

Trabalho aos domingos no comércio, direito ao lazer e atuação do ministério público do trabalho

Bruno Augusto Ament*

I – Considerações iniciais

Esse estudo foi escrito especialmente para aquelas pessoas que se preocupam com a evolução do direito social na perspectiva de construir uma sociedade melhor.

Não que sua leitura seja contra indicada para os defensores do neoliberalismo, do capitalismo sem peias, muito pelo contrário, se ela servir como instrumento de reflexão para essas pessoas, o tempo que fora roubado do convívio familiar para sua elaboração já terá valido a pena.

Adverte-se, porém, que por se tratar de um estudo jurídico na área do direito social, é fundamental que os leitores, inclusive os mais liberais, tenham em mente as primeiras lições da teoria geral do direito, no sentido de que não há como analisar a norma jurídica sem avaliar sua repercussão social.

Mais ainda, sua leitura não poderá estar dissociada do sentimento, da emoção e da vontade de transformação da realidade, sempre no sentido da justiça.

Lembre-se que o texto da lei não é a norma, que nasce da interpretação e aplicação do texto positivado.

É exatamente neste momento, em que o direito é, de fato, construído, notadamente no campo do direito social, que se busca a superação das desigualdades sociais e econômicas, com o objetivo da norma atender, no máximo possível, ao interesse de todos, que, no fundo, consiste na satisfação das necessidades humanas em todos os seus níveis: fisiológicos e psíquicos.

Com base nessas premissas, o presente estudo procura demonstrar o desajuste social causado pela exigência de se trabalhar aos domingos no comércio, fora de padrões socialmente responsáveis, propondo-se, em seguida, a correção dessa situação, mediante a satisfação, sem sacrifícios, dos valores fundamentais do direito ao lazer, sem esquecer de trazer ao problema, a responsabilidade social, sempre em busca da construção de uma sociedade mais justa e solidária.

II – Capitalismo e Direito Social

Relembrar a história do capitalismo e do direito social, muitas vezes esquecida pelos aplicadores do direito, é essencial para entender a importância deste último no desenvolvimento sustentável do primeiro.

Como se sabe, o capitalismo é um sistema econômico caracterizado pela propriedade privada dos meios de produção e pela existência de mercados livres.

Esse sistema, para sobreviver, cria necessidades de consumo, favorece a acumulação de riquezas e impõe uma concorrência *darwinista* entre os indivíduos, na qual, diz-se, saem vencedores os mais competentes, os mais qualificados.

Assim, embora o capitalismo tenha um elemento importante, que é a capacidade de gerar riqueza, que necessariamente não se tem em outros modelos de produção, ele é produtor e gerador de desigualdade e exclusão social,

notadamente o capitalismo praticado e difundido pela vertente liberal, fundado na análise individualista da economia e da sociedade; na defesa da propriedade privada e do lucro como valores naturais e prevalentes de organização socioeconômica; na censura ao intervencionismo e dirigismo estatais; na separação entre a moral e o direito, este impulsionado pelo caráter obrigacional e aquela por uma espécie de dever, cujo efetivo exercício depende, unicamente, da livre vontade dos indivíduos.

Não é por outro motivo que logo após o seu nascimento, já no início do século XIX, a matriz teórica liberal do sistema capitalista começou a sofrer críticas quanto aos problemas por ele gerados.

Tais críticas não tinham apenas conteúdo e objetivo revolucionário, propondo a superação do próprio sistema (pensamento socialista), mas também de natureza meramente reformista da sociedade e economia então vigentes, sendo o surgimento do Direito do Trabalho, no final daquele século, o mais nítido exemplo desse desejo reformista.

Com a deflagração da Primeira Guerra Mundial, em 1914, a preocupação com a questão social começou a ser levada mais a sério, tanto o é que o documento que lhe pôs fim, o Tratado de Versalhes, proclamou a necessidade de se preocupar com a questão social (trabalhista), criando um organismo internacional, a Organização Internacional do Trabalho, com a finalidade de desenvolver a legislação do trabalho e, com isso, alcançar a justiça social.

Isso, contudo, não fora suficiente para que o capitalismo liberal perdesse sua hegemonia no cenário mundial, o que somente veio a acontecer a partir do desastre econômico verificado no final de 1920 e desenrolar dos anos 30: a profunda recessão econômica, com elevadíssimas taxas de desemprego, circunstâncias provocadas pela gestão descontrolada da economia que o liberalismo tanto elogiava e impunha, o que acabara motivando, ainda que em parte, o surgimento da Segunda Guerra Mundial.

No final desta Guerra, a OIT fora elevada a órgão permanente da ONU, reforçando a preocupação com a distribuição de renda e com a fixação de condições dignas e igualitárias de trabalho por todo o mundo.

Neste período o pensamento liberal já tinha perdido sua hegemonia e influência, dando lugar ao pensamento neoclássico intervencionista (ou teoria neoclássica Keynesiana), sendo que diversas normas ligadas ao direito social passaram a integrar o corpo das diferentes Constituições.

Essa inserção se justifica, como bem lembra o juiz e professor *Jorge Luiz Souto Maior*:

“(...) porque a concretização de seus preceitos não depende meramente do cumprimento de obrigações na esfera individual, mas da conjugação de diversos fatores socioeconômicos de todo um corpo social e, em especial, da atuação do próprio Estado, que neste contexto não mais aparece como mero ente coercitivo da ordem jurídica, mas como estimulador, financiador e promotor dos direitos constitucionalmente assegurados. A fixação na Constituição de interesses sociais representa, por assim dizer, um compromisso do Estado e da sociedade com o implemento e satisfação de tais interesses, sendo o Estado até mesmo um sujeito passivo obrigado a efetivá-los. Juridicamente, o Estado deixa de ser um mero legitimador dos interesses dos dominantes e transfigura-se em autêntico Estado social (pelo menos no prisma do

direito). Em se tratando a Constituição de documento no qual se concretiza a unidade política de uma nação, há verdadeiro reconhecimento de que o espaço do político não pode desconsiderar os direitos sociais.”¹

Graças à hegemonia do pensamento reformista e intervencionista no capitalismo, os países industrializados ocidentais, a partir de 1945, passaram por três décadas de elevado crescimento econômico e de significativa participação da renda-trabalho nas respectivas riquezas nacionais, período este que o historiador inglês Eric Hobsbawn denominou de “a era do ouro” ou “os anos dourados do capitalismo”².

Contudo, diante da crise econômica deflagrada em 1973-1974 e da incapacidade da matriz intervencionista em solucioná-la de forma rápida e eficiente, o liberalismo radical encontrou a oportunidade que esperava para reconstruir sua hegemonia cultural, política e econômica.

A partir daí o ideário de gestão econômico-social procurou reduzir, no máximo possível, os direitos sociais dos trabalhadores, seja por meio de medidas de desregulamentação e flexibilização, seja mediante o aumento do estoque de trabalhadores disponíveis para contratação (incremento do desemprego).

No Brasil, por exemplo, marco importantíssimo deste processo destrutivo dos direitos sociais foi a criação, em 1967, do FGTS, um fundo que possibilitou que as empresas dispensassem seus empregados sem necessidade de apresentar qualquer justificativa.

É verdade que a lei manteve, ao mesmo tempo, o regime de estabilidade, sendo o sistema do FGTS opcional, contudo, na prática, como se sabe, a estabilidade desapareceu do mundo do trabalho.

Seguiram-se a esta iniciativa flexibilizante várias leis que minaram ainda mais os direitos sociais dos trabalhadores, eis alguns exemplos:

1. em 1974, admitiu-se o trabalho temporário;
2. em 1977, os estagiários foram afastados do feixe de proteção trabalhista ao não serem considerados empregados;
3. em 1988, por obra da doutrina, a estabilidade no emprego sofre novo abalo, ao se entender que a estabilidade decenal não fora recepcionada pela Constituição.

Tais medidas flexibilizantes tiveram extraordinário incremento com o fim da ameaça socialista, em 1989, vez que o capital não precisava mais se preocupar, a partir de então, com a manutenção de políticas sociais, dado o seu custo.

Revitalizou-se, assim, o ideal liberal do afastamento do Estado das relações sociais, originando-se um novo modelo que se denominou neoliberalismo.

Exemplo claro disso ocorreu no Governo Collor, 1990-1992, com a constituição de uma Comissão de Modernização da Legislação do Trabalho (Decreto de 22.06.1992) que propunha, partindo do diagnóstico de que a CLT tinha perdido

¹ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz, *Curso de direito do trabalho*, Vol. 1: teoria geral do direito do trabalho / organizador Marcus Orione Gonçalves Correia - São Paulo: LTr, 2007, p. 22.

² HOBBSAWN, Eric. *Era dos Extremos – o breve século XX: 1914-1991*, São Paulo: Companhia das Letras, 1995, pp. 221 e 253-281.

a sua razão de existência, que a regulamentação dos direitos individuais do trabalho se transformasse em um conjunto de normas dispositivas, invertendo-se a pirâmide normativa, a fim de “fazer prevalecer o produto da negociação coletiva sobre os direitos individuais estabelecidos em lei, aplicáveis apenas na hipótese de não ter sido exercitada a autonomia privada coletiva”³.

Embora tal proposição ultraliberalista tenha sido abortada, felizmente, em face da constrangedora deposição do Presidente, em 1992, o fato é que o ataque aos direitos sociais continuou nos governos seguintes:

1. em 1994, foi aprovada a Lei nº. 8.949, que deflagrou verdadeira avalanche de cooperativas de mão-de-obra;
2. em 1997, autorizou-se a abertura do comércio varejista aos domingos sem o pagamento de horas extras e sem obrigação de negociação ou acordo/convenção coletiva;
3. em 1998, criou-se a possibilidade de contratação precária sem vinculação a qualquer motivo específico, a não ser o fato de estar previsto em um instrumento coletivo e ser destinado ao aumento do número de empregados da empresa;
4. em 1998, criou-se o banco de horas que, na prática, permite contínua violação ao limite constitucional de horas de trabalho;
5. em 1999, criou-se o contrato a tempo parcial;
6. em 2005, a Lei nº. 11.101, além de limitar o caráter privilegiado do crédito trabalhista a 200 salários mínimos, dispôs que não há sucessão trabalhista nas transferências de titularidade das empresas que se dão em decorrência de processo de recuperação judicial.

Todas essas mudanças são tidas como frutos da “modernidade”, da necessidade de que o direito do trabalho se adapte às novas exigências do mercado produtivo, pois só assim seria possível gerar empregos e combater o maior problema das sociedades contemporâneas, que é o desemprego.

A realidade demonstra, contudo, que tais técnicas de flexibilização ao invés de atacarem o desemprego, acabaram por alimentá-lo, provocando, ainda, uma crescente precarização dos postos de trabalho remanescentes, o que acabou por agravar ainda mais nossa já combalida distribuição de renda.

Ora, o Direito Social e o Estado Social, como a história nos mostra, constituem criação do próprio capitalismo, que percebera que além da riqueza também produz injustiça, buscando, por isso mesmo, a aplicação dos postulados sociais a fim de lhe impor limites que garantam a sua própria sobrevivência.

Digno de nota, ainda, que essa precarização não só provocou efeitos desastrosos no aspecto social, como acima visto, mas também no aspecto econômico e cultural.

Quanto ao primeiro, a acumulação de capital nas mãos de poucos acabou por enfraquecer, e muito, o mercado interno, que não se desenvolveu, formando um ciclo vicioso de encolhimento do mercado de consumo, redução da produção, aumento do desemprego.

No que se refere ao aspecto cultural, o individualismo passou a suplantiar o liame social, retornando aos tempos liberais.

³ “Comissão de Modernização da Legislação do Trabalho, Relatório”, in *Revista LTr*, São Paulo: LTr, ano 57, vol. 04, abril de 1993, pp. 396-409.

Por óbvio que tais posturas econômicas liberais, que visam atender aos interesses do capital, não derrogam a ordem jurídica.

Importante notar, também, que nem mesmo as alterações legislativas infraconstitucionais de caráter flexibilizante têm o condão de infirmar o compromisso assumido na Constituição pelo Estado e pela sociedade de implantar e efetivar os direitos sociais.

Dessa forma, estando vigente um ordenamento que se pauta pela lógica do Direito Social, a prioridade daquele não pode ser outra senão a satisfação dos seus valores fundamentais, que são, como elenca *Jorge Luiz Souto Maior*, “a solidariedade (como responsabilidade social de caráter obrigacional), a justiça social (como consequência da necessária política de distribuição dos recursos econômicos e culturais produzidos pelo sistema), e a proteção da dignidade humana (como forma de impedir que os interesses econômicos suplantem a necessária respeitabilidade à condição humana)”⁴.

Deve ser lembrado, ainda, que apesar do Direito Social se materializar, de forma imediata, pelas normas trabalhistas e previdenciárias, ele também regula, por via indireta, outras esferas da vida em sociedade, como a educação, a saúde, a habitação, o lazer, a infância, o meio-ambiente, a assistência aos necessitados (artigo 6º, da Constituição da República), tudo como forma de fazer valer o direito à vida em todas as suas formas.

Prova desse caráter transcendental dos direitos sociais, que impõem valores à sociedade e, conseqüentemente, a todo o ordenamento jurídico, são os diversos instrumentos jurídicos contidos na Constituição da República. Sobressaem, nesse sentido, que a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho constituem fundamentos da República (artigo 1º, incisos III e IV), que tem como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, sem pobreza e marginalização, com redução das desigualdades sociais e regionais (artigo 3º, incisos I e III), sendo que em suas relações internacionais o Brasil rege-se pelo princípio da prevalência dos direitos humanos (artigo 4º, inciso II).

Note-se, também, que os direitos sociais estão inseridos na Constituição no título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, assim como os direitos individuais (artigo 5º.), nos quais se prevê, no inciso XXIII, que a “propriedade atenderá a sua função social”.

Por fim, vale lembrar que o artigo 170 de nossa Constituição dispõe que nossa ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observando, para tanto, dentre outros, os princípios da função social da propriedade (inciso I) e da busca do pleno emprego (inciso VIII).

Em conclusão, as normas do direito social que se encontram inseridas em nossa Carta Magna não servem apenas para regular as relações sociais, mas, principalmente, para promover, na prática, a justiça social, valendo-se do caráter obrigacional do Direito e da força coercitiva do Estado.

⁴ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz, *Curso de direito do trabalho*, vol. 1: teoria geral do direito do trabalho / organizador Marcus Orione Gonçalves Correia - São Paulo: LTr, 2007, p. 26.

Após este fundamental estudo histórico do direito social e do capitalismo, passa-se a analisar o direito social ao lazer, bem como a questão do trabalho aos domingos no comércio.

III – Direito ao lazer

A sociedade capitalista, como se sabe, tem por base a exploração do trabalho, sobretudo o trabalho alheio.

É justamente por isso que o modo mais eficaz de regulá-la, visando evitar sua autodestruição, que fatalmente aconteceria, vez que o capitalismo, além da geração de riqueza, também produz desigualdade e exclusão social, consiste na regulação do trabalho, sempre na perspectiva de sua valorização.

A principal função do Direito do Trabalho, portanto, é a de humanizar o capital, impondo-lhe um necessário retorno ao social, contribuindo, assim, para que haja uma mínima distribuição de riqueza.

Além disso, por existir outros valores fundamentais ao homem fora do trabalho, como o do presente estudo, o direito ao lazer, a regulamentação daquele permite que tais valores se desenvolvam.

Importante notar, nesse aspecto, que a própria Constituição trata o trabalho e o lazer como direitos fundamentais de igual importância para a sociedade⁵, não permitindo, assim, que o intérprete esvazie o conteúdo deste último mediante uma avaliação baseada tão-somente em aspectos econômicos, vislumbrando-o apenas como tempo não-produtivo ou mesmo que o incentive, pensando apenas no crescimento e desenvolvimento de outros setores da economia.

Ainda que o direito ao lazer tenha tais características, elas não constituem sua essência que, nos termos da Constituição, está ligada ao aspecto social, humano portanto.

Nesse sentido, vale recordar do conceito sociológico de lazer formulado por *Dumazedier*, em obra da década de 70:

“(...) o lazer é um conjunto de ocupações às quais o indivíduo pode entregar-se de livre vontade, seja para repousar, seja para divertir-se, recrear-se e entreter-se ou, ainda para desenvolver sua informação ou formação desinteressada, sua participação social voluntária ou sua livre capacidade criadora após livrar-se ou desembaraçar-se das obrigações profissionais, familiares e sociais”⁶

Referido conceito foi feito justamente a partir da crítica de que se tratava o lazer, regra geral, como simples oposição ao trabalho profissional, em uma visão simplista, tendo ele constatado que o fenômeno do lazer é em si ambíguo, que “não tem qualquer significado em si mesmo”⁷, identificando suas três principais funções: descanso; divertimento, recreação e entretenimento; o desenvolvimento.

⁵ Artigo 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

⁶ DUMAZEDIER, Joffre. *Lazer e Cultura Popular*. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 2004, p. 34.

⁷ *Ibidem*, p. 32.

A função do descanso, para o autor, encontra-se ligada à questão biológica do ser humano, tendo por fim permitir que este recomponha suas energias para continuar trabalhando.

Por sua vez, a função do divertimento, recreação e entretenimento, funcionaria como viabilizador da convivência social, evitando-se, assim, a ocorrência da fadiga, que seria o efeito nefasto “da monotonia das tarefas parcelares sobre a personalidade do trabalhador”⁸.

Quanto à função do desenvolvimento da personalidade, permite o lazer “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”, suscitando “no indivíduo libertado de suas obrigações profissionais, comportamentos livremente escolhidos e que visem ao completo desenvolvimento da personalidade, dentro de um estilo de vida pessoal e social”⁹.

Em excelente monografia a respeito do assunto *Calvet* enxerga duas dimensões no direito ao lazer, uma humana e outra econômica, propondo, em seguida, sua sistematização de acordo com a carga preponderante em cada uma delas.

Salienta o autor que nenhuma das perspectivas consegue isolar apenas um dos fatores, encontrando-se ambos presentes, em maior ou menor grau, em cada uma das divisões por ele propostas.

Na dimensão humana, segundo *Calvet*, observam-se as seguintes perspectivas:

a) *lazer como necessidade biológica* - “corresponde ao ponto de vista mais tradicional do fenômeno nas sociedades industriais, sendo o momento em que o ser humano trabalhador poderia restabelecer suas energias para continuar laborando, tanto para os trabalhos manuais quanto para os intelectuais, evitando-se doenças profissionais, mormente as relacionadas a trabalhos repetitivos, estresse emocional e fadiga, que findaria por afetar a própria produção”¹⁰.

b) *lazer do ponto de vista social* - “ainda arraigado à noção de tempo livre após o trabalho profissional ou de afazeres de manutenção doméstica, o lazer seria necessário para viabilizar a convivência social, fomentando as relações familiares e privadas, possibilitando a interação humana; seria o momento em que a família conversa, se diverte, e que os amigos praticam atividades recreativas como esportes, jogos etc.”¹¹

c) *lazer como necessidade psíquica* - “seria no lazer que ocorreria uma ruptura com a estrutura hierárquica da sociedade (e principalmente do trabalho), em que o ser humano realizaria atividades lúdicas e desligadas da realidade social, a fim de ‘recarregar’ suas energias para viabilizar um equilíbrio na sua conduta dentro da rede social.”¹²

⁸ *Ibidem*, p. 33.

⁹ *Ibidem*, p. 34

¹⁰ CALVET, Otavio Amaral, *Direito ao Lazer nas Relações de Trabalho*, São Paulo: LTr, 2006, pp. 67-68.

¹¹ *Ibidem*, p. 68.

¹² *Ibidem*, p. 69.

d) *lazer no sentido existencial, como novo caráter de subjetividade* - “aqui aparece a idéia de dedicação do ser humano ao 'ócio criador' no conceito arcaico, como possibilidade de ter acesso a informações, cultura, artes, enfim, a bens materiais e imateriais, filosofias e tudo que possa incrementar valor ao homem no sentido de crescimento individual – viabilizando uma nova subjetividade rompido com a estrutura laboral – e, conseqüentemente, coletivo.”¹³

Já na dimensão econômica, o lazer apresenta-se como:

a) *meio para busca do pleno emprego* - “o gradativo aumento de tempo destinado ao lazer (tempo livre) necessita da correspondente diminuição do tempo destinado ao trabalho, determinado a adoção de jornadas cada vez menores e, com isso, gerando-se maior número de postos de trabalho, harmonizando-se o direito social ao lazer e o princípio da ordem econômica da busca pelo pleno emprego preconizado no art. 170, VIII da Constituição da República.”¹⁴

b) *criação de outros setores da economia, principalmente do turismo* - “fenômeno que já vem sendo observado, o desenvolvimento de uma cultura de lazer viabiliza a exploração econômica de outros setores, reabsorvendo parte da mão-de-obra liberada pela revolução tecnológica.”¹⁵

c) *propicia a restauração de energia do trabalhador de forma a manter o nível de produtividade* - “é noção geral na atualidade que o trabalhador que goza regularmente de seus descansos, e neles esteja embutido o lazer, mantém um nível de produtividade superior àquele que consome pelo trabalho em demasia, donde do ponto de vista econômico vale a pena manter o gozo de tempo livre (...)”.¹⁶

Ao final, Calvet, sem desconsiderar as várias dimensões e perspectivas que o lazer assume, mas focando naquela que ressalta em importância (existencial), formula o seguinte conceito de lazer: “o direito do ser humano se desenvolver existencialmente, alcançando o máximo das suas aptidões, tanto nas relações que mantém com outros indivíduos e com o Estado, quanto pelo gozo de seu tempo livre como bem entender”.¹⁷

Como se verifica, o autor, acertadamente, evitou inserir no conceito qualquer referência à perspectiva econômica do lazer, ante a centralidade na questão humana, que fez com que o legislador constituinte o consagrasse no rol de direitos sociais aplicáveis a todos os seres humanos e não apenas aos trabalhadores.

Foi justamente por essa capacidade do lazer resgatar nos homens aquilo que lhe é melhor, permitindo, com isso, a formação de uma sociedade melhor, que a humanidade, na era dos direitos humanos, reconheceu a essencialidade desse direito. Tanto isto é verdade que o inseriu nos instrumentos jurídicos de âmbito internacional, criados após a 2ª. Guerra Mundial.

Vide, nesse sentido:

1) Declaração referente aos fins e objetivos da Organização Internacional do Trabalho, aprovada em Filadélfia, 1944 (ratificada pelo Brasil):

¹³ *Ibidem*, p. 69.

¹⁴ *Ibidem*, p. 70.

¹⁵ *Ibidem*, p. 73.

¹⁶ *Ibidem*, p. 74.

¹⁷ *Ibidem*, p. 76.

Item III – A Conferência proclama solenemente que a Organização Internacional do Trabalho tem a obrigação de auxiliar as Nações do Mundo na execução de programas que visem: i) obter um nível adequado de alimentação, de alojamento, de recreação e de cultura.

2) Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948:

Artigo XXIV: Todo homem tem direito a repouso e lazer, inclusive à limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas.

3) Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948):

Artigo 15: Toda pessoa tem direito ao descanso, ao recreio honesto e à oportunidade de aproveitar utilmente o seu tempo livre em benefício de seu melhoramento espiritual, cultural e físico.

4) Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966 (ratificado pelo Brasil):

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

5) Protocolo de San Salvador (Protocolo Adicional à Convenção Interamericana Sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), ratificado pelo Brasil:

Artigo 7º: Condições justas, eqüitativas e satisfatórias de trabalho.

Os Estados-Partes neste Protocolo reconhecem que o direito ao trabalho, a que se refere o anterior, supõe que toda pessoa goze do mesmo em condições justas, eqüitativas e satisfatórias, para o que esses Estados garantirão em suas legislações, de maneira particular:

(...)

b) O direito de todo trabalhador de seguir sua vocação e de dedicar-se à atividade que melhor atenda as suas expectativas e a trocar de emprego de acordo com a respectiva regulamentação nacional;

(...)

g) Limitação razoável das horas de trabalho, tanto diárias quanto semanais. As jornadas serão de menor duração quando se tratar de trabalhos perigosos, insalubres ou noturnos;

h) Repouso, gozo do tempo livre, férias remuneradas, bem como remuneração nos feriados nacionais.

Artigo 6º: Direito aos benefícios da cultura.

Os Estados-Partes neste Protocolo reconhecem o direito de toda pessoa a:

- a) Participar na vida cultural e artística da comunidade;
- b) Gozar dos benefícios do progresso científico e tecnológico.

No âmbito interno, diversos dispositivos foram criados para assegurar o lazer, tratado por nosso ordenamento como direito fundamental.

Sobressaem, nesse sentido:

1) Constituição da República de 1988:

Artigo 6º.: São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

(...)

Artigo 7º, IV: salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender as suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

(...)

Artigo 217, § 3º: O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social.

(...)

Artigo 227: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

2) Lei n. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente):

Artigo 4º: É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

(...)

Artigo 59: Os Municípios, com apoio dos Estados e da União, estimularão e facilitarão a destinação de recursos e espaços para programações culturais, esportivas e de lazer voltadas para a infância e a juventude.

(...)

Artigo 71: A criança e o adolescente têm direito a informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

(...)

Artigo 94: As entidades que desenvolvem programas de internação têm as seguintes obrigações, entre outras:

XI – Propiciar atividades culturais, esportivas e de lazer.

Artigo 124: São direitos do adolescente privado de liberdade, entre outros, os seguintes:

XII – realizar atividades culturais, esportivas e de lazer:

3) Lei n. 9.615/1998 (Lei do Desporto):

Artigo 3º: O desporto pode ser reconhecido em qualquer das seguintes manifestações:

I – desporto educacional, praticado nos sistemas de ensino e em formas assistemáticas de educação, evitando-se a seletividade, a hipercompetitividade de seus praticantes, com a finalidade de alcançar o desenvolvimento integral do indivíduo e a sua formação para o exercício da cidadania e a prática do lazer.

4) Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso):

Artigo 3º: É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

(...)

Artigo 20: O idoso tem direito a educação, cultura, esporte, lazer, diversões, espetáculos, produtos e serviços que respeitem sua peculiar condição de idade.

(...)

Artigo 23: A participação dos idosos em atividades culturais e de lazer será proporcionada mediante descontos de pelo menos 50% (cinquenta por cento) nos ingressos para eventos artísticos, culturais, esportivos e de lazer, bem como o acesso preferencial aos respectivos locais.

(...)

Artigo 50: Constituem obrigações das entidades de atendimento:

IX – promover atividades educacionais, esportivas, culturais e de lazer.

Reconhece-se, contudo, que o direito ao lazer, em sua real feição, está muito longe de ser efetivado em nossa sociedade.

De fato, como lembra *Calvet*, “o modelo de mundo imposto pela sociedade do trabalho ramifica-se de forma a alcançar todo o tempo de vida do trabalhador, condicionando-o, mesmo na esfera do lazer, a estar a serviço da sociedade capitalista”.¹⁸

Muitas vezes somos induzidos a acreditar em autênticos fatalismos históricos, como se nada pudesse mudar para melhor e que todos os arranjos econômicos conduzem à degradação dos valores humanos.

Para trilharmos em caminho inverso é necessário, em primeiro lugar, relembrar que os direitos sociais são o fruto do compromisso firmado pela

¹⁸ *Ibidem*, p. 74.

humanidade para que se pudesse produzir, concretamente, justiça social dentro de uma sociedade capitalista.

Uma sociedade que se desenvolve nos padrões do capitalismo, para sobreviver, como anteriormente visto, depende da eficácia dos direitos sociais, pois esse é o seu projeto básico de desenvolvimento.

Em segundo lugar, não se pode esquecer que os direitos sociais foram incorporados à Constituição como valores essenciais. Essa “noção axiológica faz com que os direitos sociais, como os direitos humanos em geral, tenham incidência na realidade independente de uma lei que o prescreva expressamente e, se necessário, até contrariando alguma lei existente.”¹⁹

A partir dessas constatações, é essencial, para a própria sobrevivência da humanidade²⁰, que as normas jurídicas de natureza social tenham plena eficácia, e é dentro desse contexto que se insere a responsabilidade dos operadores do direito (advogados, juízes, procuradores, professores e juristas em geral).

Tal responsabilidade será abordada de forma mais abrangente no item seguinte, quando se analisará o direito ao lazer em contraponto à permissão de se trabalhar aos domingos no comércio.

Registre-se, por oportuno, que embora o lazer seja muito mais abrangente, nesse estudo nos preocuparemos apenas com a questão do lazer e do trabalho aos domingos no comércio, conforme delimitação do tema proposto em seu início.

IV - Repouso e trabalho aos domingos no comércio

O repouso semanal, especificamente o repouso aos domingos, embora há muito tempo tenha se transformado de preceito religioso em costume generalizado da civilização ocidental – e, em 1919, já constituísse recomendação do Tratado de Versalhes²¹ -, no Brasil, só se converteu em lei e virou direito do trabalhador com o Decreto n. 21.186/32, do Governo Provisório, que o impunha, com as ressalvas já consagradas no direito comparado:

“Art. 3º: O descanso semanal terá a duração de vinte e quatro horas consecutivas, e ser-lhe-á destinado o domingo, salvo convenção em contrário entre empregadores e empregados ou motivos, quer de interesse público, quer de natureza de ocupação.”

A Constituição de 1934 (artigo 121, e) conferiu hierarquia de direito fundamental do trabalhador ao “repouso hebdomadário, de preferência aos domingos”, no que foi seguida pela Constituição de 1937 (artigo 137, d) que conferiu aos trabalhadores o “direito ao repouso semanal aos domingos”.

A fim de regulamentá-lo, o artigo 67, da CLT, fixou no domingo o repouso semanal de todo empregado, “salvo motivo de conveniência pública ou necessidade imperiosa do serviço”. Tais casos, conforme redação do artigo 68 e seu parágrafo, ficaram subordinados “à permissão prévia da autoridade competente em

¹⁹ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz, *Por um Pacto Social*. Disponível em: http://www.calvet.pro.br/artigos/Porumpactoso_cial-SoutoMaior.pdf. Acesso em 05.01.2010.

²⁰ Conforme preconiza o preâmbulo da OIT, sem justiça social não há paz.

²¹ “The adoption of a weekly rest of at least twenty-four hours, which should include Sunday wherever practicable” (Art. 427, n. 5). Disponível em: <http://history.sandiego.edu/gen/text/versaillestreaty/all440.html>. Acesso em 11.01.2010.

matéria de trabalho”, sendo que ela foi “concedida de forma permanente nas atividades que, por sua natureza ou pela conveniência pública, devem ser exercidas aos domingos, cabendo ao Ministério do Trabalho expedir instruções em que sejam especificadas tais atividades”.

A Constituição de 1946 tornou obrigatória a remuneração do repouso semanal, que se manteve “preferencialmente aos domingos” (artigo 157, VI).

Sob a vigência desta, a Lei n. 605/49, regulamentada pelo Decreto n. 27.048/49, manteve a excepcionalidade da permissão do trabalho aos domingos, restrita aos casos derivados das “exigências técnicas das empresas” (art. 6º), como tais definidas “aquelas que, em razão do interesse público, ou pelas condições peculiares às atividades da empresa ou ao local onde as mesmas se exercitarem, tornem indispensável a continuidade do trabalho, em todos ou alguns dos respectivos serviços” (art. 6º, § 1º). Mesmo nesses casos, tornou-se obrigatória, com exceção dos elencos teatrais, a escala de revezamento, previamente organizada e constante de quadro sujeito à fiscalização (art. 6º, § 2º).

Referido Decreto enumerou, em anexo previsto no artigo 7º, as atividades industriais e comerciais e os serviços em que o trabalho dominical seria permitido em caráter permanente e previa que outras fossem acrescentadas à relação, mediante decreto (artigo 7º, § 2º).

As Cartas de 67 (artigo 158, VII) e 69 (artigo 165, VII), embora previssem o direito ao descanso semanal remunerado, não dispuseram que este deveria ser usufruído preferencialmente aos domingos.

A tradição, contudo, manteve-se incólume, vez que em ambas tal direito era tido como mínimo, não impedindo a existência de outros que, nos termos da lei, visassem à melhoria da condição social do trabalhador.

Na Constituição de 1988, tal direito foi alçado à categoria dos direitos sociais fundamentais:

“Art. 7º: São direitos fundamentais dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XV – repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos.”

No âmbito internacional, o repouso semanal – sempre que possível aos domingos – de adoção já recomendada no Tratado de Versalhes, viria a ser objeto, nas indústrias, da Convenção 14 da OIT, de 1921²², e, no comércio, da Convenção 106, de 1957²³.

Em ambas, no entanto, coerentes com seu propósito de universalização, a preferência não se fixou no domingo, característica das sociedades cristãs, mas sim no dia da semana reconhecido como o dia de repouso pela tradição ou pelos usos do país ou da região (Convenção 14, art. 2, n. 3 e Convenção 106, art. 6, n. 3).

Voltando-se às normas internas, o Decreto n. 99.467, em 1.990, facultou o funcionamento aos domingos do comércio varejista em geral, desde que

²² No Brasil, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 24/56, ratificada em 25/04/57 e promulgada pelo Decreto n. 41.721, de 25/06/57, tendo entrado em vigência no dia 29/04/58.

²³ No Brasil, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 20/65, ratificada em 18 de junho e promulgada pelo Decreto n. 58.823, de 14 de julho, também de 1965, tendo entrado em vigência no dia 18/06/66.

estabelecido em acordo ou convenção coletiva de trabalho, respeitadas as normas de proteção ao trabalho e o artigo 30, inciso I, da Constituição (art. 1º).

Tal Decreto foi revogado pelo Decreto de 10 de maio de 1991, tendo esta revogação tornada sem efeito pelo Decreto de 24 de agosto de 1992.

Em 8/8/1997, na 34ª edição da medida provisória n.1.539, atinente a outra matéria trabalhista (participação nos lucros), dispensou-se a negociação coletiva para que o comércio varejista pudesse abrir aos domingos (art. 6º).

A eficácia desta disposição, no entanto, foi suspensa pelo STF, que deferiu, por maioria, o pedido cautelar formulado na ADIN n. 1675²⁴.

Dada a importância dos fundamentos utilizados para se chegar a tal decisão, transcreve-se, em parte, o voto do Relator, Ministro Sepúlveda Pertence:

“(...) À sua plausibilidade, bastaria, por si só, o texto do art. 7º, XV, CF, ao reafirmar que o repouso semanal remunerado dos trabalhadores em geral dar-se-á **preferencialmente** aos domingos.

É verdade que, como já ocorria no direito anterior, a constituição não faz absoluta a opção pelo repouso aos domingos: o advérbio preferencialmente, que persiste, tem a função de modulá-la de modo a abrir margem à permissão do funcionamento aos domingos, de certas atividades, quando necessário.

A relatividade daí decorrente não pode, contudo, esvaziar a força normativa da norma constitucional de preferência pelo repouso dominical, que tem significado e raízes culturais profundas: 'a lei e a constituição' – anota Valentin Carrion (**Comentários à Cons. Das Leis do Trabalho**, 22ª ed., Saraiva, 1997, art. 67/70, p. 114) 'determinam que o descanso se dê preferencialmente aos domingos. É imperativo humano que o trabalhador repouse no domingo, no mesmo dia em que sua família, seus parentes e seus concidadãos (*Capitant e Cuch*, **apud Cesarino Jr.**, **Direito Social Brasileiro**, p. 304). O trabalho em dia em que os filhos, a esposa, os amigos descansam contribui para a dissolução dos laços gregários, tão importantes pra a própria sociedade, e a estabilidade do indivíduo: também repercute sobre a produção, a economia, a criminalidade etc. (...) O descanso – conclui – deverá coincidir com o domingo, salvo se a empresa estiver autorizada a fazê-lo ou em caso de força maior; o contrário constitui ilegalidade'.

Mas, se a força maior escusa por si só a inobservância excepcional da regra (Pontes de Miranda, **Comentários à Constituição de 1946**, 2ª ed., 1953, V/76), a lei que delimite as hipóteses de dispensa permanente do respeito dela – uma vez erigida em direito constitucional a preferência pelo repouso aos domingos – há de submeter-se à prova da razoabilidade e objetividade dos critérios de subordinação a outros valores daquela regra constitucional explícita.

Impõe-se, de logo, que essa inversão do parâmetro constitucional constitua a exceção e não a regra: nessa linha, os precedentes legislativos, particularmente o D. 27.048/49, a reclamarem, para legitimar a permissão, que a continuidade do trabalho resultasse do interesse público ou das condições peculiares ou do local das atividades da empresa.

²⁴ Votaram pelo deferimento da cautelar os Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa, Nelson Jobim, Octavio Gallotti e Néri da Silveira. Pelo Indeferimento votaram os Ministros Sydney Sanches e Moreira Alves.

Certo, desse padrão de razoável objetividade – ligado ao tipo de atividade empresarial ressalvada, por interesse público ou por exigências técnicas de continuidade – já se distanciara o D. 99.467/90, relativo – como, agora, a norma discutida – a todo o comércio varejista, de modo a afetar toda a imensa categoria de trabalhadores nele empregada: o que o diferenciava e legitimava, no entanto, era a submissão, nesse caso, do funcionamento aos domingos dos estabelecimentos varejistas, à celebração de acordo ou convenção coletiva.

É verdade que a Constituição não previu essa exceção: mas não é desarrazoado, à primeira vista, extraí-la, por analogia, das ressalvas nesse sentido explicitadas nos incisos XIII e XIV, do art. 7º, dada a conexão entre a matéria neles tratada – e a do repouso semanal remunerado.

Quando se cogita, porém – e esse, como visto, é o alcance exclusivo da norma impugnada – de autorizar o trabalho aos domingos, independentemente do assentimento dos segmentos interessados da classe trabalhadora, é mais que duvidoso que o pudesse fazer a lei – e **a fortiori** a medida provisória – de modo a inverter, sem razões objetivas e segundo a decisão unilateral de cada empresa, à explícita preferência ditada pela Constituição a favor da regra da fruição pelos trabalhadores do repouso dominical”²⁵.

Prosseguindo no julgado, o Sr. Ministro reforça sua argumentação lembrando dos termos da Convenção 106 da OIT que, após dispor em seu artigo 6º, n. 3, que “o período de repouso semanal, sempre que possível, coincidirá com o dia da semana reconhecido como o dia de repouso pela tradição ou pelo uso do país ou da região”, estipulou no artigo 7º:

“1. Quando a natureza do trabalho, a índole dos serviços fornecidos pelo estabelecimento, a importância da população a ser atendida ou o número das pessoas empregadas não permitam a aplicação das disposições do art. 6, medidas poderão ser tomadas, pela autoridade competente ou pelo organismo apropriado em cada país, para submeter, se for o caso, determinadas categorias de pessoas ou de estabelecimentos, compreendidas no campo de aplicação da presente convenção, a regimes especiais de repouso semanal, levando em devida conta toda consideração social ou econômica pertinente.

2. As pessoas às quais se aplicam esses regimes especiais terão direito, para cada período de sete dias, a um repouso de duração total equivalente, pelo menos ao período previsto no artigo 6.

3. As disposições do art. 6 aplicar-se-ão, todavia ao pessoal empregado nas dependências dos estabelecimentos submetidos a regimes especiais, as quais, se autônomas, estariam submetidas às disposições do precitado artigo.

4. qualquer medida relativa à aplicação das disposições dos §§ 1,2 e 3 do presente artigo deverá ser objeto de consulta às organizações representativas dos empregadores e dos trabalhadores interessadas, caso existam.”

Em seguida, o Relator faz uma análise de como tais normas se incorporaram no ordenamento jurídico brasileiro, concluindo que têm a mesma supremacia normativa daquela fixada no art. 7º, XV, da Constituição.

²⁵ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?classe=ADI-MC&numero=1675>. Acesso em 11.01.2010.

Mesmo que assim não se entenda, defende que o mínimo que se deve fazer é conferir àquelas normas “o valor de poderoso reforço à interpretação do texto constitucional que sirva melhor à sua efetividade: não é de presumir, em Constituição tão ciosa da proteção dos direitos fundamentais quanto a nossa, a ruptura com as convenções internacionais que se inspiram na mesma preocupação”.

O governo brasileiro, porém, antecipou-se ao julgamento em definitivo da ADIN pelo STF, introduzindo, quando da reedição da MP 1.539-36, de 02/10/97, um parágrafo único no artigo 6º, na tentativa de adequá-la aos princípios trabalhista e garantir, assim, a abertura do comércio aos domingos, a partir de 9 de novembro de 1997. A alteração consistiu na garantia de que o repouso semanal coincidissem com o domingo pelo menos uma vez a cada quatro semanas, além de fazer referência explícita ao respeito às normas previstas em acordo ou convenção coletiva, embora não condicionasse a abertura aos domingos à prévia negociação coletiva (parágrafo único do artigo 6º).

Tal alteração também foi objeto de ADIN no STF (ADI 1687) que, no julgamento da cautelar pleiteada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio, decidiu, por maioria apertada²⁶, por sua constitucionalidade.

Devido a perda do objeto, porém, a ADIN 1687 não foi julgada de forma definitiva.

Em 06 de setembro de 2007 a redação do artigo 6º e seu parágrafo único foi novamente modificada, desta vez pela MP 388/2007, passando a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 6º – Fica autorizado o trabalho aos domingos nas atividades do comércio em geral, observada a legislação municipal, nos termos do art. 30, inciso I, da Constituição.

Parágrafo único – O repouso semanal remunerado deverá coincidir, pelo menos uma vez no período máximo de três semanas, com o domingo, respeitadas as demais normas de proteção ao trabalho e outras a serem estipuladas em negociação coletiva.”

Posteriormente referida MP foi convertida na lei n. 11.603/07, sendo que ambas têm sua constitucionalidade questionada no STF (Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade n.ºs. 3975 e 4027), sendo que até o presente momento, contudo, o STF ainda não as tinha decidido.

Após este breve histórico da evolução normativa a respeito do tema em debate, o que se nota é que há no Brasil uma tendência progressiva no sentido da liberalização das atividades comerciais aos domingos, seguindo-se a lógica desregulamentadora e flexibilizante.

O principal argumento utilizado para aprovação dessas leis liberalizantes foi o de que gerariam a abertura de novos postos de trabalho.

A falácia desse argumento, no entanto, é fácil de ser constatada. De fato, se um trabalhador dispõe, por exemplo, de R\$ 100,00 de sua renda para gastar no comércio, não passará a gastar mais do que isso se este abrir aos domingos. Se não há aumento no consumo, também não há como existir novas

²⁶ Votaram pelo deferimento da cautelar pleiteada os Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Octavio Gallotti, Néri da Silveira e Celso de Mello, sendo que os Ministros Moreira Alves, Sydney Sanches, Carlos Velloso, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim a indeferiram.

contratações. Isso é evidente e qualquer pessoa que tenha mediana inteligência consegue raciocinar nesse sentido.

O fator determinante na indução ao aumento do consumo é o poder aquisitivo da população e quanto a isso não há dúvidas. Vide, nesse sentido, o fenômeno provocado pela queda da inflação, que possibilitou a incorporação ao mercado de uma parcela da população de baixa renda no pós-Real, sobretudo nos anos de 1994 e 1995.

Dessa forma, permanecendo inalterado o poder aquisitivo da população, eventual crescimento nas vendas em determinada empresa após a liberalização do trabalho dominical só pode ser atribuída à diminuição nas vendas em outra(s) empresa. Por óbvio, a abertura do comércio aos domingos não implica no aumento da renda da população.

A história recente nos mostra, porém, que não houve um aumento significativo da atividade econômica comercial, sendo que o pequeno volume adicional de negócios foi captado, em larga medida, pelas grandes cadeias varejistas e pelas lojas com atividades nos *shoppings*. Os pequenos varejistas, principalmente aqueles com estabelecimentos localizados nas ruas, não conseguiram abrir aos domingos, vez que o acréscimo nas vendas não compensou a elevação dos dispêndios necessários ao funcionamento nestes dias, não lhes restando outra alternativa a não ser fechar suas portas²⁷.

Ainda que a abertura do comércio aos domingos pudesse gerar novos postos de trabalho, o que não acontece, como visto, seus defensores deveriam, no mínimo, condicioná-la à efetiva contratação de novos empregados. Provavelmente não a condicionaram pois sabiam, no fundo, que não geraria novos empregos, no máximo, realocaria os já existentes...

Prova cabal de que a abertura dos comércios aos domingos não gerou mais postos de trabalho pode ser vista nos dados da pesquisa de emprego e desemprego, realizada na Grande São Paulo, no período de dezembro/97 a março/98, ou seja, logo após a reedição da MP 1.539-36, de 02/10/97, que permitiu a abertura do comércio aos domingos, independentemente de prévia negociação coletiva, desde que o repouso semanal coincidissem com o domingo pelo menos uma vez a cada quatro semanas:

“Os dados da PED (Pesquisa de Emprego e Desemprego), realizada na Grande São Paulo pelo Dieese e pela Fundação Seade, para o período de dezembro/97 a março/98, indicam o seguinte comportamento da ocupação no comércio: em dezembro, houve a criação de 10 mil postos de trabalho, sobretudo para trabalhadores autônomos; em janeiro, foram eliminadas 22 mil vagas, principalmente de assalariados sem carteira e autônomos; em fevereiro, observou-se a criação de 10 mil ocupações, atingindo basicamente trabalhadores autônomos; e em março registrou-se a eliminação de 48 mil postos de trabalho, sendo a maioria de assalariados sem carteira e autônomos.

Quando se analisam os níveis de ocupação do comércio no mesmo quadrimestre dos doze meses anteriores, observa-se o seguinte comportamento: fechamento de 27 mil vagas.

Nos períodos em análise, a ocupação no comércio apresentou os seguintes resultados: eliminação de cerca de 51 mil postos de trabalho

²⁷ Vide, nesse sentido, o interessante artigo “Análise da Abertura do Comércio aos Domingos”, de autoria de José de Oliveira Siqueira, Claudio Felisoni de Angelo e João Paulo Lara de Siqueira, disponível em: <http://www.hottopos.com/convenit2/siq1.htm>. Acesso em 13.01.2010.

entre dezembro/97 e março/98. Na comparação deste quadrimestre com dezembro/96 a março/97, registra-se um saldo líquido de 24 mil postos de trabalho eliminados. Mesmo que se considerem a sazonalidade característica desse período e o pouco tempo, esse comportamento parece não deixar dúvidas quanto à iniquidade da abertura do comércio aos domingos, no tocante à geração de novos postos de trabalho no setor.”²⁸

Frise-se, ainda considerando o argumento do possível aumento das vagas de trabalho pela liberalização do trabalho aos domingos, não se pode desconsiderar que isso se daria mediante o sacrifício do direito fundamental ao lazer dos comerciários.

E, como lembra *Souto Maior*, “se do ponto de vista econômico for relevante o argumento do sacrifício, este, por óbvio, primeiramente, deve ser exigido daqueles que mais têm, pois do contrário, estaríamos prestes a concordar com a defesa da necessidade da eliminação daqueles que, diante dos padrões impostos, de algum modo, possam ser considerados um estorvo para a sociedade”²⁹.

Dessa forma, cabe indagar: será que os Senadores, os Deputados e os governantes em geral, que fazem leis que visam a reduzir direitos dos trabalhadores sob o argumento do sacrifício para a melhoria da economia do país, além dos procuradores e juízes que acatam a validade jurídica dessas mesmas leis, aceitariam todos eles trabalhar aos domingos para a mesma finalidade? E os diretores das empresas, que exigem o trabalho de seus empregados aos domingos, aceitariam trabalhar três domingos por mês? E os juristas, economistas, sociólogos e jornalistas, que advogam a causa da redução dos direitos dos trabalhadores como forma de alavancar a economia do país, concordariam em trabalhar aos domingos? E cada um de nós?

Se a resposta desta última pergunta for afirmativa não se estará fazendo nada mais do que conferindo eficácia aos preceitos normativos do Direito Social, que impõem a solidariedade como responsabilidade social de caráter obrigacional, justamente para que a construção de uma sociedade mais justa não dependa da boa vontade das pessoas.

Aliás, o trabalho dominical no comércio é um exemplo marcante de que se depender da boa vontade das pessoas, em sua maioria impregnadas pelos valores do consumismo ditados pelo capitalismo, ele nunca cessará, pelo contrário, atingirá outras atividades³⁰.

A maioria da sociedade, como aponta o IBOPE³¹, é a favor da abertura dos comércios aos domingos. Essa postura, por evidente, não tem o poder de revogar nosso ordenamento jurídico, que sempre busca a realização da justiça social e não o atendimento dos interesses consumistas.

²⁸ Disponível em: <http://www.dieese.org.br/bol/neg/negmar98.xml>. Acesso em 13.01.2010.

²⁹ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz, *Por um Pacto Social*. Disponível em http://www.calvet.pro.br/artigos/Porumpactoso_cial-SoutoMaior.pdf. Acesso em 05.01.2010.

³⁰ Lembre-se que no início apenas alguns ramos do comércio podiam abrir aos domingos, passando essa permissão, com o decorrer dos anos, para o comércio varejista em geral até se chegar a todos os ramos do comércio atualmente.

³¹ Disponível em: http://www.ibope.com.br/calandraWeb/servlet/CalandraRedirect?temp=6&proj=PortalIBOPE&pub=T&db=cald&comp=pesquisa_leitura&nivel=null&docid=27EE92154266BCAF832570A5004D8620. Acesso em 16.01.2010.

Nem se diga que a garantia de que o repouso semanal coincida com o domingo pelo menos uma vez a cada três semanas não afronta à Constituição, sob o fundamento de que esta utilizou o advérbio “preferencialmente” ao invés de “necessariamente”.

Como bem lembrou o Ministro Sepúlveda Pertence em seu voto proferido na ADIN 1675, o advérbio “preferencialmente” foi utilizado pelo constituinte para modular o trabalho aos domingos, possibilitando sua ocorrência, em certas atividades, quando necessário.

De fato, não poderia a Constituição dizer que o repouso semanal devesse ser usufruído, necessariamente, aos domingos, sem fazer qualquer ressalva, pois existem atividades que por sua essencialidade ou necessidade técnica não podem parar em nenhum dia da semana, como por exemplo, os serviços médicos, os serviços funerários, os de controle do tráfego aéreo etc.

Existem, ainda, outras atividades que embora não sejam essenciais sob o enfoque da sobrevivência física, são de interesse público e essenciais para a formação do homem, como, por exemplo, aquelas relacionadas ao lazer e, por esse motivo, também podem ser exercidas aos domingos.

O que não se pode confundir é interesse público, social, com desejo consumista, ainda que este se refira à maioria da população.

Qualquer debate sério a respeito desse assunto não pode deixar de considerar que o trabalho aos domingos tira o trabalhador do convívio social e, em consequência, estrangula a sociedade como um todo. Economicamente falando, tanto faz qual o dia da semana em que se dará o repouso. Porém, do ponto de vista social, não, porque vivemos em uma sociedade em que, ordinariamente, não se trabalha aos domingos. Então, é no domingo que o indivíduo reúne-se com seus familiares, com seus amigos; é no domingo que a família vai à missa, ao culto ..., enfim, é no domingo que acontece a “integração social” e o desenvolvimento do direito fundamental ao lazer.

Releva observar, ainda, a inconsistência da lei ao equiparar o trabalho em dia de domingo com o trabalho em outro dia qualquer da semana, se compensado um com o outro. Ora, só se pode compensar coisas de igual grandeza e, evidentemente, não se pode dizer, diante do dado cultural (não somente religioso) do qual não se pode fugir, impunemente, que o domingo seja um dia como outro qualquer.

Nem mesmo se houver negociação coletiva se deve autorizar o trabalho aos domingos em atividades que não sejam essenciais e nem necessitem desse trabalho por questões técnicas, não só porque o lazer e o repouso dominical se tratam de normas de ordem pública, mas também porque as negociações coletivas servem para melhorar, progressivamente, os direitos do trabalhador e, nessa questão, essa melhoria só advém quando não se trabalha aos domingos e o lazer possa se desenvolver de forma ampla.

São por esses motivos que o trabalho aos domingos no comércio, fora de padrões responsáveis, ainda que aceito por grande parte da população, não pode ser aceito pelos operadores do direito, notadamente aqueles que atuam no campo social. Agir desta forma, como visto, nada mais é do que uma obrigação imposta pelo Estado Social, a fim de garantir a proteção da dignidade humana como forma de impedir que interesses econômicos suplantem a necessária respeitabilidade à condição humana.

V – Atuação do Ministério Público do Trabalho

Nosso ordenamento jurídico, como visto, pauta-se pela prevalência do Direito Social, que impõe seus valores a todas as demais normas integradas aos diversos ramos do direito.

Os direitos sociais, por sua vez, materializam-se, de forma imediata, pelas normas trabalhistas e previdenciárias.

Fácil perceber, portanto, a grande responsabilidade conferida pela Constituição aos procuradores do trabalho, que foram incumbidos de defender as normas trabalhistas, sociais por excelência.

Evidentemente, pelos motivos anteriormente expostos, essa defesa, no caso do trabalho dominical nos comércios, não é realizada mediante a aplicação dos termos do artigo 6º e seu parágrafo único da Lei n. 11.603/07.

Não se pode esquecer que a lei é resultado de um processo de correlação de forças, o qual muitas vezes acaba por representar os interesses de uns, em detrimento de muitos. Essa distorção, contudo, está na lei e não no direito em si, que, na verdade, se aperfeiçoa posteriormente com o processo de interpretação e aplicação da regra jurídica, normatizando-a.

É verdade que não há como realizar uma interpretação do artigo 6º e seu parágrafo único de modo a ajustá-los aos preceitos constitucionais, não havendo outra forma senão considerá-los inconstitucionais.

Desse modo, uma das possibilidades de atuação conferida aos procuradores a fim de defender o interesse dos trabalhadores no comércio consiste no ajuizamento de ações civis públicas em que se pleitearia, de forma incidental, a declaração de inconstitucionalidade daquele artigo e seu parágrafo único, de modo a possibilitar que o repouso semanal recaia nos domingos.

Reconhece-se, contudo, que essa não se mostra a melhor forma de atuação, não só porque pode gerar decisões diferentes, com tratamento diverso para a mesma questão, mas também porque a maioria dos juízes entende pela validade daquela lei.

A melhor forma de atuação, enquanto perdurar esse entendimento equivocado, consiste na conscientização dos sindicatos, patronais e de empregados, acerca da importância de se preservar o repouso semanal dominical, a fim de que firmem, por livre e democrática vontade, convenções coletivas nesse sentido.

Importante notar que por meio dessas convenções, embora esse não seja seu objetivo principal, os pequenos e médios varejistas poderão resgatar parte da clientela perdida para os grandes varejistas que são, como visto, os maiores beneficiados pela abertura do comércio aos domingos³².

Destaque-se que embora a aprovação de convenções com essa previsão seja extremamente difícil, dado ao enorme poder de pressão dos grandes varejistas, isso não é impossível de acontecer, como a realidade nos mostra, vez

³² Note-se que a Constituição elenca como um dos princípios da ordem econômica o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país (art. 170, inciso IX), sendo que a Lei n. 11603/97 faz exatamente o contrário, embora não de forma expressa, privilegiando grandes empresas, muitas delas multinacionais.

que nas assembléias gerais cada empresa tem direito a um voto, independentemente de sua condição econômica .

Nesse caso, vale ressaltar, as disposições do referido artigo 6º e seu parágrafo único estarão sendo respeitadas, vez que estipulam o mínimo (repouso semanal remunerado pelo menos uma vez, no período máximo de três semanas, aos domingos) e prevêm que sejam “respeitadas as demais normas de proteção ao trabalho e outras a serem estipuladas em negociação coletiva”.

A função desta, como se sabe, é justamente melhorar os direitos do trabalhador (art. 7º, *caput*, e inciso XXVI).

Nem se alegue que isso feriria a livre iniciativa, que também foi garantida pela Constituição, primeiro, porque esta garantiu, com absoluta prioridade, a eficácia dos direitos sociais, segundo, porque isso não impede o desenvolvimento das atividades comerciais, que continuam a ser exercidas normalmente de segunda a sábado, da mesma forma como durante muitos anos aconteceu, sem que ninguém tivesse questionado tal fato e invocada a livre iniciativa para justificar o desrespeito aos direitos fundamentais de outra pessoa.

O que não pode acontecer, *data venia*, é procuradores e juízes acatarem a validade jurídica dessas leis, que negam aos trabalhadores no comércio seus direitos fundamentais, apenas para garantir o consumismo e a comodidade da população.

Mesmo que isso, infelizmente, não ocorra, ainda há uma luz no fim do túnel, consistente no resgate, pela sociedade, dos valores inerentes à condição humana, possibilitando, com isso, perceber a injustiça praticada contra os comerciários e, em ato de solidariedade a esses cidadãos, não mais fazer compras aos domingos.

Nesse resgate o MPT pode ter papel fundamental, vez que dispõe dos instrumentos necessários para sua realização, destacando-se, neste particular, a realização de audiências públicas.

VI - Conclusão

Na presente monografia, mediante um estudo de nossa história, demonstrou-se que o Direito Social e o seu conseqüente Estado Social são produtos do modelo capitalista de produção.

Nasceram da necessidade de humanizá-lo e permitir sua própria sobrevivência, que é seriamente ameaçada com o padrão de conduta imposto pelo capitalismo, baseado no individualismo, no espírito de concorrência, na defesa dos próprios méritos e no consumo como fonte de prazer.

Não é raro, contudo, nossa sociedade, muitas vezes impregnada por esse padrão, esquecer-se do compromisso por ela assumido na Constituição de efetivar os direitos sociais, ainda que para tanto tenha que pôr em segundo plano alguns direitos individuais.

A existência do trabalho dominical no comércio é um exemplo claro dessa quebra de compromisso, não se justificando por qualquer aspecto que se o analise: social, econômico, histórico ou jurídico.

O único benefício por ele trazido é uma maior comodidade para a população, comodidade esta adquirida mediante a violação dos direitos fundamentais, notadamente do lazer, dos trabalhadores no comércio.

Evidentemente, pautando-se nosso ordenamento jurídico pela prevalência do Direito Social, isso não pode ser tolerado.

Não se pode, pois, continuar consentindo com o trabalho dominical no comércio, como se ele fosse inevitável e necessário para os homens, devendo a sociedade unir esforços para concretizar o pacto por ela firmado na Constituição de construir um país melhor, privilegiando o compromisso de solidariedade que foi fixado, juridicamente, nas bases do Estado Social.

Nesse contexto, os procuradores do trabalho, integrantes da mesma sociedade, têm fundamental importância, vez que dispõem dos instrumentos jurídicos capazes de transformá-la, sempre no sentido do ideal, que, nesse tema, é impedir que interesses econômicos suplantem a necessária respeitabilidade à condição humana, ou seja, não se trabalhar aos domingos no comércio.

Bibliografia

ADIN n. 1675. Jurisprudência do STF – Supremo Tribunal Federal. Disponível em: Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?classe=ADI-MC&numero=1675>. Acesso em 11.01.2010.

CALVET, Otavio Amaral, *Direito ao Lazer nas Relações de Trabalho*, São Paulo: LTr, 2006.

Comissão de Modernização da Legislação do Trabalho, Relatório, in *Revista LTr*, São Paulo: LTr, ano 57, vol. 04, abril de 1993.

DIEESE, Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Sócio-econômicos. *Funcionamento do Comércio Varejista aos Domingos*. Disponível em: <http://www.dieese.org.br/bol/neg/negmar98.xml>. Acesso em 11.01.2010.

DUMAZEDIER, Joffre. *Lazer e Cultura Popular*. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 2004.

HOBSBAWN, Eric. *Era dos Extremos – o breve século XX: 1914-1991*, São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz, *Curso de direito do trabalho, vol. 1: teoria geral do direito do trabalho / organizador Marcus Orione Gonçalves Correia* - São Paulo: LTr, 2007.

_____. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz, *Por um Pacto Social*. Disponível em: <http://www.calvet.pro.br/artigos/Porumpactosocial-SoutoMaior.pdf>. Acesso em 05.01.2010.

THE VERSAILLES Treaty. Disponível em: <http://history.sandiego.edu/gen/text/versaillestreaty/all440.html>. Acesso em 11.01.2010.

* Procurador do Trabalho