista disso, revela-se pertinente o estudo do presente objeto de pesquisa, para buscar incutir na sociedade o real propósito da vida, retirando uma parcela do caráter econômico, que não deixa de ser extremamente necessário para movimentar a sociedade, e introduzindo um sentido mais humano às ações das pessoas, possibilitando com isso a vida humana com dignidade, mas também uma efetiva prestação laboral de qualidade.

Seguramente, é imprescindível analisar a aplicabilidade do direito ao lazer nessas relações de emprego não deixando de observar os direitos resguardados do empregador, pois, conforme exposto no tópico 2.3.3, é necessário um juízo de proporcionalidade, para que também a concretização do direito ao lazer de forma absoluta não inviabilize a atividade realizada pelo empregador.

Examinando que o direito ao lazer não é expressamente garantido no âmbito trabalhista, incidindo por meio da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, deve-se dizer que a sua garantia se dá de forma indireta, e vai ocorrer no plano extralaboral, por meio do respeito aos limites das jornadas de trabalho, tendo em

vista que com a garantia do tempo livre pode haver a possibilidade de manifestação do lazer na vida do empregado.

Ressalta-se que o direito ao lazer não é tempo livre, esse não se equivale ao lazer, e sim proporciona o lazer, dessa forma, o lazer está inserido no tempo livre, que comporta ainda outras atividades pertencentes à vida do indivíduo. Isto posto, admite-se analisar o lazer como instrumento que possibilita trazer a tona o reconhecimento da importância do tempo livre do empregado.

Assim, ante o exposto nos capítulos anteriores, nota-se a devida importância da eficácia horizontal do direito ao lazer nas relações de emprego, como forma de garantia da dignidade da pessoa humana. Resta, portanto, fixado o entendimento acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

4.5.2 A aplicabilidade e os meios de concretização do direito ao lazer nas relações de emprego

Depois de sanadas as questões referentes às formas como os direitos fundamentais incidiriam nas relações privadas, concerne analisar de maneira específica a aplicabilidade do direito ao lazer nas relações de emprego.

Essa análise da aplicabilidade do direito ao lazer é basilar pelo fato do lazer ser um instrumento de garantia da dignidade da pessoa humana, questionar-se sobre o modo que poderá ser aplicado este direito no âmbito trabalhista. Nesse sentido, deve-se partir da análise dos meios utilizados na eficácia vertical e buscar adequá-los ao o contexto das relações entre particulares.

Segundo manifestação anterior constante nesta pesquisa, não cabe a mera utilização dos meios utilizados pelo Estado de forma direta sem adequação, porque se trata de uma relação entre sujeitos, empregados e empregadores são destinatários de direitos e deveres, assim, não poderia sobrepor um direito a outro sem uma análise arrazoada da questão tratada¹⁹³.

¹⁹³ Conforme abordado, no tópico 2.2.3.

Tal concepção confirma-se através da previsão do art.1º, IV da CF¹⁹⁴, que estabelece como fundamentos do Estado Democrático de Direito tanto os valores sociais do trabalho quanto os da livre iniciativa.

A consequência da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas é justamente a concretização desses direitos também no âmbito privado, para tanto, examina-se o contexto fático com base na natureza jurídica do direito. Trata-se de um importante elemento, pois a natureza jurídica do direito visa contribuir na análise de qual postura deverá ser tomada, uma vez que dependendo do direito que está sendo posto é possível exigir-se uma abstenção ou uma prestação para a sua consolidação. Na medida em que se trate de um direito prestacional. Em síntese, é indispensável considerar as possíveis formas de cumprimento pelo responsável pela efetivação dessa demanda¹⁹⁵.

O direito ao lazer institui-se como um direito social, logo, carece de uma prestação. Ante a ausência de reconhecimento no ordenamento jurídico e na própria sociedade apresenta-se certa deficiência na aplicação deste direito na realidade fática, esse não recebeu um tratamento específico pelo legislador, havendo na norma constitucional apenas a sua disciplina como um direito fundamental social¹⁹⁶.

Tal feito faz permear na doutrina a existência de dúvidas concernente a sua eficácia, por sua vez, a disciplina do direito ao lazer como norma programática não a impede de ter uma aplicabilidade considerada como imediata, pois, como defendido nos

¹⁹⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado. 1988.

¹⁹⁵ Encontra-se certa dificuldade dentro dessas considerações, tendo em vista que não há uma promoção efetiva pelo Estado, que possa servir de parâmetro para aplicação no âmbito privado após as devidas reformulações em decorrência do contexto.

¹⁹⁶ Ocorre que o direito ao lazer não é um direito específico das relações de emprego e não havendo disposição sobre ele na legislação infraconstitucional o seu questionamento se faz presente, conforme demonstra Ipojucan Demétrius Vecchi: “Os direitos fundamentais específicos dos trabalhadores (direitos fundamentais sociais) são aqueles direitos expressamente destinados aos trabalhadores e que têm, em regra, como sujeito passivo os empregadores, públicos ou privados. Como exemplo, pode ser citado a quase totalidade dos direitos fundamentais previstos no art. 7º da CF de 1988 (limitação da jornada de trabalho, férias acrescidas de 1/3, proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, décimo terceiro salário), cuja aplicação nas relações privadas sequer é questionada. Por outro lado, os direitos fundamentais inespecíficos são aqueles direitos não destinados de forma especial aos trabalhadores nas relações de trabalho ou de emprego, mas, sim, os direitos fundamentais que são destinados a qualquer pessoa humana, a qualquer cidadão. Como exemplos, podem ser citados os direitos à intimidade e vida privada, direito de expressão, liberdade religiosa, devido processo legal e direito à honra”. VECCHI, Ipojucan Demétrius. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: o caso da relação de emprego. **Rev. TST**. Brasília. Vol. 77, no 3, jul/set 2011. Disponível em <<http://www.tst.jus.br/documents/1295387/2684887/A+efic%C3%A1cia+dos+direitos+fundamentais+na+s+rela%C3%A7%C3%B5es+privadas,%20o+caso+da+rela%C3%A7%C3%A3o+de+emprego>> Acesso em: 29 set. 2016. p. 119

tópicos 2.4 e 3.1. Diante da proteção que visa combater a supressão dos direitos fundamentais é possível recorrer ao judiciário para satisfação dos direitos que não sejam satisfeitos por omissão dos órgãos legislativos. Nesse contexto apresentado insere-se o direito ao lazer.

No cenário das relações de emprego, a prestação é devida pela figura do empregador. À medida que se obriga o Estado a instituir políticas públicas para promover a possibilidade de aplicação do direito, transportando ao contexto das relações privadas, os empregadores terão que se sujeitar às mesmas obrigações que o Estado na eficácia vertical, portanto, caberá aos empregadores a promoção do direito ao lazer, exatamente por se tratar de um direito à prestação.

Fundamentalmente, ainda que, o direito ao lazer não se concretize da forma ideal na conjuntura atual, por causa da escassez de políticas que possibilitem a concretização deste direito, é válido registrar que não há figura mais importante envolvida nesta situação do que a figura do titular do direito.

Lógico que, diante de uma previsão constitucional determinando a adoção de medidas para a concretização dos direitos fundamentais sociais deveria ocorrer a obediência à norma legal de forma imediata, mas com o cenário atual e a realidade fática, não se aplica e o direito ao lazer nas relações de emprego

E, no cenário de uma desvalorização dele na sociedade, é importante refletir que, não se pode afastar também, ao analisar esta situação de forma fática, o contexto social brasileiro, que prejudica ainda mais a situação atualmente vivenciada, uma vez que, além da cultura não estar voltada à valorização do trabalho, o desconhecimento dos direitos fundamentais pela maioria dos cidadãos somado à falta de reconhecimento do direito, impedem que a própria sociedade procure pressionar o órgão para promoção do mesmo, assim, a inércia continuará e a falta de proteção ao direito também.

Portanto, é necessário também os titulares do direito buscarem a concretização, pois a dimensão objetiva agrega ao direito a noção dos direitos fundamentais como ordem de valores, assim não só o Estado é responsável, como também toda a sociedade.

Quanto à aplicabilidade do direito ao lazer vai se evidenciando que no âmbito da eficácia vertical, o direito ao lazer deverá ser implementado por meio de políticas

públicas, estas se desdobrariam no deslocamento de recursos públicos para a instituição de programas e serviços que possibilitassem a promoção do lazer¹⁹⁷. Seria, por exemplo, a possibilidade de organizar um espaço público para que a partir dele o lazer pudesse se manifestar.

Por conseguinte, poderia dizer que as políticas públicas consistiriam na instituição de medidas estratégicas e criativas que se tornassem palpáveis através de projetos políticos que quando postos em práticas possibilitariam ao cidadão a concretização do lazer.

Há nessas constatações diversas e importantes análises e é urgente declarar que a aplicabilidade do direito ao lazer nas relações de emprego, consiste em cogitar hipóteses, traçar metas que possam permitir a concretização dos direitos fundamentais na prática. Trata-se, portanto, de uma abordagem no âmbito teórico que planeja a concretização do direito na prática¹⁹⁸.

Dentre as propostas possíveis de serem implantadas para a aplicabilidade desse direito no âmbito privado há a edição de projetos para os empregadores que visassem a implantação de medidas efetivas para a concretização do lazer. Tendo em vista que o labor ocupa uma grande parcela de tempo na vida do empregado e, conforme fora defendido não se contrapõe ao lazer, além do fato de que o dever de promoção deste direito é do empregador, pode-se cogitar o fomento do lazer também no ambiente de trabalho.

Muitos administradores, ao planejarem programas de qualidade, pensam em tudo, mas esquecem que o sucesso dos programas depende do esforço dos trabalhadores, que para se empenharem precisam de algo muito simples: satisfação dentro do seu ambiente de trabalho¹⁹⁹.

¹⁹⁷ CRUZ, Manoel Luís Martins da. Políticas Públicas de Lazer. **Revista Linhas**. V. 1, n. 1. 2000. Disponível em <<http://www.periodicos.udesc.br/index.php/linhas/issue/view/147/showToc>>. Acesso em: 08 de jun. de 16. p. 3

¹⁹⁸ Leandra Fernandes do Nascimento e Raimundo Wellington Araújo Pessoa explanam que “já é comum nas grandes organizações a destinação de recursos em caráter permanente para ações ligadas à qualidade de vida no trabalho e à responsabilidade social empresarial, além da criação de órgãos colocados em posição de destaque na estrutura formal”. Observa-se que somente as grandes organizações podem realizar tal feito em tamanha proporção, é nesse sentido que o presente estudo ressalta a importância de analisar também as condições do empregador em proporcionar e estruturar ao promoção do lazer de forma tão desenvolta, então não se pode cobrar de todos os empregadores a aplicação dos mesmos meios de incentivo ao lazer, no âmbito do próprio ambiente de trabalho. PESSOA, Raimundo Wellington Araújo; NASCIMENTO, Leandra Fernandes Do. O Lazer Como Ferramenta da Qualidade de Vida no Trabalho. **Revista Organizações em Contexto**. Ano 4, n. 7, junho 2008.

¹⁹⁹ PESSOA, Raimundo Wellington Araújo; NASCIMENTO, Leandra Fernandes Do. O Lazer Como Ferramenta da Qualidade de Vida no Trabalho. **Revista Organizações em Contexto**. Ano 4, n. 7,

Vale salientar que, as políticas privadas que objetivam a aplicabilidade do direito ao lazer, não poderiam ser universais, pois dentro do universo dos empregadores, estariam contidas diversas manifestações de empregadores, desde pessoa física, microempresários a grandes multinacionais, assim a condição do empregador irá refletir também nos meios em que ele poderá proporcionar essa aplicabilidade e concretização²⁰⁰.

Este pensamento, porém, não afasta a ideia de que as relações empregatícias, em regra, são assimétricas, pois ainda que o empregador seja um microempresário, por exemplo, não vai afastar o fato de ele ser o detentor do poder da relação e do empregado estar numa relação de subordinação.

Nesta linha, Adriana Brasil Vieira Wyzykwoski afirma que a promoção de um direito na relação de emprego confirmar-se-ia à proporção que o titular do direito o reconhecesse e soubesse como agir diante da sua concretização, e também de uma possível violação ao direito. Assim, a autora pontua que uma alternativa seria a educação por meio de políticas privadas que se direcionassem para a efetivação do direito, por meio de campanhas educativas que distribuíssem cartilhas informativas, por exemplo²⁰¹.

A sugestão oferecida é bastante relevante, interpretando que a implantação da mesma é de incumbência também dos próprios titulares do direito que devem valorizar o direito, reconhecê-lo, para poder efetuar o devido controle e cobrança.

Para a produção do conhecimento desse assunto, o meio educacional como forma de promoção do direito ao lazer, se configura como uma alternativa plausível, desde que não seja a única medida a ser tomada, pois, o lazer se concretiza por meio de ocupações que promovam a satisfação pessoal do indivíduo podendo abarcar a função de relaxamento, como também divertimento, recreação e entretenimento, ou

junho 2008. Disponível em <<http://www.spell.org.br/documentos/ver/5921/o-lazer-como-ferramenta-da-qualidade-de-vida-no-trabalho/i/pt-br>> Acesso em 24 set. 2016.

²⁰⁰ Isso ocorre pelo fato de “o fenômeno do poder privado é uma realidade que atinge toda a sociedade, todos os ramos do direito e, em especial, o Direito do Trabalho. Tanto é assim que nas relações de emprego não só as megacorporações têm poder, mas empregadores individuais, micro, pequenas e médias empresas também são dotados de poder empregatício, devido ao fato de que essas relações serem sempre marcadas pela assimetria”. VECCHI, Ipojukan Demétrius. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: o caso da relação de emprego. **Rev. TST**. Brasília. Vol. 77, no 3, jul/set 2011.

²⁰¹ WYZYKWOSKI, Adriana Brasil Vieira. **A Concretização Do Direito Fundamental Ao Lazer Nas Relações De Emprego**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Estado da Bahia, Salvador. p. 168

até mesmo desenvolvimento de sua personalidade, e, o empregado ter o conhecimento acerca da importância do lazer, não o faz gozar do lazer efetivamente.

Propõe-se ainda, como política de promoção do direito a possibilidade de uma atuação do Ministério Público do Trabalho, este poderia atuar preventivamente, a partir do momento em que se adota procedimentos extrajudiciais, como por exemplo, o Termo de Ajustamento de Conduta, para o combate da violação ao direito de lazer, e, poderia atuar repressivamente na medida em que instaurasse procedimento investigativo para apurar acerca de supostas violações a este direito²⁰².

Essa valorização do lazer através de medidas pertinentes será capaz de ajudar na promoção dos direitos ao lazer, porém, tão somente essas medidas não são alternativas que possibilitam a concretização direta da satisfação do lazer pelo empregado, além disso, a segunda hipótese não se trata de uma política privada proposta para o empregado pelo empregador.

Assim, observa-se que no plano hipotético tais medidas ainda não se encontram suficientes para trazer a efetividade que se espera do direito ao lazer no âmbito das relações trabalhistas.

O direito ao lazer, embora previsto no artigo 6º da Constituição Federal como direito fundamental social, não foi objeto de nenhum outro dispositivo legal que viesse a especificá-lo.

No âmbito trabalhista então, que não recebeu nenhuma disposição expressa, o direito ao lazer garante-se de forma indireta por meio das normas que tutelam o tempo livre, pois, na medida em que se resguarda o tempo livre é que surge para o indivíduo a possibilidade de concretização do direito ao lazer.

Assim, previsões normativas que limitam a jornada de trabalho do empregado, determinam a necessidade de intervalos, garantem o direito a férias, dentre outros, acabam por possibilitar, indiretamente, que o lazer possa ser desenvolvido.

De modo geral, reconhece-se o lazer como um direito à prestação que será concretizado tanto através da abstenção do empregador diante de uma violação que

²⁰² WYZYKWOSKI, Adriana Brasil Vieira. **A Concretização Do Direito Fundamental Ao Lazer Nas Relações De Emprego**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Estado da Bahia, Salvador. p. 168

ele possa praticar, quanto através de prestações por ele realizadas para a concretização do direito.

Sob essa perspectiva, questiona-se: diante da ausência de disposição legal que estabelecesse expressamente as hipóteses de concretização do lazer, seriam as previsões de proteção ao tempo livre, suficientes para efetivar esse direito?

E ainda, as prestações a que o empregador está obrigado limitam-se ao ambiente extralaboral, ou pode o direito ao lazer ser concretizado dentro do ambiente de trabalho?

É importante reiterar que, antes de tudo, o empregado é um indivíduo, e na sua condição de indivíduo ele titula direitos fundamentais que merecem segui-lo. Como argumenta Ipojucan Demétrius Vecchi “estes direitos não ficam na ‘porta da fábrica’ esperando o trabalhador quando sai”²⁰³.

Ressalta-se que, a incidência de um ou outro direito do empregado, enquanto indivíduo, na relação de emprego não é plausível, visto que os direitos fundamentais desde que cabíveis, sempre irão acompanhar o titular. O que pode ocorrer é a limitação desse direito, desde que ponderado, tendo em vista o caso disposto, mas a sua supressão injustificada não irá ocorrer, até porque, conforme estudado, os direitos fundamentais não podem ser suprimidos, ainda mais de forma desproporcional.

Assim, as disposições que protegem o tempo livre não poderiam ser consideradas como um esgotamento das possibilidades de promoção do lazer, como vimos, a concretização do lazer se manifesta tanto com a abstenção de violação desse tempo livre, como também através de ato comissivo. Dessa maneira, existem outros meios que podem ser pensados e utilizados para a promoção desse direito do empregado.

Acresce-se ainda que o lazer para a vida do indivíduo é deveras importante, uma vez que este reflete no seu sentimento de bem-estar proporcionando assim a saúde física e psíquica do indivíduo, bem como o bom desenvolvimento pessoal e social.

²⁰³ VECCHI, Ipojucan Demétrius. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: o caso da relação de emprego. **Rev. TST**. Brasília. Vol. 77, no 3, jul/set 2011. Disponível em <<http://www.tst.jus.br/documents/1295387/2684887/A+efic%C3%A1cia+dos+direitos+fundamentais+na+s+rela%C3%A7%C3%B5es+privadas,%20o+caso+da+rela%C3%A7%C3%A3o+de+emprego>> Acesso em: 29 set. 2016. p. 123

Diante da importância demonstrada, complementa-se a necessidade da efetiva concretização desse direito para que o indivíduo tenha a sua plenitude, porém é importante salientar que, deve-se ter a observância da razoabilidade. Não é admissível que o empregado exceda no gozo desse direito no âmbito das relações de emprego.

Reitera-se também que, nas relações de emprego, ambas as partes são titulares de direitos e a tutela exacerbada de qualquer direito perante o outro se mostra desarrazoado e inadequado, pois do mesmo modo em que não se admite a desigualdade perante o empregado, não se deve admitir que aconteça perante o empregador.

Com o reconhecimento da concretização do lazer até no ambiente de trabalho, observa-se que, por mais que não tenham sido dispostos diretamente para tutela do direito ao lazer, não se pode afirmar que as previsões legais que garantem a proteção do tempo livre do trabalhador são suficientes para a concretização do direito, pois, o lazer pode alcançar também o ambiente de trabalho, não só o extralaboral.

Para complementar as concepções já citadas, existem disposições nas normas que, *a priori*, não repercutiriam negativamente na concretização do direito ao lazer, mas quando aplicado ao caso concreto poderiam vir a ocasionar a sua supressão. Por isso, não deve o direito ao lazer limitar-se às hipóteses previstas em lei, uma vez podendo incidir diretamente nas relações, estas têm uma maior abertura para se concretizarem e serem discutidas mediante o caso concreto²⁰⁴.

Com base nestas noções, insta proferir que diante da violação do direito ao lazer, o empregado lesionado pode recorrer ao judiciário para buscar uma reparação. Nesse sentido, encontrou-se decisão julgada no dia 16/06/2016, por meio do qual o Juiz Relator manifestou-se:

²⁰⁴A título de exemplo, tem-se a previsão do artigo 59, caput da CLT dispondo que “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”. Em regra, esta previsão de horas suplementares não suprimiria o direito ao lazer se realizada de forma eventual, porém numa hipótese em que essas horas suplementares fossem acrescidas durante toda o contratado de emprego, esta iria ocasionar um enorme prejuízo ao empregado, tendo em vista que a diminuição do tempo livre, poderia inviabilizar a concretização do direito ao lazer da forma que lhe é devida. BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm>. Acesso em 09 de junho de 2016.

DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXAUSTIVA. RESTRIÇÃO SISTEMÁTICA AO DESCANSO E LAZER. OFENSA A DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL. DANO MORAL. Desponta na doutrina uma nova abordagem segundo a qual a imposição de jornadas exaustivas no curso do contrato de trabalho possui aptidão para gerar dano extrapatrimonial, na modalidade de "dano existencial". Isto porque a ampliação do tempo de alienação com redução das pausas intervalares e prorrogação sistemática de jornada, implica, em contraponto, a subtração de parcela substantiva do tempo que o empregado deve ter para si, ocasionando dano à própria existência do trabalhador, vez que importa confisco irreversível de tempo que poderia destinar ao descanso, convívio familiar, lazer, política de classe ou em geral, estudos, reciclagem profissional, práticas esportivas, música, e tantas outras oportunidades de enriquecimento do corpo e do espírito²⁰⁵.

Depreende-se do extrato supra que a decisão do Magistrado é o reconhecimento da relevância das funções atribuídas ao lazer, pois compreendeu-se que a supressão do direito ao lazer traz como consequência danos irreversíveis ao indivíduo.

O caso apresentado versa sobre alegação de jornada excessiva por uma empregada, que trabalhava todos os dias do mês com exceção de um dia de domingo.

In casu, o Juízo firmou o seu convencimento no sentido de que a trabalhadora estava efetivamente sujeita a jornada exaustiva, porquanto laborava todos os dias do mês, à exceção de 1 domingo, restando confiscada assim, pelo empregador a possibilidade de descanso regular pela trabalhadora. Ora, a longa faina contínua se traduz em cansaço e maior probabilidade de acidentes do trabalho, implicando ofensa a direitos basilares da pessoa humana. São de conhecimento público as conseqüências negativas do trabalho sem intervalo e sem descanso adequado, merecendo repúdio tais imposições. Ademais, a ausência de adequado descanso impossibilita o pleno exercício do direito ao trabalho, já que restringe as potencialidades do trabalhador ao afetar profundamente a sua saúde e capacidade físico-mental. Assim, restando provada a insólita conduta patronal, com a prática de abuso do poder diretivo ao exigir jornadas exaustivas (ainda que pelo mecanismo perverso da "compra" do direito irrenunciável) e restrição dos direitos ao descanso/lazer, com óbvias conseqüências à saúde da obreira, que se via na contingência de ter que produzir sem poder refazer as energias dispendidas, resultaram ofendidos direitos humanos fundamentais, atingindo-se a dignidade, a liberdade e o patrimônio moral do demandante, de tal resultando a obrigação legal de reparar. Sentença mantida²⁰⁶(grifo nosso).

Nota-se que a condição submetida a essa empregada é desumana. Diante de todas as conseqüências que o lazer promove para o indivíduo, aqui demonstradas, tanto no aspecto biológico, quanto social, quanto pessoal, conclui-se que, nessa hipótese, houve uma clara ofensa à dignidade da pessoa humana no seu sentido mais profundo, já que se ofendeu, nesta situação, o direito à vida digna, suprimiu o direito

²⁰⁵BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. RO 20150526290. Relator: Ricardo Artur Costa e Trigueiros. Data de Julgamento: 26/08/2014. 4ª TURMA. Data de Publicação: 05/09/2014. Disponível em: <<http://www.trt2.jus.br.>> Acesso em: 20 out. 2016.

²⁰⁶ *Ibidem*.

ao lazer, comprometeu a saúde da obreira e violou tantos outros direitos fundamentais²⁰⁷.

Diante da decisão apresentada, com o efetivo reconhecimento da ofensa a tantos direitos fundamentais, dentre eles o lazer, o dano existencial se configuraria como uma espécie de reparação aos danos causados pelo empregador, diante de uma ofensa a autorrealização do indivíduo, bem como uma ofensa ao desenvolvimento de relações por ele estabelecidas.

Desse modo, diante de casos reiterados de jornada excessiva suprimindo o direito ao lazer, como o exposto acima, que faz, segundo Adriana Brasil Vieira Wyzyskoski, parte da doutrina defender a necessidade de redução da jornada de trabalho, com a justificativa da concretização do direito ao lazer²⁰⁸.

Este pensamento parece ser razoável, mas por mais interessante que uma mudança legislativa reduzindo a jornada de trabalho possa ser, é necessário também haver mudança de paradigma da sociedade, porque a burla aos direitos é o que mais ocorre no contexto atual, e, a mudança legislativa não vai influenciar na diminuição dessa violação, se a sociedade continuar com esse pensamento. Assim, a modificação deveria existir também na perspectiva adotada nessa sociedade, que

²⁰⁷ *Trata-se de pensamento em diversos tribunais no território brasileiro, para maior aprofundamento: DANO EXISTENCIAL. NEGATIVA DE DIREITO AO LAZER E DESCASO. INDENIZAÇÃO PELOS DANOS MORAIS DEVIDA. O direito ao lazer e ao descanso é direito humano fundamental, assegurado constitucionalmente - art. 6º - e está diretamente relacionado com a relação de trabalho. A prorrogação excessiva da jornada de trabalho justifica a indenização compensatória pelo dano causado. Trata-se de desrespeito contínuo aos limites de jornada previstos no ordenamento jurídico, sendo, pois, ato ilícito. É o chamado dano existencial, uma espécie de dano imaterial em que o trabalhador sofre limitações em sua vida fora do ambiente de trabalho (TRT-3 - RO: 01924201111303002 0001924-09.2011.5.03.0113, Relator: Convocado Paulo Eduardo Queiroz Goncalves, Primeira Turma, Data de Publicação: 11/12/2013 10/12/2013. DEJT. Página 44); como também: TRABALHO EXAUSTIVO. EXCESSO DE HORAS EXTRAS PRESTADAS DE MODO HABITUAL. [...] SUPRESSÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL AO LAZER, AO REPOUSO SEMANAL REMUNERADO E À JORNADA DE TRABALHO LIMITADA DEVER DE REPARAR O DANO EXTRAPATRIMONIAL. Comete ato ilícito o empregador que submete habitualmente seu empregado a regime laboral exaustivo, sem compensação e/ou pagamento correspondente, mormente quando se ultrapassava 70 (setenta horas extras mensais), ativando-se continuamente, de segunda a domingo, com apenas uma única folga em cada quatro semanas. **Os danos sofridos pelo trabalhador privado da convivência familiar, social, comunitária, política, religiosa e de seu direito constitucional ao lazer e ao descanso, por força do regime de trabalho exaustivo, devem ser reparados por meio de indenização por danos extrapatrimoniais. (...)**" (TRT-1 - RO: 00114094620135010201 RJ , Relator: SAYONARA GRILLO COUTINHO LEONARDO DA SILVA, Data de Julgamento: 08/04/2015, Sétima Turma, Data de Publicação: 11/05/2015)*

²⁰⁸ Pontua-se que Adriana Brasil Vieira Wyzyskoski manifesta-se favorável a ideia da redução da jornada como instrumento de garantia do direito ao lazer. WYZYKWOSKI, Adriana Brasil Vieira. **A Concretização Do Direito Fundamental Ao Lazer Nas Relações De Emprego**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Estado da Bahia, Salvador

entende compreende o trabalho em caráter excessivo como elemento dignificante na vida do indivíduo e desvaloriza o direito ao lazer.

Com efeito, no que tange a incidência do direito ao lazer no ambiente de trabalho, entende-se que a sua concretização é válida, uma vez que sua aplicabilidade, em regra, não entraria em conflito com nenhum outro direito, podendo ser usufruído durante a atividade laboral, desde que sem excessos pelo empregado.

Compreendendo os benefícios do lazer e atentas à realidade descrita, algumas organizações começaram a incluir o assunto em sua pauta de planejamento, resultando em maior atenção para os lazeres de fim de semana e férias, como clubes sociais, colônias de férias, lazeres da hora do almoço, como salas de TV, cinema, e salão de jogos, pausas rápidas para cafezinho, e mais recentemente vêm introduzindo maiores flexibilidades na administração do tempo diário de trabalho, com pausas para repouso e descontração²⁰⁹.

Isto se confirma com a adoção, por algumas empresas, de medidas que proporcionem o lazer ainda dentro da relação de emprego. A título de exemplificação têm-se empresas como Google, Facebook, Chaordic, Walmart, Acesso Digital, Groupon, Netshoes, dentre outras²¹⁰. In verbis:

O grupo Netshoes, que consiste numa loja varejista virtual de esportes, promove para seus funcionários, um ambiente de trabalho com espaços descontraídos e que possibilitem o descanso e também o lazer. E mais, proporciona para os empregados cursos de especialização, graduação e pós-graduação; No escritório da Acesso Digital, a sala de descanso com videogame fica aberta a todo momento. A geladeira está sempre estocada e rolam happy hours também durante a semana. Além do mais, os funcionários recebem uma verba para decorar seus espaços de trabalho e assim se sentirem em casa durante todo o expediente; As empresas que oferecem serviços de TI vêm mudando conforme o tempo passa: antes, os escritórios eram ultra formais, todos de terno e gravata. Hoje, muitas empresas já aboliram o local fixo de trabalho e a vestimenta formal, e a Chaordic é um exemplo de empresa que conta com sala de descanso, e ainda por cima tem mesa de sinuca, mesa de pôquer, Playstation 4 e um pub inglês dentro da empresa; Claro que o Google não podia ficar fora da lista. Essa empresa, que dispensa apresentações, tem espaço de descontração, um restaurante para 200 pessoas que serve até 100 tipos de refeições por dia e snacks, sucos e refrigerantes à vontade durante o expediente! Além de ter o nome de uma das maiores empresas de tecnologia do planeta entre suas experiências profissionais, claro²¹¹.

²⁰⁹ Aguiar, Maria de Fátima Aguiar. **Lazer e Produtividade no Trabalho**. <Disponível em http://www.anpad.org.br/diversos/trabalhos/EnANPAD/enanpad_2000/ARH/2000_ARH1291.pdf> Acesso em 10 out. 2016

²¹⁰ Notícia disponível em < <https://www.lovedmondays.com.br/blog/empresas-sala-de-descompressao>> Acesso em 15 set. 2016.

²¹¹ Ibidem.

Dentre os empregadores que mais utilizam destes recursos estão as grandes empresas do cenário nacional e mundial, que tenham as atividades relacionadas com o setor de tecnologia e comunicação, por exemplo. Este fato ressalta a importância da promoção desse direito, pois diante de atividades que necessitam da criatividade, concentração e outros estímulos nesse segmento por parte do empregado, restou entendido que a promoção do lazer realmente influencia do desenvolvimento pessoal, na saúde física e mental, confirmando a compreensão apresentada neste estudo, sobre a importância do lazer na vida do ser humano e a sua relação intrínseca com o lazer, que reflete na vida do empregado tanto no plano laboral quanto extralaboral, tanto que tais empresas se utilizam do lazer como ferramenta de melhoria da qualidade de vida do empregado.

Nesse sentido, Luciano Zorza ressalta, em matéria elencada, a importância do elo entre lazer e trabalho:

Para gerar bons resultados é essencial combinar uma série de fatores como competência, planejamento, trabalho e inspiração. Sendo que essa última está intimamente correlacionada ao lazer. Pessoas tranquilas e descansadas são mais “inspiradas” do que as pessoas nervosas e estressadas. Prova disso é a experiência realizada pela empresa americana de marketing e propaganda SteelHouse. Ao perceber que muitos funcionários deixavam de tirar férias e, por isso, perdiam produtividade, a companhia passou a pagar um bônus de 2 mil dólares anualmente para cada colaborador viajar durante suas férias, que podem ser tiradas de uma só vez ou dividida em pequenas viagens. A estratégia não poderia dar mais certo, logo após retornarem, era perceptível como os funcionários se tornavam mais produtivos e propensos a entregar os melhores resultados²¹².

Ocorre que tais medidas ainda que tenham sido utilizadas, foram ponderadas por esses empregadores à luz do aspecto econômico, pois a promoção do lazer se aplica diante do retorno que os próprios empregadores terão, no que diz respeito a qualidade da prestação do labor pelo empregado. O caráter humanístico é um reflexo, mas ainda não se faz presente como elemento norteador de tais medidas²¹³.

²¹² ZORZAL, Luciano. Trabalho x lazer: como conciliar as duas coisas para ter sucesso na carreira?. **Administradores - O Portal da Administração**. 1 de out. de 2016. Disponível em <<http://www.administradores.com.br/noticias/carreira/trabalho-x-lazer-como-conciliar-as-duas-coisas-para-ter-sucesso-na-carreira/114008/>> Acesso em 09 out. 2016

²¹³ Tal ideia se confirma na medida que, em matéria Daniele Aronque ao abordar o lazer no ambiente de trabalho expõe: “grandes empresas têm investido milhões para proporcionar uma área agradável, que valorize a comunicação entre os funcionários, o bem estar e a qualidade de vida. [...] A palavra de ordem hoje em muitos escritórios é dar aos funcionários tudo aquilo que ele precisa para se tornar mais produtivo e, conseqüentemente, tornar a empresa mais competitiva no mercado. Afinal, ninguém sai de casa para fazer um trabalho ruim e se as pessoas podem ser mais produtivas com mudanças desse tipo, porque não dar um empurrãozinho?”. Observa-se neste ponto o prisma econômico que rodeia a concretização do direito ao lazer. Dessa maneira, é importante pontuar que a concretização

Muito embora esta seja a concepção que está motivando a promoção desse direito, no âmbito jurídico faz-se importante o atendimento da previsão constitucional e não os objetivos que circundam essa ação comissiva.

A mudança de concepção do lazer será realizada tão somente por meio do meio educativo, onde se reafirma a sua relevância desses direitos e os seus devidos fins.

Importa destacar que, embora a promoção deste direito esteja sendo promovido por um pequeno segmento, diante dos diversos atributos entre os próprios empregadores, o atendimento não deve se restringir à empresas que tenham um interesse secundário com a fruição do lazer pelo empregado²¹⁴.

A promoção do lazer é indistinta, todos os empregadores devem abster-se de violar o direito e também proporcioná-los aos empregados.

No plano fático é possível analisar diferentes formas de viabilização da satisfação desse direito de acordo com as peculiaridades de cada empregador. Assim, as circunstâncias econômicas da empresa e as características das atividades desempenhadas pelo empregador, não impedem que o direito ao lazer se aplique nas relações de emprego, é necessário apenas, que aja uma atenção aos moldes que deveram ser aplicados, de forma que não seja algo prejudicial ao empregador e incompatível com a realidade.

Assim, cabe aos empregadores estabelecerem políticas privadas de promoção ao lazer traçando os meios de viabilização desse direito no ambiente de trabalho dentro das realidades as quais se inserem. Observa-se que ao realizar tais medidas, o empregador está cumprindo a obrigação que lhe foi destinada, e por meio da razoabilidade não há como justificar-se na impossibilidade de promoção do direito.

desse direito já se manifesta de maneira precária e quando se manifesta é mediante um ideal capitalista, o que confirma manifestações apresentadas ao longo do trabalho, que ressalta a necessidade de uma mudança de pensamento da coletividade. ARONQUE, Daniela. Um bom ambiente de trabalho aumenta a produtividade. **Carreiras**, 22 out. 2015. Disponível < <http://carreiras.empregos.com.br/seu-emprego/um-bom-ambiente-de-trabalho-aumenta-a-produtividade/>> Acesso em 09 out. 2016.

²¹⁴ Além da utilização do lazer como forma de estímulo à criatividade e concentração dos empregados, quando é o que atividade requer, o interesse secundário se manifesta também quando os empregados utilizam-se do lazer para diminuir do ambiente de trabalho, diante da carga emocional, psicológica e física que a função demanda, a exemplo disso é a viabilização do lazer para os empregados de hospitais. Ver: PEREIRA, Maria Elizabeth Roza; BUENO, Sônia Maria Villela. Lazer - um caminho para aliviar as tensões no ambiente de trabalho em UTI: uma concepção da equipe de enfermagem. **Rev. Latino-Am. Enfermagem**. 1997, vol.5, n.4, pp.75-83. Disponível em < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-11691997000400010&script=sci_abstract&tlng=eses>

Os apontamentos apresentados ao longo do presente trabalho demonstram que as mudanças paulatinas que estão se manifestando nas relações empregatícias, se intensificadas e respeitadas podem prosperar e refletir em novos moldes de existência do indivíduo. Destarte, é necessária uma reeducação a respeito do modo como a sociedade está lidando com a vida. O “ter” não deve ser mais importante que o “ser”. O empregado, trabalhador não é uma máquina, é um ser humano dotado de direitos e deveres que o proporcionam uma vida digna, e para tanto é necessário que não haja práticas abusivas que busquem suprimir estes direitos que seja por parte do Estado, quer seja por outros indivíduos.

O que se busca é uma sociedade saudável e harmônica, para tanto é necessário o respeito, principalmente, aos direitos fundamentais elencados na CF. Como vistos anteriormente é inadmissível que esses sejam relativizados a ponto de serem suprimidos, tratam-se, pois, de direitos invioláveis, tão importantes que não podem ser livremente dispostos e são também indivisíveis, dessa forma, é necessário a concretização de todos os direitos para que se alcance o fim proposto constitucionalmente.

Seguindo esta linha, não adianta o respeito à vida, se não houver o atendimento ao direito a saúde, como também não há satisfação plena do direito a saúde se não for observado o direito ao lazer, e assim sucessivamente.

Para que se tenha a construção da sociedade almejada no presente estudo, saudável, feliz e plena é imprescindível, além da conscientização social, a movimentação da máquina jurídica para que seja promovido de forma mais incisiva e organizada a satisfação desses direitos, tanto na esfera pública, quando na esfera privada, e mais especificamente, no âmbito da concretização do direito ao lazer nas relações de emprego.

5 CONCLUSÃO

A pesquisa desenvolveu-se em quatro capítulos, e possui o seguinte problema de pesquisa: 1) É cabível a aplicabilidade do direito fundamental ao lazer nas relações de emprego? 2) Como o direito ao lazer pode ser concretizado nas relações de emprego?

Objetivando o estudo direcionado à resolução dos problemas postos em questão, foi necessário formular os seguintes questionamentos: 1) Qual a importância do direito ao lazer? 2) Qual a natureza jurídica do direito ao lazer? 3) Quais as funções que o lazer exerce na vida do indivíduo? 4) É cabível a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais? 5) Dentre as teorias existentes, que versam sobre a eficácia horizontal, qual melhor se aplica no ordenamento jurídico brasileiro? 6) Qual o posicionamento do STF? 7) Trata-se o lazer de instrumento necessário para a promoção da dignidade da pessoa humana? 8) A promoção do direito ao lazer se limita ao respeito à jornada de trabalho?

Diante das indagações supra, se apresentou as seguintes conclusões:

I - Os direitos fundamentais são imprescindíveis à vida humana, e a sua regulamentação serve como um caminho a ser seguido para a concretização de uma efetiva organização estrutural da sociedade, onde possibilita a aplicação, e preservação dos mesmos. Os direitos fundamentais tem como fim a promoção da dignidade da pessoal humana.

II – No primeiro capítulo de desenvolvimento abordou-se a teoria geral dos direitos fundamentais, trazendo à baila os pontos mais relevantes com o objetivo de demonstrar a relevância dos direitos fundamentais para o ordenamento jurídico.

III – Dessa maneira, concluiu-se que as normas fundamentais devem ser vistas sob a ótica formal e sob a ótica material, trata-se de um mecanismo de uma maior garantia dos direitos fundamentais, à medida que se amplia o alcance dos direitos que viriam ser fundamentais. Tal interpretação comprova a natureza desses direitos e encontra amparo no art. 5º,§2º da CF/88, que possibilita a existência da cláusula de abertura.

IV – Neste capítulo buscou-se ainda compreender as dimensões dos direitos fundamentais e identificar as principais características dos direitos fundamentais, haja vista que são essas peculiaridades que possibilitam o reconhecimento da relevância desses direitos, como também permite analisar o seu desdobramento na realidade fática.

V – Dessa maneira, identificou-se que os direitos fundamentais são criados e desenvolvidos ao longo da história, esse fator corresponde à característica da historicidade. Os direitos fundamentais são ainda indivisíveis, diante da interdependência que ocorre entre eles. Tem-se ainda como característica a acumulabilidade, isto corresponde à sua condição de cláusula pétrea na CF/88, este fator impede também a supressão dos direitos fundamentais, resguardado pelo princípio da vedação ao retrocesso social. Vale salientar ainda que, os direitos fundamentais não são absolutos, podendo diante de conflito realizar a ponderação. São características ainda a imprescritibilidade, inalienabilidade e a indisponibilidade, assim, não é cabível a supressão desses direitos.

VI – Seguindo esse entendimento, assenta-se que os direitos fundamentais não podem ser livremente dispostos e são invioláveis, pois estas características visam proteger a ocorrência de uma efetiva aplicabilidade dos direitos fundamentais na sociedade.

VII – Estabeleceu-se que as normas constitucionais possuem aplicabilidade imediata, pois, compreensão diversa da apreendida poderia trazer como consequência a supressão de certos direitos, diante da sua impossibilidade de satisfação do direito de forma direta. Dessa maneira, independentemente da carga eficaz atribuída a norma constitucional, não se pode permitir que esta não incida de forma imediata e corra o risco de um impedimento na fruição.

VIII – É importante ressaltar também que os direitos fundamentais só se satisfaziam perante o Estado, tendo em vista que o seu surgimento se deu como forma de limitação à atuação deste, porém, no decorrer do tempo percebeu-se que não era somente o Estado capaz de violar os direitos fundamentais, como também terceiros. Diante disso houve a constitucionalização do direito, momento em que o direito constitucional passou a incidir em todo o ordenamento jurídico, isto restou fundamentado pela dimensão objetiva dos direitos fundamentais e a sua eficácia irradiante. A partir do entendimento da possibilidade de violação desses direitos por

parte dos particulares, que resultou na doutrina a discussão acerca da possibilidade ou não da vinculação dos direitos fundamentais aos particulares, matéria que passou a ser discutida no segundo capítulo de desenvolvimento do presente trabalho.

IX – Diante dessa discussão, depreende-se que a relevância que é atribuída aos direitos fundamentais, não permite que a sua aplicabilidade ocorra diante somente da atuação estatal, tendo em vista que a proteção do indivíduo enquanto titular de direitos deve se inserir em todos os âmbitos de atuação e interação do indivíduo, não cabendo questionar, portanto, acerca da possibilidade ou não da eficácia horizontal, mas sim qual o entendimento mais adequado para que os direitos fundamentais incidam nas relações privadas, pois não se pode aplicar o mesmo sistema aplicado perante o Estado, visto que nas relações privadas em ambos os polos encontram-se sujeitos de direitos. Assim, coube analisar as principais teorias existentes no ordenamento.

X – A teoria da *State Action* foi fundada na Alemanha, porém ganhou forças nos Estados Unidos, e só reconhece a aplicabilidade dos direitos fundamentais perante o Estado, negando, portanto, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. A *State Action* foi relativizada por meio da teoria da *Public Function* que previa a possibilidade da incidência dos direitos fundamentais nos casos em que o sujeito privado estivesse realizando atividade própria do Estado.

XI – A teoria da convergência estatista também revela o entendimento acerca da impossibilidade da vinculação dos direitos fundamentais às relações privadas. Esta teoria defendia que as ofensas aos direitos fundamentais são de atribuições do Estado, ainda quando cometidas no âmbito privado.

XII – A teoria da eficácia horizontal mediata reconhece a possibilidade da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, contudo, para esta teoria, a aplicabilidade não ocorreria de forma imediata, mas sim por meio do legislador, que editaria, no âmbito do direito privado, a norma compatível com os valores constitucionais. No que tange a atuação do poder judiciário, a este caberia a interpretação das normas de direito privado conforme as disposições constitucionais, além disso, caberia também ao judiciário preencher as cláusulas gerais editadas pelo legislador com os valores constitucionais.

XIII – A teoria da eficácia horizontal imediata, além de reconhecer a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas, estabelece que tal aplicabilidade decorreria de forma imediata, não limitando a concretização do direito à prévia manifestação do legislador para a sua incidência. Este foi o entendimento que restou assentado no ordenamento jurídico conforme manifestações advindas do STF.

XIV – A teoria dos deveres de proteção, defende a ideia de que cabe ao Estado não só abster-se da prática de determinados atos, procurando evitar violações aos direitos fundamentais, como também realizar a proteção desses direitos perante terceiros que busquem violá-los. Esta teoria concede ao Legislativo, poderes para a realização de ponderação entre os direitos fundamentais e a liberdade individual.

XV – A teoria integradora proposta por Robert Alexy visa a integração da teoria da eficácia horizontal imediata, com a teoria da eficácia horizontal mediata e a teoria dos deveres de proteção, o modelo por ele apresentado é composto por três níveis: o do dever estatal, o dos direitos em face do Estado e o das relações jurídicas entre os sujeitos privados.

XVI – Diante das teorias expostas, restou o entendimento de que a teoria da eficácia imediata é a mais adequada no cenário brasileiro, pois esta possibilita de maneira mais direta a concretização desses direitos fundamentais, tendo em vista que se recorre ao judiciário para a satisfação do direito que não estava sendo concretizado. Reitera-se que não deixa de ser observado o juízo de proporcionalidade diante do caso concreto, este se faz importante, porque se pode constatar que a particularidade revelada pela relatividade, possibilita que diante de um conflito entre esses direitos possa ocorrer um sopesamento, para viabilizar a concretização de um deles.

XVII – No terceiro capítulo de desenvolvimento, buscou-se compreender o direito ao lazer, para identificar a sua natureza jurídica, a sua relevância na vida do indivíduo e a sua aplicação nas relações de emprego como mecanismo de proteção da dignidade da pessoa humana.

XVIII – Através do aprofundamento no estudo do lazer, foi possível conferir que este se configura como elemento essencial ao ser humano, mas que não possui o devido reconhecimento nem pela sociedade, nem na esfera jurídica, tendo em vista que não se busca disciplinar tal direito de forma mais específica.

XIX – O direito ao lazer se tem a natureza jurídica de um direito fundamental social, que necessita de uma atuação positiva para sua concretização. Trata-se de um direito que prima pelo alcance da dignidade da pessoa humana.

XX – Restou entendido, por meio da indivisibilidade, abordada no primeiro capítulo de desenvolvimento, que não é possível analisar os direitos fundamentais de forma apartada, pois todos tem uma íntima ligação, e para a satisfação de um direito de forma plena é necessário que ocorra a concretização dos demais direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

XXI – O lazer se configura como as atividades exercidas pelo indivíduo, quando este já está desvinculado de todas as duas obrigações, estas atividades devem ser realizadas de livre vontade, de forma que garanta o bem-estar do indivíduo.

XXII – Dentre as funções que o lazer pode apresentar, a primeira delas é a função do descanso, onde, por meio do lazer, o indivíduo consegue repor o seu esgotamento tanto no âmbito físico quanto psicológico. A segunda função proposta consiste na função do divertimento, recreação, entretenimento, e, diferentemente do caráter biológico da função anterior, esta seria prática de atividades, que na maioria das vezes provoca o esgotamento do indivíduo, mas lhe proporcionam enorme satisfação. Por fim, a última função do lazer é a função do lazer como desenvolvimento da personalidade, assim esta função está intimamente ligada com o desenvolvimento pessoal do indivíduo.

XXIII – Em decorrência das funções que o lazer pode exercer na vida do indivíduo, a sua concretização se faz necessária, pois a influência deste direito para a plenitude de tantos outros é enorme. Como por exemplo, o direito à saúde que tem grande conexão com o direito que é objeto do presente estudo.

XXIV – Foi possível compreender também que os lazeres podem se manifestar de diversas formas, como por exemplo, o lazer físico, o lazer artístico, o lazer prático, o lazer intelectual e o lazer social.

XXV – O lazer é importante, pois este promove o bem-estar do indivíduo, contribuindo positivamente para a saúde tanto física, quanto mental. Todas essas diversas manifestações do lazer reiteram a dimensão da ingerência do lazer na vida das pessoas.

XXVI – Na contemporaneidade, observa-se que no âmbito das relações de emprego estão ocorrendo diversas violações ao direito ao lazer, através das jornadas excessivas e das flexibilizações, que impedem o gozo do direito ao lazer pelo indivíduo.

XXVII – Ocorre que tais violações que ocorrem no âmbito trabalhista, não se esgotam neste cenário, haja vista que os reflexos negativos que essa violação traz refletem na vida do indivíduo também fora do ambiente de trabalho, pois consequências como depressão, estresse, transtornos psíquicos, e demais problemas de saúde irão acompanhar o indivíduo.

XXVIII – Dessa maneira, concluiu-se que era bastante necessário discutir acerca da possibilidade da vinculação dos particulares a esse direito no plano das relações de emprego, para que tais consequências negativas que estão se tornando cada vez mais frequentes possam ser sanadas ou atenuadas.

XXIX – Não obstante haja a previsão do direito ao lazer como um direito fundamental social, não houve no ordenamento nenhum outro dispositivo que buscasse concretizá-lo expressamente.

XXX – Compreende-se que a violação dos direitos fundamentais do empregado se dá de forma corriqueira à medida que se trata de uma relação assimétrica. Essa temática reitera a necessidade da eficácia horizontal como forma de enfrentamento desta problemática, que se não for encarada com seriedade tende a crescer cada vez mais.

XXXI – Uma vez que a relação de emprego é uma relação privada, admite-se no ordenamento jurídico a incidência do direito ao lazer nas relações de emprego.

XXXII – Para tanto, buscou-se discutir como poderia ser aplicado o direito ao lazer no cenário apresentado pelo presente trabalho. Percebeu-se que diante da ausência de disposição legal que visasse a concretização do direito ao lazer, a busca para a proposição de alternativas concretas se torna bastante difícil, pois falta parâmetros para serem utilizados como base.

XXXIII – Percebe-se que, enquanto no âmbito público cabe ao Estado promover a satisfação desse direito ao lazer, nas relações privadas caberá ao empregador procurar meios de promoção do direito ao lazer.

XXXIV – Assim, cabe ao empregador utilizar-se de políticas privadas que concretizem esse direito do empregado. Ademais, concluiu-se também que a satisfação desse direito decorre tanto por meio de uma satisfação tanto no ambiente de trabalho, quanto fora do ambiente de trabalho.

XXXV – O empregador deve cumprir a sua obrigação de fomento do lazer de duas formas: a primeira seria por meio da abstenção de práticas violadoras do direito ao lazer; a segunda se firmaria sob um prisma mais ativo, no que tange a implementação de políticas. A exemplo de: salas de recreação, promoção de eventos da empresa, concessão de bolsas de estudo aos empregados, viagens

XXXVI – Concluiu-se também que o fato do empregador não deter de um grande capital não vai o eximir de programar políticas que possibilitem a concretização do direito ao lazer, uma vez que o direito ao lazer pode ser manifestado de forma que não demande muito gasto.

XXXVII – A promoção do lazer ainda que tenha começado a ser realizado pelas grandes empresas, estão tendo como objetivo uma ótica capitalista, onde a viabilização da concretização desse direito seria para uma melhoria da prestação laboral do empregado e não por um viés humanístico que preze efetivamente para a saúde do homem e a dignidade da pessoa humana.

XXXVIII – A concretização do direito ao lazer transcende à ideia de uma proteção no âmbito do direito do trabalho, a repercussão existente em todas as esferas do direito faz com que se busque a satisfação desses direitos, com o objetivo de construir uma sociedade melhor, mais leve, sadia, que tenha como propósito o “ser” não o “ter”.

XXXIX – Por fim, identifica-se o lazer como instrumento extremamente necessário para a promoção da dignidade humana, por argumentos que vão além da justificativa pela previsão constitucional. Trata-se de um direito que precisa ser respeitado, tanto pela vertente jurídica, tanto pela vertente social. Nesta senda, ressalta-se que o elemento principal é a reeducação para que exista o reconhecimento.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Maria de Fátima Aguiar. **Lazer e Produtividade no Trabalho**. <Disponível em http://www.anpad.org.br/diversos/trabalhos/EnANPAD/enanpad_2000/ARH/2000_ARH1291.pdf> Acesso em 10 out. 2016

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad: Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros.

_____. _____. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Saulo Nunes de Carvalho; GOMES, Ana Virginia Moreira. **O Direito Fundamental Ao Lazer Nas Relações De Trabalho: uma perspectiva humanística**. Disponível em < <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=ad7b25e2374b4235>>. Acesso em: 07 jun. 2016.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001

ARAÚJO, Romilda Ramos de; SACHUK, Maria Iolanda. Os Sentidos Do Trabalho E Suas Implicações Na Formação Dos Indivíduos Inseridos Nas Organizações Contemporâneas. **Revista de Gestão USP**. São Paulo. V. 14, n. 1, p. 53-66, janeiro/março 2007. Disponível em < <http://www.regeusp.com.br/arquivos/442.pdf> > Acesso em: 25 maio 2016.

ARONQUE, Daniela. Um bom ambiente de trabalho aumenta a produtividade. **Carreiras**, 22 out. 2015. Disponível < <http://carreiras.empregos.com.br/seu-emprego/um-bom-ambiente-de-trabalho-aumenta-a-produtividade/>> Acesso em 09 out. 2016.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2009

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet.; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015

BRASIL. ADI 4350. Relator: Min. Luiz Fux. Tribunal Pleno. Julgado em 23 out. 2014. DJ 02/12/2014. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000255090&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 19 nov. 2015

_____. ADI 4815, Relator(a): Min. Cármen Lúcia. Tribunal Pleno. Julgado em 10 jun. 2015. Processo Eletrônico, DJ 29/01/2016. Disponível em <

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000300312&base=baseAcordaos> > Acesso em: 18 de setembro de 2016.

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em 09 de junho de 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado. 1988.

_____. MS 23452, Relator Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 16 set. 1999. DJ 12-05-2000 PP-00020 EMENT VOL-01990-01 PP-00086). Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000020700&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 22 mar. 2016

_____. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – BRASIL. Disponível em < http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf>. Acesso em 29 maio 2016

_____. RE 612360 RG, Relatora: Min. Ellen Gracie. Julgado em 13 ago. 2010. Repercussão Geral – Mérito. DJ 02/09/2013. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613957> >. Acesso em 20 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 161243, Relator: Min. Carlos Velloso. Segunda Turma. Julgado em 29/10/1996, DJ 19/12/1997. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000105588&base=baseAcordaos>>. Acesso em 29 maio 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 407688, Relator: Min. Cezar Peluso. Tribunal Pleno. Julgado em 08 fev. 2006, DJ 06/10/2006. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261768> >. Acesso em: 17 set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 201819, Relator: Min. Ellen Gracie, Relator(A) P/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Segunda Turma. Julgado em 11 out. 2005, DJ 27/10/2006. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000007697&base=baseAcordao>>. Acesso em: 15 de maio de 2016

_____. Supremo Tribunal Federal. ARE 639337 AgR, Relator: Min. Celso de Mello. Segunda Turma, Julgado em 23 ago. 2011, DJ 14/09/2011. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000179240&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 05 abr. 2016

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. RO 20150526290. Relator: Ricardo Artur Costa e Trigueiros. Data de Julgamento: 26/08/2014. 4ª

TURMA. Data de Publicação: 05/09/2014. Disponível em: <<http://www.trt2.jus.br.>> Acesso em: 20 out. 2016.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região: 00114094620135010201 RJ , Relator: Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva, DJ 08/04/2015, Sétima Turma, Data de Publicação: 11/05/2015. Disponível em: <<http://www.trt1.jus.br.>> Acesso em: 20 out. 2016.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO: 01924201111303002 0001924-09.2011.5.03.0113, Relator: Convocado Paulo Eduardo Queiroz Goncalves, Primeira Turma, Data de Publicação: 11/12/2013. Disponível em: <<http://www.trt3.jus.br.>> Acesso em: 20 out. 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo, **Curso de Direito Constitucional**. 8.ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014

BÜRHRING, Marcia Andrea. Direito Social: Proibição de Retrocesso e Dever de Progressão. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 41, n. 1, p. 56-73, jan.-jun. 2015. Disponível em <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/18175/12667>>. Acesso em: 05 abr. 2016.

CALVET, Otávio Amaral. **A Eficácia Horizontal Imediata Do Direito Social Ao Lazer Nas Relações Privadas De Trabalho**. 2005. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

CAMARGO, Luiz Octávio de Lima. **Sociologia do lazer. Turismo como aprender, como ensinar**. São Paulo: Senac, v.2, 2001.

CANARIS, Claus-Wilhem. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 2006. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto

CAPI, André Henrique Chabaribery Capi. **Lazer e esporte nos clubes social-recreativos de araraquara**. Dissertação (Mestrado em Educação Física). 2006. Universidade Metodista de Piracicaba – Unimep. Piracicaba, São Paulo. Disponível em <<https://www.unimep.br/phpg/bibdig/pdfs/2006/HTOIKXNPRWJO.pdf>> Acesso em: 27 ago. 2016

COSTA, Adriano Pessoa da. **Direitos Fundamentais Entre Particulares Na Ordem Jurídica Constitucional Brasileira**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Ceará, Fortaleza.

COUTINHO, Aldacy Rodrigues. Trabalho e Pena. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, v.32, 1999. Disponível em <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/1872/1567>> Acesso em: 30 de maio de 2016.

CRUZ, Manoel Luís Martins da. Políticas Públicas de Lazer. **Revista Linhas**. V. 1, n. 1. 2000. Disponível em

<<http://www.periodicos.udesc.br/index.php/linhas/issue/view/147/showToc>>. Acesso em: 08 de jun. de 2016.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2011

_____. _____. 9.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 299, *et seq.*

DE MASI, Domenico. **O ócio criativo: entrevista a Maria Serena Palieri**. Trad. Léa Manzi. Rio de Janeiro: Sextante, 2000

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS – 1948. Disponível em <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2016.

DEROSSI, Luciana Di Credico. **O Princípio da Vedação do Retrocesso Social e os Direitos Sociais**. Artigo Científico (Curso de Pós-Graduação). 2014. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. Disponível em <http://www.emerj.rj.gov.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2014/trabalhos_2014/LucianaDerossi.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2016.

DUMAZEDIER, Joffrey. **Lazer e Cultura Popular**. São Paulo: Ed. Perspectiva. 3ª ed., 2001

FARIA, Rodrigo Martins. **A eficácia horizontal dos direitos fundamentais no plano processual das relações privadas e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal após a Constituição Federal de 1988**. Disponível em <<http://www.tjmg.jus.br/data/files/1B/02/3C/58/D9F1C31081DB91C3180808FF/A%20eficacia%20horizontal%20dos%20direitos..jan.2013.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2016.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas Constitucionais Programáticas – Normatividade, Operatividade e Efetividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 13ed. São Paulo: Saraiva, 2011

FRANZ, Camila Victor. **A Eficácia Dos Direitos Fundamentais Nas Relações Privadas: O Contrato Em Uma Perspectiva Civil-Constitucional**. Disponível em <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008_2/camila_victor.pdf>. Acesso em: 29 out. 2016

GARCIA, Lucyellen Roberta Dias. Aplicabilidade Direta Das Normas De Direito Fundamental Às Relações Privadas. **Revista FANORPI de Divulgação Científica**.

n. 2. ano 2013. Disponível em <<http://www.fanorpi.edu.br/universitas/downloads/numero2/artigo02.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2016

GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito a Prestações Materiais e a Efetividade da Tutela Jurisdicional**. 2004. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Paraná. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Direito_a_prestacoes_materiais_e_a_efetividade_da_tutela_jurisdicional.pdf>. Acesso em: 20 de outubro de 2016.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida; GEMIGNANI, Daniel. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho**. Disponível em <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_80/tereza_aparecida_gemignani_e_daniel_gemignani.pdf>. Acesso em: 10 de abr. 2016

GOMES, Christianne Luce. **Dicionário Crítico do Lazer**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2004. p.120 apud SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima, Instituições de Direito do Trabalho. 19ª. ed., São Paulo, LTr, 2000.

GORZONI, Paula Fernanda Alves da Cunha. **Supremo Tribunal Federal e a vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 2007. Monografia (Conclusão de curso). Sociedade Brasileira De Direito Público – SBDP Escola De Formação, São Paulo. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/70_Paula%20Gorzoni.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2016.

INÁCIO, Humberto Luís de Deus. **O Lazer do Trabalhador em um Contexto de Transformações Tecnológicas**. 1997. Dissertação (Mestrado em Educação). Universidade Federal De Santa Catarina, Florianópolis. Disponível em <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/77154/248937.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 25 maio 2016.

KLOSTER, Ângelo Márcio. **A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais**. Disponível em <www.agu.gov.br/page/download/index/id/1312630>. Acesso em: 9 de abr. 2016

KREBS, Hélio Ricardo Diniz. **A Importância dos Direitos Fundamentais para o Sistema De Precedentes**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais na Relação De Emprego. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**. n. 17 – jan./jun. 2011. Disponível em <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-033-Artigo_Carlos_Henrique_Bezerra_Leite_\(Eficacia_Horizontal_dos_Direitos_Fundamentais_na_relacao_de_Emprego\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-033-Artigo_Carlos_Henrique_Bezerra_Leite_(Eficacia_Horizontal_dos_Direitos_Fundamentais_na_relacao_de_Emprego).pdf)>. Acesso em: 11 maio 2016.

LIMA, George Marmelstein. **Criticas à Teoria das Gerações (ou mesmo Dimensões) dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: < <http://georgemlima.xpg.uol.com.br/geracoes.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2016

LOVE MONDAYS. Disponível em < <https://www.lovemondays.com.br/blog/empresas-sala-de-descompressao>> Acesso em 15 set. 2016.

LUNARDI, Alexandre. A estruturação positiva do Direito ao Lazer como Direito. **Revista Acadêmica Direitos Fundamentais**. Osasco- SP. Ano 2, n.2, 2008. Disponível em < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/273-910-1-pb.pdf> > Acesso em 18 de julho de 2016.

MARCHINHACKI, Romualdo Paulo. **Direitos fundamentais: aspectos gerais e históricos**. Disponível em: < <http://www.unifebe.edu.br/revistadaunifebe/20122/artigo017.pdf>>. Acesso em: 9 abr. 2016.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014

MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A Eficácia dos Direitos Sociais– os direitos subjetivos em face das normas programáticas de direitos sociais**. Salvador: Juspodivm, 2008.

MELO, Geraldo Magela. A Vedação Ao Retrocesso e o Direito Do Trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Jul./Dez.2010, Belo Horizonte, v.52, n.82, p.65-74, Disponível em: < www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev.../geraldo_magela_melo.pdf > Acesso em: 22 mar. 2016

MENDONÇA, Ana Maria Ávila. **O Campo Dos Direitos Sociais**. Disponível em < http://www.joinpp2013.ufma.br/jornadas/joinppIII/html/Trabalhos/EixoTematicoJ/b1bd992c1d32fb7faef6Ana_Maria.pdf >. Acesso em: 24 maio 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Jurídica Virtual**. Jun./1999, v.2, n.13. Disponível em: < https://revistajuridica.presidencia.gov.br/ojs_saj/index.php/saj/article/viewFile/1011/995>. Acesso em: 27 jan. 2016.

MENOIA, Thelma. **Lazer: história, conceitos e definições**. Monografia (Bacharelado em Recreação e Lazer). 2000. UNICAMP, Campinas. Disponível em < <http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?down=000325119> > Acesso em 26 ago. 2016.

NASCIMENTO, Filipe Augusto dos Santos. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: é possível reconhecer os direitos fundamentais como uma ordem objetiva de valores? **Revista Direito e Liberdade - ESMARN** . V. 13, n. 1, p. 09 – 24 – jan/jun

2011. Disponível em <
http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/viewFile/407/404 >. Acesso em 10 maio 2016.

PEDRO, Carla Sofia Faria. **Identificação das Práticas de Lazer: Estudo com crianças do 1.º Ciclo do Ensino Básico de Valpaços**. Dissertação (Mestrado em Estudos da Criança – Educação Física e Lazer). 2005. Universidade do Minho. Portugal. Disponível em
 <<https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/4843/1/Tese%20de%20mestrado.pdf>> Acesso em: 08 ago. 2016.

PEIXOTO, Edith Picanço da Rocha. **Aplicabilidade dos Direitos Fundamentais às Relações entre Particulares no Direito Brasileiro**. 2009. Artigo Científico (Pós-Graduação). Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. Disponível em <
http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/EdithPicancodaRochaPeixoto.pdf >. Acesso em: 04 jun. 2016

PEÑA DE MORAES, Guilherme. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

PEREIRA, Maria Elizabeth Roza; BUENO, Sônia Maria Villela. Lazer - um caminho para aliviar as tensões no ambiente de trabalho em UTI: uma concepção da equipe de enfermagem. **Rev. Latino-Am. Enfermagem**. 1997, vol.5, n.4, pp.75-83. Disponível em < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-11691997000400010&script=sci_abstract&tlng=eses>

PESSOA, Raimundo Wellington Araújo; NASCIMENTO, Leandra Fernandes Do. O Lazer Como Ferramenta da Qualidade de Vida no Trabalho. **Revista Organizações em Contexto**. Ano 4, n. 7, junho 2008. Disponível em
 <<http://www.spell.org.br/documentos/ver/5921/o-lazer-como-ferramenta-da-qualidade-de-vida-no-trabalho/i/pt-br>> Acesso em 24 set. 2016.

QUEIROZ, André Luiz Tomasi de. **Teorias da Horizontalização dos Direitos Fundamentais**. Disponível em<
www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc/horizontal_and.Doc>. Acesso em 18 abr. 2016

REQUIXA, Renato. **Sugestões de diretrizes para uma política nacional de lazer**. São Paulo: SESC, 1980.

RIGAUD, Maria Clara de Magalhães Guimarães. **O direito ao não trabalho: uma análise do direito ao lazer nas relações de emprego**. 2010. Artigo Científico (pós Graduação em Direito). Faculdade Baiana de Direito, Salvador.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho**. 4 ed. rev. e aumentada. São Paulo : LTr, 2012.

_____. _____. 5 ed. São Paulo : LTr, 2014.

SANTOS, Adriana Aparecida Soares de. **A aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares: análise das teorias de eficácia do direito constitucional.** Artigo Científico (Curso de Pós-Graduação). 2010. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

Disponível em <

http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2010/trabalhos_2010/adrianasantos.pdf >. Acesso em: 18 abr. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional.** 10. ed. rev. ampl. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas Sobre a Assim Designada Proibição de Retrocesso Social no Constitucionalismo Latino-Americano. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho.** Jul./Set. 2009, vol. 75, n. 3. Disponível em <<http://www.abdpc.com.br/artigo/46/Notas-sobre-a-assim-designada-Proibicao-de-Retrocesso-Social-no-Constitucionalismo-Latino-Americano/12>>. Acesso em: 07 abr. 2016

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004

SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A Eficácia Dos Direitos Fundamentais Nas Relações Entre Particulares: O Caso Das Relações De Trabalho. **Rev. TST.** Brasília. Vol. 77, no 4, out/dez 2011. Disponível em <<http://www.tst.jus.br/documents/1295387/ba6d2078-7c20-49ab-b5c6-e08d2d9cd0e8>>. Acesso em: 9 de abr. 2016

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional.** 7.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Júnior Vagner Pereira da. O lazer de interesse físico/esportivo no cotidiano infantil e sua interface com a saúde. **Licere.** Belo Horizonte, v.15, n.1, mar/2012. Disponível em < <https://seer.ufmg.br/index.php/licere/article/download/463/355>>. Acesso em 24 maio 2016.

SILVEIRA, Gabrielly Paiano; PAIANO, Daniela Braga. **Os direitos fundamentais na nova perspectiva constitucional.** Disponível em:<<http://eventos.uenp.edu.br/sid/publicacao/artigos/34.pdf> >. Acesso em 20 out. 2016.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O discurso constitucional da dignidade da pessoa humana: uma proposta de concretização do direito justo no pós-positivismo brasileiro.** 2008. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Estado da Bahia, Salvador. p.187. Disponível em: <

<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/10500/1/Ricardo%20Mauricio.pdf> >. Acesso em: 09 abr. 2016.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2011

STEINMETZ, Wilson; MARCO, Cristhian Magnus De. A Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais na Teoria de Robert Alexy. **Revista da AJURIS**, v. 41, n. 134 . Junho de 2014. Disponível em < <http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/download/212/148>>. Acesso em: 02 jun. de 2016.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013

VECCHI, Ipojucan Demétrius. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: o caso da relação de emprego. **Rev. TST**. Brasília. Vol. 77, no 3, jul/set 2011. Disponível em < <http://www.tst.jus.br/documents/1295387/2684887/A+efic%C3%A1cia+dos+direitos+fundamentais+nas+rela%C3%A7%C3%B5es+privadas,%20o+caso+da+rela%C3%A7%C3%A3o+de+emprego>> Acesso em: 29 set. 2016.

WYZYKWOSKI, Adriana Brasil Vieira. **A Concretização Do Direito Fundamental Ao Lazer Nas Relações De Emprego**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Estado da Bahia, Salvador.

ZORZAL, Luciano. Trabalho x lazer: como conciliar as duas coisas para ter sucesso na carreira?. **Administradores - O Portal da Administração**. 1 de out. de 2016. Disponível em < <http://www.administradores.com.br/noticias/carreira/trabalho-x-lazer-como-conciliar-as-duas-coisas-para-ter-sucesso-na-carreira/114008/>> Acesso em 09 out. 2016