

O MANDADO DE INJUNÇÃO E A LIMITAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO DOS MILITARES: A EFETIVIDADE DO DIREITO CONSTITUCIONAL AO LAZER

WRITS OF INJUNCTION AND LIMITATION OF MILITARY WORKING DAY:
THE EFFECTIVENESS OF THE CONSTITUTIONAL RIGHT TO LEISURE

Janiselho das Neves Souza*

Data de recebimento: 22/12/2011

Data de aprovação: 11/05/2012

RESUMO

Pretende o presente artigo abordar a difícil questão sobre a limitação da jornada de trabalho dos militares por meio da garantia constitucional do mandado de injunção. Demonstrar-se-á a íntima relação entre a necessidade da limitação da jornada de trabalho e o direito ao lazer, como forma de viabilizar-se o gozo desse direito constitucional, o qual resta prejudicado pela ausência de norma reguladora que limite a carga horária diária, semanal e mensal a ser aplicável aos militares. Tal lacuna tem propiciado inúmeros abusos por parte dos comandantes que, na ausência de norma regulamentadora, escalam seus subordinados para jornadas desumanas, ferindo, inclusive, o próprio princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Será abordada, ainda, a questão do reconhecimento do militar como pessoa humana, dotada de um núcleo de direitos intangíveis, entre os quais o direito constitucional ao lazer. Como procedimento metodológico adotado, em função dos objetivos, foi optado por uma pesquisa exploratória, tendo em vista o pouco material disponível sobre o assunto tratado. Na primeira parte do artigo, será abordada, de forma breve, a questão histórica da limitação da jornada de trabalho humano; seguindo-se a um desenvolvimento da compreensão do militar como ser humano e sujeito de direitos,

* Bacharel em Ciências Jurídicas pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte - UERN. Pós-Graduando em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Gama Filho. Policial militar do Estado do Rio Grande do Norte.
E-mail: janiselho@ig.com.br

protegido pela norma jurídica e, por fim, será apresentada a solução para a utilização do mandado de injunção como instrumento garantidor da limitação da jornada de trabalho dos militares como corolário lógico do direito constitucional ao lazer.

PALAVRAS-CHAVE

Mandado de Injunção; Trabalho; Lazer.

ABSTRACT

This article intends to address the difficult issue of limiting the working hours of the military through the constitutional guarantee of the injunction. It will show the close relationship between the need for limitation of working hours and the right to leisure as a means of enabling himself the enjoyment of this constitutional right, which is hampered by the absence of regulatory standard that limits the daily workload, weekly and monthly to apply to the military. This loophole has allowed numerous abuses by commanders in the absence of regulations, their subordinates to climb inhuman hours, injuring, even the very constitutional principle of human dignity. Will be addressed also the question of recognition of the military as a human person, endowed with a core of intangible rights, including the constitutional right to leisure. As a methodological procedure adopted, depending on the objectives, was chosen by an exploratory research, in view of the little material available on the subject matter. In the first part of the article, will be discussed, briefly, the historical question of the limitation of the working man, followed by the development of an understanding of the military as a human being and subject of rights protected by the rule of law and, finally, the solution will be presented for use of the injunction as a mechanism to ensure the limitation of working hours of the military as a logical corollary of the constitutional right to leisure.

KEYWORDS

Writ of Injunction; Work; Leisure.

1. INTRODUÇÃO

O fulcro balizador da pesquisa científica, ora proposta, objetiva apresentar o mandado de injunção como instrumento adequado para tornar viável aos militares o direito constitucional ao lazer. Ao fundamento de que cabem aos militares todos os direitos não vedados expressamente pelo ordenamento jurídico, entre os quais, a limitação da jornada de trabalho. A ausência de norma regulamentadora limitando a jornada de trabalho dos militares, no Direito interno, tem tornado inviável o exercício do direito constitucional ao lazer, do qual essa norma regulamentadora, criando tempo livre, é sua faceta intrínseca e insofismável.

A limitação da jornada de trabalho dos militares do Rio Grande do Norte já foi objeto de diversos mandados de injunção, sendo o pioneiro o Mandado de Injunção (MI) 43881, impetrado individualmente e que determinou que se aplicasse ao militar, por analogia, a jornada de 40 horas semanais já prevista para os servidores públicos civis. Posteriormente, a Justiça estadual julgou o MI 109165, impetrado por uma associação de militares, cuja decisão foi dotada de efeitos *erga omnes*, aplicando-se a limitação de 40 horas semanais a toda a categoria. Há, contudo, outro MI (Processo nº 0001899-21.2011.8.20.0000), o qual já teve seu julgamento adiado por 17 vezes, com vários pedidos de vistas dos julgadores, inclusive. A partir desse panorama, já é perfeitamente possível vislumbrar a relevância da problemática aqui tratada para o debate jurídico.

Como procedimento metodológico, em função dos objetivos, foi optado por uma pesquisa exploratória, tendo em vista o pouco material disponível sobre o assunto abordado. Sendo a pesquisa bibliográfica fonte subsidiária, cujos instrumentos de estudo materializaram-se em: consulta à doutrina, legislação correlata, leitura de artigos *on-line*, etc.

Num primeiro momento, serão apresentados breves antecedentes sobre a limitação da jornada de trabalho humano. Em prosseguimento, ter-se-á a ilustração sobre o mandado de injunção e sua finalidade no ordenamento jurídico pátrio. Feito isso, passar-se-á a discorrer sobre fundamentos que justifiquem a inserção do ser militar como ser humano e como sujeito de direitos. Na parte final, será levantada a solução para utilização do mandado de injunção como instrumento para efetivação do direito constitucional ao lazer para os militares. Em conclusão, serão retomados pontos importantes e condensados em considerações finais logicamente organizadas.

2. ANTECEDENTES SOBRE A LIMITAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO

A idéia de limitar a jornada de trabalho do ser humano é antiga e data da exploração do homem escravo na Roma e Grécia antigas – quando se descobriu que o trabalho em excesso destruía o escravo e trazia prejuízos ao dono. No que tange à legislação: “Antecedentes remotos estão nas Leis das Índias (1593), de Felipe II, estabelecendo em 8 horas a duração diária, das quais 4 horas pela manhã e 4 horas à tarde, nas fortificações e fábricas”¹. Todavia, essa idéia de limitar a jornada de trabalho do ser humano só ganhou força por ocasião da Revolução Industrial, iniciada na Inglaterra em meados do século XVIII e que se expandiu pelo mundo a partir do século XIX.

Conforme assinala Nascimento²: “As primeiras leis trabalhistas, de cunho marcadamente protecionista, ocuparam-se da limitação da jornada diária de trabalho, procurando fixar parâmetros razoáveis”. Sendo que, na França, em 1848, houve uma lei limitando a jornada de trabalho inspirada por Louis Blanc, fundamentando-se que: “O trabalho muito prolongado não só arruinaria a saúde dos trabalhadores, mas também os impediria de cultivar a inteligência, prejudicando a dignidade do homem”³.

A Igreja também se preocupou com o estabelecimento de jornada limitada de trabalho ao homem. Tanto que o Papa Leão XIII, na Encíclica *Rerum Navarum*, de 1891, previu que: “O trabalho não fosse prolongado por tempo superior ao que as forças do homem permitissem”⁴. É também conhecida a luta, na Inglaterra, pela limitação da jornada em oito horas diárias, inspirando até mesmo as letras de uma canção: “*Eighth hours to work/ eighth hours to play/ eighth hours to sleep/ eighth shillings a day*”⁵.

No resto do mundo e também no Brasil, inúmeras normas foram criadas para limitar a jornada de trabalho do ser humano ao longo do tempo. No início do Século XX, no Brasil, foram elaboradas diversas normas nesse sentido, sendo um dos pioneiros o Decreto nº 21.186, de 22 de março de 1932, que limitou a jornada de

¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 34. ed., São Paulo; LTR, 2009, p. 271.

² Idem. *Ibidem*, p. 270.

³ Idem. *Ibidem*, p. 270.

⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 25. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 485.

⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op. Cit.*, p. 271.

trabalho no comércio em oito horas diárias, seguido pelo Decreto 21.364, de 04 de maio de 1932, limitando em oito horas diárias o trabalho na indústria; foi também limitada à jornada de trabalho nas barbearias, farmácias, setor de panificação, casas de diversão, bancos, casas de penhor, transportadores terrestres, armazéns, empresas de navegação, indústrias frigoríficas, empregados em hotéis e restaurantes, entre outras profissões⁶. A Constituição Federal (CF) de 1934 previu a limitação da jornada de trabalho entre suas normas, estabelecendo referida limitação no art. 121, § 1º, alínea “c”, determinando que o trabalho não excedesse a oito horas diárias, sendo redutíveis, mas somente prorrogáveis nos casos excepcionalmente previstos em lei. Limitações essas que se mantiveram nas constituições posteriores e na legislação infraconstitucional.

Desse modo, também se apresenta na atual CF/88, que estabeleceu como norma imperativa a duração do trabalho humano 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, bem como, uma jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva (art. 7º, XIII; XIV, da CF). E por força do § 3º, do art. 39, da CF, a limitação diária de oito horas previstas para os trabalhadores é extensível também aos servidores ocupantes de cargo público.

3. DO MANDADO DE INJUNÇÃO E SUA FINALIDADE

Antes da CF de 1988, não havia um instrumento individual para garantir a efetividade das normas constitucionais, de modo que muitas normas que estabeleciam direitos dependentes de normas regulamentadoras padeceram de ineficácia. O Legislador constituinte de 1988 afastou esse vício, prevendo uma garantia constitucional sem precedentes no Direito comparado. Trata-se do mandado de injunção, previsto no art. 5º, LXXI, da CF, que assim estabelece: “Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Com efeito, a finalidade do mandado de injunção é *tornar viável* um direito ou uma liberdade constitucional, ou mesmo as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Isso não significa dizer que o mandado de

⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. Op. Cit., p. 486.

injunção tem como propósito regulamentar o próprio direito constitucional, pois a finalidade da norma regulamentadora é outra, qual seja, tornar *viável o exercício* desse direito, não regulamentá-lo. Ora, uma coisa é regulamentar um direito, outra coisa é regulamentar o seu *exercício* por meio de uma ou várias normas, tornando-o viável.

É possível trazer um exemplo prático: o art. 9º, *caput*, da CF, assegura aos trabalhadores urbanos e rurais o direito de greve (norma constitucional de eficácia contida ou restringível), não dependendo de qualquer lei para que o *exercício* desse direito fosse gozado plenamente desde a promulgação da CF/88. A posterior Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, não visou a tornar fruível o exercício do referido direito, mas, sim, *regulamentá-lo*, para fins de prever as atividades essenciais e os abusos que pudessem ser cometidos durante a utilização desse direito, dando-lhe contornos objetivos e disciplinadores (art. 9º, §§ 1º e 2º, da CF).

Os direitos e as garantias de eficácia plena também podem ser objeto de regulamentação, confira-se a esse propósito a Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009, que regulamenta o mandado de segurança (norma constitucional de eficácia plena). Assim, em ambos os casos trazidos à baila, os direitos já eram viáveis no seu exercício *ab initio*, mesmo sem necessidade de qualquer norma regulamentadora, muito embora foram passíveis de regulamentação para melhor compreensão de sua abrangência e/ou delimitação.⁷

Observe-se, de outra vertente, que, para os servidores públicos civis, o direito de greve depende de lei para se tornar viável o seu exercício, consoante se pode extrair do art. 37, VII, da CF. À vista de tal fato, o Supremo Tribunal Federal julgou os MIs n.ºs 670/ES, 708/DF e 712/PA, determinando que, até ser regulamentado o exercício desse direito por lei específica, deve ser aplicada a Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, tornando *viável* o exercício desse direito desde logo, afastando a omissão inconstitucional que prejudicava os servidores públicos civis. E é esta a verdadeira finalidade do mandado de injunção: colmatar lacunas existentes entre um direito constitucional e seu efetivo exercício, tornando-o viável.

Nesse prisma, é forçoso observar que a norma regulamentadora a que faz alusão o inciso LXXI, do art. 5º, da CF, não é destinada a regulamentar o direito constitucional em si, mas, sim, para tornar *viável* o seu *exercício*. E essa norma

⁷ Em ambos os casos exemplificados não seria cabível a impetração do mandado de injunção. Uma vez que referidos direitos não estavam com seu exercício inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, de modo que as normas que vieram a regulamentá-los simplesmente serviram para esclarecer-lhes o sentido e limitar seus contornos, não se visou a torná-los viáveis, haja vista já o serem desde a promulgação da Constituição. Eis aí a diferença entre a norma para regulamentar direito constitucional e a norma para tornar viável o exercício desse mesmo direito. Somente esta última pode ser objeto de mandado de injunção.

regulamentadora deve ser vista em sentido amplo. Ou seja, como toda e qualquer norma capaz de tornar viável o exercício de um direito constitucional. Nesse sentido, assevera Francisco Antônio de Oliveira⁸:

Por certo que a ‘expressão norma regulamentadora’ não se restringe a decretos regulamentadores. A norma constitucional, ao referir-se a ‘norma regulamentadora’, fê-lo no sentido amplo. Esse deverá ser o entendimento sob pena de obstarem as reais finalidades do instituto de injunção. A expressão deverá abranger todo e qualquer ato normativo que de alguma maneira obste a fruição do direito gizado nos termos do art. 5º, LXXI, da CF/88.

E prossegue o autor, desta vez citando escólio doutrinário de Wander Paulo Marotta Moreira:

A expressão constitucional tem, entretanto, alcance maior. Não quis o constituinte referir-se apenas a esses atos administrativos (refere-se ao ato normativo). A abrangência no conceito engloba qualquer ato normativo expedido para a regulamentação de serviço; alcança qualquer regra, escrita ou não, que inviabilize o exercício de um direito constitucionalmente consagrado, ou que o dificulte ou retarde.

Ad exemplum: suponha-se que seja editada a lei específica prevista no art. 37, VII, da CF,⁹ e ela seja silente quanto a ser vedado ou não ao Poder Público realizar descontos nos vencimentos dos servidores durante o exercício do direito de greve. Imagine-se que a Administração comece a descontar os vencimentos dos servidores durante o exercício desse direito (greve), como forma de forçar o servidor a não exercê-lo, inviabilizando-o em sua plenitude. Não há dúvidas de que essa omissão poderia ser objeto de mandado de injunção, a fim de que se regulamente a proibição de descontos da remuneração dos servidores durante as paralisações. Seria essa norma pressuposto necessário para o exercício daquele direito.

Nesse caso, é possível falar na existência de direitos constitucionais secundários ou reflexos, penderes de regulamentação, que visem a possibilitar o exercício de um direito constitucional primário ou conexo – previsto expressamente no

⁸ OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Mandado de injunção**: da inconstitucionalidade por omissão. 2. ed., São Paulo: RT (2004, p.51).

⁹ A partir do momento em que for regulamentado o exercício do direito de greve dos servidores públicos civis, mediante lei específica, será automático o afastamento da incidência da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, que prevê, no art. 17, parágrafo único, o direito à percepção dos salários durante o período de paralisação.

texto da Lei Maior. E esses direitos ditos reflexos ou secundários podem ser objeto de mandado de injunção, a fim de tornar *viável* o *exercício* do direito constitucional expressamente previsto, haja vista servirem para lhe dar efetividade. Isto porque, sem esses, permanecerá indesejável o próprio direito constitucional primário, tornando a não regulamentação desse direito uma flagrante inconstitucionalidade por omissão, controlável pelo Poder Judiciário pela ordem injuncional.

Portanto, toda e qualquer norma regulamentadora que gravite em torno de um direito constitucional, cuja ausência esteja tornando o exercício desse direito inviável em sua devida plenitude, pode ser objeto de mandado de injunção.

4. O MILITAR COMO PESSOA HUMANA E COMO SUJEITO DE DIREITOS

4.1. O militar como pessoa humana

A Norma *Ápice* de 1988, em seu art. 1º, III, consagra a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil e, em nenhum momento, tolheu do militar essa proteção constitucional. Isso significa que o Estado, materializado no modo de agir da Administração militar, deve respeitar esse princípio vetor, o qual é alicerce para todo o ordenamento jurídico brasileiro; afastando-se desse, toda a atuação administrativo-militar deve ser tida por inconstitucional e inválida.

O militar é uma pessoa. E uma pessoa existe com um fim em si mesmo e autonomamente considerado em relação ao corpo social a que pertence. Pertencer a uma Força armada, ou a uma Força auxiliar, não retira a individualidade do ser humano destacado desse corpo comunitário, devendo ser reconhecido pelos seus semelhantes como pessoa ser em si. Isso significa que:

Como ser em si, o ser humano é um todo, e não uma parte de um grupo, nação ou Estado: isto é, não pode ser sacrificado em nome do todo ou da maioria, como no utilitarismo. Como um ser com outrem, a pessoa traz consigo a exigência de reciprocidade. Como um ser em si, o ser humano é autofinalizado, não podendo ser transformado em meio para fins externos a si, na expressão de Kant. Considerar o ser humano como pessoa é o que será denominado reconhecimento.¹⁰

Sob essa lente, vislumbra-se que o ser humano não é passível de equi-

¹⁰ ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio (orgs). **Dignidade da pessoa humana**: Fundamentos e critérios interpretativos. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 50.

valência com um objeto, nem mesmo com outro semelhante, uma vez que pessoa é ser individual insubstituível. Todo ser humano é único, e por ser único no mundo existencial não há como lhe atribuir um equivalente substituto. E por não ter um equivalente, o ser humano tem dignidade, pois há de ser reconhecido como pessoa ser em si, como um fim em si mesmo e único entre os muitos. Na exata lição de Immanuel Kant¹¹:

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.

E esse reconhecimento do militar como pessoa humana tem efeito benéfico também na própria esfera castrense, pois faz o homem que veste farda elevar seu espírito. Lição que foi escrita há mais de dois mil anos já informava que: “Se o general cuida de seus homens com dignidade, obterá deles a força máxima”¹² (TZU, 2010, p. 89). Portanto, todo militar há de ser reconhecido como pessoa humana.

4.2. O militar como sujeito de direitos

Percebe-se que o militar como pessoa humana é também sujeito de direitos. Sendo assim, é dever do Estado garantir o seu mínimo existencial. Este mínimo existencial deve ser compreendido como um dos parâmetros de dosimetria e densificação material da pessoa humana, autorizando, inclusive, a intervenção judicial para sua preservação na hipótese de omissão do Poder Público. Esse também pode ser denominado de mínimo fisiológico, ou mínimo vital, e deve ser observado como as condições materiais mínimas para uma vida condigna, no sentido da proteção contra necessidades de caráter existencial básico. Sobre a intervenção judicial em proteção desse mínimo existencial, o STF¹³ já decidiu:

[...] Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de

¹¹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2008, p. 65.

¹² TZU, Sun. **A arte da guerra**: por uma estratégia perfeita. Tradução Heloisa Sarzana Pugliesi e Márcio Pugliesi. São Paulo: Madras, 2010, p. 89.

¹³ STF - ADPF 45 MC/DF. Relator: Min. Celso Mello.

implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da ‘reserva do possível’. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da exigibilidade do núcleo consubstanciador do ‘mínimo existencial’. (grifamos)

Malgrado essa proteção, a própria Constituição pode restringir ou vedar determinados direitos, sem atacar esse mínimo vital. Desde que o faça de maneira expressa, como o fez restringindo o manejo do *habeas corpus* contra punições disciplinares militares; bem assim, quando vedou ao militar o direito de greve, de sindicalização e o de filiação partidária, enquanto em serviço ativo (art. 142, §§ 2º e 3º, IV, V, da CF). Sobre esse prisma, toda e qualquer vedação a direitos constitucionais deve ser feita de maneira expressa, não se cogitando em vedações implícitas ou presumidas: no silêncio da Constituição, a interpretação deve ser feita pela não negação de direitos. Assim, o rol do inciso VIII, do § 3º, do art. 142, da CF, não deve ser visto como taxativo, mas, meramente, exemplificativo. Tanto é verdade que os direitos e as garantias individuais e coletivos previstos no art. 5º, e os direitos sociais previstos no *caput* do art. 6º, ambos da CF, são extensíveis aos militares, mesmo sem estarem elencados no referido rol.

Deve-se observar, ainda, que há uma norma de abertura no inciso X, do § 3º, do art. 142, da CF, que remete à lei o estabelecimento do limite de idade, estabilidade, *direitos*, deveres e outras condições especiais dos militares, *consideradas as peculiaridades de suas atividades*. Somando-se a essa regra, é de se observar, igualmente, a abertura material da Constituição prevista no § 2º, do art. 5º, da CF, que informa que os direitos e as garantias expressos na 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*.

Nesse diapasão, já no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos,¹⁴ extrai-se que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo e o desprezo ou desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanida-

¹⁴ Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

de. O advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade, foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum, sendo essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão. Assim, veio a referida Declaração a proclamar expressamente, no art. XXIV, que: “Toda pessoa tem direito a repouso e lazer, inclusive à limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas”.

Com efeito, a necessidade de uma limitação da jornada de trabalho está imbuída na própria concepção da dignidade da pessoa humana, sendo referida necessidade protegida pelo ordenamento jurídico, estando incorporado entre aqueles direitos existenciais mínimos, intangíveis pelo Estado, concebidos a toda pessoa humana, como forma de lhe garantir a paz material e de espírito.

Diante de sua irrefutável relevância, o direito à limitação das horas de trabalho foi objeto também do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹⁵ – já ratificado pelo Brasil no Decreto nº 591, de 6 de Julho de 1992. Declarando referido Pacto, em seu art. 7º, “d”, que se reconhece o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente: “O descanso, o lazer, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, assim como a remuneração dos feridos”.

No mesmo sentido, apresenta-se outra importante norma sobre direitos humanos fundamentais¹⁶ – igualmente ratificada pelo Brasil no Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999, reconhecendo que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que se justifica uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar. Essa norma fez previsão, no seu art. 7º, “g”, que os Estados-Partes reconhecem que o direito ao trabalho pressupõe que toda pessoa goze desse direito em condições justas, equitativas e satisfatórias, e que esses Estados garantirão, em suas legislações internas, a: “Limitação razoável das horas de trabalho, tanto diárias quanto semanais. As jornadas serão de menor duração quando se tratarem de trabalhos perigosos, insalubres ou noturnos”.

¹⁵ Publicado no D.O.U. de 7.7.1992.

¹⁶ Publicado no D.O.U. de 31.12.1999. Estabelece o seu art. 1º que: “O Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “Protocolo de São Salvador”, concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador, apenso por cópia a este Decreto, deverá ser executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém”.

Portanto, a limitação da jornada de trabalho é um direito humano fundamental que não pode ser tolhido pelo Poder Público, uma vez que se encontra naquele núcleo intangível pelo Estado de direitos (mínimo existencial) destinados a assegurar a toda pessoa a sua dignidade, enquanto ser humano em si.

5. O MANDADO DE INJUNÇÃO COMO INSTRUMENTO PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL AO LAZER: DA ESSENCIALIDADE DA LIMITAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO DO MILITAR NA BUSCA DESSA EFETIVIDADE

Conforme exposto alhures, o mandado de injunção tem por finalidade tornar viável o exercício de um direito constitucional, uma liberdade ou as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, cuja efetividade do seu exercício esteja na dependência de uma norma regulamentadora. E o direito ao lazer para os militares também reclama uma norma regulamentadora que lhe garanta tempo livre para usufruí-lo. Sem isso, não há como se falar em efetivação do direito ao lazer para referidos servidores.

5.1. O direito constitucional ao lazer

O direito social ao lazer, previsto expressamente no *caput* do art. 6º, da CF, é um direito fundamental do ser humano. Sob o prisma jurídico, é possível conceituar o direito ao lazer como: “O direito do ser humano se desenvolver existencialmente, alcançando o máximo das suas aptidões, tanto nas relações que mantém com outros indivíduos e como o Estado, quanto pelo gozo de seu tempo livre como bem entender”¹⁷. Com efeito, impossível é pensar no exercício do direito ao lazer sem a disponibilidade de tempo livre para gozá-lo. Referido direito está colocado ao lado dos demais direitos fundamentais do homem moderno e, de acordo com José Maria Guix¹⁸, o lazer atende às seguintes necessidades do ser humano:

- a) necessidade de libertação, opondo-se à angústia e ao peso que acompanham as atividades não escolhidas livremente;
- b) necessidade de compensação, pois a vida atual é cheia de tensões, ruídos, agita-

¹⁷ CALVET, Otávio Amaral. **O Direito ao lazer nas relações de trabalho**. São Paulo: LTR, 2006, p. 75.

¹⁸ apud NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. Cit., p. 653.

- ção, impondo-se a necessidade do silêncio, da calma, do isolamento como meios destinados à contraposição das nefastas consequências da vida diária do trabalho;
- c) necessidade de afirmação, pois a maioria dos homens vive em estado endêmico de inferioridade, numa verdadeira humilhação acarretada pelo trabalho de oficinas, impondo-se um momento de afirmação de si mesmos, de auto-organização da atividade, possível quando dispõe de tempo livre para utilizar segundo os seus desejos;
- d) necessidade de recreação como meio de restauração biopsíquica;
- e) necessidade de dedicação social, pois o homem não é somente trabalhador, mas tem uma dimensão social maior, é membro de uma família, habitante de um município, membro de outras comunidades de natureza religiosa, esportiva, cultural, para as quais necessita de tempo livre;
- f) necessidade de desenvolvimento pessoal integral e equilibrado, como uma das facetas decorrentes da sua própria condição de ser humano.

Na concepção de José Afonso da Silva¹⁹:

Lazer é a entrega à ociosidade repousante. Recreação é a entrega ao divertimento, ao esporte, ao brinquedo. Ambos se destinam a refazer as forças depois da labuta diária e semanal. Ambos requerem lugares apropriados; tranqüilo num, repletos de folguedos e alegrias em outro.

Importa também observar que o lazer é responsável pelo desenvolvimento da cultura humana. Na concepção de Alexandre Lunardi²⁰:

Dentre outras funções sociais, o direito ao lazer é o responsável por proporcionar o desenvolvimento da cultura, seja na sua criação como no seu usufruto. O excesso de trabalho pela prestação de horas extras habituais, ou mesmo pela falta de liberdade em relação aos horários de trabalho, impede o convívio social e familiar, que são os campos nos quais a cultura é mais bem elaborada. As relações intersubjetivas proporcionam a criação e a manutenção daquilo que o direito denomina como patrimônio cultural.

¹⁹ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 315.

²⁰ LUNARDI, Alexandre. **Função social do direito ao lazer nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2010, p. 82.

Aponta referido autor uma inter-relação entre o direito ao lazer e a jornada de trabalho, quando deixa consignado que: “A defesa do direito ao lazer muitas vezes se comunica com a necessidade da redução da jornada de trabalho (...)”, criando um modelo subjetivamente desejável para a vida humana²¹.

Portanto, o direito ao lazer é um direito constitucional expresso e necessário para o exercício de inúmeros outros direitos, não podendo o Poder Público negligenciar em dar-lhe efetividade. Sendo o Estado omissivo em regulamentar matérias tangentes ao mesmo, que o esteja tornando inviável, cabível é ao Judiciário determinar que o efetivo, mediante normas regulamentadoras, atendendo-se aos preceitos do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais.

5.2. O Mandado de Injunção como instrumento para efetivação do direito constitucional ao lazer dos militares

Deve ser lembrado que a chegada do Poder Político na cena do lazer se fez historicamente, sob a forma de legislações ou de proposições com efeitos diretos no lazer: legislação para a redução da jornada de trabalho, para licenças e férias²². A disponibilidade de tempo livre é essencial para o exercício desse direito constitucional²³, como bem assinala Lunardi²⁴:

Ao pensar em tempo livre, é possível dizer que somente garantindo sua existência é que se torna possível a efetivação de outros direitos. [...] O primeiro passo para a efetivação do direito ao lazer é a criação de tempo livre. Primeiro por ser a inconfundível antítese do trabalho, do tempo vinculado. Segundo por ser a forma mais simples de atender às necessidades individuais e da comunidade, pois permite ao indivíduo e ao grupo exercer o livre-arbítrio em relação às suas atividades de lazer.

Para os militares, porém, a Constituição não limitou a jornada de trabalho desses servidores, como o fez em relação aos demais cidadãos. Na verdade, des-

²¹ Idem. *Ibidem*, p. 54.

²² PRONOVOST, Gilles. **Introdução à Sociologia do lazer**. São Paulo: Senac, 2011, p. 111.

²³ Entende Alexandre Lunardi (Op. Cit., p. 116) que: “Busca-se, com o art. 6º da Constituição Federal, atingir tanto a eficácia jurídica como a eficácia social do direito ao lazer, contudo, para alcançar tais finalidades, é necessária uma produção legislativa e normativa na qual este direito seria melhor delimitado, estabelecendo, assim, as bases de garantia e de exigência e oponibilidade desse direito contra terceiros. Nesse ponto, percebe-se, portanto, que o direito ao lazer não se configura em uma norma constitucional auto-executável”.

²⁴ LUNARDI, Alexandre. Op. Cit., pp. 128-129.

tinou essa incumbência à norma infraconstitucional (art. 42, § 1º; art. 142, § 3º, X, da CF). No entanto, não há uma determinação expressa na CF para que o legislador limite a jornada de trabalho do militar. Não se pode olvidar, contudo, que o militar é uma pessoa humana e, como tal, não pode ser equiparada a um escravo²⁵ (art. 1º, III, da CF).²⁶ Também há de se observar que as normas internacionais mandam limitar, de forma genérica, a jornada de trabalho de toda pessoa humana, não fazendo qualquer ressalva em relação ao militar, conforme já exposto.

Por conseguinte, é possível defender que o direito à limitação da jornada de trabalho do militar está protegido pela legislação internacional e foi incorporado ao nosso ordenamento jurídico, por força das ratificações. E, por esse prisma, é possível afirmar que o art. 142, § 3º, X, da CF, manda que o Estado legisle sobre os *direitos e outras situações especiais dos militares*, aí se incluindo, indubitavelmente, a limitação da jornada de trabalho.

Nesse diapasão, a limitação da jornada de trabalho do militar deve ser vista como a forma de tornar *viável o exercício* do direito constitucional ao lazer. O direito ao lazer, para se tornar fruível, demanda a necessidade de tempo livre, visto que o lazer é a antítese do trabalho. Logo, ao teor do art. 5º, LXXI, da CF, é possível exigir do Estado a elaboração de uma norma regulamentadora que limite a jornada de trabalho dos militares, não só porque a legislação internacional assim o determina, mas também porque essa lacuna está a inviabilizar o exercício de um direito constitucional expresso, qual seja, o direito ao lazer. Valendo lembrar que é dever do Estado incentivá-lo (art. 217, § 3º, da CF). Sendo assim, estando o lazer incluído no rol daqueles direitos concebidos como o “mínimo existencial”, cabe ao Poder Judiciário exigir dos demais poderes do Estado que viabilizem seu gozo pelos cidadãos, em verdadeiro prestígio à Constituição, atendo ao princípio da máxima efetividade.

E o Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Norte (TJRN) já teve a oportunidade de enfrentar a matéria aqui tratada, no entanto, concedeu a ordem

²⁵ Assim se pronunciou o Juiz Hélio do Valle Pereira: “Impossível sustentar, diga-se desde logo, que os militares não estejam submetidos a limites quanto à jornada de trabalho. A se defender que estariam desprovidos de tal proteção, seria defensável que ficariam integralmente à disposição da entidade - em regime equiparável somente à escravidão”. Sentença de primeiro grau confirmada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC - 220397 SC - 2010.022039-7, Relator: Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. Data de Julgamento: 24/05/2011, Primeira Câmara de Direito Público).

²⁶ Já decidiu o STF que: “Sendo fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, o exame da constitucionalidade de ato normativo faz-se considerada a impossibilidade de o Diploma Maior permitir a exploração do homem pelo homem.” (RE 359444 / RJ. Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO. Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 24/03/2004. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação. DJ 28-05-2004 PP-00007. EMENT VOL-02153-07 PP-01261).

injuncional por outros fundamentos jurídicos, cuja Ementa é a seguinte:

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO - POLICIAIS MILITARES - CARGA HORÁRIA DE TRABALHO - AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO - OMISÃO LEGISLATIVA - POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA REGRA INSERTA NO ART. 19 DO REGIME JURÍDICO ÚNICO DOS SERVIDORES CIVIS (LEI COMPLR Nº 122/94) ATÉ A EDIÇÃO DA NORMA ESPECÍFICA - RECONHECIMENTO DA MORA LEGISLATIVA E DETERMINAÇÃO DE PRAZO PARA O SUPRIMENTO DA LACUNA - PROCEDÊNCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO. 122. Reconhecida a lacuna na legislação estadual no que diz respeito à regulamentação da jornada de trabalho de policiais militares, é possível a concessão de mandado de injunção para assegurar ao impetrante o cumprimento da carga horária estabelecida no regime jurídico a que se submetem os servidores civis, até a edição da norma específica. (TJRN - MI 43881 RN 2010.004388-1, Relator: Juiz Nilson Cavalcanti (Convocado), Data de Julgamento: 22/09/2010, Tribunal Pleno)

Essa decisão foi a primeira do gênero na jurisprudência pátria, não encontrando precedentes nem nas decisões dos demais tribunais estaduais nem nas cortes superiores. Posteriormente, o TJRN também decidiu em favor de uma associação de policiais militares, estendendo a decisão para toda a categoria, ou seja, emprestando-lhe efeitos *erga omnes*.²⁷

Chamado a se pronunciar sobre o tema, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR) negou a ordem injuncional pleiteada, sob o fundamento de que:²⁸

[...] A Constituição Federal e a Constituição do Estado do Paraná não estenderam aos militares o direito à jornada de trabalho não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais (CF, art. 7.º, inc. XIII; CE, art. 34, inc. VII), tampouco lhes assegurou o direito à remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal (CF, art. 7.º, inc. XVI; CE, art. 34, inc. IX), não havendo falar em omissão legislativa que impeça o exercício de direito constitucionalmente garantido. [...]

Esta decisão, data máxima vênua, merece a seguinte ponderação inter-

²⁷ TJRN - 109165 RN 2010.010916-5, Relator: Juiz Nilson Cavalcanti (Convocado), Data de Julgamento: 25/07/2011, Tribunal Pleno.

²⁸ TJPR - 7253269 PR 0725326-9, Relator: Rabello Filho, Data de Julgamento: 06/05/2011, Órgão Especial, Data de Publicação: DJ: 633.

pretativa: se a Constituição tivesse previsto ela mesma a limitação da jornada de trabalho para os militares, essa regra (limitação) seria auto-executável, sendo o mandado de injunção, nesse caso, instrumento desnecessário e inadequado. Justamente porque a CF não previu esse direito expressamente é que ele se torna juridicamente possível de ser tutelado por meio de mandado de injunção. Isto porque a limitação da jornada de trabalho é pressuposto lógico para possibilitar o exercício do direito constitucional ao lazer, ou seja, sem se regulamentar a jornada de trabalho, não há como se *viabilizar* o direito constitucional ao lazer. Portanto, não serve o mandado de injunção para assegurar um direito constitucional auto-executável; nesse caso, pode-se lançar mão do mandado de segurança, mas não do mandado de injunção. Eis aí, com a máxima *vênia*, o erro de interpretação levado a cabo pelo TJPR em seu julgado.

Com efeito, deve-se interpretar que a CF deixou essa incumbência (tratar de direito, deveres e outras condições especiais dos militares) para a lei infraconstitucional (norma regulamentadora), levando-se em conta as peculiaridades da função militar (art. 142, § 3º, X). Desse modo, pode-se compreender que a Constituição, prevendo o *modus vivendi* dos militares e as peculiaridades da missão constitucional dos mesmos, deixou a cargo da lei a regulamentação da jornada de trabalho desses servidores.²⁹ Contudo, é da necessidade de se *viabilizar* o exercício do direito constitucional ao lazer que se obtém o objeto para o mandado de injunção. Visto que o mandado de injunção não visa a regulamentar um direito constitucional em si, mas, sim, trazer uma norma que torne viável e efetivo o exercício de um direito constitucionalmente previsto: são as normas regulamentadoras (de quaisquer espécies) o objeto do mandado de injunção e não o próprio direito constitucional. Sendo assim, cabe mandado de injunção para que se limite a jornada de trabalho do militar visando a tornar viável e efetivo o gozo do direito constitucional ao lazer.

Destarte, a limitação da jornada de trabalho do militar encontra amparo no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que veda o tratamento da pessoa humana numa condição, análoga a de escravo (art. 5º, III, XLVII, “c”, da CF) e também nas normas internacionais que tratam de direitos humanos fundamentais. Entretanto, não é a limitação da jornada de trabalho para os militares um direito constitucional expresso. E, se assim o fosse, seria uma norma auto-aplicável, não cabendo mandado de injunção para seu amparo.

Por outro lado, o direito ao lazer é um direito constitucional expresso.

²⁹ Relembre-se que a limitação da jornada de trabalho é uma imposição feita pela legislação internacional já ratificada pelo Brasil.

E, para que se torne viável o exercício deste direito social, é necessário tempo livre, o que só é possível com a limitação da jornada de trabalho. Importa dizer, para que se torne viável o exercício do direito constitucional ao lazer para os militares, é necessário regulamentar o tempo vinculado (trabalho), a fim de possibilitar ao militar gozo do seu tempo livre (tempo não vinculado) no seio de sua família, amigos ou mesmo entregando-se à ociosidade, renovando suas forças para retornar, novamente, ao labor e desempenhar com eficiência suas atribuições constitucionais. E, para alcançar essa finalidade, é possível ao Judiciário compelir os demais poderes do Estado a regulamentarem a jornada de trabalho a ser aplicável aos militares, sendo instrumento constitucional e adequado para isso o mandado de injunção.

6. CONCLUSÃO

À vista de todo o exposto, pode-se concluir que a limitação da jornada de trabalho humano é uma aspiração antiga, que ganhou força juntamente com a Revolução Industrial, sendo também preocupação da Igreja.

A finalidade do mandado de injunção é tornar viável um direito ou uma liberdade constitucional, ou mesmo as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Isso não significa dizer que o mandado de injunção tem como propósito regulamentar o próprio direito previsto na CF, pois a finalidade da norma regulamentadora é outra, qual seja, tornar viável o exercício efetivo de um direito constitucionalmente previsto, não regulamentá-lo.

O militar deve ser visto como pessoa humana, autonomamente considerada em seu ser e cujas singularidades precisam encontrar um ambiente de aceitação num contexto social atual. Também deve o militar ser visto como sujeito de direitos, cuja proteção constitucional torna intangível a violação a sua dignidade. Sendo oportuno, ressaltar, outrossim, que há uma determinação da legislação internacional que trata sobre direitos humanos no sentido de que se limite a jornada de trabalho de toda pessoa humana, não estando o militar fora desse conceito.

Portanto, o mandado de injunção é instrumento constitucional correto para limitar a jornada de trabalho dos militares, mediante norma regulamentadora, com a finalidade de viabilizar a esses servidores o direito constitucional ao lazer, cuja essência, *prima facie*, demonstra a evidente necessidade de tempo livre para efetivá-lo, tendo em vista ser este a antítese do trabalho. Ou seja, tempo livre para o lazer se contrapõe ao tempo vinculado para o trabalho. Sem essa compreensão, o direito constitucional ao lazer dos militares permanecerá inviabilizado para os mes-

mos, pois aquele que não dispõe de tempo livre para gozá-lo no seio de sua família, amigos ou mesmo entregando-se à ociosidade, não pode ser considerado no pleno gozo do exercício do direito social ao lazer. Vale dizer, o militar não pode mais ser visto como um escravo nas “senzalas” do quartel trabalhando de “sol a lua e de lua a sol”! Advirta-se, a aparente blindagem da farda esconde, por detrás, uma frágil e sensível carcaça humana, carecida dos mais simples e sublimes desejos, entre os quais o de poder desfrutar do lazer com seus entes queridos e também em prol do seu próprio corpo. O que só é alcançável com a criação de tempo livre.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio (orgs). **Dignidade da pessoa humana: Fundamentos e critérios interpretativos**. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para atuação judicial**. Revista Interesse Público, Belo Horizonte, n. 46, nov./dez. 2007.

CALVET, Otávio Amaral. **O Direito ao lazer nas relações de trabalho**. São Paulo: LTR, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. Revista Crítica Jurídica, nº 22. Disponível em <<http://www.unibrasil.com.br>>. Acesso em 15.02.2007.

KANT, Immanuel (trad. Leopoldo Holzbach). **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2008, p.65.

LUNARDI, Alexandre. **Função social do direito ao lazer nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. 5º vol., 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 25. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 34. ed., São Paulo; LTR, 2009.

_____. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Mandado de injunção**: da inconstitucionalidade por omissão. 2. ed., São Paulo: RT, 2004.

PRONOVOST, Gilles. **Introdução à Sociologia do lazer**. São Paulo: Senac, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

TZU, Sun. **A arte da guerra**: por uma estratégia perfeita. Trad. Heloisa Sarzana Pugliesi; Márcio Pugliesi. São Paulo: Madras, 2010.