

A CONSTITUCIONALIDADE DO TRABALHO ARTÍSTICO INFANTIL

THE CONSTITUTIONALITY OF THE INFANT ARTWORK

Rafael Victor Horta Gonçalves¹

Resumo: Muito se discute nos dias atuais sobre a proteção do menor e a legalidade do trabalho ou das atividades profissionais exercidos por este. Tanta é sua relevância, que o tema é tratado com prioridade em nossa Constituição, onde se verifica vedação expressa ao trabalho feito pelo menor de 16 anos, salvo na condição de aprendiz a partir dos 14 anos, como prescreve expressamente os dispositivos contidos no inciso XXXIII do artigo 7º e no inciso I, do parágrafo 3º, do artigo 227, todos da Constituição. Contudo, fica a dúvida em relação àqueles menores de 16 anos que exercem atividade artística, sobre a legalidade desta. E se tal atividade pode ser considerada como trabalho. Para melhor compreensão do tema e obtenção das devidas conclusões, trataremos da proteção ao trabalho do menor nas constituições brasileiras, na doutrina constitucional e do trabalho artístico infantil, da convenção nº 138 da OIT, e por fim falaremos da constitucionalidade e consequente legalidade do trabalho artístico infantil.

Palavras-chave: proteção ao trabalho do menor; direitos fundamentais; direito constitucional; artigos 7º, XXXIII, e 227, §3º, I, CF; direito do trabalho; Convenção n. 138 da OIT; trabalho artístico infantil; inconstitucionalidade material.

Abstract: Is much discussion these days about the protection of children and the legality of the work or professional activities exercised by this. Such is its importance that the subject is treated with priority in our Constitution, which expresses the work done by the lesser of 16, except as apprentices from the age of 14, as can be seen explicitly prescribes sealing devices contained in XXXIII Article 7 and in section I, paragraph 3, Article 227 of the Constitution everyone. However, there is the question regarding those under 16 who exercise artistic activity on its legality. And if such activity can be considered as work. For better understanding of the subject and obtaining the necessary conclusions, deal protection underage labor in Brazilian constitutions in constitutional doctrine and artistic child labor, the Convention No. 138 of the ILO, and finally talk of constitutionality and consequent legality of the artwork Kids.

Keywords: labor protection of the minor, fundamental rights, constitutional law, Articles 7, XXXIII, and 227, § 3, I, CF; labor law; Convention n. 138 ILO, artistic child labor; unconstitutionality.

¹ Acadêmico em Direito na Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete – FDCL. Artigo elaborado com a orientação do Prof. Msc. Tarcísio Henriques Filho.

1. As Constituições Brasileiras e a Proteção ao Trabalho do Menor

1.1 Introdução

Tanto à criança quanto ao adolescente são garantidos todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, inclusive os elencados no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990), como bem preceitua o art. 3º do mesmo documento normativo. É preciso, contudo, destacar que nem sempre foi assim.

Desde os tempos helênicos, os filhos dos escravos no Egito, Roma e Grécia Antiga, já trabalhavam para os amos ou senhores de seus pais ou para terceiros, em benefício de suas famílias, sem remuneração. Isto acontecia, e continua acontecendo, desde essa época, em vista da necessidade dessas famílias de garantir seu sustento ainda que fosse através da exploração do trabalho do menor, mesmo fato e necessidade que pode ser observada em outras épocas da história da humanidade.

Entretanto, a preocupação em tutelar esta atividade, estabelecendo regras claras e expressas para proteção do trabalho infantil, só surge no século XIX, e tem sua origem nos países mais industrializados. Na América Latina, teve como pioneiro, o Brasil, que em 1891 expediu o Decreto n. 1.313, no governo de marechal Deodoro da Fonseca, a partir daí tem início a legislação sobre o tema, como veremos a seguir.

1.2. Evolução da Proteção ao Trabalho do Menor no Brasil

As Cartas de 1824 e 1891, não dispunham expressamente sobre o trabalho infanto-juvenil, sem nem mesmo mencioná-lo em seu texto. Isso porque segundo a doutrina existente, a preocupação internacional com o tema só começou em 1890 com a Conferência de Berlim.

Em 1919, como fruto do Tratado de Versalhes, foi criada a Organização Internacional do Trabalho, tendo o Brasil como um de seus membros fundadores. No mesmo ano foi aprovada a Convenção n. 5 da OIT, a qual limitava a 14 anos a idade mínima para a admissão em canteiros, indústrias, minas, centrais elétricas, construções navais, transportes e construções. Com exceção do trabalho em escolas profissionais autorizadas e em empresas familiares, desse modo, o trabalho infantil sofria restrições necessárias à proteção dos menores.

Diretamente influenciado e pressionado pelas regras estabelecidas pela OIT, o Brasil, em 1934, promulgou sua primeira Constituição que trouxe alguma proteção ao trabalho do menor. Essa Carta de 34 vedou o trabalho dos menores de 14 anos, o trabalho noturno aos menores de 16 e aos menores de 18 anos os trabalhos em indústrias insalubres. Também dispunha que era proibida a distinção de salário na mesma função, por motivo de idade. A Constituição de 1937 manteve as mesmas disposições de sua antecessora. E a de 1946 seguiu a mesma linha, apenas estendendo a proibição do trabalho noturno aos menores de 18 anos.

Em consequência do golpe militar de 1964, a fim de legalizar o regime, foi outorgada a Constituição de 1967. Referida Carta trouxe retrocesso em relação à proteção ao trabalho do menor, uma vez que reduziu a idade mínima seu início. O limite que era a partir dos 14 anos de idade, passou a ser de 12 anos. As demais disposições das Cartas anteriores foram mantidas.

Já a Constituição de 1988, com a nação vivendo um momento de construção e de anseio por direitos fundamentais, em seu art. 227 prioriza a proteção ao menor. Em seu art. 7º, XXXIII, que teve redação dada pela Emenda Constitucional n. 20/1998, expressamente estabelece a “proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 18 e de qualquer trabalho a menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos”. Verifica-se o aumento da idade mínima para o trabalho, ressaltando a condição de aprendiz, e a adição de proibição ao trabalho perigoso ao menor de 18 (dezoito) anos.

2. A Doutrina e a Proteção ao Trabalho do Menor

Viu-se, ao longo da evolução do país, uma crescente preocupação em proteger o menor, sempre visando o seu melhor desenvolvimento. Com isso, como bem destacamos no parágrafo anterior, nossa Lei Maior trouxe em seu artigo 227 a prioridade da proteção da criança e do adolescente. No referido dispositivo, dentre outras instituições, como o próprio Estado, colocou-se a família como maior guardiã dos direitos de seus frágeis integrantes. Isso porque é dentro dela, e por meio de seus membros, que o menor irá se desenvolver e se preparar para as dificuldades da vida adulta.

Infelizmente, não raramente, encontra-se famílias completamente desestruturadas, onde não existem mínimas condições para um desenvolvimento adequado dos jovens que ali amadurecem.

Na doutrina atual, fala-se muito no dever dos responsáveis legais dos infantes quanto ao trabalho que estes estão executando e a importância que família tem na sua formação moral e

profissional. José Afonso da Silva, em sua obra “Curso de Direito Constitucional Positivo”, ensina que a família: “é afirmada como base da sociedade e tem proteção do Estado, mediante assistência na pessoa de cada um dos que a integram [...]” e então completa:

“Essa família, que recebe a proteção estatal, não tem só direitos. **Tem o grave dever**, juntamente com a sociedade e o Estado, de assegurar, com absoluta prioridade, os direitos fundamentais da criança e do adolescente enumerados no art. 227: 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 . Colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e **opressão é exigência indeclinável do cumprimento daquele dever.**” (destaques nossos)

Desse modo, como destaca o mencionado constitucionalista, temos a ideia de ser a família a maior instituição de proteção ao menor, ressaltando que na mesma deve haver severa intervenção em caso de desmazelo.

Diante da proibição do trabalho do menor e sendo a família sua principal protetora, seus responsáveis devem ser proativos e jamais utilizarem de sua mão de obra como fonte de renda familiar. A jurista Alice Monteiro de Barros, nos diz que:

“É dever dos responsáveis legais dos menores (pais, mães ou tutores) afastá-los dos empregos que diminuam o seu tempo de estudo, reduzam o repouso necessário à sua saúde ou prejudiquem sua educação moral (art. 424 da CLT). Caso o serviço possa acarretar prejuízo de ordem física ou moral para o menor, os pais ou representante legal poderão pleitear a extinção do contrato de trabalho.”.

3. Convenção n. 138 da OIT

Para melhor compreensão do tema se faz necessário um estudo mais aprofundado da Convenção n. 138/1973 da OIT, que trata da idade mínima para admissão, e suas implicações no nosso ordenamento jurídico. Referido tratado foi ratificado pelo Brasil e inserido em nosso ordenamento jurídico por meio do Decreto n. 4.134, de 15 de fevereiro de 2002.

É importante ressaltar que, com base em um dos princípios inerentes ao Direito Internacional, o da “*pacta sunt servanda*”, o qual dispõe que os acordos firmados devem ser

cumpridos de boa-fé, expresso na Convenção de Viena, cujo Brasil também faz parte, os dispositivos contidos nos tratados devem ser cumpridos como se lei fosse, com força constitucional ou infraconstitucional, dependendo da forma que forem recepcionados.

Segundo as disposições do tratado, no país-membro que vigorar a convenção deverá haver uma política nacional garantindo a efetiva abolição do trabalho infantil e elevação, progressiva, da idade mínima para admissão a emprego ou a trabalho, de forma que se adequa ao pleno desenvolvimento físico e mental do jovem (art. 1º). Percebe-se a clara intenção da comunidade internacional em criar espaço para a inserção de direitos fundamentais nos países ratificadores do tratado.

A norma para estabelecimento de idade mínima ao trabalho se traduz em seu art. 2º, item 1, onde se lê:

“Todo País-Membro que ratificar esta Convenção especificará, em declaração anexa à ratificação, uma idade mínima para admissão a emprego ou trabalho em seu território e nos meios de transporte registrados em seu território; ressalvado o disposto nos Artigos 4º e 8º desta Convenção, nenhuma pessoa com idade inferior a essa idade será admitida a emprego ou trabalho em qualquer ocupação.”

E ainda no item 3, do mesmo artigo, estabelece que esta idade não será inferior a 15 anos de idade.

Contudo, a grande controvérsia se encontra no art. 8º, item 1, da Convenção 138 da OIT, o qual dispõe:

“A autoridade competente, após consulta com as organizações de empregadores de trabalhadores concernentes, se as houver, poderá, mediante licenças concedidas em casos individuais, permitir exceções para a proibição de emprego ou trabalho provida no Artigo 2º desta Convenção, para finalidades como a participação em representações artísticas.”.

E completa no item 2 que as “Licenças dessa natureza limitarão o número de horas de duração do emprego ou trabalho e estabelecerão as condições em que é permitido”.

Sendo assim, encontramos uma base permissiva ao trabalho artístico infantil. Porém, ainda pode ser discutida a questão da constitucionalidade dessa medida, assunto este que trataremos no próximo tópico.

4. A Constitucionalidade do Trabalho Artístico Infantil

Estudamos acima a norma internacional que estabelece a idade mínima para o trabalho e seu trecho onde se verifica a permissão para execução deste pelo menor de 16 anos. Agora trataremos sobre sua constitucionalidade.

O Procurador do trabalho, Rafael Dias Marques, em seu artigo “Trabalho Infantil Artístico: Possibilidades e Limites”, publicado pela revista jurídica do Senado Federal, defende a constitucionalidade do trabalho artístico executado pelo infante. O ilustre procurador, na conclusão de sua publicação diz:

“As normas internacionais de direitos humanos, enquanto sejam reconhecidas como fontes de direitos fundamentais, devem ser consideradas dispositivos constitucionais no Direito Brasileiro. Assim, a proibição contida no art. 7º, XXXIII da Constituição deve ser relevada quando se tratar de trabalho artístico infanto-juvenil devidamente autorizado pela autoridade judiciária, pois o Brasil ratificou a Convenção 138 da OIT, sobre a idade mínima para o trabalho (Decreto 4.134/2002), em cujo teor se assinala aquela exceção.”

O mesmo autor ainda completa:

“Ademais, a leitura conjugada dos arts. 5º, IX e art. 7, XXXIII da Constituição Federal, sob os influxos da principiologia de hermenêutica constitucional, autorizam uma Concessão à regra proibitiva do trabalho infantil, para permitir esta prática laboral, nos casos em que for estritamente necessária, mediante concessão de alvará judicial, que avaliará aquela necessidade, bem como disciplinar condições especiais de trabalho, como decorrências lógicas dos princípios da proteção integral e da prioridade absoluta”.

O jurista se apoia na ideia de que a Convenção 138 da OIT é um tratado internacional que, em suma, reconhece e amplia o âmbito dos direitos fundamentais ao menor, e por isso ao ser ratificado por nosso país valerá como norma constitucional.

Na mesma linha de princípio sustenta que a base permissiva encontrada no artigo 8º não é inconstitucional, uma vez que para a concessão da permissão para o trabalho do infante só se dará para a finalidade artística e de forma que atenda a todos os seus interesses.

Ousamos discordar do conceituado jurista quanto a constitucionalidade de referida permissão, se essa de fato permitir o laboro. É perfeitamente aceitável a ideia que a norma internacional, outrora estudada, tem caráter constitucional devido a adição de direitos

fundamentais ao nosso ordenamento jurídico. Contudo, nossa Carta Magna não deixa espaço para dúvidas ao proibir expressamente em seu texto o trabalho exercido pelo menor de 16 anos de idade.

Se houver de fato a permissão ao trabalho do menor de 16 anos, estaremos diante da inconstitucionalidade material de referido dispositivo, pois essa, segundo Pedro Lenza, se dá: “o vício material (de conteúdo, substancial ou doutrinário) diz respeito à “matéria”, ao conteúdo do ato normativo. Assim, aquele ato normativo que afrontar qualquer preceito ou princípio da Lei Maior deverá ser declarado inconstitucional. Não nos interessa aqui o procedimento de elaboração da espécie normativa, mas, de fato, o seu conteúdo.”.

Pode-se aceitar perfeitamente a ideia defendida, sustentando-se a possibilidade da atividade artística desenvolvida pelos menores. Contudo, devemos diferenciar atividade de trabalho, pois uma vez caracterizado este, teremos o vício material.

5. A Legalidade do Trabalho artístico Infantil

Visto o aspecto constitucional do trabalho do menor e nosso entendimento quanto à constitucionalidade do trabalho artístico exercido por este, seguiremos para uma análise das diferenças entre atividade e trabalho.

Segundo a doutrina dominante, atividade deve ser compreendida como gênero, do qual derivam duas espécies, o trabalho e a atividade em sentido estrito. Luciano Martinez, felizmente as diferencia, vejamos:

“Enquanto o ‘trabalho’, indispensavelmente remunerado, tem por escopo o sustento próprio e, se for o caso, familiar do trabalhador, a forma identificada como ‘atividade em sentido estrito’, prestada, em regra, sem qualquer onerosidade ou mediante uma contraprestação meramente simbólica, tem objetivos diferentes, ora relacionados com o intento de aperfeiçoamento, ora associados a ações meramente solidárias.”

Ao vermos a feliz classificação dada pelo ilustre jurista, percebemos que a diferença maior entre as espécies retro citadas consiste na natureza jurídica da retribuição pela atividade exercida.

O trabalho tem finalidade mundialmente consolidada, qual seja a sobrevivência do indivíduo, por mais gratificante que o trabalho possa ser ele necessariamente o faz para garantir o seu

sustento e de sua família, e assim sua contraprestação tem natureza salarial.

Assim sendo, fica claro que o dispositivo da Convenção n. 138 da OIT, onde se verifica a possibilidade de permissão ao “trabalho” do menor de 16 anos na forma artística, na verdade dispõe sobre a possibilidade de este desenvolver uma atividade em sentido estrito.

Como bem dispõe Luciano Martinez, sobre as hipóteses em que crianças e adolescentes atuam como modelos, atores, cantores ou desportistas mirins, que para se aceitar a legalidade de referidas atividades, não devemos entendê-las como um trabalho, caracterizado pela sua finalidade suprema de garantir o sustento do indivíduo, mas sim como atividade (em sentido estrito) que tem o objetivo de formar, de incentivar e de aprimorar as qualidades artísticas dentro dos limites de seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social.

Concluimos assim que o trabalho infantil é expressamente vedado pelo nosso ordenamento jurídico, seja ele sob a forma artística ou qualquer outra. O que se pode aceitar, e o que é de fato permitido, é que o infante realize atividade artística com a finalidade de aprendizagem e desenvolvimento. Mas, para isso deverá haver expressa autorização de autoridade competente que observará rigorosamente os requisitos para sua concessão.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de; Curso de Direito do Trabalho; 8ª edição; 2012 Ed. Ltr, São Paulo.

LENZA, Pedro; Direito Constitucional Esquematizado; 15ª edição, 2011; Ed. Saraiva, São Paulo.

MARTINEZ, Luciano; Curso de Direito do Trabalho; 2ª edição, 2012; Ed. Saraiva, São Paulo.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 33ª edição, 2010; Ed. Malheiros, São Paulo.