

TRABALHO ARTÍSTICO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – VALORES CONSTITUCIONAIS E NORMAS DE PROTEÇÃO*

Antonio Galvão Peres**

Luiz Carlos Amorim Robortella***

I – INTRODUÇÃO

Como é público e notório, crianças e adolescentes, com idade inferior a dezesseis anos, participam habitualmente de obras artísticas. São exemplos os pequeninos das orquestras juvenis, do teatro, do circo e da televisão.

Dezesseis anos é, em princípio, o limite mínimo para qualquer trabalho, exceto aprendizagem. Assim dispõe o art. 7º, XXXIII, da Carta Magna, mas a discussão, como se verá adiante, não se esgota nesse preceito.

II – O TRABALHO COMO DEVER ECONÔMICO

A atividade artística talvez seja a que mais se distancia da etimologia da palavra “trabalho”. Suspeita-se que o termo evoluiu de *tripalium*, antigo instrumento de tortura¹.

* Artigo utilizado como base para a exposição em 10.10.2012 no “Seminário Trabalho Infantil, Aprendizagem e Justiça do Trabalho”, originalmente publicado na Revista LTr, v. 69, n. 2, São Paulo, LTr, fevereiro de 2005, p. 148-157.

** Advogado; doutor e mestre em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo; professor adjunto de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Fundação Armando Álvares Penteado; presidente da Comissão de Direito do Trabalho do Instituto dos Advogados de São Paulo; membro do Instituto Brasileiro de Direito Social “Cesarino Jr.”, seção brasileira da Société Internationale du Droit du Travail et de la Sécurité Sociale.

*** Advogado; doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo; professor do Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie (1974-1995); professor titular de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Fundação Armando Álvares Penteado (2000/2008); membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho (cadeira nº 91); membro do Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; membro da Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; membro do Instituto Brasileiro de Direito Social “Cesarino Jr.”, seção brasileira da Société Internationale du Droit du Travail et de la Sécurité Sociale.

1 Veja-se o seguinte verbete: “1. Travail (travaj) n.m. (lat. *tripalium*, instrument de torture (...))” (LA-ROUSSE. *Dictionnaire du Français au Collège*. Larousse: Paris, 2003. p. 1.333).

O trabalho, do ponto de vista econômico, ainda guarda muito de sua acepção original, como revela Barata Silva²:

“Em face de seu conceito econômico – tomando-se o termo econômico no sentido amplo e aproveitando-lhe apenas a essência – constatamos, no trabalho, duas notas características: a fadiga e a pena. Não há, desde os primórdios da humanidade, trabalho humano desprovido dessas duas características, mesmo porque o trabalho foi imposto ao homem como castigo. O conceito de pena, não há como negar, evoluiu, transmudou-se, por assim dizer, e a penosidade que alguns autores veem claramente no trabalho passou a refletir, para grande parte da humanidade, um dever. Para alguns, um dever decorrente da própria necessidade de proverem a sua subsistência; para outros, um dever decorrente de um contrato, ainda que não imposto por uma necessidade vital. Para todos, no entanto, é o trabalho um dever, e, por exigência da vida comunitária, um dever social (...).”

Esclarece esse autor, contudo, que “se nos afastarmos (...) do mundo puramente econômico, veremos que o trabalho humano busca, também, valores de outra natureza. É possível que a atividade humana tenha em vista não um valor econômico, mas outro valor ou valores, expressados, por oposição aos primeiros, como não econômicos. Exemplo de trabalho não destinado a fim econômico vamos encontrar no desenvolvido pelo homem que medita, que pesquisa, que estuda, bem como no trabalho do homem que pensa sobre si mesmo, refletindo sobre os valores espirituais e interiores”³.

Nesse contexto *não econômico* insere-se a atividade artística, o que não impede, obviamente, a existência de artistas profissionais, que nas artes encontrem seu sustento. O que se quer enfatizar é *o fato de a arte não estar orientada para a economia produtivista*; mais que outras, a atividade do artista está frequentemente desatrelada da concepção do trabalho como pena ou dever. Na criação artística, o homem obedece a um impulso natural, espontâneo, a um dom que lhe é concedido pela natureza, diferenciando-o, na maioria das vezes, do trabalho apenas para sua subsistência.

Na verdade, a obra de arte, por seu humanismo essencial, permite ao homem reconhecer-se a si mesmo.

É certo que há na natureza outros seres que trabalham. No entanto, apenas a espécie humana é capaz de produzir a obra artística, mediante a combinação de atributos, como vontade, razão, intuição, técnica, talento e sensibilidade.

2 BARATA SILVA, C.A. Denominação, definição e divisão do direito do trabalho. In: MAGANO, Octavio Bueno (Coord.). *Curso de direito do trabalho em homenagem a Mozart Victor Russomano*. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 54.

3 Op. cit., p. 56.

No campo do direito, ao lado da ideia do *trabalho como um direito-dever* persiste ainda seu caráter de pena. Vale, como exemplo, o usual conceito de férias: a doutrina refere-se ao instituto como retrato do *direito ao descanso*, ou seja, um intervalo necessário depois de certos períodos de trabalho. Poucos autores ousam reconhecer nas férias uma faceta do *direito ao lazer*, independente do trabalho (direito-dever)⁴.

A proibição do trabalho do menor está assentada na ideologia do trabalho como dever perante a sociedade, para que possam as crianças e adolescentes usufruir de seu inalienável direito ao convívio familiar, ao lazer e à educação.

Justifica-se, entretanto, a mesma ressalva quanto às artes? Há, a nosso ver, uma distância insuperável entre o artista mirim e aquele menor que presta serviços manuais, normalmente não qualificados, nas fábricas, nos campos, no comércio, nos serviços, ou até nas ruas.

A atividade artística não compõe, em sua essência, o conceito de trabalho proibido pelo art. 7º, XXXIII, da Constituição, cujo escopo é proteger a formação e o desenvolvimento dos jovens.

Assinala Amauri Mascaro Nascimento, a propósito, que “há situações eventuais em que a permissão para o trabalho do menor em nada o prejudica, como em alguns tipos de trabalho artístico, contanto que acompanhado de devidos cuidados”⁵.

O trabalho artístico da criança sempre foi aceito pelas sociedades, podendo-se até afirmar que de nada valeria proibi-lo, eis que consagrado pelos costumes e práticas vigentes. Como ensinado pela mais clássica doutrina, o

4 Veja-se esta página de Miguel Reale a respeito do tema:

“Tão forte se tornou a projeção do trabalho como categoria histórico-econômica – tanto sob o prisma capitalista como sob o enfoque socialista – que ele passou a ocupar o centro do cenário cultural, passando a ser apreciado, em função dele, o tempo que significativamente se denomina ‘repouso’ ou ‘descanso’, diário, semanal ou anual, ou o que sobrevém com a ‘aposentadoria’.

De modo geral, os tratadistas do Direito do Trabalho ainda não se emancipam desse prisma hermenêutico, quando analisam, por exemplo, o problema das férias, entendidas sempre como uma pausa entre um período e outro de trabalho. A mesma mentalidade preside a elaboração de textos legislativos, sob o domínio avassalador de uma visão ‘produtivista’ da vida social, pondo em vista que, paradoxalmente, capitalistas e socialistas se encontram, desde quando Karl Marx, rompendo com o chamado socialismo utópico, pretendeu firmar a emancipação do proletariado sobre as coordenadas da produção, a qual, a seu ver, deve deixar de ser individual para converter-se em produção socializada, ou, por melhor dizer, confiada ao Estado como expressão da nova ‘classe dominante’, o proletariado.” (REALE, Miguel. O direito de não trabalhar. In: BARROS Jr., Cássio Mesquita (Coord.). *Tendências do direito do trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 1980. p. 115-116)

5 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 846.

direito costumeiro é uma fonte paralela e subsidiária, apta a criar regras jurídicas, como se positivas fossem.

III – A OBRA ARTÍSTICA

Na concepção clássica, toda obra de arte dramática traz em si a *mimesis*⁶, no sentido de imitação (compromissada) de objetos como o *homem em ação*⁷. A respeito do tema, esta página de Jean-Pierre Vernant e Pierre Vidal-Naquet⁸:

“(...) o poeta trágico desaparece totalmente atrás das personagens, que agem e falam do palco, cada uma por sua conta, como se estivessem vivas. É esse aspecto direto do discurso e da ação que constitui, na análise de Platão, o inerente à *mimesis*: em vez de se expressar em seu nome, relatando os acontecimentos em estilo indireto, o autor dissimula-se nos protagonistas, endossa sua aparência, seus modos de ser, seus sentimentos e suas palavras, para imitá-los. No sentido preciso de *mimēisthai*, imitar é simular a presença efetiva de um ausente. Diante de tal representação há duas atitudes possíveis. A primeira lembra a dos espectadores nas salas de cinema, logo no início da sétima arte. Por falta de hábito, de terem fabricado o que poderíamos chamar de uma consciência do fictício ou de uma conduta do imaginário, investiam contra os maus, encorajavam e felicitavam os bons na tela, como se as sombras que lá passavam fossem seres de carne e osso; consideravam o espetáculo como se fossem a própria realidade. A segunda atitude consiste em entrar no jogo, em compreender que o que nos é dado ver no palco se situa num plano diferente do real, e que se deve definir como o da ilusão teatral. A consciência da ficção é constitutiva do espetáculo dramático: ela aparece ao mesmo tempo como sua condição e como seu produto.”

6 O conceito se estende a outras formas de criação artística. Merecem referência estas passagens da *Poética*, de Aristóteles:

“Epic poetry and Tragedy, Comedy also and Dithyrambic poetry, and the music of the flute and of the lyre in most of their forms, are all in their general conception modes of imitation. They differ, however, from one another in three respects, – the medium, the objects, the manner or mode of imitation, being in each case distinct.” (ARISTOTLE. *Poetics*. Dover: New York, 1997. p. 1)

“Since the objects of imitation are men in action, and these men must be either of a higher or a lower type (...), it follows that we must represent men either as better than in real life, or as worse, or as they are. It is the same in painting. Polygnotus depicted men as nobler than they are, Pauson as less noble, Dionysius drew them true to life.” (op. cit., p. 3)

7 A arte, a bem da verdade, frequentemente supera a *mimesis* dos clássicos, como nos casos em que a obra opera em metalinguagem.

8 VERNANT, Jean-Pierre; VIDAL-NAQUET, Pierre. *Mito e tragédia na Grécia antiga I e II*. São Paulo: Perspectiva, 1999. p. 216.

A *imitação* inerente à arte impõe a intervenção de um artista mirim em diversas formas de expressão, sobretudo na dramaturgia⁹. Raramente um adulto poderá representar uma personagem infantil; quando o faz, visa atender, em regra, a uma peculiaridade da obra¹⁰.

A própria Unicef está atenta à importância das obras artísticas. Organizou seminário para estimular a difusão de mensagens *contra o trabalho infantil* em telenovelas, as quais, necessariamente, muitas vezes contam com a participação de menores¹¹.

A presença de atores mirins é, por exemplo, fundamental no filme *Germinal*, baseado na obra homônima de Émile Zola sobre os primórdios do direito do trabalho. O coral infantil que acompanha Milton Nascimento em gravação da canção *O Cio da Terra* também dá um sentido especial ao tema.

O filme *O Pianista*, de Roman Polanski, atinge seus momentos de maior dramaticidade justamente quando atores mirins interpretam o assassinato de crianças judias pelos soldados nazistas, ou pelas mãos dos próprios pais, para evitar-lhes maior sofrimento ou calar-lhes o choro incontido.

Como seria possível exibir obras infantis de Monteiro Lobato, como o *Sítio do Pica-Pau Amarelo*, sem a atuação de atores mirins, das mais diversas faixas etárias?

IV – INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

O tema envolve interpretação do art. 7º, inciso XXXIII, da Constituição Federal, que se deve fazer em consonância com outros preceitos.

O referido inciso proíbe “*qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos*”.

9 A própria criança, como defende a psicóloga Renata Barreto Lacombe, “tem direito à expressão”. Sua presença na televisão, por exemplo, “se justifica por ela estar num processo de aprendizagem e se expressando artisticamente”. Invoca a autora entrevista concedida pelo magistrado Siro Darlan, para quem “no momento em que ela (criança) está numa atividade cultural, atividade artística, isto tem que ser estimulado e não impedido, sob pena de causar problemas psicológicos muito graves a essa criança. Não deve ser visto como trabalho, mas como uma manifestação artística” (LACOMBE, Renata Barreto. *A infância dos bastidores e os bastidores da infância*: uma experiência com crianças que trabalham em televisão. Dissertação de Mestrado para o programa de Pós-graduação em Psicologia Clínica do Departamento de Psicologia da PUC-Rio, sem data. p. 107).

10 Podem ser citadas, como exemplo, a personagem da atriz Lara Janra em peça inspirada na obra *O Caderno Rosa de Lori Lamby*, de Hilda Hilst, ou, mais recentemente, a criança de Teresin interpretada por Maria Luisa Mendonça em *Os Sete Afluentes do Rio Ota*, do canadense Robert Lepage.

11 Cf. CHAVES, Antônio. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: LTr, 1994. p. 284.

Apegados à literalidade do texto, há autores que consideram ilícito o trabalho fora desses limites, como a eminente juíza Erotilde Ribeiro dos Santos Minharro¹², sustentando a necessidade de nova emenda à Constituição para “acrescentar que não se sujeitam à limitação de idade as atividades artísticas, esportivas e afins”.

A previsão expressa, no corpo da Constituição, não se faz necessária, porque esse diploma, como norma-fonte, tem dimensão político-jurídica transcendental. Sua interpretação rege-se por normas especiais de hermenêutica, que iluminam e inspiram o ordenamento jurídico.

Em face de um caso concreto, tem-se a tentação de buscar a norma explícita, mas, ao assim agir, o intérprete corre o risco de empobrecer o texto constitucional e, ainda, subsumir a norma ao fato, ao invés de subsumir o fato à norma.

O Texto Constitucional, mesmo analítico, como o brasileiro de 1988, não precisa descer aos casuísmos. Nas palavras de Ney Prado, o texto deve ser “um corpo forte, esbelto, sintético, essencial, compendiado, estrutural, nunca penosamente adiposo e extensivo”¹³.

No caso, a matéria transcende ao capítulo dos direitos sociais dos trabalhadores. Há que promover cuidadosa articulação com outros princípios e normas constitucionais, principalmente aqueles voltados aos direitos e deveres individuais e coletivos que, como se sabe, são cláusulas pétreas da Constituição (art. 60, § 4º, IV).

Veja-se, por exemplo, o art. 5º, IX:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

IX – *é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; (...).*”

A Carta Constitucional, por outro lado, declara que o “dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de (...) acesso aos níveis mais

12 MINHARRO, Erotilde dos Santos. *A criança e o adolescente no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003. p. 64.

13 PRADO, Ney. *Razões das virtudes e vícios da Constituição de 1988: subsídios à revisão constitucional*. São Paulo: Inconfidentes, 1994. p. 36.

elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um” (art. 208, V, da CF).

Essas normas são muito relevantes, rejeitando uma interpretação demasiadamente restritiva do art. 7º, XXXIII. Isso implicaria, por certo, a violação de outros preceitos constitucionais, de igual ou superior relevância.

A proibição de qualquer trabalho ao menor de dezesseis anos, se tomada literalmente, inviabiliza a manifestação e expressão artísticas, que não se realizam sem a participação de crianças e adolescentes.

Diz o Professor Miguel Reale que “todo modelo social, e o jurídico em particular, é uma estrutura dinâmica e não estática: é-lhe inerente o movimento, a direção no sentido de um ou mais fins a serem solidariamente alcançados, o que demonstra ser incompreensível a experiência jurídica sem se levar em conta a sua natureza dialética”¹⁴.

A natureza dialética de qualquer estrutura normativa pressupõe a compreensão da totalidade do sistema, mediante o diálogo entre os vários princípios e sua articulação axiológica, teleológica e fenomenológica.

Para o Professor Reale, a norma objeto da interpretação não pode ser separada dos fatos e valores que a constituem, pois surge como integração desses elementos, daí advindo a estrutura tridimensional do direito. O ato de interpretação deve ocorrer numa estrutura que é sincrônica ou homóloga à do ato normativo; “entre um e outro não pode haver solução de continuidade; quando este se dá, a vida jurídica entra em crise pela verificação da insuficiência dos modelos normativos”. Por isso, dentre as regras de interpretação inclui o mestre as seguintes:

“c) Toda interpretação jurídica dá-se necessariamente num contexto, isto é, em função da estrutura global do ordenamento (Natureza integrada do ato normativo);

d) Nenhuma interpretação jurídica pode extrapolar a estrutura objetiva resultante da significação unitária e congruente dos modelos jurídicos positivos (Limites objetivos do processo hermenêutico).”

Portanto, a hermenêutica jurídica, “além de esclarecer o conteúdo das regras positivas, assegura-lhes contínua atualização e operabilidade”¹⁵.

14 REALE, Miguel. *Direito natural/direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 45.

15 REALE, op. cit., p. 48/49.

A metodologia ora proposta leva a uma dialética de complementaridade, que permite a combinação e harmonização de preceitos apenas aparentemente contraditórios, inclusive dentro do mesmo texto normativo, para descobrir-lhes a verdadeira dimensão e sentido.

V – O PRINCÍPIO DA CONCORDÂNCIA PRÁTICA

A conciliação de preceitos constitucionais se pode completar com a aplicação do *princípio da concordância prática*.

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.

Nas palavras de Friedrich Müller¹⁶, o princípio “não formula apenas no caso da existência de contradições normativas, mas também nos casos de concorrências e colisões, e.g., de várias normas de direitos fundamentais no sentido de uma sobreposição parcial dos seus âmbitos de vigência, a tarefa de traçar aos dois ou a todos os ‘bens jurídicos’ (de direitos fundamentais) envolvidos as linhas de fronteira *de modo tão ‘proporcional’ que eles cofundamentem também no resultado a decisão sobre o caso*”.

Nesse sentido, um dos autores assim se expressou:

“Há casos (...) em que a contradição não está no conjunto normativo da Constituição, mas se revela apenas perante um caso concreto, no qual mais de um bem constitucionalmente protegido deve ser ponderado, reclamando a aplicação do ‘princípio da concordância prática’.

O intérprete, em tal hipótese, deve coordenar e combinar os bens jurídicos ‘em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros’. Tratando-se de antagonismo que envolva preceito que assegure direito fundamental, deverá este, se necessário ao deslinde do embate, prevalecer sobre os demais bens jurídicos envolvidos (*princípio da máxima efetividade*).¹⁷

Nesse outro trabalho foi invocada a lição de Canotilho¹⁸:

-
- 16 MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 86.
- 17 PERES, Antonio Galvão. *Interpretação das normas constitucionais: aspectos trabalhistas*. Juris Síntese Millennium (CD-ROM). n. 37. Porto Alegre: Síntese, set./out. 2002.
- 18 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1.188.

“Este princípio não deve divorciar-se de outros princípios de interpretação já referidos (princípio da unidade, princípio do efeito integrador). Reduzido ao seu núcleo essencial, *o princípio da concordância prática impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros.*

O campo de eleição do princípio da concordância prática tem sido até agora o dos direitos fundamentais (colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos). Subjacente a este princípio *está a ideia do igual valor dos bens constitucionais* (e não uma diferença de hierarquia) *que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens.*”

Nas relações de trabalho o *princípio da concordância prática* tem corriqueira aplicação. O aparente confronto de princípios pode surgir quando se admite a revista íntima como forma de resguardar o patrimônio do empregador, ou a fiscalização dos equipamentos de informática, especialmente *e-mail* e internet fornecidos como ferramenta de trabalho. Nesses casos, há que conciliar direito de propriedade e direito à intimidade e privacidade (art. 5º, X e XII, da CF)¹⁹.

Na hipótese em estudo, a mesma técnica deve ser aplicada, conciliando os preceitos constitucionais (arts. 5º, IX, e 7º, XXXIII), sem que um prevaleça sobre o outro.

Por consequência, o trabalho abaixo dos dezesseis anos em atividades artísticas, com o devido suprimento judicial, deve ser admitido quando essencial – e.g., representação de personagem infantil –, mas com restrições para que não haja ofensa à integridade da criança ou do adolescente.

VI – INTEGRAÇÃO DO DIREITO

O tema pode ser também enfrentado à luz da integração do direito, pela solução das *lacunas ocultas* da norma. Assim, o preceito taxativo do art. 7º, XXXIII, da Constituição deixou de prever uma *exceção necessária à harmonia do sistema*.

Esse argumento, é claro, sucede logicamente os anteriores. Só se justifica quando impossível a solução pela *interpretação* das normas existentes, reclamando uma *inovação* pelo operador do direito. Dessa forma, afastado

19 PERES, Antonio Galvão, op. cit.

o *princípio de concordância prática* das normas constitucionais, impõe-se o preenchimento da *lacuna* do art. 7º, XXXIII, no tratamento do caso específico.

Veja-se o que diz Karl Larenz²⁰:

“(...) existem casos para os quais a lei contém, por certo, uma regra aplicável segundo cada possível sentido literal e aos quais, contudo, esta regra não se ajusta segundo o seu sentido e escopo. A regra legal carece aqui de *uma restrição não contida na lei e não compatível com o sentido literal possível*, cuja ausência pode igualmente considerar-se uma ‘lacuna’. ‘Lacuna’ e ‘silêncio da lei’ não são, portanto, pura e simplesmente o mesmo.”

Mais adiante, esclarece o conceito de *lacuna oculta*:

“Falamos de uma lacuna ‘oculta’ quando a lei contém precisamente uma regra aplicável a casos desta espécie, mas que, segundo o seu sentido e fim, não se ajusta a este determinado grupo de casos, porque não atende à sua especificidade, relevante para a valoração. A lacuna consiste aqui na ausência de uma restrição. Por isso, a lacuna está ‘oculta’, porque, ao menos à primeira vista, não falta aqui uma regra aplicável.

(...)

É necessário (...) insistir em que existem lacunas de regulação tanto ‘patentes’ como ‘ocultas’, conforme ou não possam em absoluto inferir-se regra alguma da regulação legal para um grupo de casos que carecem de uma regulação segundo a intenção reguladora que lhe serve de base ou tenha sido realmente dada uma regra, mas não está declarada na lei uma restrição, exigida pelo seu sentido e pelo seu fim, para este grupo de casos.”²¹

Há quem atribua a essa espécie o título de *lacuna inautêntica*. Tercio Sampaio Ferraz Júnior ensina, com amparo na lição de Zitelmann, que “uma lacuna não autêntica (...) se dá quando um fato-tipo (*Tatbestand*) é previsto pela lei, mas a solução é considerada como indesejável”²².

Karl Engisch também vislumbra a possibilidade de *lacunas ocultas* na norma. Ensina que o intérprete não pode presumir pura e simplesmente uma

20 LARENZ, Karl. *Metodologia e ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 525.

21 Op. cit., p. 535-537.

22 FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1995. p. 219.

necessária regulamentação, tem, antes, que *sentir a sua falta*, para apontar sua não existência como lacuna. O legislador, ao conceber a lei, traçaria um *plano*. Nesse plano deve o operador do direito inferir se a ausência de norma específica foi deliberada ou constitui uma deficiência²³. Alerta que “o momento da *incongruência com um plano* ganha particular relevância como elemento do conceito de lacuna quando se trata da *ausência de disposições excepcionais*”, pois, nesse caso, em uma consideração meramente formal, não haveria lacuna²⁴.

O art. 218 do Código Penal alemão, que tipifica o aborto, permite a Engisch dois exemplos da necessidade de congruência com um plano. Diz, inicialmente, que “se (...) a interrupção da gravidez por *indicação social*, ou seja, por necessidades econômicas, não é expressamente reconhecida pelo Direito, há de intervir, então, automaticamente, a disposição-regra segundo a qual a interrupção da gravidez é punível como aborto”²⁵. Há, de outro lado, a hipótese do aborto por *indicação médica*, merecedora de uma disposição excepcional que não existe no direito alemão. Em um caso concreto, assinalou o Tribunal do Reich a importância do “princípio *supralegal* da *ponderação e confronto dos bens e deveres jurídicos*, estabelecendo a regra de que ‘a interrupção do medicamento é aconselhável na gravidez (...) na hipótese de consentimento real ou presumido da grávida, (...) não constitui ato ilícito se é empreendida por uma terceira pessoa competente para apreciar a situação (da grávida) e quando seja esse o único meio de libertar (...) a dita grávida de perigo atual de morte ou de um grave prejuízo para a sua saúde’”²⁶.

Exemplo de *lacuna oculta* na legislação trabalhista é dado por Júlio César Bebber em estudo acadêmico sobre as férias²⁷. Demonstra que uma interpretação

23 ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988. p. 281.

24 Op. cit., p. 283.

25 Op. cit., p. 283.

26 Op. cit., p. 284.

27 Veja-se a seguinte página do autor:

“Destaca-se, nessa seara, que:

a) o art. 3.3 da Convenção nº 132 da OIT, que estabelece que a duração das férias não deverá *em caso algum* ser inferior a 3 semanas de trabalho, deve ser tomado com reservas, sob pena de conduzir a resultados absolutamente incompatíveis com os fins almejados, afrontando, assim, o princípio constitucional da isonomia sob a vertente substancial.

b) exige-se do intérprete, no caso, a utilização do princípio da *integração de lacunas ocultas, em especial por redução teleológica*, enunciado por Karl Larenz, com o escopo de, contra o sentido literal, mas em conformidade com a teleologia imanente à lei, impor restrições não contidas no texto legal.

Tais restrições, como sói acontecer, radicam ‘no imperativo de justiça de tratar desigualmente o que é desigual, quer dizer, de proceder às diferenciações requeridas pela valoração’.

Sendo assim, impõe-se observar que não houve ab-rogação ou derrogação dos incisos III e IV do art. 130 da CLT (que preveem períodos de duração das férias de 18 e 12 dias), nem tampouco da hipótese

literal do art. 3º da Convenção nº 132 da OIT²⁸ implicaria a derrogação dos arts. 130 e 130-A da CLT. A convenção diz que a duração das férias não deverá, *em caso algum*, ser inferior a três semanas de trabalho, e os mencionados dispositivos da CLT preveem hipóteses de duração inferior. Bebbber vislumbra na Convenção nº 132 da OIT, entretanto, uma *lacuna oculta*, na medida em que as faltas injustificadas (arts. 130 e 130-A, parágrafo único) e o trabalho a tempo parcial (art. 130-A) merecem um tratamento específico para que se assegure a vigência do princípio constitucional de isonomia.

A mesma análise de *congruência com um plano* aplica-se ao caso em exame. A *lacuna oculta* no art. 7º, XXXIII, deve ser preenchida por um *princípio*: a liberdade de expressão artística (art. 5º, IX, da CF). Esse processo de integração é, aliás, expressamente previsto no art. 8º da CLT²⁹, norma que, segundo autorizada doutrina, poderia, inclusive, ser considerada *materialmente constitucional*, “por la sencilla razón que el Estado está interesado en el proceso de producción, modificación, interpretación y aplicación de su propio ordenamiento jurídico”³⁰.

que impede a aquisição do direito a férias nos casos de *ausência injustificada* do empregado ao trabalho por mais de 32 dias no período aquisitivo (CLT, art. 130, inciso IV), e muito menos da disciplina especial relativa à duração das férias para os contratos de trabalho submetidos ao regime de tempo parcial (CLT, arts. 130-A e 143, § 3º), em face da imperiosa necessidade de dar tratamento jurídico diferenciado às situações que se apresentam desiguais.

Enquanto o trabalhador assíduo necessariamente sofre maior desgaste, sendo merecedor do repouso anual de duração máxima, aquele que pouco apego tem ao serviço se desgasta menos, e em consequência, deve ter a duração das férias diminuídas. Há nisso uma lógica invencível.” (BEBBER, Júlio César. *Férias*. Estudo elaborado para o curso de mestrado em direito do trabalho da FADUSP. São Paulo, 2002)

28 “Artigo 3

1. Toda pessoa a quem se aplique a presente Convenção terá direito a férias anuais remuneradas de duração mínima determinada.

2. Todo Membro que ratifique a Convenção deverá especificar a duração das férias em uma declaração apensa à sua ratificação.

3. *A duração das férias não deverá em caso algum ser inferior a 3 (três) semanas de trabalho, por 1 (um) ano de serviço.*

4. Todo Membro que tiver ratificado a Convenção poderá informar ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho, por uma declaração ulterior, que ele aumenta a duração do período de férias especificado no momento de sua ratificação.”

29 “Art. 8º As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros *princípios e normas gerais de direito*, principalmente do direito do trabalho e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Parágrafo único. O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.”

30 VERDÚ, Pablo Lucas. *El sentimiento constitucional*. Madrid: Reus, 1985. p. 116.

VII – LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA

A legislação ordinária reconhece o caráter especial do trabalho do artista mirim e, nessa esteira, consagra peculiares regras de exceção.

A Organização Internacional do Trabalho cuida do assunto no art. 8º da Convenção nº 138:

“Artículo 8

1. La autoridad competente podrá conceder previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas, cuando tales organizaciones existan, por medio de permisos individuales, excepciones a la prohibición de ser admitido al empleo o de trabajar que prevé el artículo 2 del presente Convenio, *con finalidades, tales como participar en representaciones artísticas.*

2. Los permisos así concedidos limitarán el número de horas del empleo o trabajo objeto de esos permisos y prescribirán las condiciones en que puede llevarse a cabo.”

Essa convenção foi ratificada pelo Brasil. Segundo o Procurador do Trabalho Ricardo Tadeu Marques da Fonseca, o texto “incorpora a última posição da Organização Internacional do Trabalho” sobre o tema³¹.

Como se sabe, a convenção ratificada integra o ordenamento brasileiro com hierarquia de lei ordinária. O novíssimo § 3º do art. 5º da Constituição Federal vai ainda além; prevê hipóteses em que o ato equivaleria a uma Emenda Constitucional.

Ressalvas como a do art. 8º da Convenção nº 138 da OIT são comuns nos diversos ordenamentos³². A Diretiva 94/33 da União Europeia, que visa à harmonização da legislação dos diversos países-membros quanto ao trabalho infantil, autoriza a exceção do limite de idade para a ocupação em atividades artísticas³³.

31 Apud MARTINS, Adalberto. *A proteção constitucional ao trabalho de crianças e adolescentes*. São Paulo: LTr, 2002. p. 46.

32 *A Declaração Sociolaboral do Mercosul* é uma exceção à regra; traz apenas orientações genéricas em seu artigo 6º.

33 “Artigo 5º

Actividades culturais ou similares

1. A contratação de crianças para participarem em actividades de natureza cultural, artística, desportiva ou publicitária 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 actividades:

No Brasil, assim dispõe o art. 149 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

“Art. 149. Compete à autoridade judiciária disciplinar, através de portaria, ou autorizar, mediante alvará:

(...)

II – a participação de criança e adolescente em:

- a) espetáculos públicos e seus ensaios;
- b) certames de beleza.

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, a autoridade judiciária levará em conta, dentre outros fatores:

- a) os princípios desta Lei;
- b) as peculiaridades locais;
- c) a existência de instalações adequadas;
- d) o tipo de frequência habitual ao local;
- e) a adequação do ambiente a eventual participação ou frequência de crianças e adolescentes;
- f) a natureza do espetáculo.

§ 2º As medidas adotadas na conformidade deste artigo deverão ser fundamentadas, caso a caso, vedadas as determinações de caráter geral.”

O Judiciário tem reconhecido a licitude do trabalho artístico dos menores. Diz Alice Monteiro de Barros³⁴ que “no Estado do Rio de Janeiro há a Portaria nº 3, de 1999, que disciplina a entrada e a permanência de crianças em locais de diversão e sua participação em espetáculos públicos, certames de beleza, eventos artístico-culturais, ensaios e gravações e dá outras providências”.

-
- 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 beneficiar da instrução ministrada.

3. Em derrogação ao processo previsto no nº 1 e no que se refere às crianças que tenham atingido a idade de 13 anos, os Estados-membros podem autorizar, por via legislativa ou regulamentar e nas condições por eles determinadas, a ocupação de crianças para participarem em actividades de natureza cultural, artística, desportiva ou publicitária.

4. Os Estados-membros que disponham de um sistema de aprovação específico para as agências de manequins no respeitante às actividades das crianças podem manter esse sistema.”

34 BARROS, Alice Monteiro de. *As relações de trabalho no espetáculo*. São Paulo: LTr, 2003. p. 32.

O trabalho artístico da criança, como se vê, tem como pressuposto essencial *portaria* ou *alvará* específico; neles o juiz imporá as condições para a autorização.

Na jurisprudência, afirma-se com frequência um verdadeiro *direito à obtenção do alvará*, quando preenchidos os requisitos legais:

“APELAÇÃO CÍVEL. Indeferimento de pedido de expedição de alvará para trabalho de menor como artista mirim. Interposição de medida cautelar, em segundo grau, com concessão de liminar de expedição de alvará. Art. 149, inciso II, do Estatuto da Criança e do Adolescente que prevê, expressamente, autorização em participação ativa em eventos artísticos. Havendo previsão legal e inexistindo invasão moral ou psicológica no desenvolvimento do jovem, inviável a proibição de participação em atividade artística, tal como Clube da Criança. Recurso provido e julgada procedente a medida cautelar.” (TJSP; AC 60.358-0; C.Esp.; Rel. Des. Hermes Pinotti; J. 17.08.00)

“ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PARTICIPAÇÃO DE MENOR. PROGRAMA DE TELEVISÃO. ALVARÁ JUDICIAL. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. SENTENÇA CONFIRMADA. Estatuto da Criança e do Adolescente. Alvará para participação de menor em novela de televisão. Gravações no Brasil e na Argentina. Sentença de acolhimento da pretensão mantida. Havendo consentimento dos genitores da menor, a fim de que participe em novela e ainda anuindo o pai em que ela viaje em companhia da mãe para gravações em outro país, não há como negar a autorização mediante alvará para esse fim, com base na suposição de que será deixada sozinha no exterior.” (MCG) (TJRJ; Proc. CM 683/99; (03121999); CM; Rel. Des. José Affonso Rondeau; J. 11.11.99)

Merecem também referência, a respeito da concessão de alvará, os seguintes acórdãos:

“ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – ECA. ART. 149, II. PARTICIPAÇÃO DE CRIANÇA EM GRAVAÇÃO DE PROGRAMA DE TELEVISÃO SEM A DEVIDA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. 1. A participação de menor em novela, com acesso ao estúdio de gravação, está subordinada ao art. 149, II, do ECA, não incidindo, no caso, o inciso I do mesmo artigo. 2. Recurso Especial não conhecido.” (STJ; REsp 278.059; RJ; 3ª T.; Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito; DJU 09.12.02)

“MENOR. PARTICIPAÇÃO EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. FALTA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. PENA DE MULTA. INTERESSE DE MENOR. ART. 149, INCISO II, ALÍNEA A. ART. 258. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. APELAÇÃO. DIREITO DO MENOR. PARTICIPAÇÃO DE MENORES EM PROGRAMA TELEVISIVO. Necessidade de alvará judicial precedente a ensaio, gravação e veiculação do programa, independentemente da concordância e mesmo da presença dos pais ou responsáveis nos estúdios ou locações. Matéria regida pelo art. 149, II, *a*, do ECA. Reconhecimento de infração administrativa a determinar a aplicação da pena de multa prevista no art. 258 do ECA em seu grau máximo ante a reincidência. Recurso pugnando pela aplicação da pena de suspensão de programação prevista no § 2º do art. 247 da Lei nº 8.069/90. Posicionamento do STF no julgamento de mérito da ADIn 869-2, em 09.08.99, declarando inconstitucionalidade da referida penalidade por ofender o art. 220 da Constituição Federal. Desprovemento do recurso.” (TJRJ; CM 1.232/99; (29052000); Relª Desª Leila Mariano; J. 06.04.00)

“MENOR. PARTICIPAÇÃO DE MENOR. PROGRAMA DE TELEVISÃO. ALVARÁ DE AUTORIZAÇÃO. DEFERIMENTO. RECURSO DO MP. PEDIDO PREJUDICADO. Participação de menor em gravação de novela da Rede Globo. O alvará de autorização só pode ser expedido quando preenchidas as condições estabelecidas em lei, notadamente a outorga dos pais ou responsável pelo menor para participar, desacompanhado, de gravação de novela. Deferido o pedido, sem a juntada do consentimento expresso dos pais ou responsável, a autorização judicial merecia ser cassada. No entanto, já veiculada a novela pela emissora, julga-se prejudicada a apelação.” (SCK) (TJRJ; Proc. CM 1.180/99; (10032000); CM; Rel. Des. Sérgio Túlio Vieira; J. 03.02.00)

“AUTORIZAÇÃO PARA MENOR PARTICIPAR DA GRAVAÇÃO DE PROGRAMA DE TELEVISÃO. PRÉVIA SUBMISSÃO DO TEXTO AO MINISTÉRIO PÚBLICO. DESNECESSIDADE. Uma vez que a nossa Carta Magna aboliu toda e qualquer censura prévia e declarou ser livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença, não se justifica a pretensão ministerial de examinar previamente o texto do programa a ser gravado com a participação de menores. Ademais, o alvará foi expedido, a gravação realizada e o programa exibido, não se justificando o provimento do recurso, até pela perda de objeto. Apelação ministerial

a que se nega provimento.” (TJRJ; Ap 475/98 Classe D; Conselho da Magistratura; Rel. Des. Afrânio Sayão Antunes; J. 17.12.98)

A legislação infraconstitucional e as decisões da Justiça Comum a seu respeito, confirmam, como se vê, a possibilidade do envolvimento profissional de menores em atividades artísticas.

VIII – O PODER FAMILIAR

A teor do art. 1.630 do Código Civil de 2002, “os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”. Havendo desacordo quanto ao exercício desse poder, é assegurado a qualquer dos pais recorrer ao juiz (parágrafo único do art. 1.631).

O art. 1.634, por sua vez, dispõe competir aos pais dirigir a criação e educação dos filhos menores, representando-os até os 16 anos nos atos da vida civil e assistindo-os, após essa idade. Podem também exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Os pais perdem o poder familiar, conforme o art. 1.638, por ato judicial, quando castigam imoderadamente o filho, o deixam em abandono ou praticam atos contrários à moral e aos bons costumes.

Há, portanto, um sistema de controle judicial contra abusos advindos da conduta dos pais, que depende da iniciativa de um parente ou do Ministério Público (art. 1.637).

A atividade dos atores mirins, por sua vez, submete-se a procedimento específico, rigoroso, só podendo desenvolver-se com a autorização dos pais ou responsáveis e, ademais, o referendo do Juiz da Infância e Juventude.

Trata-se de uma relação jurídica que envolve, em primeiro lugar, o interesse da criança e da instituição familiar que, através dos pais ou responsáveis, legalmente o representa. Essa representação goza da presunção do respeito à vontade, aos interesses e desejos do representado, fundada que é no poder conferido pelas regras do direito de família.

Sobre os deveres recíprocos dos filhos para com os pais, diz Claudio de Cicco:

“São os direitos dos pais com relação ao que lhes é lícito esperar da parte dos filhos. Eles os educam, os alimentam, os representam,

responsabilizam-se por seus atos, durante a menoridade. Em troca devem receber manifestações de respeito e obediência.”³⁵

Além disso, há a participação do Estado que, através do juiz, estabelece as condições e limites da atividade a ser desenvolvida pela criança.

Por último, há evidente interesse público e social na manifestação artística, em todas as suas formas, pois através dela se transmitem ideias e se veiculam mensagens de conteúdo cultural.

Esse feixe de interesses justifica e legitima a atuação do artista mirim. Prejuízo à sua integridade física e moral inexistente e nem se pode presumir, na medida em que respeitado o procedimento próprio.

Aliás, se prejuízo houvesse, a solução seria encontrada nos domínios do direito de família, com os mecanismos legais oferecidos para a suspensão ou mesmo extinção do poder familiar.

As tentativas de cerceio dessa atividade por agentes fiscais do trabalho, das quais vez ou outra se tem notícia, são, conseqüentemente, ilegais e abusivas.

Ilegal porque não se trata de trabalho em regime de subordinação. Não há qualquer possibilidade jurídica de submeter o menor de 16 anos, quando não aprendiz, ao poder diretivo patronal; submete-se ele exclusivamente ao poder familiar.

Abusiva porque, não sendo relação jurídica de emprego, insere-se em esfera própria, distinta daquela reservada aos fiscais do Ministério do Trabalho e Emprego.

“Last but not least”, é também inconveniente e inoportuna.

Afinal, deveriam eles se ocupar das muitas modalidades de exploração do trabalho infantil que ocorrem no gigantesco mercado informal brasileiro. Crianças exploradas pelos próprios pais e, até, levadas à prática de pequenos e grandes delitos, atraídas que são para a órbita de influência de criminosos.

No caso dos pequenos artistas, havendo qualquer daquelas situações de abuso previstas no Código Civil, o sistema de controle e repressão está apto a resolvê-la, sem cerceio à liberdade de expressão e manifestação artística.

IX – NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO

Tudo está a demonstrar que os artistas mirins, com idade inferior a 16 anos, não estão sujeitos à tutela da CLT, por várias razões.

35 CICCO, Claudio de. *Direito, tradição e modernidade*. São Paulo: Ícone, 1993. p. 157.

A primeira é, singelamente, de natureza administrativa. Conforme Segadas Viana, “pode o menor contratar o trabalho, *desde que portador da Carteira de Trabalho e Previdência Social*, porque se presume que, tendo sido autorizado a pleitear e receber a carteira, esteja autorizado a trabalhar por seus responsáveis legais. Para o trabalho nas atividades artísticas (art. 405, § 3º, letras *a e b*) deverá, entretanto, obter autorização do Juiz de Menores”³⁶.

Em nota a esse comentário, esclarece João de Lima Teixeira Filho que a Portaria SPES/MTb nº 1, de 28.01.97, dispõe em seu art. 2º que “a Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS *não será emitida para o menor de quatorze anos*, faixa etária permitida apenas para o aprendiz”³⁷.

Esses artistas mirins, como se vê, não têm acesso à CTPS pelas vias usuais, dificuldade que se espalha também por outras formalidades, como a titularidade de conta vinculada do FGTS e inscrição no INSS. Há, assim, inúmeros entraves formais para a celebração de um contrato de emprego típico.

Mas há uma razão estrutural. É impossível aplicar o poder diretivo patronal, inclusive o poder de comando e, conseqüentemente, o poder disciplinar, sobre uma criança que, na verdade, não tem responsabilidade por seus atos.

O trabalho infantil só pode se realizar mediante a participação intensa de pais e responsáveis, que se encarregam de conduzir e ajustar o comportamento da criança às necessidades da produção artística. Sem a direta atuação de pais ou responsáveis, torna-se inviável o empreendimento de criação artística, pois a criança não tem estrutura psicológica e emocional para sujeitar-se às diferentes exigências de uma representação dramática, musical, circense ou de qualquer outro gênero.

Tanto isso é verdade que o produtor cultural está impedido de aplicar qualquer espécie de punição ao ator mirim. Essa tarefa cabe exclusivamente aos pais ou responsáveis legais.

Trata-se, pois, de uma situação peculiaríssima, que não comporta o contrato de emprego, devendo ser tratada como relação atípica de trabalho, fora do regime jurídico da legislação trabalhista.

Atípica, inclusive, porque se trata de um trabalhador que, além de imune ao poder diretivo do empregador, merece proteção especial, superior à prevista nas normas de trabalho, quanto à incolumidade física e psíquica, de modo a que se possa desenvolver sem prejuízos à sua formação.

36 SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes *et alii*. *Instituições de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003. p. 1.008.

37 Op. cit., p. 1.008, n. 10.

A CLT não dispõe de meios eficientes e suficientes para a proteção do artista mirim, razão pela qual, a nosso ver, a relação com ele estabelecida se esgota nos limites do direito civil.

Portanto, há várias razões para justificar e legitimar essa atividade, como se passa a resumir.

a) A empresa não pode exercer sobre o ator mirim o poder diretivo e o poder disciplinar, que constituem a própria razão de ser do regime de emprego.

b) O ator mirim não tem acesso à documentação pertinente ao contrato de emprego e nem às suas decorrências, como FGTS, INSS, etc.

c) A criança e o adolescente submetem-se exclusivamente ao poder familiar, através dos pais ou responsáveis legais.

d) A atividade do artista mirim depende de autorização dos pais ou responsáveis, no exercício do poder familiar.

e) O Juiz da Infância e Juventude exerce fiscalização e controle sobre a atividade, estabelecendo limites e condições.

f) Em caso de abusos, a legislação civil oferece mecanismos para imediata paralisação da atividade, inclusive suspensão ou extinção do poder familiar.

g) No plano econômico, está-se diante de direitos de imagem e de reprodução de obra cedidos pela família do artista mirim, ou seja, pertinentes à propriedade intelectual.

h) A retribuição pela cessão dos direitos de imagem, por seu apreciável conteúdo econômico, é apta a contribuir para a formação, desenvolvimento e realização pessoal e, no futuro, profissional do artista mirim.

X – O ESTATUTO MAIS FAVORÁVEL

A aplicação da legislação civil, ao contrário do que se pode imaginar, é potencialmente mais favorável ao menor que a da lei trabalhista.

A proteção oferecida pelo direito civil, com o rigor da responsabilidade civil, que enseja a reparação judicial de quaisquer danos materiais e morais, é superior ao sistema de indenizações previamente tarifadas na CLT.

A legislação trabalhista, quando se ocupa do menor, tem em vista o aprendiz ou aquele que, a partir dos 16 anos, já pode contrair obrigações, tendo plena compreensão dos direitos e deveres decorrentes da relação de emprego.

O direito do trabalho corresponde, no mais das vezes, a uma *tarifação* dos direitos, contrariamente ao que preveem, por exemplo, os arts. 186, 927 e 944³⁸ do Código Civil, que são normas mais abertas.

Exemplo emblemático está nos adicionais de insalubridade e periculosidade. O empregado é *protegido* pela previsão do direito, mas o empregador também o é, pois sabe, de antemão, o reflexo pecuniário de sua conduta. Aplicável fosse a regra do direito civil, a indenização deveria ser proporcional ao dano, o que, nessa hipótese, poderia superar em muito o valor dos adicionais previstos nos arts. 192 e 193 da CLT.

Essa peculiaridade do direito do trabalho emana de suas mais remotas origens. O filósofo François Ewald evoca, ao apontá-la, a inspiração da lei que marcou o início do direito do trabalho na França:

“La ley del 9 de abril de 1898 organiza en primer término un sistema de compensación de accidentes industriales sobre la base algo similar a una responsabilidad *a priori* del empleador. El titular del establecimiento industrial es declarado responsable de los accidentes que sus trabajadores sufran dentro en la relación de trabajo. Esto no era posible mientras la relación salarial fuera concebida sobre la base del contrato clásico de locación – que sólo envuelve el intercambio de trabajo por salario – y mientras los accidentes fueran analizados en los términos del art. 1.382 del Código Civil francés, cuya articulación del concepto de culpa implicaba un principio de selección en la compensación del daño. ¿Cómo podría entonces el titular del establecimiento ser hecho responsable *a priori* por los accidentes de trabajo? La idea fundamental del legislador de 1898 no era el establecimiento de una compensación basada en el riesgo – en contraposición, por ejemplo, con la compensación basada en la culpa –, como sostiene con demasiada frecuencia la tradición doctrinaria, *sino la concepción de la solución como un problema de transacción entre derechos en conflicto: el trabajador tendrá siempre derecho a la compensación, pero esta dejará de ser plena, y se graduará de acuerdo a una escala.* La ley del 9 de abril de 1989 sobre accidentes de trabajo no es tanto una ley que establece quién es responsable por los accidentes (...), *sino más bien una ley que establece una transacción legal.*”

38 “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.”

Enfim, aplicando-se a lei civil, eventual violação ao patrimônio jurídico do menor pode ser reparada de forma eficaz e integral, *sem os limites do sistema tarifário trabalhista*.

Os riscos para o produtor da obra cultural ou artística, portanto, são maiores que no contrato formal de emprego. Muitos são os cuidados de que deve cercá-lo, superiores aos previstos na CLT, para afastar os perigos à integridade física e moral da criança.

Nesse sentido se pronuncia a Juíza Rosemary de Oliveira Pires, ao tratar do trabalho do menor em consagrada obra coletiva. Sustenta que “as empresas deverão observar, tanto para menores assistidos como para estagiários por elas contratados, as normas pertinentes à higiene e segurança no ambiente do trabalho, bem assim a proteção à sua moralidade, *pena de responderem civilmente pelos prejuízos decorrentes de sua ação ou omissão, dolosa ou culposa*”³⁹.

Mas não é só. As peculiaridades do trabalho do artista mirim permitem aos juízes estipular (art. 149 do ECA) regras especiais para o caso concreto, superando a generalidade das normas de direito do trabalho. Podem ser citadas, como exemplo, a indicação de jornada máxima, a proibição de infringência aos horários escolares, a criação de intervalos para descanso e alimentação e a obrigatoriedade de acompanhamento pelos pais ou responsáveis.

Essas são as nossas considerações sobre esse tema fascinante, na esperança de provocar a reflexão dos estudiosos.

39 PIRES, Rosemary de Oliveira. O trabalho do menor. In: BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho – estudos em memória de Cêlio Goyatá*. V. I. São Paulo: LTr, 1997. p. 630.