

TRABALHO INFANTIL ARTÍSTICO: POSSIBILIDADES E LIMITES

Rafael Dias Marques*

1 – INTRODUÇÃO

Trata-se de estudo que tem por objeto analisar a possibilidade de realização de trabalho artístico por crianças e adolescentes que possuam idade inferior à estabelecida pela Constituição Federal para a realização de labor. Com efeito, é situação comum, pública e notória – e que precisa ser analisada sob a óptica do direito – a participação de crianças e adolescentes menores de 16 anos em manifestações artísticas, não raramente apropriadas economicamente por outrem.

Buscou-se responder não apenas à indagação central, mas também às questões relativas ao tema, como o choque entre dispositivos constitucionais (arts. 5º, IX, e 7º, XXXIII), a validade de normas internacionais que tratam do trabalho infantil (com enfoque na Convenção OIT nº 138/73, sobre a idade mínima para admissão a emprego), e que normas devem ser observadas no caso de ser possível o desenvolvimento desse tipo de trabalho.

2 – DA POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE TRABALHO ARTÍSTICO POR CRIANÇAS E ADOLESCENTES FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ART. 7º, XXXIII, DA CF/88

Por ser o Brasil signatário da Convenção nº 138 da OIT, incorporada ao ordenamento interno por força do Decreto nº 4.134, de 15 de fevereiro de 2002, as obrigações contidas nessa norma passaram a ser obrigatórias dentro do território nacional, sendo que esse Diploma internacional integrou-se ao direito brasileiro com força de dispositivo constitucional, conforme será demonstrado.

Como se sabe, os tratados internacionais de direitos tornam-se exigíveis/aplicáveis tão logo sejam eles ratificados. Trata-se de princípio de direito inter-

* *Procurador do trabalho; coordenador da Coordenadoria Nacional de Combate à Exploração do Trabalho de Crianças e Adolescentes, do Ministério Público do Trabalho; ex-juiz do trabalho e ex-procurador do Banco Central do Brasil.*

SEMINÁRIO TRABALHO INFANTIL

nacional, patente inclusive no ordenamento jurídico interno do Brasil, o qual dispõe que os acordos firmados devem ser cumpridos de boa-fé (*pacta sunt servanda*), princípio este expressamente constante da Convenção de Viena, da qual o Brasil também é parte.

Em consonância com esse princípio presente no art. 26 da Convenção de Viena, bem como com aquele previsto no artigo seguinte – segundo o qual “a parte não poderá invocar as disposições de seu direito interno como justificção do descumprimento de um tratado” –, torna-se imperioso o cumprimento dos termos celebrados naquela Convenção da OIT nº 138/73, porquanto recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro, inobstante debates acerca do caráter atribuído a tal tratado (constitucional ou infraconstitucional), aspecto controverso este que será evidenciado no tópico seguinte.

Disso decorre, então – e mesmo *a priori* sem qualquer questionamento acerca do apanágio constitucional, ou não, da norma internacional ora indigitada –, a possibilidade da prática de trabalho infantojuvenil artístico, na medida em que a convenção sobredita deve, pelos princípios expostos, ser cumprida pelo Brasil.

Realmente, a possibilidade de realização de trabalho infantil artístico tem como subsídio o permissivo constante do art. 8º, item 1, da Convenção nº 138/73 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que prevê que:

“A autoridade competente, após consulta com as organizações de empregadores e de trabalhadores interessadas, se as houver, pode, mediante licenças concedidas em casos individuais, permitir exceções à proibição de emprego ou trabalho disposto no art. 2º desta Convenção, para fins tais como participação em representações artísticas.”

O dispositivo citado permite que, após a devida autorização, a criança ou o adolescente, nos casos em que for necessário também para este, realize trabalho artístico.

O Diploma da OIT ora comentado fixa normas que objetivam resguardar a dignidade das crianças e adolescentes, configurando-se assim como uma norma de proteção aos direitos humanos, devendo por isso ser encarada como uma disposição com valor de norma constitucional, como se verá no item seguinte.

Conveniente, ainda que brevemente, dizer por que a Convenção OIT nº 138 deve ser encarada como norma protetiva dos direitos humanos.

Segundo Anselmo Henrique Cordeiro Lopes,

SEMINÁRIO TRABALHO INFANTIL

“Caminho mais adequado parece-nos ser a compreensão das normas de direitos humanos como aquelas necessárias à garantia da vivência digna, do desenvolvimento e da continuidade existencial dos seres humanos e da humanidade.

Pela proteção desta – a humanidade –, entende-se a tutela das gerações futuras e também a garantia de perpetuidade dos valores, dos conhecimentos, das obras e das culturas humanas. *Vemos, assim, os direitos humanos como os básicos, necessários e de interesse comum de todos os seres do globo e que representam os fins legitimadores não só do Estado, mas de toda organização humana: a busca da coexistência entre os homens, da liberdade possível dos indivíduos, do desenvolvimento pessoal e coletivo, do respeito à dignidade de cada um, da perpetuação da espécie e dos valores humanos.*”¹ (Com destaques)

Pode-se, então, conceber como normas de direitos humanos todas aquelas que garantam, além de uma existência digna ao homem, condições que permitam seu desenvolvimento e da sociedade em que ele vive, e que devem ser observadas pelo Estado como o norte legitimador de suas ações.

Dessa forma, não resta dúvida que a Convenção da OIT, sobre a idade mínima para a admissão a emprego, por conter normas de caráter protecionista, as quais têm por objetivo salvaguardar as crianças e os adolescentes da gana capitalista, ceifadoras de suas condições peculiares de seres em desenvolvimento, para encará-las como fonte de mão de obra, garantindo-lhes condições para o pleno desenvolvimento físico, moral, intelectual e psicológico, deve ser encarada como norma internacional de direitos humanos de crianças e adolescentes.

Portanto, a permissão normativa existe. Com base nesse dispositivo da Convenção nº 138 da OIT, pode-se utilizar o trabalho infantojuvenil em atrações artísticas. Porém, ante o silêncio do art. 8º, deve-se fazer uma composição entre a Convenção da OIT e o Texto Constitucional, de forma que não se confunda a permissão com exploração (no sentido de uso abusivo do trabalho infantil). Não é à toa que a própria Convenção lança possibilidade de permissão em casos excepcionais, e ainda sujeito ao crivo da autoridade competente.

Isso porque tanto a criança como o adolescente são seres ainda em formação, tanto física quanto psicológica, intelectual e moral. Logo, as suas atividades prioritárias são aquelas que estão relacionadas diretamente com esse

1 In: A força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos e a Emenda Constitucional nº 45/2004. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 549, 7 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6157/a-forca-normativa-dos-tratados-internacionais-de-direitos-humanos-e-a-emenda-constitucional-no-45-2004>>. Acesso em: 16 out. 2007.

SEMINÁRIO TRABALHO INFANTIL

desenvolvimento, como a frequência a uma instituição de ensino, que propicia capacitação intelectual, e o exercício de atividades esportivas e recreativas, que desenvolvem o raciocínio e podem também propiciar a interação em grupo. Essas atividades devem ser a regra na rotina da criança; o trabalho, exceção.

Assim, a exceção de permissão deve sofrer uma leitura constitucional das cláusulas da Proteção Integral e da Prioridade Absoluta. Destarte, por força de interpretação constitucional, só deve ser aceito o trabalho infantil artístico se este se adaptar às atividades essenciais ao desenvolvimento da criança e do adolescente, e se as disposições relativas a esse trabalho observarem, sempre, o Princípio da Proteção Integral, consubstanciado no art. 227 da Constituição da República, *verbis*:

“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.”

Como bem se lê no dispositivo constitucional, a doutrina da Proteção Integral institui um complexo conjunto de direitos e uma ampla garantia de proteção à criança e ao adolescente. Tal princípio figura como base de todo um sistema garantista e efetivador dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, pois, ao instituir prerrogativas, a Constituição as torna exigíveis, de forma que cumprir as disposições do art. 227 deixa de ser faculdade do Estado, da sociedade e da família, para passar a ser obrigação.

Dessa forma, permite-se o trabalho artístico realizado por crianças e adolescentes desde que sejam observadas garantias mínimas referentes à jornada de trabalho (incluído aí, quando necessário, o tempo para ensaio), horário de desenvolvimento da atividade (de forma a não prejudicar o aproveitamento escolar), remuneração, meio ambiente de trabalho, de previsão de caderneta de poupança, etc., as quais deverão ser fixadas na licença a ser fornecida pela autoridade competente.

Com efeito, e em obediência à norma da OIT, é necessário que haja autorização para a participação infantojuvenil em representações artísticas. E mais: segundo a mesma norma internacional, tal autorização deve conter as condições especiais e tutelares a serem obrigatoriamente observadas no desenvolvimento daquela espécie de labor. Com efeito, a disposição do art. 8º, item 2, da Convenção OIT nº 138 assim está vazada:

SEMINÁRIO TRABALHO INFANTIL

“As permissões assim concedidas limitarão o número de horas do emprego ou trabalho autorizadas e prescreverão as condições em que esse poderá ser realizado.”

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) estabelece em seu art. 149, II, *a*, competir ao Juiz da Infância e da Juventude (ou quem suas vezes o faça) autorizar a participação de criança e adolescente em espetáculos públicos (e seus ensaios). Contudo, em se tratando de trabalho artístico, entendemos que, com a recente alteração constitucional, através da Emenda Constitucional nº 45, que ampliou a competência da Justiça do Trabalho, os juizes do trabalho passaram a ter competência para conhecer da matéria, devendo não apenas autorizar, mas fixar, as condições em que esse trabalho poderá ser desenvolvido, estabelecendo, também, sanções para o caso de descumprimento.

Realmente, assim dispõe o art. 149 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que a autoridade judiciária levará em conta, dentre outros fatores, para a concessão do alvará, os seguintes aspectos: a) os princípios da lei, entre os quais se incluem as balizas maiores de toda a principiologia tutelar da criança e do adolescente, isto é, a proteção integral e prioridade absoluta; b) as peculiaridades locais; c) a existência de instalações adequadas; d) o tipo de frequência habitual ao local; e) a adequação do ambiente à eventual participação ou frequência de crianças e adolescentes; e f) a natureza do espetáculo.

Assim, enquanto não sobrevier lei específica disciplinando os pormenores dessa relação empregatícia singular, a partir de autorização constitucional já existente, deverá o interessado – representado ou assistido por seu representante legal – requerer ao órgão jurisdicional a devida autorização ao exercício de atividade laboral, competindo ao magistrado determinar a forma de execução da atividade (duração da jornada, condições ambientais, horário em que o trabalho pode ser exercido pela criança ou adolescente e outras questões relacionadas ao trabalho que estejam presentes no caso concreto), sempre com a manifestação do Ministério Público do Trabalho, que deverá atuar como fiscal da lei para evitar eventuais irregularidades.

3 – DA APARENTE COLISÃO DE DIREITOS ENTRE OS ARTS. 5º, IX, E 7º, XXXIII, DA CF/88

O grande problema da aplicação e compreensão do direito ocorre quando duas normas, referentes a direitos distintos, autorizam padrões de conduta conflitantes numa mesma situação fática, vez que tais direitos não podem ser exercidos plenamente sem um adentrar a esfera do outro, isto é, sem ferir o

SEMINÁRIO TRABALHO INFANTIL

outro direito, sendo omissos os diplomas quanto à solução para o conflito. E, então, em tal hipótese, está-se diante de um problema jurídico-hermenêutico denominado colisão ou conflito de direitos ou valores jurídicos.

O Brasil, como país defensor das liberdades, dentre as quais figuram a liberdade de expressão e de crença, bem como a liberdade de fazer ou deixar de fazer, senão em virtude de lei, demonstra sua profunda intenção de coibir quaisquer lesões a esses direitos ao fazê-los constar no rol expresso das garantias fundamentais, presentes no art. 5º do Diploma Constitucional de 1988.

Tais direitos são tão essenciais que se constituem como o alicerce da República brasileira como Estado Democrático de Direito, pelo que não podem ser alterados nem por inflexão do Poder Constituinte Derivado, senão por nova Constituinte, o que denota, desde já, a máxima efetividade atribuída às liberdades Fundamentais dos cidadãos pátrios.

Por outro lado, o art. 7º, XXXIII, da Constituição Federal apresenta norma de vedação de trabalho, garantindo o direito ao não trabalho a todos aqueles menores de 16 anos, salvo aos maiores de 14 anos, na condição de aprendiz.

E, então, por força do cotejo dos valores constitucionais incutidos nas normas dos arts. 7º, XXXIII, e 5º, IX, chega-se a uma aparente situação de colisão de direitos, isto é, como garantir a manifestação artística de crianças e adolescentes menores de 16 anos, quando aquelas são expressas por meio de relação de trabalho? Haveria relação de trabalho proibida, por força do art. 7º, XXXIII, da CF/88, ou exceção permitida daquela relação de labor, por corolário do art. 5º, IX, da CF/88?

Assim, frente a tal colisão de padrões conflitantes de comportamento, deve-se proceder à análise global das normas constitucionais, tanto as previstas pelo art. 5º, IX, quanto as capituladas pelo art. 7º, XXXIII, a fim de se extrair o real alcance daqueles permissivos de conduta. Isso porque toda interpretação jurídica deve ocorrer dentro de um contexto, de modo a assegurar a contínua atualização e operabilidade do direito.

Nesse mister, então, e com base no princípio da máxima efetividade e menor restrição, em especial daquelas normas relacionadas à liberdade – defendidos pela melhor doutrina –, vê-se que *não existe proibição de trabalho infantil artístico, mas sim limitações*, as quais devem ser fixadas também considerando o princípio da proporcionalidade, conforme se explicará a seguir.

Segundo alguns doutrinadores e magistrados, a Constituição proibiria qualquer espécie de trabalho a menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz aos maiores de 14 anos (assim pensa Erotilde dos Santos Minharro,

SEMINÁRIO TRABALHO INFANTIL

em sua obra *A criança e o adolescente no direito do trabalho*); por outro lado, e ao mesmo tempo, garante a liberdade de expressão artística, intelectual, científica, etc. (em cujo substrato fático está a manifestação artística de crianças e adolescentes, ainda que tal expressão seja apropriada economicamente por outrem), o que vem a ocasionar a exurgência do fenômeno jurídico da “colisão de direitos”. Diga-se, todavia, uma colisão aparente que deve ser dirimida pela interpretação das normas de forma isolada e como um todo, afinal, apesar de divisões didáticas, “o direito é um só”, como afirma Fredie Didier Jr.².

Aliás, como bem explica Sandra Lia Simón³, a efetivação de uma liberdade pode confrontar diretamente com outro direito de mesmo patamar hierárquico, o que, nesse caso específico, enquadra-se perfeitamente naquela hipótese prevista por Canotilho⁴, na qual “um direito entra em confronto com um bem jurídico (coletivo ou do Estado) protegido pela Constituição”, necessitando de “harmonização”, por avaliação das normas. Como lembram Robortella e Peres⁵:

“Quando determinadas normas em cotejo não são *in abstracto* antinômicas, mas apenas em face de um caso concreto, a atenção do intérprete, se orientada apenas a uma delas, pode implicar violação das demais.”

Imprescindível, nesse ponto, remeter-se àquela advertência espetacular de Pontes de Miranda, citado por Flávia Piovesan⁶, afirmando que: “a primeira condição para se interpretar proveitosamente uma lei é simpatia. Com antipatia não se interpreta, ataca-se”.

Assim, analisando-se, “com simpatia”, o direito garantido a todos, inclusive às crianças e aos adolescentes, de “livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de licença ou censura” (art. 5, IX, da CF), observa-se que o Constituinte não regulamentou limitações à fruição deste direito, nem pelo ponto de vista do modo, nem da pessoa que o exerce, a fim de se ter máxima eficácia, com máxima proteção da liberdade e mínima restrição. E assim deveria ser mesmo, pois, na criação artística, o homem, seja ele criança, adolescente ou adulto, atende a um dom que lhe é

2 *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 9. ed. Juspodivm, 2008. v. 1.

3 *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000.

4 Citado por Sandra Lia Simón.

5 Trabalho artístico da criança e do adolescente – valores constitucionais e normas de proteção. *Revista LTr*, vol. 69, n. 2, 2005, p. 151.

6 Op. cit., nota 33, p. 59.

SEMINÁRIO TRABALHO INFANTIL

inato, que deve experimentar as raias livres da fruição, pois tanto mais livre for, maior será seu potencial artístico.

Aliás, a própria Carta Magna de 1988, dispondo, em seu art. 208, V, sobre o dever do Estado em prover a educação, determina que aquele dar-se-á mediante garantia de acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um.

Ademais disso, nem mesmo era necessário que houvesse limitações expressas, vez que a permissão é regra e a limitação é exceção, abstraindo-se das hipóteses em que houver contradição aos princípios gerais de direito, a outros princípios constitucionais, senso comum, bons costumes, moral, ética, interesse social, etc., qual seria a melhor solução para cada caso, ponderando-se os interesses e os bens jurídicos em confronto, a fim de saber os limites de ambos.

O art. 7º, XXXIII, por sua vez, proíbe qualquer tipo de trabalho por menores de 16 anos, salvo se aprendiz, o que vai diretamente de encontro com a possibilidade de trabalho infantil artístico, *enquanto forma de expressão artística da criança e do adolescente autorizada pelo art. 5º, IX, da CF*. É que, nesses casos, não obstante haja sim a caracterização de “trabalho” nessa situação, esse não é único, de modo que, em paralelo, há sim o caráter artístico-cultural dessa atividade – a criação artística –, elementar para a boa formação da criança e do adolescente, desde que seja devidamente direcionada para isso, vetando-se os excessos e agasalhando-se as práticas no princípio da proteção integral e da prioridade absoluta.

Desse modo, deve-se, então, ponderar aqueles valores constitucionais aparentemente contraditórios, com base em princípios de hermenêutica constitucional. Nessa seara, a tarefa do intérprete será a de coordenar e combinar bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em detrimento de outros, isto é, o mister será o de estabelecer limites e condicionamentos recíprocos de modo a se conseguir aquela harmonização ou concordância prática. É o chamado princípio da concordância prática.

Nesse sentido, e de início, frise-se que não seria razoável e proporcional impedir a prática de todos os trabalhos infantis com finalidade artística, chegando-se, mesmo, ao ridículo, pois ao invés de tais atividades serem utilizadas de forma coerente com os direitos tutelados a todos (*de forma proporcional e conforme os princípios protetivos das crianças e adolescentes*), sobrepor-se-ia um direito a outro, sendo que ambos possuem mesmo nível hierárquico, sendo igualmente essenciais.

SEMINÁRIO TRABALHO INFANTIL

Ressalte-se, ainda, que a norma prevista no art. 7º, XXXIII, da CF certamente não foi redigida para limitar a expressão artística infantil, mas sim para impedir *abusos de direitos*, coibindo, *de modo geral*, o trabalho infantojuvenil. Ao mesmo passo, a norma do art. 5º, IX, não foi criada para se explorar o trabalho artístico de menores, mas sim para permitir a livre expressão, inclusive destes, ainda que haja, por trás disso, atividade de cunho patrimonial, frise-se, *desde que não seja essa a principal finalidade e sejam fixados certos parâmetros* em alvará judicial autorizador da prática laboral, isto é, o trabalho artístico realizado por menores de 16 anos pode ser aceito, com a devida autorização judicial e cautelas correspectivas à proteção integral, desde que seja essencial, como, por exemplo, na representação de um personagem infantil.

Realmente, a norma proibitiva do art. 7º, XXXIII, da CF apresenta teleologia destinada a um escopo protetivo e tutelar da criança e do adolescente, veiculando direito fundamental ao não trabalho em certa época da vida do ser humano, de modo a preservar sua educação, formação, lazer e convivência familiar. Visa, pois, em última análise, impedir prejuízos à criança e ao adolescente, abusos de direitos, de modo que a atividade artística, por si só, ainda que embutida na prestação laboral, não conduz necessariamente àquela situação de prejuízo que compõe a teleologia da norma constitucional de defeso ao trabalho; pelo contrário, comporta, sim, uma das facetas do desenvolvimento biopsicossocial de crianças e adolescentes. Sobre o assunto, Amauri Mascaro Nascimento assim se pronuncia:

“Há situações eventuais em que a permissão para o trabalho do menor em nada o prejudica, como em alguns casos de tipos de trabalho artístico, contanto que acompanhado dos devidos cuidados.” (*Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 846)

Assim é que, de acordo com o Ministro do STJ Teori Albino Zavascki, referenciado por Didier Jr.⁷, existem três subprincípios hermenêuticos para a pacificação dos conflitos de normas constitucionais como no caso sob rubrica, dos quais se destaca um – acrescentando àqueles já citados da menor restrição possível e máxima eficácia –, qual seja: *o princípio da necessidade*.

Ora, em vista desse subprincípio, seria realmente *necessário* vetar o trabalho infantil artístico? Não seria melhor e mais proveitoso à criança e ao adolescente que fossem estabelecidos limites, em seu melhor interesse? Realmente, crê-se mais consentânea ao princípio da proteção integral e prioridade

7 Op. cit., p. 38

SEMINÁRIO TRABALHO INFANTIL

absoluta a autorização para o trabalho infantil artístico, desde que observadas certas cautelas fixadas judicialmente.

Caso ainda haja dúvida, imperioso considerar a teoria defendida por vários doutrinadores, com influência alemã, dentre os quais se põe em evidência Willis Santiago Guerra Filho⁸, ainda a respeito dos subprincípios hermenêuticos. Com efeito, segundo o referido autor, deve-se considerar, ainda, o *princípio do meio mais suave* (decorrente da proporcionalidade).

Ora, qual seria então a solução *mais suave, adequada e necessária* ao caso?

Nesse ponto, não se vê outro caminho possível que não o da limitação de um direito por outro *em fração mínima*, já que a outra escolha possível seria a total limitação do direito de expressão artística no caso.

Assim, entende-se que a liberdade de expressão artística da criança e do adolescente deve subsistir, mesmo que através de trabalho remunerado, com ressalvas, sem que com isso exista lesão ao Texto Constitucional, porquanto as normas ali encerradas foram elaboradas para conviver pacificamente, devendo ser solucionados quaisquer conflitos de forma *proporcional, adequada, pelos meios estritamente necessários*, e de maneira *“mais suave” possível, a fim de se evitar abusos de qualquer parte*. Disso, entende-se que um deve penetrar no outro, na menor fração possível.

Além do mais, tomando-se em conta os ensinamentos do já citado processualista, Fredie Didier Jr.⁹, “duas são as formas de harmonização de conflito de normas constitucionais, oriundas de duas fontes produtoras”, no caso, os arts. 5º, IX, e 7º, XXXIII; a) regra criada pela via da legislação ordinária; b) regra criada pela via judicial direta, no julgamento de casos específicos.

Ora, se legislação ordinária é capaz de sanar os entraves, por que não seria, então, tratado internacional de direitos humanos, com hierarquia superior, cuja dignidade constitucional será desvendada no ponto seguinte? Vê-se que o Tratado Internacional, do qual o Brasil seja parte, é, sim, suficiente para dirimir o conflito, como no caso já o fez, através da Convenção nº 138 da OIT, com possibilidade de trabalho infantil artístico, mas com certas limitações, também reguladas pelo ECA e pela CLT.

Outrossim, essa questão também será complementada na via judicial direta, como sugere o ilustre doutrinador na hipótese “b” acima citada, já

8 Citado por Fredie Didier Jr., op. cit., p. 38.

9 Op. cit., p. 35.

SEMINÁRIO TRABALHO INFANTIL

que será necessário alvará judicial, o qual estabeleça os termos e condições do trabalho artístico da criança e do adolescente, impondo-se as limitações cabíveis, impedindo-se abusos e salvaguardando os direitos das crianças e dos adolescentes e seu desenvolvimento biopsicossocial em condições de sanidade.

Nesses termos, vê-se como sendo totalmente adequado, razoável e proporcional, bem como por ser a “solução mais suave” ao confronto, a permissão do trabalho infantil artístico, desde que resguardados os direitos fundamentais das crianças e adolescentes, decorrentes dos princípios constitucionais da proteção integral e da prioridade absoluta.

Em tal permissão, deve-se acentuar o caráter sociocultural e artístico dessa atividade e, concomitantemente, limitar seu cunho laboral-patrimonial, visando ao melhor interesse da criança e do adolescente, a fim de completar sua formação pessoal, sem deturpações, as quais deverão, de qualquer modo, ser sanadas judicialmente, por meio de alvará, com o estabelecimento de parâmetros para esse trabalho infantil, a ser encarado, sempre, como exceção, e não como regra.

Nesse exato sentido, veja-se, inclusive, que o próprio direito alienígena não se mostrou indiferente a tal temática. Com efeito, o direito comunitário europeu, por exemplo, possui diretiva nesse sentido. Veja-se, para tanto, a Diretiva 94/33 da União Europeia:

“Art. 5. Actividades culturais ou similares

1. A contratação de crianças para participarem de atividades de natureza cultural, artística, desportiva está sujeita à obtenção de uma autorização prévia emitida pela autoridade competente para cada caso individual.

2. Os Estados-membros determinarão, por via legislativa ou regulamentar, as condições do trabalho infantil nos casos referidos no nº 1 e as regras do processo de autorização prévia, desde que essas atividades:

i) não sejam susceptíveis de causar prejuízo à segurança, à saúde ou ao desenvolvimento das crianças e

ii) não prejudiquem a sua assiduidade escolar, a sua participação em programas de orientação ou de formação profissional aprovados pela autoridade competente ou a sua capacidade para se beneficiar da instrução ministrada.”

4 – DO *STATUS* DE INGRESSO DAS NORMAS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Não fossem os princípios presentes na Convenção de Viena, os quais já autorizariam a integral aplicação da Convenção OIT nº 138 em território nacional e, portanto, a coercitividade de sua regra de exceção quanto à possibilidade de prática de trabalho infantil artístico, temperando-se, pois, a letra do art. 7º, XXXIII, da Constituição Federal de 1988, deve-se agregar, ainda, o apanágio constitucional que informa o ingresso, no ordenamento jurídico pátrio, de tratados e normas internacionais que versem sobre direitos humanos, dentre os quais se inclui aquela Convenção da OIT.

É que, caracterizando-se como norma de dignidade constitucional, aquele temperamento avulta ainda mais visível, a autorizar a prática de trabalho infantil artístico, observadas, por óbvio, as cautelas indigitadas no tópico anterior.

Com efeito, antes da Emenda Constitucional nº 45/04, que incluiu o § 3º ao art. 5º da CF/88, para tratar sobre o ingresso de normas internacionais de direitos humanos no sistema normativo brasileiro com *status* constitucional, existia uma enorme discussão doutrinária sobre o nível hierárquico a ser ocupado por esses diplomas; seriam meras leis ordinárias, ou seriam consideradas emendas à Constituição.

Portanto, é necessário explicar a forma como os tratados internacionais que contenham regras de proteção aos direitos humanos se integram ao direito positivo pátrio. Observe-se que a ratificação da Convenção nº 138 da OIT ocorreu sob nova ordem constitucional anterior à EC nº 45/04 e, então, o seu processo de integração ao ordenamento jurídico nacional será analisado sob a égide das normas vigentes naquele momento, consoante a cláusula do princípio de hermenêutica *tempus regit actum*.

Existiam duas correntes que tratavam do assunto: a primeira entendia que toda e qualquer norma internacional ingressava no ordenamento jurídico pátrio com força de lei ordinária; a segunda defendia que, a partir de uma interpretação sistemática da Constituição Federal, as convenções e tratados internacionais de direitos humanos tinham força de norma constitucional.

A primeira corrente, seguida, entre outros, por Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Alexandre de Moraes, entendia que não havia como considerar os tratados internacionais de direitos humanos com porte de hierarquia constitucional, pois sua incorporação ao sistema legal diferia daquele previsto para que a Constituição fosse emendada.

SEMINÁRIO TRABALHO INFANTIL

Com efeito, para se emendar a Carta Política, é necessário votação em 2 (dois) turnos com maioria qualificada (três quintos dos votos dos respectivos membros), na forma prevista pelo art. 60, § 2º, da própria Norma Fundamental.

E, então, com base nessa observação jurídica, sustentavam a impossibilidade de se considerar como norma constitucional tratado internacional de direitos humanos, pois sua forma de ingresso não se submetia ao *quorum* qualificado de três quintos, previsto para o processo de criação de normas constitucionais, na medida em que a inclusão do tratado na ordem jurídica interna ocorria com a ratificação, pelo Congresso Nacional, do ato de adesão ao tratado realizado pelo Poder Executivo. Nesse caso, a ratificação poderia se dar por maioria simples.

Tal entendimento foi consagrado pelo reformador constituinte da Emenda Constitucional nº 45/04, que condicionou a qualificação constitucional a tratado internacional de direitos humanos à observância dos requisitos contidos no art. 5º, § 3º, da CF/88.

Outro problema apontado pelos defensores da paridade entre leis ordinárias e tratados internacionais é uma possível violação do art. 60, § 4º, da CF, pois a norma internacional perde sua vigência com a denúncia, realizada por simples ato do Presidente da República, enquanto que as normas constitucionais de direitos humanos são tidas como de revogação impossível, por serem consideradas cláusulas pétreas.

Em que pese a coerência do raciocínio, não parece ser esse o entendimento mais adequado. Aliás, não somente a melhor doutrina autoriza entendimento diverso, como também os novéis pronunciamentos jurisdicionais do STJ e do STF, especialmente quanto a este que, após longos anos emitindo juízo de valor condizente com a primeira das correntes doutrinárias apresentadas, está reformulando seu posicionamento, para, retornando à postura judicial então prevalente em sua jurisprudência da década de 70, encampar entendimento de que as normas internacionais de direitos humanos ingressam no direito pátrio sob o apanágio de normas constitucionais, independentemente do procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da CF/88. Veja-se.

Conforme Dallari, citado por Carlos Weis,

“As finalidades mais importantes da Constituição consistem na proteção e promoção da dignidade humana. Por esse motivo, não é verdadeira Constituição uma lei que tenha o nome de Constituição, mas que apenas imponha regras de comportamento, estabelecendo uma ordem

SEMINÁRIO TRABALHO INFANTIL

arbitrária que não protege igualmente a dignidade de todos os indivíduos e que não favorece sua promoção.”¹⁰

Cabe ao Estado o dever de promover e proteger a dignidade humana, constituindo os direitos humanos o núcleo inviolável do sistema jurídico-político, não sendo possível, dessa forma, concebê-los como normas infra-constitucionais. São, pois, na tipologia constitucional, normas constitucionais na sua acepção material.

Ademais, a própria Carta Política conferiu grau especial de relevância às normas internacionais de direitos humanos ao estatuir, em seu art. 5º, § 2º, que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, reconhecendo não apenas ela – Constituição – como fonte de direitos e garantias fundamentais, como também os tratados internacionais que cuidem do tema.

Com efeito, o § 2º do art. 5º da Carta Magna trilha um caminho de composição entre o ordenamento legal interno e o externo, de forma a propiciar uma interação entre os dois sistemas. Na seara dos direitos humanos, a interpretação das normas deve ser a mais abrangente possível, de forma a possibilitar sua máxima eficácia. Deve-se garantir a maior proteção possível ao ser humano, sempre promovendo sua dignidade. Firmamos assim entendimento semelhante ao de autores como Flávia Piovesan e Celso D. Albuquerque Mello, para quem os tratados internacionais de direitos humanos são normas constitucionais.

Ao discorrer sobre a classificação dos direitos fundamentais, o professor José Afonso da Silva brilhantemente escreveu:

“A classificação que decorre do nosso direito constitucional é aquela que os agrupa com base no critério do seu conteúdo, que, ao mesmo tempo, se refere à natureza do bem protegido e do objeto de tutela. O critério da fonte leva em conta a circunstância de a Constituição mesma admitir outros direitos e garantias fundamentais não enumerados, quando, no § 2º do art. 5º, declara que os *direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*. Daí as três fontes dos direitos e garantias: (a) os *expressos* (art. 5º, I a LXXVIII); (b) os *decorrentes*

10 *Direitos humanos contemporâneos*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 27.

SEMINÁRIO TRABALHO INFANTIL

dos princípios e regime adotados pela Constituição; (c) os *decorrentes de tratados e convenções* adotados pelo Brasil.”¹¹ (destaques do autor)

Embora formalmente os tratados internacionais sejam incorporados ao direito positivo brasileiro de modo diverso das leis ordinárias (ainda que sua criação seja mais complexa), não há dúvida de que, materialmente, os tratados internacionais de direitos humanos equivalem às disposições constitucionais, razão pela qual entendemos que, apesar do processo diferenciado de incorporação ao sistema legal, diplomas internacionais de direitos humanos e emendas constitucionais se equivalem, pois as normas internacionais de direitos humanos também fixam direitos e garantias fundamentais do homem, com a intenção de promover a dignidade humana, que, por sinal, é um dos fundamentos da República Brasileira (art. 1º, III, da CF).

Ao comentar a alteração constitucional, referente ao processo de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos, José Afonso da Silva classifica as normas constitucionais em normas formalmente constitucionais e normas materialmente constitucionais. As primeiras são aquelas que, para possuírem o mesmo nível hierárquico das disposições constitucionais, devem ser submetidas ao mesmo processo de aprovação das emendas constitucionais; enquanto que as segundas são as normas relativas aos direitos fundamentais, como bem expôs no trecho a seguir:

“(…) as normas internacionais de direitos humanos só serão recepcionadas como direito constitucional interno, *formal*, se o decreto legislativo que as referendarem for aprovado nas condições indicadas, de acordo com o processo de formação de emendas constitucionais previsto no art. 60 da Constituição. *Direito constitucional formal*, dissemos, porque só nesse caso adquirem a supremacia própria da Constituição, pois de natureza constitucional material o serão sempre, como o são todas as normas sobre direitos humanos.”¹² (destaques do autor)

Paulo Ricardo Schier¹³, renomado Doutor em direito constitucional pela Universidade Federal do Paraná, por sua vez, discorrendo acerca da hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45, que acrescentou o § 3º ao art. 5º da CF, sugere a incidência do *tempus regit actum*.

11 *Curso de direito constitucional positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 182-183.

12 *Op. cit.*, p. 183.

13 *Hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos e EC 45 – tese em favor da incidência do tempus regit actum* – artigo publicado no site: <<http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Paulo%20Ricardo%20Schier.pdf>>.

SEMINÁRIO TRABALHO INFANTIL

De tal princípio, inclusive, já se valera anteriormente o Supremo Tribunal Federal, vez que, frente à nova Constituinte, certos requisitos constitucionais eram alterados, impondo a recepção de norma ordinária – a qual atendera ao procedimento então estabelecido pela Constituição vigente – para matéria que a nova Carta Magna exige ser regulamentada por lei complementar, como no exemplo do CTN, dado pelo autor.

O referido autor conclui, brilhantemente:

“(…) a ideia é sustentar que a aplicação do *tempus regit actum*, amplamente aceita pelo próprio STF em diversas situações, permitiria vislumbrar que os tratados internacionais de direitos humanos anteriores à EC nº 45, devidamente recepcionados pelo procedimento válido à época da incorporação, devam assumir, agora, automaticamente, *status* de emendas constitucionais.”

Ideia essa corroborada por Flávia Piovesan¹⁴, ao afirmar, de forma contundente, que:

“Desde logo, há que afastar o entendimento segundo o qual, em face do § 3º do art. 5º, todos os tratados de direitos humanos já ratificados seriam recepcionados como lei federal, pois não teriam obtido o *quorum* qualificado de três quintos, demandado pelo aludido parágrafo.”

Aduz, ainda, a celebrada autora, solidificando a aplicação do *tempus regit actum*, que:

“(…) os tratados de proteção dos direitos humanos ratificados anteriormente à Emenda Constitucional nº 45/04 contaram com ampla maioria na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, excedendo, inclusive, o *quorum* dos três quintos dos membros em cada Casa. Todavia, não foram aprovados por dois turnos de votação, *uma vez que o procedimento de dois turnos não era tampouco previsto.*” (grifo nosso)

Não fossem todos os balizamentos teóricos acima expendidos, também os Tribunais Superiores deste país estão se alinhando frente à segunda das correntes aqui apresentadas. Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça, pronunciando-se sobre o novo § 3º do art. 5º da CF/88, ao julgar o Recurso Ordinário em Habeas Corpus – RHC 18.799/RS – 2005/0211458-7, em maio de 2006, de relatoria do Ministro José Delgado, assim deixou assentado em sua ementa:

14 *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 72.

SEMINÁRIO TRABALHO INFANTIL

“CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO FISCAL. DEPOSITÁRIO INFIEL. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/04. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. APLICAÇÃO IMEDIATA. ORDEM CONCEDIDA. PRECEDENTES.

1. A infidelidade do depósito de coisas fungíveis não autoriza a prisão civil.

2. Receita penhorada. Paciente com 78 anos de idade. Dívida garantida, também, por bem imóvel.

3. Aplicação do Pacto de São José da Costa Rica, em face da Emenda Constitucional nº 45/04, que introduziu modificações substanciais na novel Carta Magna.

4. § 1º do art. 5º da CF/88: ‘As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata’.

5. No atual estágio do nosso ordenamento jurídico, há de se considerar que:

a) a prisão civil de depositário infiel está regulamentada pelo Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil faz parte;

b) a Constituição da República, no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), registra no § 2º do art. 5º que ‘os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte’. No caso específico, inclui-se no rol dos direitos e garantias constitucionais o texto aprovado pelo Congresso Nacional inserido no Pacto de São José da Costa Rica;

c) o § 3º do art. 5º da CF/88, acrescido pela EC nº 45, é taxativo ao enunciar que ‘os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais’. Ora, apesar de à época o referido Pacto ter sido aprovado com *quorum* de lei ordinária, é de se ressaltar que ele nunca foi revogado ou retirado do mundo jurídico, não obstante a sua rejeição decantada por decisões judiciais. De acordo com o citado § 3º, a Convenção continua em vigor, desta feita com força de

SEMINÁRIO TRABALHO INFANTIL

emenda constitucional. A regra emanada pelo dispositivo em apreço é clara no sentido de que os tratados internacionais concernentes a direitos humanos nos quais o Brasil seja parte devem ser assimilados pela ordem jurídica do país como normas de hierarquia constitucional;

d) não se pode escantear que o § 1º supradetermina, peremptoriamente, que ‘as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata’. Na espécie, devem ser aplicados, imediatamente, os tratados internacionais em que o Brasil seja parte;

e) o Pacto de São José da Costa Rica foi resgatado pela nova disposição constitucional (art. 5º, § 3º), a qual possui eficácia retroativa;

f) a tramitação de lei ordinária conferida à aprovação da mencionada Convenção, por meio do Decreto nº 678/92, não constituirá óbice formal de relevância superior ao conteúdo material do novo direito aclamado, não impedindo a sua retroatividade, por se tratar de acordo internacional pertinente a direitos humanos. Afasta-se, portanto, a obrigatoriedade de quatro votações, duas na Câmara dos Deputados, duas no Senado Federal, com exigência da maioria de dois terços para a sua aprovação (art. 60, § 2º).

6. Em caso de penhora sobre o faturamento de empresa, hipótese só admitida excepcionalmente, hão de ser observados alguns critérios, tais como a ausência de outros bens, a nomeação de um depositário-administrador (com a sua anuência expressa em aceitar o encargo) e a apresentação de um plano de pagamento, nos termos dos arts. 677 e 678 do CPC. *In casu*, o exame dos autos não convence de que tais pressupostos foram seguidos, decorrendo disso que a ordem de prisão decretada manifesta-se como constrangimento ilegal e abusivo.

7. Precedentes.

8. Recurso em *habeas corpus* provido para conceder a ordem.”

Esclarecedor e contunde é a seguinte parte do Acórdão, da lavra do Ministro José Delgado:

“A regra emanada pelo dispositivo em apreço (§ 3º do art. 5º da CF/88, acrescido pela EC nº 45) é clara no sentido de que os tratados internacionais concernentes a direitos humanos nos quais o Brasil seja parte devem ser assimilados pela ordem jurídica do país como normas de hierarquia constitucional. Não se pode escantear que o § 1º supradetermina, peremptoriamente, que ‘as normas definidoras dos direitos

SEMINÁRIO TRABALHO INFANTIL

e garantias fundamentais têm aplicação imediata'. Na espécie, devem ser aplicados, imediatamente, os tratados internacionais em que o Brasil seja parte. O Pacto de São José de Costa Rica foi resgatado pela nova disposição (§ 3º do art. 5º), a qual possui eficácia retroativa. A tramitação de lei ordinária conferida à aprovação da mencionada Convenção, por meio do Decreto nº 678/92, não constituirá óbice formal de relevância superior ao conteúdo material do novo direito aclamado, não impedindo a sua retroatividade, por se tratar de acordo internacional pertinente a direitos humanos. Afasta-se, portanto, a obrigatoriedade de quatro votações, duas na Câmara dos Deputados, duas no Senado Federal, com exigência da maioria de dois terços para sua aprovação.” (art. 60, § 2º)

Aliás, o próprio Supremo Tribunal Federal, revendo posição jurisprudencial que reinava na Corte desde a década de 70 e reconhecendo necessidade de atualização jurisprudencial, está se encaminhando, na discussão do RE 466.343/SP, para resgatar o entendimento originário daquele Tribunal, no sentido de que as normas internacionais concernentes a direitos humanos ingressam com *status* suprallegal. Com efeito, veja-se excerto dos Informativos STF 449 e 498:

“Em seguida, o Ministro Gilmar Mendes acompanhou o voto do Relator, acrescentando aos seus fundamentos que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem *status* normativo suprallegal, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação e que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel. Aduziu, ainda, que a prisão civil do devedor-fiduciante viola o princípio da proporcionalidade, porque o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, bem como em razão de o DL nº 911/69, na linha do que já considerado pelo Relator, ter instituído uma ficção jurídica ao equiparar o devedor-fiduciante ao depositário, em ofensa ao princípio da reserva legal proporcional. Após os votos dos Ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Marco Aurélio, que também acompanhavam o voto do Relator, pediu vista dos autos o Ministro Celso de Mello.” (Informativo 449)

“O Ministro Celso de Mello, entretanto, também considerou, na linha do que exposto no voto do Ministro Gilmar Mendes, que, desde

SEMINÁRIO TRABALHO INFANTIL

a ratificação, pelo Brasil, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não haveria mais base legal para a prisão civil do depositário infiel. Contrapondo-se, por outro lado, ao Ministro Gilmar Mendes no que respeita à atribuição de *status* supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, afirmou terem estes hierarquia constitucional. No ponto, destacou a existência de três distintas situações relativas a esses tratados: 1) os tratados celebrados pelo Brasil (ou aos quais ele aderiu), e regularmente incorporados à ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da CF/88, revestir-se-iam de índole constitucional, haja vista que formalmente recebidos nessa condição pelo § 2º do art. 5º da CF; 2) os que vierem a ser celebrados por nosso país (ou aos quais ele venha a aderir) em data posterior à da promulgação da EC nº 45/04, para terem natureza constitucional, deverão observar o *iter* procedimental do § 3º do art. 5º da CF; 3) aqueles celebrados pelo Brasil (ou aos quais nosso país aderiu) entre a promulgação da CF/88 e a superveniência da EC nº 45/04, assumiriam caráter materialmente constitucional, porque essa hierarquia jurídica teria sido transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade. RE 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, 12.03.08.” (Informativo 498)

A corroborar tal mudança jurisprudencial no STF, Flávia Piovesan destaca a seguinte parte do voto do Ministro Gilmar Mendes:

“(…) a reforma acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico. (...) a mudança constitucional ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados já ratificados pelo Brasil, a qual tem sido preconizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde o remoto julgamento do RE 80.004/SE, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque (julgado em 01.06.77; DJ 29.12.77) e encontra respaldo em largo repertório de casos julgados após o advento da Constituição de 1988 (...). Tudo indica, portanto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sem sombra de dúvidas, tem de ser revisitada criticamente (...). Assim, a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional. É necessário assumir uma postura jurisprudencial mais adequada às reali-

SEMINÁRIO TRABALHO INFANTIL

dades emergente em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano (...). Tenho certeza de que o espírito desta Corte, hoje, mais do nunca, está preparado para a atualização jurisprudencial.” (PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 74-75)

Logo, seguindo-se essa linha de raciocínio, e sabendo que nesta hipótese enquadra-se a Convenção OIT nº 138/73 – porque recepcionada antes da edição da EC nº 45 –, ultrapassado o debate acerca de seu caráter constitucional, ademais, como defendido por José Afonso da Silva e por Flávia Piovesan, a discussão gira em torno apenas da constitucionalidade formal, pois a material seria intrínseca a todas as normas internacionais ratificadas pelo Estado brasileiro, que tutelem direitos humanos em decorrência do disposto no § 2º do art. 5º do Diploma Político.

Conforme exposto, as disposições relativas a direitos humanos são disposições de caráter *substancialmente* constitucional, inclusive a constante do art. 5º, § 2º, da CF/88. Assim, a mudança realizada pelo constituinte derivado de 2004, exigindo aprovação por *quorum* qualificado dos decretos legislativos que referendem convenções internacionais concernentes a direitos humanos, a fim de que estas tenham *status* constitucional, em contraposição ao conteúdo interpretativo do art. 5º, § 2º, é flagrantemente inconstitucional, posto que impede a efetivação de direitos e garantias fundamentais.

Realmente, o poder constituinte derivado, quando exercido, deve observar os estreitos limites impostos pelo art. 60 da Constituição Federal; destarte, as emendas constitucionais devem ser editadas de acordo com a forma estabelecida na Carta Magna, e versar somente sobre matéria permitida, o que implica em proibição de emenda à constituição tendente a abolir os direitos e garantias fundamentais (art. 60, § 4º, IV).

Conforme lição de Jorge Miranda, citado por Ivo Dantas, “é possível inconstitucionalidade – e inconstitucionalidade material – por discrepância entre certas normas constitucionais e outras normas nascidas por virtude de revisão constitucional como constitucionais (ou com pretensão de o serem)”.

No presente caso, tem-se a inconstitucionalidade material por existir um choque entre a norma do constituinte originário (art. 5º, § 2º) e a editada pelo constituinte derivado (art. 5º, § 3º), na medida em que esta institui um regime de ingresso de normas internacionais de direitos humanos mais restrito, diminuindo, pois, o alcance de norma constitucional originária (art. 5º, §§ 1º

SEMINÁRIO TRABALHO INFANTIL

e 2º), que dota, automaticamente, as normas de direitos humanos de eficácia imediata e mesmo padrão constitucional.

5 – CONCLUSÃO

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 infantojuvenil devidamente autorizado pela autoridade judiciária, pois o Brasil ratificou a Convenção nº 138 da OIT, sobre a idade mínima para o trabalho (Decreto nº 4.134/02), em cujo teor se assinala aquela exceção.

Agreguem-se, ainda, os princípios internacionais inculcados na Convenção de Viena, da qual o Brasil também é parte, os quais reforçam a aplicação da regra de exceção à proibição do trabalho contida na Convenção da OIT. Tal exceção deve ser lida sistematicamente com as cláusulas da Proteção Integral e da Prioridade Absoluta.

Ademais, a leitura conjugada dos arts. 5º, IX, e 7º, XXXIII, da Constituição Federal, sob os influxos da principiologia de hermenêutica constitucional, autorizam uma concessão à regra proibitiva do trabalho infantil, para permitir essa 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.

Finalmente, é conveniente lembrar que a criança e o adolescente, embora possuam talento e aptidão para as artes, não devem ser transformados em fonte de renda da família. Sua prioridade é estudar e brincar, realizar atividades que se compatibilizem com seu estado de formação. Pode-se, sim, permitir o trabalho artístico a ele, visto que se trata de um trabalho com características singulares, e que normalmente não envolve situações penosas ou de risco. Contudo, considerando a característica de pessoa em desenvolvimento da criança e do adolescente, mesmo o trabalho artístico deve ocorrer com fiel observância ao Princípio da Proteção Integral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. vol. I.

SEMINÁRIO TRABALHO INFANTIL

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Os tratados internacionais e a Constituição de 1988. In: *Constitucionalismo social* – estudos em homenagem ao Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. São Paulo: LTr, 2003.

LOPES, Anselmo Henrique Cordeiro. A força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos e a Emenda Constitucional nº 45/2004. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 549, 7 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6157/a-forca-normativa-dos-tratados-internacionais-de-direitos-humanos-e-a-emenda-constitucional-no-45-2004>>. Acesso em: 16 out. 2007.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos humanos, constituição e os tratados internacionais*. Juarez de Oliveira, 2002.

MINHARRO, Erotilde dos Santos. *A criança e o adolescente no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Reforma do judiciário e direitos humanos. In: *Reforma do judiciário: analisada e comentada*. EC 45/2004. Método, 2005.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim et al. Trabalho artístico da criança e do adolescente – valores constitucionais e normas de proteção. In: *Revista LTr*, vol. 69, n. 2, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos e EC 45* – tese em favor da incidência do *tempus regit actum*. Disponível em: <www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Paulo%20Ricardo%20Schier.pdf>. Acesso em: 8 maio 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SIMÓN, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000.

WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Saraiva, 2006.