

A Mutação Infraconstitucional e o Direito ao Lazer: Um caminho possível.

FRANCISCO CAMPOS

A Constituição da República Federativa do Brasil de 05/10/1988 representou um marco divisório na história política e social brasileira, no momento em que privilegiou o ser humano no bojo de seu texto.

Dentre os inúmeros exemplos desse enfoque mais humanista trazido pela Ordem Constitucional de 88, podemos citar o caput do seu artigo 6º., que preceitua: “*São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, (...)*”. De se notar que o direito ao lazer, que será o objeto desse nosso estudo, também foi elevado à categoria de necessidade básica do trabalhador, no inciso IV do artigo 7º. do Texto Superior: “- IV: (...) *necessidades vitais básicas e às de sua família como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene (...)*”.

Fica patente, portanto, a preocupação do Constituinte com a concessão do direito ao lazer ao ser humano, especialmente quando considerado como trabalhador.

O direito ao lazer deve ser entendido, em linhas gerais, como a faculdade que o ser humano tem de ocupar o seu tempo livre com atividades que lhe são prazerosas e que não guardam relação com o âmbito profissional. Seria, por exemplo, a escolha que o indivíduo tem de reservar parte do seu tempo disponível para estar com a família, praticar algum esporte, frequentar um curso, empreender alguma atividade intelectual, artística ou mesmo nada fazer.

Importante notar que o lazer, além de um direito, também pode ser entendido como uma necessidade que o trabalhador tem. Essa necessidade tem uma conotação biológica, na medida em que consideramos os aspectos físicos e psíquicos do ser humano. É através do lazer que ele pode (e deve) descansar o seu corpo e mente, recarregando, assim, as energias despendidas durante um período de trabalho.

Um outro enfoque que o lazer tem, enquanto necessidade, é o social. Sem lazer, o ser humano, ser social por excelência, perde a oportunidade de rever os amigos, acompanhar toda a dinâmica familiar (crescimento e educação dos filhos, reuniões com os outros parentes, convívio sadio com a esposa/marido etc.) e até mesmo de se

relacionar afetivamente. É comum se ouvir frases como: "Estou solteira(o) pois não tenho tempo para arrumar um(a) namorado(a); trabalho muito...", "Eu trabalho tanto que quando tenho um tempo disponível, só consigo pensar em dormir..." ou até mesmo "Que isso! Não tenho tempo nem pra mim direito, como ainda vou dividí-lo com alguém???".

Ainda como necessidade, o lazer pode ser analisado sob o prisma existencial, na medida em que o excesso de trabalho tem tal força sobre a mente do indivíduo que o aliena, impedindo-o de pensar na própria vida e de buscar para ela um rumo melhor do que aquele que se apresenta, se for esta a sua vontade.

Essas privações biológicas, sociais e existenciais geram no trabalhador um sentimento de fraqueza e baixa autoestima diante da situação em que vive. Conseqüentemente, num movimento de retroalimentação, o indivíduo adoce física, social e existencialmente. Já foi comprovado o caráter profilático e terapêutico do lazer que gera bem estar, disposição, prevenindo e combatendo doenças como depressão e stress, além de gerar maior concentração e produtividade no trabalho.

O direito ao lazer deve ser sempre visto como fundamental pelo intérprete do Direito, na medida em que é um dos componentes do direito à vida, aqui considerado como a possibilidade de escolha de um modo de viver e não simplesmente estar vivo.

O Capítulo II, Título II da CLT, trata da Duração do Trabalho e, especificamente na Seção II, versa sobre a Jornada de Trabalho, regulando as normas sobre a carga horária máxima diária e semanal, horas suplementares, horas extras etc.

O artigo 62, excetuando suas regras, assevera textualmente: "Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:

I - os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados;

II - os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial.

Parágrafo único - O regime previsto neste capítulo será aplicável aos empregados mencionados no inciso II deste artigo, quando o salário do cargo de confiança,

compreendendo a gratificação de função, se houver, for inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40%.”

É em função do citado dispositivo celetista, que sérios prejuízos são perpetrados contra os trabalhadores. Isso, pois, como ali estão previstas exceções ao Capítulo, muitos empregadores entendem que não há naqueles casos limite de jornada, impondo a seus empregados que se amoldam às situações previstas nos incisos I, II e parágrafo único, cargas horárias extensas além do normal, inclusive em sábados, domingos e feriados.

Temos aqui, de fato, um sério confronto entre a norma esculpida no artigo 62 do texto consolidado e o direito ao lazer que, antes de ter sede constitucional, é norma prevista no art. XXIV da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Ocorre, como dito, que o lazer é direito fundamental do ser humano, e sendo assim, tem uma eficácia dúplice: vertical e horizontal. A vertical, que é aquela dirigida ao Estado e seus poderes, pode ser subdividida em positiva (dever de produzir regras para a sua consecução) e negativa (proibição ao legislador de produzir regra em sentido contrário ao seu conteúdo) também conhecida como Princípio do Não Retrocesso Social. A horizontal, por seu turno, impõe o respeito de tais normas pelos que estão em mesma hierarquia que os seus destinatários, ou seja, os particulares. É o que elucida Maurício Godinho Delgado em sua lapidar lição, quando diz que tais regras, concretizadas em normas de ordem pública como as relativas à higiene e segurança do trabalho e as concernentes a intervalos para descanso e férias, “*não podem, em princípio, ser suplantadas pela ação privada dos indivíduos e grupos sociais.*”¹

Ora, se abusos contra um direito fundamental do ser humano enquanto trabalhador, que tem sede, não só na Norma-Topo do ordenamento jurídico pátrio, mas também em verdadeira norma internacional de *jus cogens*, como é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, impõe-se, mais uma vez, uma atitude proativa no sentido de proteger aquele que vem sendo cíclica e sistematicamente subjugado pelos que

¹ DELGADO, Maurício Godinho, *Curso de Direito do Trabalho*, 6.ed. São Paulo: LTr, 2007

exigem serviços empregatícios além das forças de quem os presta, em vez de criar novos postos de trabalho.

Algumas medidas poderiam ser sugeridas no sentido de coibir a continuidade dos abusos cometidos em detrimento do direito ao lazer do trabalhador.

A primeira seria intensificar a atuação fiscalizadora por parte do Ministério do Trabalho para que, com visitas mais frequentes e aplicação rigorosa de exemplares multas, o empregador pensasse duas vezes antes de impor ao seu empregado conduta lesiva ao citado direito fundamental.

O problema é que existe uma certa dificuldade em se implementar essa medida, considerando que o número de fiscais disponíveis para tanto é sempre inferior à demanda que se apresenta. Seria necessária a realização de concurso público, o que nem sempre é rápido, fácil e barato de se fazer. Esse custo também é outro obstáculo, já que muitas vezes o Governo Federal opta por destinar seus recursos a outras áreas, umas mais, outras menos importantes, mas sempre relegando a fiscalização do trabalho a um segundo ou terceiro plano.

A segunda dessas medidas seria a atuação legislativa no sentido de promover uma nova redação do art. 62 da CLT prevendo, ainda que mais elástica que a normal, uma jornada limite para os que trabalham sob as condições ali apontadas.

Mas aqui também há um entrave. É que falta a chamada vontade política, ou seja, a atuação, quer espontânea, quer provocada, de produzir uma norma protetiva desse direito que, segundo vimos, se mostra tão caro ao trabalhador. Essa indisposição legislativa muitas vezes é ocasionada pela conhecida pressão que é feita por empresários que sempre enxergam a concessão de direitos aos trabalhadores como uma certa diminuição nos seus lucros, não vislumbrando os benefícios que determinadas medidas geram no médio e longo prazo. A onda flexibilizatória que ainda vivenciamos, embasada no apetite irracional do capitalismo pelo lucro, como se sabe, construiu a mentalidade de que conceder direitos aos trabalhadores aumenta custos, reduz o lucro, comprometendo sensivelmente os postos de trabalho e, por fim, inviabiliza a produção. Tal raciocínio é

sabidamente falacioso, mas, infelizmente, ainda serve como fundamento principal para que o legislativo seja compelido a não produzir normas como a sugerida anteriormente.

A terceira e, sem dúvida, mais severa das alterações sugeridas, seria a invalidação do dispositivo consolidado em tela, seja pelo fenômeno da não recepção pela Ordem Constitucional de 88, como defende Otávio Amaral Calvet², seja pelo caráter material do afronto ao Texto-Maior, que passou a ser configurado diante da mudança de hermenêutica, que se impõe pelo presente cenário político-econômico mundial. Esse novo rumo interpretativo pode ser concretizado através do chamado Método Informal de Modificação Constitucional, ou simplesmente Mutação Constitucional.

Luís Roberto Barroso, explicando a Teoria Crítica do Direito, mostra que ela enfatiza o caráter ideológico da norma jurídica, pugnando ainda pela *"atuação concreta, pela militância do operador jurídico, à vista da concepção de que o papel do conhecimento não é somente a interpretação do mundo, mas também a sua transformação."*³

Barroso leciona também que a interpretação de normas constitucionais deve se pautar pelo elemento da *construção* e, citando V.Thomas Cooley, explica que *"enquanto a interpretação é a arte de encontrar o verdadeiro sentido de qualquer expressão, a construção significa tirar conclusões a respeito de matérias que estão fora e além das expressões contidas no texto e dos fatores nele considerados. São conclusões que se colhem no espírito, embora não na letra da norma. A interpretação é limitada à exploração do texto, ao passo que a construção vai além e pode recorrer a considerações extrínsecas."*⁴

² CALVET, Otávio Amaral. *Direito ao Lazer nas Relações de Trabalho*, 1ª edição, Rio de Janeiro: LTR, 2006, pág 89 a 117. Material da 3ª aula da Disciplina Direitos Fundamentais e Tutela do Empregado, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito e Processo do Trabalho – UNIDERP/REDE LFG.

³ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.314.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.104.

Nesse sentido, percebemos que a literalidade da norma se desvincula da vontade de quem a elaborou. Por isso é que a presente ótica sob a qual se interpreta o tema desse estudo não comporta mais a visão conciliadora entre o art. 62 da CLT e o bloco constitucional garante do direito fundamental ao lazer, especialmente nas relações de trabalho.

Diante disso, sugerimos, *in casu*, a chamada ***Mutação Infraconstitucional***, que geraria um novo norte de interpretação, marcado também por idéias *críticas* e *construtivas*. Essa nova técnica pretende, evitando os dissabores de uma declaração de inconstitucionalidade, manter no ordenamento uma norma jurídica, para que, importando valores e regras da Constituição e outros diplomas, possa ser conferido àquela um outro sentido, agora concretizador de novos direitos para atender aos também novos e constantes reclamos que a sociedade impõe de maneira recorrente.

Dessa forma, deve haver uma postura dinâmica no sentido da prospecção direta de tais normas da Constituição, realocando-as interpretativamente aos conceitos existentes na CLT, o que consagraria as idéias de unidade e máxima efetividade que estão à primeira intimamente ligados.

Agora, a nova visão deve se pautar nos princípios da dignidade da pessoa humana e no reconhecimento dos direitos fundamentais da intimidade e vida privada (estes, em última análise, componentes do lazer) que são carreados ao tema pela eficácia irradiante⁵ que o seu conseqüente direito tem.

Em outras palavras, o objetivo é dar total eficácia aos dispositivos constitucionais que carecem de regulamentação específica no sentido de conceder direta e concretamente os direitos ali previstos.

Assim, é possível fazer com que tanto o art. 60. da CR/88 quanto o art. 62 da CLT convirjam num mesmo sentido, com o fim de conceder, no campo da realidade, o direito ao lazer que o trabalhador sempre mereceu.

⁵ CALVET, Otávio Amaral. Direito ao Lazer nas Relações de Trabalho, 1a. edição, São Paulo: LTr, 2006, p. 117.

Sob o novo viés de interpretação gerado pela *Mutação Infraconstitucional* sugerida, a simples exclusão dos trabalhadores determinada pelo art. 62 da CLT, não pode mais prosperar, pois aqueles empregados ali descritos, se não podem ter tal direito de forma ampla, dada a sua condição pessoal (alto empregado ou regime de trabalho externo incompatível com o controle de jornada) em alguma ordem devem vê-lo concedido.

Vemos, portanto, que o artigo 62, do texto celetista, tradicionalmente interpretado, não só pode representar, como representa concretamente, uma ofensa ao direito ao lazer assegurado ao trabalhador, fato a que não podemos mais assistir passivamente.

Com a sugestão apontada, está aberto o caminho para que se construa uma mudança de mentalidade, através da qual será possível fazer uma releitura do binômio trabalho-trabalhador viabilizando soluções para o desenvolvimento do mercado de trabalho que não aviltem a condição humana. Tudo isso, num curto prazo, fará o empregador entender que o lazer deve ser respeitado e raciocinar que um empregado descansado produz mais, melhor e ainda se fideliza à empresa, o que gera um círculo virtuoso de produção e preservação de direitos.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

DELGADO, Maurício Godinho, *Curso de Direito do Trabalho*, 6.ed. São Paulo: LTr, 2007.

CALVET, Otávio Amaral. Direito ao Lazer nas Relações de Trabalho, 1ª edição, Rio de Janeiro: LTR, 2006, pág 89 a 117. Material da 3ª aula da Disciplina Direitos Fundamentais e Tutela do Empregado, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito e Processo do Trabalho – UNIDERP/REDE LFG.

CALVET, Otávio Amaral. Direito ao Lazer nas Relações de Trabalho, 1a. edição, São Paulo: LTr, 2006, p. 117.