



Capacitar

VIII Curso de Ingresso e Vitaliciamento
para Procuradores do Trabalho



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

Rodrigo Janot Monteiro de Barros
Procurador-Geral da República

Carlos Henrique Martins Lima
Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União

Maurício Correia de Mello
Diretor-Geral Adjunto da Escola Superior do Ministério Público da União

CÂMARA EDITORIAL GERAL

Afonso de Paula Pinheiro Rocha
Procurador do Trabalho – PRT 5ª Região(BA)

Antonio do Passo Cabral
Procurador da República – PR/RJ

Antonio Henrique Graciano Suxberger
Promotor de Justiça – MPDFT

José Antonio Vieira de Freitas Filho
Procurador do Trabalho – PRT 1ª Região (RJ)

Maria Rosynete de Oliveira Lima
Procuradora de Justiça – MPDFT

Otávio Augusto de Castro Bravo
Promotor de Justiça Militar – PJM/RJ

Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas
Procurador de Justiça Militar – PJM/Recife

Robério Nunes dos Anjos Filho
Procurador Regional da República – 3ª Região

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

Capacitar

VIII Curso de Ingresso e Vitaliciamento
para Procuradores do Trabalho



Brasília-DF
2014

Série Capacitar Escola Superior do Ministério Público da União

Uma publicação da ESMPU

SGAS Av. L2 Sul Quadra 604 Lote 23, 2º andar
70200-640 – Brasília-DF
Tel.: (61) 3313-5107 – Fax: (61) 3313-5185
Home page: <www.escola.mpu.mp.br>
E-mail: <editoracao@escola.mpu.mp.br>

© Copyright 2014. Todos os direitos autorais reservados.

Secretaria de Atividades Acadêmicas

Nelson de Sousa Lima

Capa

Clara Farias e Rossele Silveira Curado

Divisão de Apoio Didático

Adriana Ribeiro Ferreira

Projeto Gráfico

André de Sena e Natali Valenzuela

Supervisão de Projetos Editoriais

Lizandra Nunes Marinho da Costa

Diagramação

Ideorama Comunicação Ltda
CLN 413, Bloco A Sala 218
70874-510 – Brasília-DF
Tel.: (61) 3032-4849

Preparação de originais e revisão de provas

Anna Lucena, Davi Silva do Carmo,
Glaydson Dias, Lizandra Nunes e
Sandra Maria Telles

Impressão

Gráfica e Editora Ideal Ltda
SIG Quadra 8, 2268
70610-480 – Brasília-DF
Tel.: (61) 3344-2112

Núcleo de Programação Visual

Rossele Silveira Curado

E-mail: <ideal@idealgrafica.com.br>

Tiragem: 3.500 exemplares

As opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Biblioteca da Escola Superior do Ministério Público da União

C977 Curso de Ingresso e Vitaliciamento para Procuradores do Trabalho (8. : Brasília)
Capacitar / Colaboradores : Augusto Grieco Sant'Anna Meirinho ... [et al.]. - Brasília :
ESMPU, 2014
280 p. - (Série capacitar ; v. 2)
ISBN 978-85-88652-80-4
Publicado também em versão eletrônica, ISBN 978-85-88652-81-1

1. Trabalho aquaviário. 2. Meio ambiente do trabalho. 3. Empresa estatal – criação de cargo. 4. Serviço público – terceirização. 5. Intervalo para recuperação térmica. 6. Trabalho infantil. 7. Atleta – formação profissional. 8. Trabalho do adolescente. 9. Ministério Público do Trabalho – atuação. I. Meirinho, Augusto Grieco Sant'Anna. II. Série.

CDD 342.6

COLABORADORES

Augusto Grieco Sant'Anna Meirinho

Procurador do Trabalho. Ex-Procurador Federal da Advocacia-Geral da União. Especialista em Direito do Trabalho pela USP e em em Relações Internacionais pela UCAM/RJ. Mestre em Direito Previdenciário pela PUC/SP.

Carlos Alberto Costa Peixoto

Procurador do Trabalho.

Carolina Marzola Hirata

Procuradora do Trabalho. Especialista em Direito Constitucional pela UNISUL.

Giselle Alves de Oliveira

Procuradora do Trabalho.

Helder José Mendes da Silva

Procurador do Trabalho.

Luana Lima Duarte Vieira Leal

Procuradora do Trabalho.

Mariana Férrer Carvalho Rolim

Procuradora do Trabalho e ex-Procuradora Federal.

Silvana da Silva Suckow

Procuradora do Trabalho e ex-Juíza do Trabalho.

SUMÁRIO

**Convenção n. 178 da OIT e o trabalho aquaviário
decente a bordo dos navios mercantes
de bandeira nacional**

Augusto Grieco Sant'Anna Meirinho 11

**A dimensão qualificada do meio ambiente
do trabalho**

Carlos Alberto Costa Peixoto 47

**A inadmissibilidade de criação de cargos e
empregos comissionados nas empresas estatais**

Carolina Marzola Hirata 79

**Terceirização no serviço público à luz dos direitos
fundamentais e a decisão do Supremo Tribunal
Federal na ADC n. 16**

Giselle Alves de Oliveira 111

**O intervalo para recuperação térmica
(art. 253 da CLT) – aplicação e tutela**

Helder José Mendes da Silva 143

**Trabalho infantil artístico – aspectos jurídicos
de uma realidade fantasiada**

Luana Lima Duarte Vieira Leal 185

**A formação profissional de atletas e
o combate à exploração do trabalho
de crianças e adolescentes**

Mariana Férrer Carvalho Rolim 221

**O trabalho infantil – repercussões e implicações
em um enfoque multidisciplinar e a atuação
do Ministério Público do Trabalho**

Silvana da Silva Suckow 253

APRESENTAÇÃO

Acompanhar a mutação da realidade, em especial no mundo moderno, é vital para que o Ministério Público da União cumpra com êxito seu importante papel constitucional de defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Para que isso aconteça, é necessário grande esforço intelectual, o que só é possível em um ambiente organizado de promoção do conhecimento.

É nesse sentido que a Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), ciente de seu papel de promotora do pensamento científico, disponibiliza o segundo volume da Série Capacitar, contendo oito artigos produzidos durante o VIII Curso de Ingresso e Vitaliciamento para Procuradores do Trabalho. Ao longo de seus 17 anos de história, a Escola tem se dedicado à formação perene de membros e servidores, por entender que apenas com um trabalho de excelência é possível preparar agentes públicos e políticos capazes de exercer com eficiência e mérito aquilo que lhes foi legalmente designado.

Entendemos que a eficiência no serviço público, a que tanto os brasileiros anseiam, será alcançada também por meio de programas de capacitação aptos a aprimorar as habilidades e expertises dos integrantes da Administração Pública.

Sob essa perspectiva, a ESMPU orgulha-se de ser importante centro de produção de reflexões jurídicas, direta ou indiretamente relacionadas com as funções cometidas ao Ministério Público. Entre os interesses sociais e individuais indisponíveis protegidos constitucionalmente estão diversos direitos de natureza trabalhista, como a proibição do trabalho precoce e a proteção do meio ambiente de trabalho saudável. Nesta edição, os olhares se voltaram para algumas dessas questões, destacando-se desde o trabalho prestado a bordo de navios mercantes até o trabalho infantil artístico e esportivo.

Esperamos que esta publicação ultrapasse as fronteiras institucionais e sirva de suporte para o pensamento jurídico desenvolvido na comunidade. Afinal, o Direito só se desenvolve a partir da observação das transformações do cotidiano.

Boa leitura!

Carlos Henrique Martins Lima

Procurador da República

Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União

Maurício Correia de Mello

Subprocurador-Geral do Trabalho

Diretor-Geral Adjunto da Escola Superior do Ministério Público da União

Augusto Grieco Sant'Anna Meirinho

A Convenção n. 178 da OIT e o trabalho
aquaviário decente a bordo dos navios
mercantes de bandeira nacional

Sumário

1 Introdução

2 O transporte marítimo e o trabalhador aquaviário

2.1 O transporte aquaviário marítimo

2.2 O trabalhador aquaviário

2.3 A precarização do trabalho aquaviário

3 O trabalho decente a bordo dos navios mercantes

3.1 Trabalho decente

3.2 O trabalho aquaviário e a agenda do trabalho decente

4 A Convenção n. 178 da OIT e a fiscalização do trabalho aquaviário marítimo

4.1 Discussão sobre o aparente conflito de atribuições entre a Marinha do Brasil e o Ministério do Trabalho e Emprego

4.2 A Convenção n. 178 da OIT e o trabalho decente a bordo dos navios mercantes de bandeira nacional

4.3 A importância da Convenção n. 178 da OIT para a atuação do Ministério Público do Trabalho

5 Conclusão

1 Introdução

Thomas A. Mensah (apud FITZPATRICK; ANDERSON, 2005, p. 5), juiz do Tribunal Internacional do Direito do Mar, começa o prefácio do livro *Seafarers' Rights* (Direitos dos Marítimos) com a seguinte frase retirada do relatório *Inquiry into Ship Safety: Ships, Slaves and Competition* (Inquérito sobre segurança nos navios: navios, escravos e competição), publicado em 2000, pela *International Commission on Shipping*: “para milhares de marítimos internacionais de hoje, a vida no mar é uma escravidão moderna e seus lugares de trabalho, um navio escravo”¹.

Para quem conhece a realidade da marinha mercante mundial, essa assertiva revela-se verdadeira para um número significativo de marítimos.

Desde os primórdios da Organização Internacional do Trabalho (OIT), criada logo após o término da Primeira Guerra Mundial, pela Conferência de Paz realizada em Versalhes em 1919, a entidade tem voltado sua atenção para o trabalho aquaviário, com maior ênfase no trabalho marítimo, adotando uma série de convenções e recomendações desde então. Ao todo, foram cerca de sessenta instrumentos internacionais ligados ao setor marítimo.

Certamente as condições de trabalho a bordo dos navios mercantes apresentam peculiaridades que impõem reconhecer diferenças significativas em relação ao trabalhador dito terrestre. O confinamento a bordo dos navios é, sem dúvida, um fator diferenciador representativo no trabalho marítimo, aliado às condições de labor sob o aspecto do meio ambiente do trabalho. Ademais, diversas empresas de navegação têm negligenciado a sua função social, deixando os marítimos desatendidos quando em situação de fragilidade como, por exemplo, a falta de assistência adequada em caso de acidente a bordo bem como o desamparo nas situações de arresto ou sequestro do navio.

A Organização Marítima Internacional (IMO)² tem desenvolvido, em parceria com a OIT, programas de melhoria das condições de vida a bordo

1 Tradução livre do texto original em inglês: “For thousands of today’s international seafarers life at sea is modern slavery and their workplace is a slave ship”.

2 A Organização Marítima Internacional (IMO – *International Maritime Organization*) é

dos navios mercantes, reconhecendo, mais recentemente, a condição de vulnerabilidade do marítimo. Analisando os recentes instrumentos normativos da IMO, percebe-se uma mudança significativa de perspectiva de forma a centrar diversas de suas ações no elemento humano.

Apesar dos avanços tecnológicos em matéria de construção naval, tornando os navios mais seguros, e da regulamentação internacional da navegação em diversos aspectos, sobretudo em relação ao meio ambiente marinho, a segurança da navegação e a salvaguarda da vida humana no mar bem como as condições de trabalho a bordo dos navios ainda permanecem degradantes para um número significativo de marítimos.

Os armadores e proprietários de navios, como qualquer empresário, buscam a redução de seus custos operacionais. Não seria diferente em relação à mão de obra embarcada. Considerando a internacionalização da atividade de transporte marítimo, as formas de redução dos custos operacionais apresentam-se sob diversas possibilidades, tais como a construção de navios em estaleiros no exterior, o registro desses navios nas chamadas bandeiras de conveniência³ e a contratação de marítimos de diversas nacionalidades, sobretudo de países com baixos padrões de desenvolvimento.

Como o Estado brasileiro é antropocêntrico, ou seja, centrado no ser humano, já que o Constituinte Originário de 1988 elegeu a dignidade da pessoa como o vetor axiológico máximo a reger todas as relações jurídicas, deve-se impor tais valores às relações de trabalho observadas no setor aquaviário.

uma agência (ou organismo) especializada da Organização das Nações Unidas integrando o denominado Sistema ONU e foi criada em 1948. Seu lema atual é: *safe, secure and efficient shipping on clean oceans*.

- 3 François Armand de Souza, professor de Economia do Transporte Marítimo da Escola de Formação de Oficiais da Marinha Mercante (localizada no CIAGA – Rio de Janeiro), disserta acerca das bandeiras de conveniência dizendo que são pavilhões de países oferecedores de facilidades para os armadores registrarem seus navios nesses Estados, transcrevendo em seguida definição do livro do professor Metaxas (*Flag of Convenience*. Publishing Company Limited, 1986), *in verbis*: “Bandeiras de conveniência são as bandeiras nacionais daqueles estados, nos quais empresas de *shipping* registram seus navios, objetivando maximizar seus benefícios e minimizar seus custos, evitando a legislação econômica e outras legislações e as condições em termos de emprego dos fatores de produção, que seriam aplicáveis em seus próprios países”.

Diante dos princípios norteadores da atuação da OIT bem como dos objetivos da República Federativa do Brasil na ordem social, quais sejam, bem-estar e justiça sociais, fundados no valor social do trabalho (art. 193 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988), impõe-se transpor para o trabalho aquaviário realizado a bordo de navios, quer de longo curso, quer de cabotagem, a ideia de trabalho decente.

A escolha do tema encontra justificativa na atuação prática da Coordenadoria Nacional do Trabalho Portuário e Aquaviário (CONATPA) e na coordenação ministerial, no que se refere ao trabalho aquaviário em parceria com o Grupo Especial de Fiscalização Móvel do Trabalho Portuário e Aquaviário do Ministério do Trabalho e Emprego. Esse grupo é integrado por auditores fiscais do trabalho especialmente voltados para atuarem no setor aquaviário e portuário e iniciou, com a entrada em vigor da Convenção n. 178 da OIT, uma intensa atividade de inspeção a bordo de navios mercantes de bandeira nacional, para aferir as condições de vida e trabalho nessas embarcações.

O presente estudo monográfico, etapa necessária para o vitaliciamento no cargo de Procurador do Trabalho, encontra-se dividido em três partes.

A primeira parte do trabalho dedica-se a examinar o transporte marítimo e o trabalhador aquaviário. Inicia-se com uma exposição abreviada das espécies de navegação, segundo a legislação aquaviária nacional, para, em seguida, apresentar os grupos de trabalhadores aquaviários dispostos no ordenamento jurídico brasileiro. Destacam-se, ainda, as condições especiais de trabalho a bordo dos navios, sobretudo naqueles que arvoram bandeiras de estados considerados como registros de conveniência, e a crescente preocupação das organizações internacionais do trabalho e marítima com os padrões de segurança e as condições com que o trabalho é exercido a bordo. Por fim, apresenta, resumidamente, a atuação estatal realizada pelas autoridades do Estado do Porto e da Bandeira, em decorrência de sua soberania, como fundamentais para a imposição do cumprimento das convenções internacionais do setor marítimo.

Na segunda parte, propõe-se a análise da agenda do trabalho decente da OIT para o setor marítimo mundial. Inicia-se com a noção

de trabalho decente, segundo a OIT, com seus eixos de sustentação. No ponto seguinte, apresenta os últimos esforços da OIT em introduzir o trabalho decente ao setor aquaviário, o que se deu com a adoção, no ano de 2006, da Convenção Internacional do Trabalho Marítimo, a ser aplicada globalmente após a sua entrada em vigor.

Por sua vez, a quarta parte deste trabalho refere-se ao núcleo principal do estudo. Propõe-se a apresentar a Convenção n. 178 da OIT, relativa à inspeção das condições de vida e de trabalho dos trabalhadores marítimos, assinada em Genebra, em 22 de outubro de 1996, e promulgada pelo Presidente da República em 10 de fevereiro de 2009. Em um primeiro momento, dedica-se ao esclarecimento das atribuições da Marinha do Brasil no que tange à amplitude da inspeção naval que realiza, de forma a revelar que as atribuições fiscalizatórias do Ministério do Trabalho e Emprego não invadem sua esfera de atuação. Em seguida, passa-se ao estudo da Convenção n. 178, apresentando suas principais disposições, com o objetivo de demonstrar, por meio deste trabalho científico, a relevância desse instrumento convencional para a inserção da agenda do trabalho decente da OIT no setor aquaviário marítimo.

A metodologia empregada para a estruturação do trabalho foi a de partir da análise da legislação aquaviária brasileira bem como da experiência profissional do autor, tanto como ex-oficial da Marinha Mercante Brasileira quanto como Procurador do Trabalho coordenador regional da CONATPA da Procuradoria Regional do Trabalho da 11ª Região, de forma a identificar os trabalhadores do setor, reconhecendo-os como grupo vulnerável a práticas degradantes de trabalho, atraindo a atuação do Estado para tutelar as condições de prestação dos serviços a bordo dos navios de bandeira nacional, dentro do conceito atual de trabalho decente.

Assim, com tais fundamentos, concluir-se-á que a Convenção n. 178 da OIT é um dos instrumentos à disposição do Estado brasileiro, viabilizador do trabalho decente a bordo dos navios de bandeira nacional. Com a entrada em vigor da referida convenção, clarificam-se as atribuições do Ministério do Trabalho e Emprego para realizar a fiscalização das condições de vida e trabalho dos aquaviários. Em outro giro, o produto da

atuação dos auditores fiscais do trabalho, em cumprimento da Convenção n. 178, apresenta-se, no plano fenomênico, como suporte probatório material apto a lastrear a atuação do Ministério Público do Trabalho na imposição do cumprimento da legislação protetiva no setor aquaviário.

2 O transporte marítimo e o trabalhador aquaviário

2.1 O transporte aquaviário marítimo

O transporte aquaviário é a atividade de transporte que utiliza as vias navegáveis para escoar os bens ou conduzir as pessoas que o utilizam. Para Samir Keedi (2006, p. 51), transporte aquaviário é a navegação realizada por navios, braços, barcas, entre outros, em vias aquáticas, podendo ser dividido em marítimo, fluvial e lacustre, que são as navegações em mares, rios e lagos respectivamente.

A Lei n. 9.432/1997, que dispõe sobre a ordenação do transporte aquaviário, classifica as espécies de navegação nas quais as embarcações são empregadas. Assim, o art. 2º dessa lei, que traz diversas definições, classifica a navegação em diversas modalidades, a saber: navegação interior, de cabotagem, de longo curso, de apoio marítimo e de apoio portuário.

A navegação interior é a realizada em hidrovias interiores, em percurso nacional ou internacional; a navegação de cabotagem faz-se entre portos ou pontos do território brasileiro, utilizando a via marítima ou esta e as vias navegáveis interiores; a navegação de longo curso dá-se entre portos brasileiros e estrangeiros; a navegação de apoio marítimo ocorre para o apoio logístico a embarcações e instalações em águas territoriais nacionais e na Zona Econômica que atuem nas atividades de pesquisa e lavra de minerais e hidrocarbonetos; e, por fim, a navegação de apoio portuário é a navegação realizada exclusivamente nos portos e terminais aquaviários, para atendimento a embarcações e instalações portuárias.

As navegações de cabotagem, longo curso e apoio marítimo são consideradas como navegação em mar aberto; portanto, em águas tidas como desabrigadas, conforme estabelecido no Regulamento de Segurança do Tráfego Aquaviário em Águas sob Jurisdição Nacional, aprovado pelo Decreto n. 2.596/98/1998, que, por sua vez, regulamenta a Lei de Segurança do Tráfego Aquaviário (Lei n. 9.537/1998, conhecida como LESTA).

Considerando o objeto específico do presente estudo, qual seja, o reconhecimento da Convenção n. 178 da OIT como instrumento de garantia do trabalho decente nos navios mercantes de bandeira nacional, as atenções irão voltar-se à navegação em mar aberto, ou seja, ao transporte marítimo, já que a convenção se aplica aos navios utilizados para navegação marítima. Importante consignar, ainda, que a aplicação da Convenção n. 178 não se restringe aos navios empregados na navegação de longo curso (transporte marítimo internacional), abarcando, também, os navios empregados na navegação de cabotagem.

Cabe destacar que o transporte marítimo internacional é reconhecido como uma das forças viabilizadoras do processo conhecido como globalização. Foi ele que permitiu um aumento do intercâmbio econômico e cultural entre as nações. Ademais, a introdução de novas tecnologias de transporte, sobretudo a propulsão mecânica e a construção de grandes navios de aço, contribuiu para a redução dos custos do transporte e o aumento dos níveis de segurança dessa atividade.

Segundo Carlo Cippola (1968), escrevendo na década de 1960, a indústria do transporte foi uma das principais forças responsáveis pela passagem do mundo baseado em um sistema nacional para a economia global que existe atualmente. Svein Kristiansen (2005) complementa essa visão dizendo que o transporte aquaviário de bens e mercadorias tem sido, por séculos, o principal pré-requisito para o comércio entre as nações e regiões e, sem dúvidas, desempenhado um importante papel na criação do desenvolvimento econômico e prosperidade.

Vistas as espécies de navegação, cabe analisar o trabalhador aquaviário, segundo o ordenamento jurídico brasileiro.

2.2 O trabalhador aquaviário

O trabalhador aquaviário encontra definição legal na Lei n. 9.537/1998, que dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional. Nos termos do art. 2º, II, da LESTA, aquaviário é todo aquele com habilitação certificada pela autoridade marítima para operar embarcações em caráter profissional. Portanto, o requisito da profissionalidade é fundamental para a qualificação do trabalhador como aquaviário. Os aquaviários ainda são divididos em seis grupos profissionais, segundo o decreto regulamentador da LESTA (Decreto n. 2.596/1998, conhecido como RLESTA), conforme se segue:

Art. 1º Os aquaviários constituem os seguintes grupos:

I - **1º Grupo** - Marítimos: tripulantes que operam embarcações classificadas para a navegação em mar aberto, apoio marítimo, apoio portuário e para a navegação interior nos canais, lagoas, baías, angras, enseadas e áreas marítimas consideradas abrigadas;

II - **2º Grupo** - Fluviários: tripulantes que operam embarcações classificadas para a navegação interior nos lagos, rios e de apoio portuário fluvial;

III - **3º Grupo** - Pescadores: tripulantes que exercem atividades a bordo de embarcações de pesca;

IV - **4º Grupo** - Mergulhadores: tripulantes ou profissionais não-tripulantes com habilitação certificada pela autoridade marítima para exercer atribuições diretamente ligadas à operação da embarcação e prestar serviços eventuais a bordo ligados às atividades subaquáticas;

V - **5º Grupo** - Práticos: aquaviários não-tripulantes que prestam serviços de praticagem embarcados;

VI - **6º Grupo** - Agentes de Manobra e Docagem: aquaviários não-tripulantes que manobram navios nas fainas em diques, estaleiros e carreiras.

Para o estudo que aqui se propõe, relevante o primeiro grupo, qual seja, o dos marítimos. Nos termos da definição legal, os marítimos são os tripulantes que operam embarcações classificadas para a navegação em mar aberto, apoio marítimo, apoio portuário e para a navegação interior nos canais, lagoas, baías, angras, enseadas e áreas marítimas

consideradas abrigadas. Portanto, o elemento caracterizador dessa espécie de aquaviário é a conectividade com o espaço marítimo, mesmo considerado águas abrigadas, como são os casos de uma baía ou canal ligados ao mar.

Examinando a classificação acima, percebe-se que há aquaviários tripulantes e não tripulantes. Para fins da legislação aquaviária, tripulante deve ser entendido como o aquaviário que exerce funções embarcado, na operação da embarcação. Para desempenhar tais funções, o trabalhador necessita de habilitação específica emitida pela autoridade marítima que, no Brasil, é exercida, centralmente, pelo comandante da Marinha, com delegação legal, conforme o caso, para as autoridades navais que compõem o sistema da Diretoria de Portos e Costas (DPC). Essa habilitação permite a inscrição do aquaviário em um dos órgãos da Marinha do Brasil (Capitania dos Portos, Delegacia ou Agência ou Centro de Instrução – CIAGA⁴ ou CIABA⁵). A inscrição é obrigatória para o exercício de atividade em embarcação nacional e será comprovada pela apresentação da Caderneta de Inscrição e Registro (CIR)⁶.

2.3 A precarização do trabalho aquaviário

Ao contrário do que muitos profissionais acreditam, para a formalização legal do vínculo empregatício com o explorador da atividade aquaviária, não basta o documento emitido pela autoridade marítima, ou seja, a CIR. Faz-se necessária a assinatura da Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) pelo empregador⁷.

4 CIAGA – Centro de Instrução Almirante Graça Aranha, localizado na cidade do Rio de Janeiro.

5 CIABA – Centro de Instrução Almirante Brás de Aguiar, localizado na cidade de Belém, no Pará.

6 A inscrição inicial como aquaviário ocorrerá após aprovação em curso do Ensino Profissional Marítimo (EPM) ou com a apresentação de título ou certificado de habilitação conferido por entidade ou governo, endossado ou reconhecido pela autoridade marítima, nos termos da NORMAM n. 13 (Normas da Autoridade Marítima para Aquaviários, aprovada pela Portaria n. 111/DPC, emitida em 16 de dezembro de 2003, pelo Vice-Almirante Diretor de Portos e Costas).

7 Em diversas operações realizadas no Estado do Amazonas pelos grupos móveis da Coordenadoria Nacional do Trabalho Portuário e Aquaviário (CONATPA), deparamo-nos com trabalhadores que afirmaram não possuir a CTPS, ou não ter o vínculo empregatício

Em nosso sentir, a não formalização do contrato de trabalho do aquaviário em CTPS revela situação de precarização da relação de emprego. Não a precarização no sentido de flexibilização ou desregulamentação atribuída pela doutrina trabalhista, mas na sua forma mais perversa. A não formalização do contrato de trabalho impede, pelo menos momentaneamente, a incidência automática das normas de proteção social, tais como aquelas advindas da relação previdenciária, além do não recolhimento das contribuições para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Como o empregador não cumpre a regra mais simplória da relação de emprego, qual seja, a anotação do contrato em CTPS, certamente não observará outras normas protetivas, tais como a limitação da jornada de trabalho, a concessão dos intervalos legais, o pagamento correto de horas extraordinárias, férias etc. Mais grave, ainda, será o desrespeito às normas de segurança do trabalho, não raro no meio aquaviário nacional.

Ressalte-se que, em nosso ordenamento jurídico, a relação de emprego é a forma de prestação de trabalho que atrai o maior grau de proteção social. Maurício Godinho Delgado (2006, p. 30) assim se manifesta acerca da importância do trabalho formalizado:

O emprego, regulado e protegido por normas jurídicas, desponta, desse modo, como o principal veículo de inserção do trabalhador na arena socioeconômica capitalista, visando a propiciar-lhe um patamar consistente de afirmação individual, familiar, social, econômica e, até mesmo, ética. [...] trata-se do principal e mais abrangente veículo de afirmação socioeconômica da ampla maioria das pessoas humanas na desigual sociedade capitalista.

A precarização da relação de trabalho aquaviária é a própria negação do direito do trabalho para o trabalhador desta área, mormente pelas especificidades em que o labor é prestado, normalmente em longos períodos de confinamento a bordo das embarcações. Cabe destacar, ainda, que este fenômeno é largamente difundido pelo mundo, atingindo tripulantes oriundos de regiões menos desenvolvidas, que encontram na marinha mercante uma forma de se livrar dos laços de pobreza

nela formalizado, já que trabalhavam com a CIR devidamente anotada pelos representantes locais da Marinha do Brasil.

reinantes em seus países. Diante dessa realidade, diversos armadores⁸ se aproveitam para impor uma relação de trabalho aviltante em navios de baixo padrão de segurança, normalmente registrados em bandeiras de conveniência.

A existência das denominadas bandeiras de conveniência se justifica, sob a perspectiva dos proprietários das embarcações, pela necessidade de reduzir os custos operacionais de seus navios, procurando registrar as embarcações de suas propriedades em países que ofertam incentivos fiscais, bem como uma maior flexibilização em relação ao cumprimento das normas internacionais relativas à segurança. As maiores bandeiras de conveniência ligam-se, via de regra, a países menos desenvolvidos ou em vias de desenvolvimento, tais como Panamá, Libéria, Bahamas, Malta, entre outros. Contudo, analisando a nacionalidade dos proprietários dos navios, verifica-se que estes são naturais de países centrais, desenvolvidos, como Inglaterra, Estados Unidos, Alemanha, Japão, Itália etc.

Importante deixar consignado que a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM), assinada em Montego Bay, em 1982, e vigente no plano internacional desde 16 de novembro de 1994, estabelece a exigência de que haja um vínculo substancial entre o Estado que concede o direito de arvorar sua bandeira e o navio, conforme se verifica do art. 91 dessa convenção.

Art. 91

Nacionalidade dos navios

1. Todo o Estado deve estabelecer os requisitos necessários para a atribuição da sua nacionalidade a navios, para o registro de navios no seu território e para o direito de arvorar a sua bandeira. Os navios possuem a nacionalidade do Estado cuja bandeira estejam autorizados a arvorar. *Deve existir um vínculo substancial entre o Estado e o navio.* [grifo nosso]

Ricardo Moisés de Almeida Platchek (2007, p. 472) explica que “os países de bandeira de conveniência facilitam o acesso ao seu registro

8 O armador deve ser entendido como o empresário que apresta a embarcação, ou seja, prepara esta com os meios necessários para navegar, explorando-a comercialmente.

pelo baixo custo, não existindo necessidade do capitão nem dos demais tripulantes serem nacionais, ao contrário da legislação brasileira”.

De fato, observa-se a praxe, nos navios de bandeira de conveniência, de se armarem as embarcações com marítimos de diversas nacionalidades, concedendo o comando do navio, geralmente, a um comandante da mesma nacionalidade do armador/proprietário, e recrutando os demais tripulantes entre os países com menores índices de desenvolvimento, como Filipinas, Libéria, Índia, Grécia, entre outros. Esta situação fática é explicitada de forma cristalina e direta por Alan E. Branch (2007, p. 78), nos termos que se seguem:

O custo de empregabilidade dos marítimos de uma nacionalidade particular está, primeiramente, relacionado ao nível geral de salários e custo de vida naquele país. [...] marítimos habilitados de nacionalidades do extremo oriente têm menor nível salarial e armadores têm clara vantagem nos custos da tripulação quando comparados com tripulações de origem europeia tais como originárias da Grã-Bretanha, Alemanha ou Holanda⁹.

Essa diversidade de nacionalidades acarreta dificuldades nas comunicações entre os tripulantes, gerando situações de insegurança nas operações de bordo, como já reconhecido pela Organização Marítima Internacional, além de atenuar os laços de solidariedade entre as categorias profissionais, bem como enfraquecer a noção de responsabilidade social da empresa de navegação armadora do navio em relação aos seus tripulantes.

As condições fáticas negativas das bandeiras de conveniência para os trabalhadores são ressaltadas, de maneira mais enfática, por Eliane Maria Octaviano Martins (2008, p. 177), conforme se segue:

Sindicatos e organismos de defesa dos trabalhadores, dentre os quais se destaca a ITF (Federação Internacional dos Trabalhadores em Transportes), vêm destacando as condições de trabalho desfavoráveis da tripulação de conveniência, ou seja, da

9 Tradução livre do autor; original em inglês: “The cost of employing seafarers of a particular nationality is in the first instance related to the general level of wages and cost of living in that country. [...] The Far East nationals’ skilled seafarers have lower salary levels and shipowners are clearly advantaged in their crewing costs when compared with crews of European origin such as from UK, Germany or Holland”.

tripulação formada por marítimos de nacionalidades diferentes da bandeira que o navio arvora. Na maioria dos casos, a tripulação está sujeita a condições de trabalho inferiores ao padrão mínimo determinado pela IMO.

Contudo, embora a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar estabeleça a necessidade de existência de um vínculo substancial entre o Estado e o navio, essa fórmula não surtiu os efeitos desejados, conforme observa Haijiang Yang (2006, p. 22), *in verbis*:

A fórmula do vínculo substancial, como abordagem direta contra as bandeiras de conveniência, não funcionou tão bem quanto esperada. Em consequência, uma abordagem indireta tem sido crescentemente empregada por intermédio de se pressionar os Estados da bandeira para implementarem padrões internacionais de um lado, bem como fortalecendo a competência do Estado costeiro/do porto de outro¹⁰.

Diante dessa realidade preocupante, mormente pelo crescente número de acidentes marítimos provocados por navios registrados em bandeiras de conveniência, a Organização Marítima Internacional instituiu um conjunto de procedimentos, de forma a impor a observância, por estes registros, de padrões mínimos de segurança, ou seja, o cumprimento das principais convenções internacionais adotadas no âmbito da IMO. Esse conjunto de procedimentos foi denominado de Controle do Estado do Porto (Port State Control).

O Controle do Estado do Porto investe o Estado de poderes, inerentes a sua soberania e reconhecidos pela Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, para verificar as condições dos navios estrangeiros quando em visita aos seus portos. Essa atividade pública tem como objetivo precípua verificar o cumprimento das normas internacionais a fim de garantir que o navio está sendo operado em condições aceitáveis de segurança.

10 Tradução livre do autor; original em inglês: “The ‘genuine link’ formula, as the direct approach against the flag of convenience, has not worked as well as expected. In consequence, the indirect approach has been increasingly employed by pressing flag States to implement international standards on the one hand and strengthening coastal / port state competence on the other”.

Sistematizando a estrutura do controle de segurança marítima, tem-se que o papel da autoridade marítima de cada Estado é assegurar que as regras internacionais aceitas pelo país são seguidas pelos seus armadores por meio de um controle próprio bem como pela certificação, o que é denominado de Controle do Estado da Bandeira (FSC - Flag State Control). Por outro lado, há o Controle do Estado do Porto que, grosso modo, tem atribuição de aferir a adequação, às principais convenções internacionais da IMO, dos navios de bandeiras estrangeiras que visitam os portos do Estado Costeiro que exerce o controle.

A inspeção do trabalho realizada pelo Estado, nos termos da Convenção n. 178 da Organização Internacional do Trabalho, harmoniza-se, em nosso entender, com esta sistemática de controle.

No próximo capítulo deste trabalho monográfico abordar-se-á o trabalho decente a bordo dos navios mercantes, segundo os parâmetros traçados pela OIT.

3 O trabalho decente a bordo dos navios mercantes

3.1 Trabalho decente

A palavra trabalho pode ser entendida de diversas formas. Usualmente, trabalho é uma atividade tendente a modificar a natureza. Nesse sentido, o trabalho pode ser realizado por uma máquina. Contudo, nas relações sociais, o trabalho que interessa ao Direito é o humano. Em nossa Constituição vigente, o trabalho é direito fundamental, prescrito no rol dos direitos sociais (art. 6º da CRFB/1988). Portanto, direito fundamental de segunda dimensão. Além disso, o constituinte originário referiu-se, em três momentos do texto constitucional, ao valor social do trabalho: como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso IV); como fundamento da ordem econômica, ao fazer referência à valorização do trabalho humano (art. 170, *caput*); e como base da ordem social, ao indicar o primado do trabalho como base desta ordem (art. 193).

Como a pessoa possui necessidades fisiológicas (necessita se alimentar, beber, cuidar de sua saúde etc.) e sociais (tem que se vestir,

se deslocar, estudar, usufruir de lazer, entre outras), precisa obter recursos pecuniários para fazer frente a essas necessidades, o que se dá por intermédio do trabalho. O trabalho humano, portanto, é o núcleo objetivo da relação jurídica trabalhista. Considerando a evolução da sociedade, a questão social gerou uma mutação na postura do Estado, que na sua fase liberal mantinha-se inerte e equidistante entre a relação capital/trabalho, tendo este passado a intervir nas relações entre trabalhadores e empregadores de forma a minimizar as condições adversas da classe trabalhadora, permitindo a manutenção do próprio sistema capitalista.

Contudo, na atual ordem constitucional brasileira, o foco da atuação do Estado é o ser humano; portanto, antropocêntrico, já que o valor máximo do Estado Democrático de Direito inaugurado no processo de redemocratização é a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

Nesse sentido, o trabalho humano deve ser alçado ao patamar de elemento essencial ao desenvolvimento integral da pessoa humana. Sob esta visão, o conjunto de normas caracterizadas sob o signo de fundamentalidade, ou seja, as normas viabilizadoras dos direitos fundamentais em todas as suas dimensões, devem ser aplicadas nas relações entre particulares e, com maior razão, na relação de trabalho. Esse é o entendimento de José João Abrantes (2005, p. 205), transcrito a seguir:

Assim, os direitos fundamentais devem aplicar-se (também) nas relações entre os particulares, designadamente contra os indivíduos que disponham de uma situação real de poder, como é o caso do empregador para com o trabalhador.

No contrato de trabalho, a aplicação directa desses direitos é consequência *natural* da sua própria estrutura, surgindo, aliás, na linha lógica de desenvolvimento deste ramo do direito. O desequilíbrio económico, social e jurídico que nele existe impõe a vinculação do empregador aos direitos fundamentais, dada a empresa não ser um mundo à parte, onde os princípios fundamentais do ordenamento jurídico, centrados na dignidade da pessoa humana, pudessem ser impunemente afastados [...]. [grifo do original]

Em nosso entender, a agenda do trabalho decente introduzida pela OIT faz parte desse processo evolutivo, realçando a centralidade do ser humano nas relações de trabalho, como se verá a seguir.

A promoção do trabalho decente tem sido uma das principais metas da OIT desde a última década do século XX. O estabelecimento de uma agenda sobre o trabalho decente pela OIT advém das discussões no cenário internacional acerca dos rumos da globalização, conforme bem observado por Ericson Crivelli (2010, p. 173), *in verbis*:

De todos os acontecimentos ocorridos no cenário internacional durante os anos 90, nenhum exerceu tanta influência sobre a atividade normativa da OIT – influência esta que se expressa de forma mais marcante nas suas iniciativas de políticas normativas mais recentes – como as decisões da Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Social, realizada em Copenhague, em março de 1995. A Declaração de Copenhague sobre Desenvolvimento Social, com os seus dez compromissos universais e o Programa de Ação da Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Social, deixou seus reflexos na definição dos novos rumos para as políticas normativas da OIT, como ainda hoje serve de referência nos seus debates interno.

Reconhecendo essa influência nos instrumentos normativos produzidos pela OIT desde então, Crivelli (2010) ressalta que a política normativa denominada *trabalho decente* teve inspiração direta nos documentos da cúpula social de Copenhague.

Segundo o Ministério do Trabalho e Emprego, o trabalho decente é condição fundamental para a superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável¹¹.

Para a Organização Internacional do Trabalho, trabalho decente seria um trabalho produtivo e adequadamente remunerado; exercido em

11 Cf. <<http://www.mte.gov.br/antd>>. Acesso em: 8 dez. 2010. A promoção do trabalho decente passou a ser um compromisso assumido entre o governo brasileiro e a OIT com a assinatura, pelo Presidente da República e pelo Diretor-Geral da OIT, em junho de 2003, do Memorando de Entendimento que prevê o estabelecimento de um Programa Especial de Cooperação Técnica para a promoção de uma Agenda Nacional de Trabalho Decente, a qual foi elaborada em maio de 2006.

condições de liberdade, equidade e segurança; sem quaisquer formas de discriminação; e capaz de garantir uma vida digna a todas as pessoas que vivem de seu trabalho¹².

A OIT identifica quatro eixos da denominada agenda do trabalho decente, quais sejam, a criação de emprego de qualidade para homens e mulheres, a extensão da proteção social, a promoção e fortalecimento do diálogo social e o respeito aos princípios e direitos fundamentais no trabalho, expressos na Declaração dos Direitos e Princípios Fundamentais no Trabalho da OIT, adotada em 1998.

Marcos César Amador Alves (2010, p. 337), analisando esses eixos, conclui que o trabalho decente se revela em quatro dimensões distintas, pertinentes a diferentes enfoques de valorização e tutela, enumerando-os: “a) a proteção e aplicação dos princípios e direitos fundamentais no trabalho e normas internacionais do trabalho; b) geração de oportunidades de trabalho, emprego e renda; c) a proteção e a segurança social; e d) o diálogo social e o diálogo tripartite”.

Otávio Pinto e Silva (2004, p. 150) ressalta que na “87ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho foi aprovada uma proposta de atuação prioritária da OIT, que é a busca da disponibilidade de um trabalho decente para homens e mulheres em todo o mundo”.

O trabalho decente é visto como o ponto de convergência de quatro objetivos estratégicos da OIT, que devem orientar sua atuação nos próximos anos, a saber: a promoção dos Direitos Fundamentais no Trabalho; o emprego; a proteção social; o diálogo social.

Todos os que trabalham têm direitos no trabalho. A OIT zela pela melhoria das condições de trabalho, seja onde for o local de desenvolvimento das atividades laborais, na economia estruturada ou na não organizada.

José Claudio Monteiro de Brito Filho (2004, p. 61) entende que o trabalho decente é um conjunto mínimo de direitos do trabalhador que corresponde

¹² Disponível em: <http://www.oit.org.br/topic/decent_work/trab_decente_2.php>. Acesso em: 8 dez. 2010.

à existência de trabalho; à liberdade de trabalho; à igualdade no trabalho; ao trabalho com condições justas, incluindo a remuneração, e que preservem sua saúde e segurança; à proibição do trabalho infantil; à liberdade sindical; e à proteção contra os riscos sociais.

Como se percebe, a definição do trabalho decente no plano fenomênico está indissociavelmente ligada ao valor da dignidade da pessoa humana, vetor axiológico máximo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Por sua vez, como bem observa Wagner Balera (2010, p. 32), ao se referir ao modelo de desenvolvimento delineado pelo Constituinte de 1988, “só será válido – na acepção jurídica do termo – aquele modelo de desenvolvimento que esteja baseado em legislação que corresponda às exigências da justiça social”.

3.2 O trabalho aquaviário e a agenda do trabalho decente

O trabalho aquaviário marítimo, diante de suas peculiaridades, com maior razão, deve ser regido por relações de trabalho em que se respeitem as diretrizes do trabalho decente. Francisco Edivar Carvalho (2010), auditor fiscal do trabalho com experiência na área aquaviária e portuária, assim se manifesta:

O trabalho marítimo é de permanente risco, cujo ambiente leva o trabalhador a ficar confinado e restrito a poucos espaços da embarcação, bem como a trabalhar em turnos que se alternam nas 24 horas do dia e, em alguns casos, como na navegação de longo curso, passar até meses afastado do convívio familiar. Além dessas particularidades, há navios mercantes de bandeira nacional que não oferecem as mínimas condições de vida e de trabalho a bordo, bem como em alguns estrangeiros de bandeira de conveniência.

Realmente, como bem observado, o trabalho a bordo dos navios mercantes é de constante risco para os trabalhadores, seja pelo risco oriundo da própria navegação, com o crescente número de navios da frota mundial aumentando a possibilidade de abalroamentos e das intempéries, seja pelo risco intrínseco do próprio navio, conforme o tipo de carga transportada (navios de carga perigosa, normalmente navios-tanque – petroleiros, químicos e gaseiros).

Adiciona-se a forma como o trabalho é prestado, sobretudo na navegação de longo curso, em que os tripulantes permanecem embarcados por longos períodos, normalmente por meses. Embora haja uma divisão do trabalho em quartos de hora¹³, intercalados com períodos de descanso, estes não são suficientes para minimizar o desgaste acumulado na viagem, pois o marítimo não consegue se desligar completamente daquela condição de embarcado. Ao lado disso, as normas internacionais convencionais editadas no âmbito da IMO, sobretudo aquelas ligadas ao gerenciamento de segurança (Código Internacional de Gerenciamento de Segurança – ISM Code – e Código Internacional de Proteção de Navios e de Instalações Portuárias – ISPS Code), impõem uma série de tarefas adicionais que limitam, ainda mais, o tempo de descanso dos tripulantes.

A realidade atual do trabalho marítimo, conforme reconhecido pela IMO e pela OIT, é de desgaste acentuado do profissional, com aumento da fadiga que, por sua vez, gera riscos adicionais de ocorrência de acidentes marítimos e do trabalho.

Embora a OIT venha acompanhando de perto o trabalho aquaviário, sobretudo o trabalho marítimo, com a edição de cerca de sessenta instrumentos entre convenções e recomendações relacionadas aos trabalhadores que laboram embarcados, a dispersão de suas normas é fator gerador de dificuldades de suas implementações no plano dos fatos.

Reconhecendo essa realidade, a Organização Internacional do Trabalho recentemente patrocinou uma conferência sobre o trabalho marítimo, realizada em Genebra, no ano de 2006, em que se adotou uma nova Convenção Internacional sobre Trabalho Marítimo (Maritime Labour Convention), que estabelece direitos para os marítimos no que

13 Na navegação de longo curso, a divisão de trabalho para os tripulantes que executam o serviço de quarto se dá por períodos de quatro horas de trabalho, com oito horas de descanso, durante todos os dias em que o navio encontra-se em viagem, sem interrupção nos dias considerados não úteis (domingos e feriados). Por exemplo, o oficial de quarto de navegação ou máquinas que esteja responsável pelo quarto de zero às quatro, trabalha de meia-noite até às quatro horas da manhã, descansa das quatro horas até o meio-dia, reassumindo as suas funções no passado (ponte de comando) ou na praça de máquinas às doze horas até às dezesseis horas.

tange a condições de trabalho decente, além de estabelecer uma competição justa para os armadores.

Após a sua entrada em vigor, essa nova convenção pretende ser aplicada globalmente, tendo sido concebida a integrar, como um quarto pilar, um regime regulatório internacional que tem como objetivo precípua garantir que a exploração da atividade de navegação marítima se dê de forma segura tanto sob o aspecto da navegação, passando pela prevenção da poluição do meio marinho, quanto, principalmente, em relação à salvaguarda da vida humana no mar.

Destarte, integrará um sistema convencional voltado para a consolidação de um regime de trabalho mais justo, em um ambiente de desenvolvimento social sustentável, integrado pelas três principais convenções internacionais da IMO, quais sejam, a Convenção Internacional para a Salvaguarda da Vida Humana no Mar¹⁴, a Convenção Internacional sobre Padrões de Formação, Certificação e Serviço de Quarto para Marítimos¹⁵ e a Convenção Internacional para a Prevenção da Poluição por Navios¹⁶, além da própria Convenção sobre o Trabalho Marítimo da OIT.

Em seu discurso de apresentação da Convenção sobre o Trabalho Marítimo, proferido em fevereiro de 2006¹⁷, o diretor-geral da Organização Internacional do Trabalho, Juan Somavia, afirmou ser a convenção uma carta de direitos para o setor marítimo, como um modelo para uma globalização justa em uma das indústrias mais internacionalizadas. Segundo Somavia, a nova Convenção sobre o Trabalho Marítimo moderniza padrões, consolidando e atualizando mais de sessenta convenções e recomendações já existentes no âmbito da Organização, estabelecendo requisitos mínimos para os marítimos trabalharem a bordo de navios, prescrevendo condições de empregabilidade, acomodação, instalações de recreação, alimentação e serviço, proteção da saúde, assistência

14 International Convention for the Safety of Life at Sea, 1974 – SOLAS.

15 International Convention on Standards of Training, Certification and Watchkeeping, 1978 – STCW.

16 International Convention for the Prevention of Pollution from Ships, 73/78 – MARPOL.

17 Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/english/bureau/dgo/speeches/somavia/2006/maritime.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2010.

médica, bem-estar e proteção previdenciária, ou seja, é a agenda do trabalho decente da OIT para o setor marítimo.

O capítulo seguinte dedica-se a analisar a Convenção n. 178 da Organização Internacional do Trabalho, reconhecendo-a como um instrumento adequado para a melhoria das condições de trabalho a bordo dos navios mercantes, de bandeira nacional ou estrangeira, como uma forma de assegurar a dignidade do marítimo, em convergência com a agenda do trabalho decente da Organização.

4 A Convenção n. 178 da OIT e a fiscalização do trabalho aquaviário marítimo

4.1 Discussão sobre o aparente conflito de atribuições entre a Marinha do Brasil e o Ministério do Trabalho e Emprego

Muito se questionou sobre as atribuições dos auditores fiscais do trabalho para realizarem fiscalização a bordo dos navios mercantes. Havia um aparente conflito com as atribuições da autoridade marítima diante dos objetivos das convenções da Organização Marítima Internacional, sobretudo os da Convenção Internacional para a Salvaguarda da Vida Humana no Mar (SOLAS) e seus códigos correlatos e os da Convenção Internacional sobre Padrões de Formação, Certificação e Serviço de Quarto para Marítimos (STCW). Algumas regras dispostas nessas normas internacionais relacionam-se ao trabalho dos marítimos, quer sob a perspectiva operacional, quer sob o aspecto de formação e qualificação.

As inspeções navais e vistorias são atribuições típicas dos órgãos subordinados ao comando da Marinha, previstas na Lei de Segurança do Tráfego Aquaviário (Lei n. 9.537/1997, especificamente no art. 4º, I, c), na Lei Complementar n. 97/1999 – que dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas¹⁸ – e disciplina-

18 Art. 17. Cabe à Marinha, como atribuições subsidiárias particulares: IV - implementar e fiscalizar o cumprimento de leis e regulamentos, no mar e nas águas interiores, em coordenação com outros órgãos do Poder Executivo, federal ou estadual, quando se fizer necessária, em razão de competências específicas.

das nas Normas da Autoridade Marítima (NORMAM) n. 7, que contém o regramento dedicado à regulação das atividades de inspeção naval.

Conforme definições encontradas no art. 2º da Lei de Segurança do Tráfego Aquaviário (LESTA), a inspeção naval é uma atividade de cunho administrativo, que consiste na fiscalização – no que se refere exclusivamente à salvaguarda da vida humana e à segurança da navegação no mar aberto e em hidrovias interiores, e à prevenção da poluição ambiental por parte de embarcações, plataformas fixas ou suas instalações de apoio – do cumprimento dessa lei, das normas e regulamentos dela decorrentes e dos atos e resoluções internacionais ratificados pelo Brasil. Por sua vez, vistoria é a ação técnico-administrativa, eventual ou periódica, pela qual é verificado o cumprimento de requisitos estabelecidos em normas nacionais e internacionais referentes à prevenção da poluição ambiental e às condições de segurança e habitabilidade de embarcações e plataformas.

Essas atividades são executadas por inspetores e vistoriadores navais integrantes da Gerência de Vistorias, Inspeções e Perícias Técnicas (GEVI), subordinada ao Diretor de Portos e Costas. Esse grupo técnico é composto por profissionais de nível superior preparados para exercerem as atividades de vistoria e inspeção nos termos estabelecidos pela LESTA.

Analisando o disposto na Lei n. 9.537/1997 e na Normam n. 7, verifica-se que a atividade da GEVI está relacionada à fiscalização do cumprimento da Lesta e das normas e regulamentos decorrentes, além das normas internacionais ratificadas pelo Brasil, e diretamente ligada à salvaguarda da vida humana no mar, à segurança da navegação e à prevenção da poluição ambiental.

Observa-se, ainda, que foi utilizado o termo *exclusivamente* ao se referir aos aspectos de abrangência da fiscalização, quais sejam, a salvaguarda da vida humana, a segurança da navegação e a prevenção da poluição ambiental por parte de embarcações, plataformas fixas ou suas instalações de apoio. Dessa forma, é possível concluir que há uma delimitação legal da amplitude da fiscalização executada pelos órgãos da Marinha do Brasil.

Contudo, deixa-se consignado que, em nosso sentir, não haveria óbices em atribuir ao núcleo de inspetores e vistoriadores navais a atividade fiscalizatória das normas relacionadas ao trabalho decente adotadas no âmbito da Organização Internacional do Trabalho, mormente aquelas prescritas na Convenção do Trabalho Marítimo de 2006. Primeiro, porque esta convenção da OIT, como destacado anteriormente, foi concebida para integrar, como um quarto pilar, o conjunto de instrumentos internacionais mais relevantes em matéria da atividade marítima, ao lado das principais Convenções da Organização Marítima Internacional (Solas, STCW e Marpol). Segundo, pelo fato de a própria OIT ter editado diretrizes (*guidelines*), tanto para oficiais do Port State Control¹⁹ quanto do Flag State Control²⁰, executando inspeções conforme a Convenção do Trabalho Marítimo de 2006. Terceiro, porque cabe ao próprio Estado definir quais agentes públicos, dentro de sua estrutura organizacional, irão desempenhar as atividades que lhes são afetas.

Feitas essas ponderações, antes de adentrar no núcleo de investigação deste capítulo, qual seja, a Convenção n. 178 da OIT, é preciso definir, segundo o ordenamento jurídico brasileiro, se haveria conflito de atribuições entre as atividades de fiscalização executadas pelos agentes da GEVI da Diretoria de Portos e Costas e aquelas executadas pelos auditores fiscais do trabalho do Ministério do Trabalho e Emprego.

Como visto acima, a Lei de Segurança do Tráfego Aquaviário delimitou a amplitude da fiscalização exercida pelos órgãos de execução das inspeções e vistorias navais. Portanto, não foi previsto, pelo menos em nível legal ou regulamentar, que os agentes da GEVI teriam atribuição de aferir o cumprimento das normas internacionais adotadas no âmbito da OIT, as quais o Brasil se comprometeu a implementar.

Embora pudesse haver tal previsão em lei, como explicitado em passagem anterior, deve se ponderar que, no curso de formação desses agentes públicos, promovido pela Diretoria de Portos e Costas, não há

19 Guidelines for port State control officers carrying out inspections under the Maritime Labour Convention, 2006 (MLC, 2006).

20 Guidelines for flag State inspections under the Maritime Labour Convention, 2006 (MLC, 2006).

disciplina específica sobre o tema, o que implicaria a falta de preparação técnica desses inspetores para realizarem tal inspeção, altamente especializada mesmo entre os auditores fiscais do trabalho do Ministério do Trabalho e Emprego.

Antes mesmo de a Convenção n. 178 da OIT entrar em vigor, o Ministério do Trabalho e Emprego reconhecia a necessidade de constituição de grupos de auditores fiscais do trabalho especializados na inspeção do trabalho aquaviário, sobretudo diante das especificidades da atividade e da forma como o labor é prestado a bordo das embarcações. Constatou na introdução do Manual de Orientação do Trabalho Aquaviário publicado pelo Ministério do Trabalho e Emprego (2005, p. 21):

No Brasil, em que pese a Convenção n. 178 ainda não estar em vigor, a própria prática da Inspeção do Trabalho revelou a necessidade da constituição de equipes de AFTs, altamente especializados, voltados com exclusividade para o Trabalho Aquaviário, inspecionando tanto navios brasileiros, quanto estrangeiros, para dar cumprimento tanto à Legislação Nacional, quanto às obrigações assumidas pelo Governo Brasileiro junto à comunidade marítima internacional.

Destarte, diante das peculiaridades da atividade marítima desempenhada a bordo dos navios, deve-se atribuir a fiscalização das normas internacionais da OIT relacionadas ao setor a auditores fiscais do trabalho com treinamento específico e, preferencialmente, com exclusividade.

Portanto, conclui-se que não há conflito, real ou aparente, de atribuições entre os auditores fiscais do trabalho e os inspetores e vistoriadores da Diretoria de Portos e Costas, na execução de inspeções relacionadas ao trabalho marítimo.

Feitas essas ponderações, passa-se à análise da Convenção n. 178 da OIT.

4.2 A Convenção n. 178 da OIT e o trabalho decente a bordo dos navios mercantes de bandeira nacional

O Presidente da República, por intermédio do Decreto n. 6.766, de 10 de fevereiro de 2009, promulgou a Convenção n. 178 da OIT, relati-

va à inspeção das condições de vida e de trabalho dos trabalhadores marítimos, assinada em Genebra, em 22 de outubro de 1996. Em nosso entender, a ratificação da Convenção n. 178 da OIT revela a preocupação do Estado brasileiro com as normas de proteção do trabalho e com a agenda do trabalho decente voltada ao setor marítimo, bem como o seu comprometimento com os direitos fundamentais sociais dos trabalhadores aquaviários, mormente pelas peculiaridades do exercício do trabalho a bordo de navios.

Essa convenção deve ser considerada um instrumento viabilizador e esclarecedor da atuação dos auditores fiscais do trabalho no exercício de suas atribuições legais nas fiscalizações procedidas a bordo dos navios empregados na navegação marítima para verificação das condições de vida e de trabalho dos aquaviários.

Segundo a convenção, o termo *inspetor* significa qualquer servidor público ou outro funcionário público encarregado da inspeção de todos os aspectos das condições de vida e de trabalho dos trabalhadores marítimos; essa atividade poderia, ainda, em tese, ser conferida a outra pessoa devidamente credenciada que realize trabalhos de inspeção para uma instituição ou organização²¹ validada pela autoridade de coordenação central²² como, por exemplo, empregados de uma sociedade classificadora²³.

21 Conforme se verifica do art. 2º, § 3º, da Convenção, a autoridade de coordenação central poderá autorizar instituições públicas ou outras organizações, as quais reconheça como competentes e independentes, para que efetuem, em seu nome, inspeções das condições de vida e de trabalho dos trabalhadores marítimos e deverá ter atualizada e disponível para o público uma lista dessas instituições ou organizações autorizadas.

22 Segundo o art. 1º, § 7º, *a*, da Convenção, a autoridade central corresponde aos ministros, departamentos do governo ou outras autoridades públicas com poder para determinar e supervisionar a aplicação de regulamentos, ordens ou outras instruções legais que se refiram à inspeção das condições de vida e de trabalho dos trabalhadores marítimos em qualquer navio registrado no território do país-membro.

23 As sociedades classificadoras têm natureza jurídica de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos. Segundo ensinamentos de Eliane M. Octaviano Martins (2008), as sociedades classificadoras tinham a função primitiva de conferir aos seguradores do navio e da carga grau de confiança a ser depositado sobre a embarcação. Atualmente, além dessa função primitiva, também fiscalizam a construção de navios e suas qualidades, além de efetuarem fiscalizações periódicas a fim de assegurar as qualidades náuticas da embarcação. No Brasil, como em diversos países, ainda têm a função de emitir certificados estatutários em nome do Governo Brasileiro, por delegação, conforme prescrito na

Em nosso entender, essa possibilidade de delegação, no ordenamento jurídico brasileiro, deve ser rechaçada pelo fato de o conjunto de atribuições relativas à atividade de inspeção ser função típica de Estado. Portanto, devem ser exercidas por intermédio de servidores públicos concursados, nos termos do art. 37, II, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com as garantias inerentes ao cargo como, por exemplo, a estabilidade. Esse grau de estabilidade, inclusive, é uma exigência da própria Convenção n. 178, que prescreve, em seu art. 5º, deverem os inspetores ter o *status* jurídico e as condições de trabalho necessárias para garantir sua independência em relação às mudanças no governo e a qualquer influência exterior indevida.

A inspeção do trabalho revela o exercício do poder de polícia do Estado no âmbito das relações de trabalho, sendo um instrumento garantidor da observância e efetivação do ordenamento jurídico trabalhista, veiculador de normas fundamentais no âmbito social. Nesse sentido, os inspetores referidos pela convenção devem ser integrantes de carreira de Estado e pertencentes aos quadros do Ministério do Trabalho e Emprego, diante das especificidades e formação técnica de seus servidores, ou seja, a atividade de inspeção deverá ser exercida por auditores fiscais do trabalho.

É importante destacar que, conforme interpretação do Governo brasileiro, a fiscalização a ser procedida de acordo com a Convenção n. 178 limita-se aos navios registrados em território nacional. É o que se depreende da leitura de seu art. 1º, segundo o qual a convenção se aplica a todo navio utilizado para navegação marítima, de propriedade pública ou privada, registrado no território de um país-membro para o qual a convenção esteja em vigor e destinado a fins comerciais de transporte de mercadorias ou de passageiros ou que seja utilizado para qualquer outro fim comercial. Portanto, a convenção se aplica aos navios mercantes autorizados a arvorar a bandeira de país-membro, desde que tenha entrado em vigor nesse país.

NORMAM n. 14. Exercem, portanto, função pública delegada, mas restrita nos termos da legislação vigente e, sobretudo, em matéria técnica.

Por outro lado, conclui-se que a convenção não se aplica aos navios de guerra ou àqueles não empregados em atividades comerciais, como é o caso dos navios de pesquisa e as embarcações de esporte e recreio. Ainda, segundo o art. 1º da convenção, esta não se aplica às embarcações com menos de 500 toneladas brutas nem às que não sejam utilizadas para navegação, como plataformas de perfuração e de extração de petróleo. Dessa forma, a convenção se aplica às embarcações nacionais comerciais, incluindo as de passageiros, com arqueação bruta²⁴ igual ou superior a 500, que, nos termos de seu art. 3º, devem ser inspecionadas em intervalos que não excedam a três anos.

O objeto precípua da citada convenção é aferir as condições de vida e de trabalho dos trabalhadores marítimos, entendendo-se estes como toda pessoa empregada a qualquer título a bordo de um navio utilizado para navegação marítima e ao qual se aplique a convenção. Dessa forma, o termo *trabalhador marítimo* é mais amplo que a definição legal de aquaviário. Incluem-se, por exemplo, os trabalhadores de uma empresa (comumente denominada, a bordo, de “oficina de terra”) contratada para fazer manutenção no navio durante uma determinada viagem. Não se limita, como poderia transparecer em uma análise superficial, apenas aos tripulantes empregados na atividade de navegação.

O termo *condições de vida e de trabalho* dos trabalhadores marítimos refere-se a condições tais como as relativas a padrões de manutenção e limpeza das áreas de alojamento e de trabalho no navio, idade mínima, alimentação e serviço de bordo, acomodação da tripulação, recrutamento, guarnições, nível de qualificação, horas de trabalho, exames médicos, prevenção de acidentes de trabalho, cuidados médicos, afastamento por doença ou acidente, bem-estar social e questões afins, repatriação, condições de emprego e de trabalho regidos pela legislação nacional, e liberdade de associação.

Percebe-se que o objeto da inspeção do trabalho a bordo dos navios mercantes, segundo a Convenção n. 178, está em perfeita harmonia com o conceito de trabalho decente prescrito pela Organização

²⁴ Arqueação bruta é um termo náutico técnico, adimensional, que se relaciona ao volume interno total de uma embarcação.

Internacional do Trabalho. Ademais, abrange os temas veiculados na nova Convenção da OIT sobre o Trabalho Marítimo, de 2006, conforme analisado no capítulo anterior.

Segundo Renato Bignami (2007, p. 17), a atividade de inspeção do trabalho, em constante evolução, pode ser vista como uma atividade de efetiva colaboração “na busca do saneamento do ato ilegal como possível regularização da ação considerada ilícita, sem perder a independência e a autoridade do agente de inspeção do trabalho”, contribuindo para a efetivação do ordenamento jurídico trabalhista.

A atuação efetiva do Estado brasileiro, por intermédio de seu órgão de fiscalização do trabalho, em cumprimento às obrigações assumidas perante a comunidade internacional ao ratificar a Convenção n. 178 da OIT, revela-se, portanto, essencial para que as empresas armadoras de navegação respeitem as normas básicas da relação de emprego bem como as normas específicas voltadas para a proteção do trabalho aquaviário, fazendo com que a realidade do trabalho decente também se mostre presente no setor marítimo.

4.3 A importância da Convenção n. 178 da OIT para a atuação do Ministério Público do Trabalho

Para o desempenho adequado das funções de inspeção do trabalho a bordo dos navios nacionais, os inspetores do trabalho (no caso brasileiro, os auditores fiscais do trabalho) estarão autorizados a:

- a) subir a bordo de um navio registrado no território do país-membro e entrar nos locais necessários para realizar a inspeção;
- b) realizar quaisquer exames, testes ou investigação que considerem necessários para certificar-se do estrito cumprimento das disposições legais;
- c) exigir que sejam reparadas as deficiências;
- d) quando tenham motivos para acreditar que uma deficiência representa um sério risco para a segurança e a saúde dos trabalhadores marítimos, proibir, reservado o direito de recorrer a uma autoridade judicial ou administrativa, que um navio abandone

o porto até que tenham sido adotadas as medidas necessárias, não devendo ser este impedido de sair ou detido além do tempo necessário e justificável²⁵.

Observa-se que o dever-poder do agente público responsável pela fiscalização das condições de vida e trabalho a bordo das embarcações é amplo, possibilitando, inclusive, o impedimento de o navio deixar o porto, caso as deficiências verificadas representem sério risco para a segurança e a saúde dos profissionais embarcados.

A Coordenadoria Nacional de Trabalho Portuário e Aquaviário do Ministério Público do Trabalho tem pautado a sua atuação por intermédio de projetos proativos nas áreas mais sensíveis de seu temário, normalmente com a participação, em conjunto, de auditores fiscais do trabalho da Coordenação Nacional de Inspeção do Trabalho Portuário e Aquaviário do Ministério do Trabalho e Emprego.

Essa parceria, como referido pelos coordenadores da CONATPA, tem trazido resultados positivos no que tange à melhoria das condições de trabalho no setor, mormente pela atuação ativa do Ministério Público do Trabalho, que não se limita a atuar reativamente, após o recebimento de denúncias.

Recentemente, tivemos oportunidade de participar de um grupo móvel da CONATPA juntamente com um grupo móvel do Ministério do Trabalho e Emprego no Porto de Vila do Conde, Estado do Pará. Na ocasião, foi apresentada ao Coordenador Nacional da CONATPA, o Procurador do Trabalho Cláudio Cordeiro Queiroga Gadelha, uma demanda nova do MTE, qual seja, o projeto de fiscalização de navios mercantes de bandeira nacional, em obediência à Convenção n. 178 da OIT.

Na oportunidade, foi inspecionado pelo grupo móvel do MTE, com a participação dos Procuradores do Trabalho integrantes do grupo móvel da CONATPA que se encontrava em operação no Estado do Pará, um navio graneleiro²⁶ de bandeira nacional que estava atracado no Porto de Vila do Conde. A sistemática empregada pelos auditores fiscais do trabalho revela

o cuidado no tratamento com o comando do navio e a tripulação a bordo, sobretudo por serem os destinatários das normas de proteção. Enquanto um grupo de auditores permanece examinando a documentação do navio, outros fazem uma inspeção nos diversos compartimentos da embarcação, utilizando-se de um *check list* com os itens que devem ser objeto de aferição.

Após a inspeção, é produzido um relatório com os fatos observados, sendo uma cópia entregue ao comandante do navio e outra afixada no quadro mural de bordo, para ciência da tripulação. Esse documento é uma exigência da própria convenção, que traz a necessidade de registro adequado das fiscalizações empreendidas a bordo dos navios, conforme se verifica das prescrições do art. 9º, transcrito a seguir:

1. Os inspetores apresentarão um relatório de cada inspeção à autoridade de coordenação central. O capitão do navio deverá receber uma cópia do referido relatório em inglês ou no idioma utilizado no navio e outra cópia deverá ficar exposta no quadro de avisos do navio para informação dos trabalhadores marítimos ou ser enviada aos seus representantes.

O referido relatório é denominado, pelo Ministério do Trabalho e Emprego, *Relatório de Inspeção Laboral* e veicula informações que permitem identificar o navio fiscalizado, seu porto de registro, a empresa armadora da embarcação, o local e período em que foi realizada a ação fiscal, o número de trabalhadores alcançados – com especificação de gênero e a existência de menor a bordo – bem como as irregularidades observadas com referência aos autos de infração porventura lavrados.

Esses relatórios e autos de infração apresentam-se, no plano fenomênico, como documentação apta a embasar a atuação ministerial, tanto na via extrajudicial quanto judicial, de forma a impor às empresas de navegação o respeito às normas protetivas do trabalho aquaviário sob seu duplo aspecto, ou seja, repressivo e preventivo.

Ademais, o Ministério Público do Trabalho, por intermédio da CONATPA, pode, com utilização das informações obtidas do setor de inteligência operacional e participação de inspeções procedidas pelo MTE segundo a Convenção n. 178 da OIT, desenvolver projetos específicos

25 Cf. Art. 5 da Convenção n. 178 da OIT.

26 Navio especializado no transporte de mercadorias a granel, no estado sólido.

voltados para os armadores nacionais que ainda não praticam, em sua integralidade, o trabalho decente a bordo de suas embarcações.

Com tais fundamentos, conclui-se que a Convenção n. 178 da Organização Internacional do Trabalho é um instrumento apto a impor a agenda do trabalho decente a bordo dos navios de bandeira nacional, por intermédio da atuação em conjunto do Ministério Público do Trabalho e do Ministério do Trabalho e Emprego e de suas coordenadorias especializadas do trabalho portuário e aquaviário.

5 Conclusão

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 elegeu a dignidade da pessoa humana como valor de máxima envergadura a reger todas as relações jurídicas na sociedade brasileira. Dessa forma, as relações jurídicas, em geral, e as trabalhistas, em particular, devem ter centralidade no ser humano, cuja dignidade é o vetor axiológico supremo.

No âmbito das relações trabalhistas, em que pese o arcabouço protetivo do ordenamento jurídico, reconhecendo o desequilíbrio econômico entre os sujeitos da relação de trabalho, procurando trazer equilíbrio jurídico, a realidade tem demonstrado que muito há o que se fazer. Diante da evidência fática, a Organização Internacional do Trabalho introduziu a agenda do trabalho decente na última década do século passado.

Atenta às peculiaridades da atividade marítima e ciente das condições adversas em que o trabalho é prestado a bordo dos navios, desde a sua criação, a OIT tem procurado reger esse setor por intermédio de diversas convenções e recomendações. Entretanto, com a proliferação das bandeiras de conveniência como estratégia das empresas armadoras de navios para reduzir seus custos operacionais, as condições de vida e trabalho a bordo das embarcações registradas nessas bandeiras têm se agravado, a ponto de poderem ser consideradas, em muitos casos, como degradantes.

Recentemente, em um esforço de reunir a legislação internacional referente ao setor marítimo em um único instrumento convencional, a OIT adotou, no ano de 2006, a Convenção sobre o Trabalho Marítimo.

Como visto em passagem do presente estudo, essa convenção se propõe a introduzir, no setor marítimo internacional, a agenda do trabalho decente, assegurando dignidade no trabalho para milhares de profissionais do mar.

Em fevereiro de 2009, o Presidente da República promulgou a Convenção n. 178 da OIT, referente à inspeção das condições de vida e trabalho dos trabalhadores marítimos, assumindo o Brasil o dever de proceder à constante fiscalização dos navios registrados em território nacional. Destarte, esta convenção passou a ser um instrumento viabilizador do trabalho decente a bordo dos navios mercantes de bandeira brasileira.

Com a entrada em vigor da Convenção n. 178 da OIT, clarificam-se as atribuições do Ministério do Trabalho e Emprego em matéria de fiscalização das condições de vida e trabalho dos aquaviários a bordo dos navios mercantes nacionais, afastando eventuais conflitos de atribuições existentes entre os órgãos da Administração Federal, sobretudo com os agentes da Diretoria de Portos e Costas.

Por derradeiro, considerando o trabalho conjunto e profícuo que a Coordenadoria Nacional de Trabalho Portuário e Aquaviário do Ministério Público do Trabalho realiza com a Coordenação Nacional de Inspeção do Trabalho Portuário e Aquaviário do Ministério do Trabalho e Emprego, a Convenção n. 178 da OIT apresenta-se como uma oportunidade adicional para o MPT agir proativamente no combate ao trabalho degradante a bordo dos navios de bandeira nacional.

Referências

- ABRANTES, José João. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2005.
- ALVES, Marcos César Amador. Trabalho decente sob a perspectiva dos direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de (Coord.). *Direitos humanos e direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2010.
- BALERA, Wagner. *Noções preliminares de direito previdenciário*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

BIGNAMI, Renato. *A inspeção do trabalho no Brasil*. Procedimentos especiais para a ação fiscal. São Paulo: LTr, 2007.

BRANCH, Alan E. *Elements of shipping*. 8th ed. London: Routledge, 2007.

BRASIL. *Manual do trabalho aquaviário*. Brasília: MTE, SIT, DEFIT, DSST, CGASAT, 2005.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Trabalho decente*. Análise jurídica da exploração do trabalho – trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno. São Paulo: LTr, 2004.

BRITTO PEREIRA, Ricardo José Macedo de (Org.). *Ministério Público do Trabalho*. Coordenadorias temáticas. Brasília: ESMPU, 2006.

CARVALHO, Francisco Edivar. Trabalho marítimo à luz do direito do trabalho. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2587, 1 ago. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17091>>. Acesso em: 8 dez. 2010.

CIPPOLA, Carlo. *The economic history of world population*. London: Pelican, 1968.

CRIVELLI, Ericson. *Direito internacional do trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2010.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego*. Entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução. São Paulo: LTr, 2006.

FITZPATRICK, Deirdre; ANDERSON, Michael (Ed.). *Seafarers' rights*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

KEEDI, Samir. *Transportes, unitização e seguros internacionais de carga*. Prática e exercícios. 3. ed. São Paulo: Lex Editora, 2006.

KRISTIANSEN, Svein. *Maritime transportation*. Safety management and risk analysis. Oxford: Elsevier Butterworth Heinemann, 2005.

MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Curso de direito marítimo*. v. I. 3. ed. rev., ampl. e atual. Barueri, SP: Manole, 2008.

PLATCHEK, Ricardo Moisés de Almeida. As bandeiras de conveniência e a segurança mundial. In: CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de (Org.) *Direito marítimo made in Brasil*. São Paulo: Lex Editora, 2007.

SILVA, Otávio Pinto e. *Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.

SOUZA, François Armand. *Noções de economia dos transportes marítimos*. Rio de Janeiro: CIAGA, apostila não publicada, [199-].

YANG, Haijiang. *Jurisdiction of the coastal state over foreign merchant ships in internal water and the territorial sea*. Hamburg studies on maritime affairs. v. 4. Hamburg: Springer, 2006.

Carlos Alberto Costa Peixoto

A dimensão qualificada do meio
ambiente do trabalho

Sumário

1 Introdução

2 O meio ambiente do trabalho

2.1 Definição e fundamento legal de proteção

3 A dimensão qualificada do meio ambiente do trabalho e princípios orientadores

3.1 Considerações iniciais

3.2 Âmbito de atuação do Direito Ambiental do Trabalho

3.3 Breve histórico conceitual

3.4 A teoria dos direitos difusos

3.5 Estudo de caso paradigmático

3.5.1 Observações gerais conclusivas

4 Responsabilidade civil trabalhista

4.1 A questão da responsabilidade objetiva e solidária

5 Considerações finais

1 Introdução

O meio ambiente do trabalho é um dos temas mais atuais do Direito, insere-se no campo de abrangência do Direito Coletivo do Trabalho¹, e sua devida proteção e tutela está primordialmente a cargo do Ministério Público do Trabalho, constituindo, aliás, um dos pilares de atuação desse ramo do Ministério Público e uma de suas metas institucionais.

A presente monografia tem por objetivo ressaltar a dimensão super-qualificada do meio ambiente do trabalho, demonstrando sua natureza, seus princípios, seu objeto, o regime jurídico incidente, adentrando-se, também, ainda que perfunctoriamente, no campo da responsabilidade civil e suas repercussões nos fenômenos que envolvem o meio ambiente no grupo econômico e nas terceirizações (despersonalização do empregador).

Releva esclarecer que o meio ambiente do trabalho é tratado pela doutrina como um dos “aspectos” do meio ambiente *lato sensu*. Embora seja unitário o conceito de meio ambiente, a doutrina o tem classificado sob quatro formas: *natural*, *artificial*, *cultural* e *do trabalho*. Tal classificação tem por objetivo imediato identificar a atividade degradante e o bem imediatamente agredido e será tratada no decorrer deste trabalho.

Chama a atenção, já de início, uma interessante característica em comum que o meio ambiente cultural e o do trabalho partilham e que os distingue dos dois outros tipos de meio ambiente. Percebe-se que o meio ambiente cultural, tal como o meio ambiente do trabalho, envolve bens de natureza material e imaterial. O doutrinador Silva (1992), inclusive, enquadra-os em uma mesma categoria, mas como subtipos do meio ambiente artificial².

Segundo Melo (2008), “o meio ambiente cultural diz respeito à história, formação e cultura de um povo”. Adscribe o renomado autor:

[...] a Constituição Federal diz no art. 216 que constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza *material* e

1 Moderna classificação doutrinária.

2 Classificação essa hoje, entretanto, não considerada majoritária.

imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. Incluem-se neles as formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver, as criações científicas, artísticas e tecnológicas, as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais (grifo nosso).

Do mesmo modo, o meio ambiente laboral, conceituado por Smanio (2007, p. 132) como “o complexo de bens de uma empresa, objeto de direitos relativos à saúde e integridade física dos trabalhadores [...]”, possui sua faceta material (por exemplo, tutela no sentido de proteger trabalhadores contra danos materiais, por meio de equipamentos de proteção individual) e também sua faceta imaterial (por exemplo, tutela no sentido de coibir o assédio moral, representado por danos de natureza imaterial causados ao trabalhador em relação à sua saúde e integridade psíquica).

Esta monografia pretende demonstrar quão amplo e difuso configura-se o meio ambiente do trabalho – *sua dimensão qualificada* – porque, além do que já foi ressaltado (dimensão material e imaterial do meio ambiente do trabalho), esse tipo de meio ambiente tem sua proteção e tutela irradiada para todos aqueles que nele estão inseridos, por ser uno e indivisível, abarcando homens e mulheres trabalhadores, maiores e menores de idade, celetistas, estagiários, servidores públicos, terceirizados, autônomos, ou seja, qualquer cidadão que nele esteja envolvido, independentemente da condição que ostente.

Com o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, que alargou a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar causas que envolvam a relação de trabalho (*lato sensu*) e não apenas a relação de emprego, mais evidente se torna a atribuição competencial do Ministério Público do Trabalho (MPT) para defender o meio ambiente laboral, que não se restringe apenas à figura do empregado.

Ao mesmo tempo, sua dimensão qualificada é de tal magnitude, que é cabível exigir-se a responsabilidade solidária (não só das obrigações de pagar mas também das obrigações de fazer e não fazer – *tutela inibitória*) de componentes de um grupo econômico de empresas que vulnerarem as

condições ambientais de trabalho, ou de um tomador de serviços, no caso de uma terceirização, ainda que fisicamente os estabelecimentos ambientais laborais do grupo ou do tomador sejam distintos e se trate de pessoas jurídicas independentes, conforme será demonstrado no decorrer deste trabalho.

Para se entender a dimensão qualificada do meio ambiente do trabalho, torna-se imprescindível a visualização de sua natureza, compreendendo-se, num primeiro instante, o conceito dos direitos difusos e, num segundo momento, valendo-se das lentes focais dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

Portanto, este trabalho pretende demonstrar a natureza eminentemente difusa de que se revestem os direitos ambientais do trabalho, suas origens, características mais marcantes e perspectivas.

2 O meio ambiente do trabalho

2.1 Definição e fundamento legal de proteção

Para melhor compreender o meio ambiente do trabalho, é necessário expor primeiro o conceito de meio ambiente em geral. A Lei n. 6.938/1981, em seu art. 3º, I, define o meio ambiente como o “conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

A Constituição da República, em seu art. 225, preceitua:

Art. 225 Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Extraí-se, de imediato, desse dispositivo que os direitos relativos ao meio ambiente são direitos difusos por excelência, uma vez que o direito a um meio ambiente saudável e íntegro, em todas as suas formas, seja o natural, artificial, cultural ou do trabalho, é direito das presentes e futuras gerações, ou seja, não só de sujeitos indetermináveis preexistentes (uma

das características fulcrais dos direitos difusos) mas também de sujeitos que sequer ainda nasceram (tipificador da dimensão qualificadora do meio ambiente).

Observa-se ainda da dicção do art. 225³, acima transcrito, a dedução de importantes princípios ambientais, como os da *prevenção*, da *educação* e do *poluidor-pagador*, servindo de norte para o desenvolvimento deste trabalho, razão pela qual o artigo referido é cronologicamente enunciado em primeiro lugar.

O princípio da prevenção é um megaprincípio dentro do estudo do Direito Ambiental, incluindo o do Trabalho. Existem inúmeros dispositivos constitucionais que tutelam a saúde do trabalhador⁴, os quais têm por escopo a *reparação* dos riscos (aquilo que a doutrina nomina de *monetização dos riscos*).

O alvo do Ministério Público do Trabalho (MPT), entretanto, não é a tutela reparatória (garantir o recebimento dos adicionais pelo trabalhador), embora efetivamente atue neste sentido, mas seu foco é o princípio da *prevenção* – exigir fornecimento de Equipamento de Proteção Individual (EPI) para o trabalhador, exame médico do empregado, constituição de Comissão Interna para Prevenção de Acidentes (CIPA), constituição de Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho (SESMT) etc⁵.

O meio ambiente natural diz respeito ao solo, à água, ao ar, à flora e à fauna. O meio ambiente artificial consubstancia-se no espaço urbano habitável, em suas edificações construídas pelo homem, liga-se ao conceito de cidade, incluindo tanto o espaço urbano como o espaço rural. Conforme disposto no art. 182 da Constituição da República, que trata da política urbana, esta tem por objetivo “ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”; o meio ambiente cultural versa sobre a história, formação e cultura de um povo, atingindo a pessoa humana de forma indireta.

3 Artigo matriz do Direito Ambiental Constitucional.

4 Como, por exemplo, o art. 7º, XXIII, que trata do adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei.

5 Tutela inibitória.

É integrado, conforme leciona Silva (apud Melo, 2008, p. 26), “pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico”.

Finalmente, o meio ambiente do trabalho, aspecto/tipo dos mais relevantes no arcabouço genérico da moderna disciplina do Direito Ambiental, segundo Fiorillo, pode ser definido como

[...] o local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independentemente da condição que ostentem (homens ou mulheres, maiores ou menores de idade, celetistas, servidores públicos, autônomos etc.). (apud MELO, 2008, p. 27).

O meio ambiente do trabalho não está adstrito às *edificações* do estabelecimento. Muitos trabalhadores executam suas atividades em local distinto das edificações da empresa. São exemplos disso os condutores de transportes coletivos urbanos (ônibus, metrô, trem), os pilotos de aeronaves, as pessoas que trabalham no próprio domicílio, os carteiros, os eletricitários que atuam em vias públicas fazendo a manutenção de redes elétricas etc.

É possível conceituar-se o meio ambiente do trabalho como a *ambiência* na qual se desenvolvem as atividades do trabalho humano – aqui um parêntese para citar lição de Hanna Arendt, que classifica a atividade humana em *trabalho*, *labor* e *ação*. A ideia de ambiência não se limita ao espaço físico do estabelecimento empresarial, mas à transcendência do espaço físico correlacionado ao trabalho.

Diante das modificações por que passa o trabalho (teletrabalho, por exemplo), o meio ambiente laboral não se restringe ao espaço interno da fábrica ou empresa, mas se estende ao próprio local de moradia ou ambiente urbano.

Deve ser lembrado que a Lei n. 8.213/1991, em seu art. 21, IV, diz ser equiparado ao acidente de trabalho “[...] o acidente sofrido pelo segurado, ainda que fora do local e horário de trabalho [...]”, o que denota mais um traço da dimensão qualificada do meio ambiente laboral.

Importa também ressaltar que não só o ambiente físico mas todo o complexo de relações humanas na empresa, a forma de organização do trabalho, sua duração, os turnos, os critérios de remuneração, os direitos da personalidade, as possibilidades de promoção, o progresso, a satisfação dos trabalhadores etc., tudo isso se consubstancia no meio ambiente laboral.

Portanto, o meio ambiente do trabalho é composto pelo ambiente físico e pelo complexo de relações humanas. Possui a faceta material e a imaterial, como visto anteriormente. Concluindo: o meio ambiente é o *habitat* laboral.

Cumpra ressaltar que o meio ambiente do trabalho – adequado e seguro – constitui um direito fundamental do trabalhador.

O art. 1º, IV, da Constituição da República preceitua:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - *a dignidade da pessoa humana*; IV - *os valores sociais do trabalho* e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. [grifo nosso]

A seu turno, o art. 5º da Constituição da República dispõe expressamente:

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: [...] III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou *degradante*; [...]. [grifo nosso]

Percebe-se, de imediato que, dentro do Título II da Constituição, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, o *caput* do art. 5º garante o direito à vida, à igualdade e à segurança. E o Direito Ambiental do Trabalho tem por objeto primordial tanto proteger a vida do cidadão trabalhador ou de qualquer outro cidadão que esteja inserido no meio ambiente de trabalho (princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade) quanto oferecer condições seguras de trabalho (princípio da segurança).

Por outro lado, o inciso III do art. 5º veda o tratamento *desumano e degradante*, o que constitui fundamento para combate implacável do Ministério Público do Trabalho e do Ministério Público Federal contra o trabalho escravo e o degradante – *nos quais as condições ambientais do trabalho são deploráveis* –, que constituem-se, inclusive, ilícitos penais dos mais graves.

Faz-se necessário ressaltar aqui que o meio ambiente do Trabalho constitui um *direito fundamental*, embora este não seja o objetivo proposto neste trabalho e acerca do qual caberiam páginas e páginas de estudo.

O direito a um meio ambiente equilibrado, estando aí inserido o meio ambiente do trabalho, está íntima e diretamente ligado ao direito à vida. Conforme Machado,

[...] o meio ambiente de trabalho como *macrobem* que protege a vida em todas as suas formas assegura a toda coletividade o direito a viver em ambiente que não ofereça risco à saúde e à vida, o que destaca um direito fundamental. Este significa, portanto, o direito a prestações positivas do Estado à proteção ao meio ambiente de trabalho. As conexões permitidas expressamente ou de forma implícita no texto constitucional têm sua fundamentação na concreção do princípio da dignidade da pessoa humana. (apud BESSA, 2010, p. 562, grifo do original).

O art. 6º e, principalmente, o art. 7º da Constituição da República, ambos componentes do chamado bloco de constitucionalidade, tutelam o meio ambiente do trabalho e constituem cláusulas de vedação do retrocesso social.

Enunciam-se, no art. 6º, os direitos sociais e faz-se incluir entre esses o direito à saúde, à segurança e à previdência social, todos ínsitos ao Direito Ambiental do Trabalho.

E o art. 7º da Constituição elenca expressamente entre os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social (princípio da vedação do retrocesso social), a “[...] XXII – redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança; [...]”.

Veja-se que tal dispositivo aplica-se, inclusive, aos servidores públicos, celetistas ou estatutários (dimensão qualificada do meio ambiente do trabalho), por força do que dispõe o § 3º do art. 39 da Superlei.

De outro giro, percebe-se que o legislador Constituinte, em sua sabedoria, fez incluir o art. 170 no texto constitucional, inserido no capítulo “Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica”. Referido artigo preceitua que a ordem econômica deve fundar-se na *valorização do trabalho humano* e na livre iniciativa e tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observando-se como princípio a *defesa do meio ambiente*. Percebe-se que, num capítulo específico de tratamento da ordem econômica (Constituição Plural), preocupou-se o legislador em compatibilizar com o respeito à dignidade da pessoa humana a livre iniciativa para o desenvolvimento econômico, pautando-se o constituinte pelo *princípio do desenvolvimento sustentado*. Fica claro que se deve harmonizar o direito dos trabalhadores a um emprego decente, com qualidade e segurança, e o direito da livre iniciativa de organizar a produção com vistas ao desenvolvimento econômico do País.

Completa o quadro normativo do que se denomina *Direito Ambiental Constitucional do Trabalho* o art. 200, VIII, da Carta Maior, que dispõe: “Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: [...] VIII – colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido *o do trabalho*”. [grifo nosso]

Cabe asseverar que o Direito Ambiental do Trabalho é um ponto de interseção do Direito do Trabalho e do Direito Ambiental.

Na mesma linha da Constituição da República, que expressamente tratou do meio ambiente do trabalho (art. 200, retrocitado), outras constituições estaduais, a exemplo das constituições de São Paulo e de Rondônia, também versaram sobre a proteção do meio ambiente laboral.

Por sua vez, a legislação infraconstitucional possui número vultoso de normas que tutelam e protegem o meio ambiente, incluindo o do trabalho. A Lei n. 6.938/1981 – Lei de Política Nacional do Meio Ambiente – é de suma importância para a questão da imputação de responsabilidade civil por danos ambientais e à saúde do trabalhador, como será visto mais à frente.

O § 1º do art. 14 da lei retromencionada preconiza: “[...] sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade”.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em seu capítulo V, trata da segurança e medicina do trabalho de modo tão amplo e atual que causa perplexidade aos operadores do Direito que lidam com as questões ambientais do trabalho, tamanha a preocupação demonstrada pelo legislador infraconstitucional, *já naquela época em que foi editada a CLT*, em relação a tema tão importante quanto o é o Direito Ambiental do Trabalho.

Inúmeros artigos da CLT tutelam a saúde, a higiene e a segurança dos trabalhadores, como:

- ▶ art. 156 – versa sobre a competência das Gerências Regionais do Trabalho (GRTs);
- ▶ art. 157 – determina às empresas a obrigação de cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho, fornecendo os equipamentos pertinentes e orientando os trabalhadores ao seu uso;
- ▶ art. 158 – em contrapartida ao dispositivo do art. 157, obriga os empregados a cumprir as normas ambientais do trabalho, seguindo diretrizes da empresa, sob pena de cometimento de ato faltoso, ensejador de dispensa por justa causa;
- ▶ art. 160 – é norma de caráter preventivo de suma importância, uma vez que obriga a realização de inspeção prévia nos estabelecimentos, antes de seu funcionamento, como forma de prevenção a danos à saúde e segurança do trabalhador;
- ▶ art. 161 – assegura ao Superintendente Regional do Trabalho o poder de interditar estabelecimento, setor de serviço, máquina ou equipamento ou embargar obra ante a existência de grave e iminente risco ao trabalhador;
- ▶ art. 184 – dispõe sobre a necessidade de as máquinas e equipamentos de perigoso manuseio pelos empregados conterem dispositivos de segurança e travamento para evitar acidentes;

- ▶ art. 200 – é o fundamento legal para que o Ministério do Trabalho edite as famosas Normas Regulamentares (NR)⁶, que têm o objetivo de complementar a legislação geral de proteção (CLT), disciplinando de maneira ágil as medidas especiais de proteção.

Finalmente, no arcabouço jurídico que constitui o Direito Ambiental do Trabalho, formado pelas diversas convenções da Organização Internacional do Trabalho que tutelam a saúde e segurança do trabalhador, destacam-se como mais importantes:

- ▶ Convenção n. 115 (proteção contra radiações ionizantes);
- ▶ Convenção n. 136 (proteção contra riscos de intoxicação pelo benzeno);
- ▶ Convenção n. 139 (prevenção e controle de riscos profissionais causados pelas substâncias ou agentes cancerígenos); e
- ▶ Convenção n. 167 (sobre saúde e segurança na construção, ratificada em 2007).

Conclui-se, assim, o quadro normativo regente do Meio Ambiente do Trabalho, que se constitui aspecto dos mais importantes do Direito Ambiental *lato sensu*, uma vez que o meio ambiente do trabalho, segundo Melo (2008, p. 26), “[...] diferentemente dos demais, está relacionado de forma *direta e imediata* com o ser humano trabalhador no seu dia a dia, na atividade laboral que exerce em proveito de outrem [...]” [grifo nosso], constituindo-se direito fundamental do trabalhador e tendo como essência a garantia da dignidade da pessoa humana.

3 A dimensão qualificada do meio ambiente do trabalho e princípios orientadores

3.1 Considerações iniciais

Entende-se por *dimensão qualificada do meio ambiente do trabalho* a concepção de que, por ser este *uno e indivisível*, sua tutela não segue as regras gerais de competência e atribuição em razão da pessoa, ou de uma

6 Conforme Portaria n. 3.214/1978.

matéria específica, uma vez que, no caso do meio ambiente do trabalho, o que se tutela não são apenas *direitos subjetivos*, mas *valores*, especialmente os valores *vida, saúde e segurança* do ser humano trabalhador ou de qualquer outro ser humano que estiver inserido naquele ambiente, cujas eventuais agressões possam lhe causar danos.

A tutela do meio ambiente do trabalho não se faz apenas por meio de regras jurídicas, mas mediante princípios jurídicos, especialmente o da dignidade da pessoa humana, que incide diretamente sobre o Direito Ambiental.

Na lição de Delgado (2004, p. 28) quanto ao meio ambiente do trabalho, os princípios têm aplicação direta e imediata, cumprindo sua função normatizadora plena:

Em conformidade com sua função, os princípios, na esfera jurídica, podem ser de três tipos: princípios descritivos, princípios normativos supletórios e princípios normativos concorrentes. [...] As diretrizes ora chamadas de normativas concorrentes correspondem aos princípios fundadores referidos pela moderna doutrina jusfilosófica e constitucionalista. Exercem a função de “fundamento da ordem jurídica” (Frederico de Castro e Florez-Valdez), com eficácia limitadora e, ao mesmo tempo, diretiva da ordem jurídica. Agem como norma jurídica própria, com natural força normativa. Nesta qualidade de norma é que se relacionam com as demais regras jurídicas, produzindo, após seu cotejo e harmonização, o resultado normativo regente dos casos concretos.

Se o Ministério Público do Trabalho, em sua atuação como órgão agente, pode ajuizar Ação Civil Pública com base só em princípios, então a possibilidade jurídica do pedido está no “sistema jurídico” e não na lei estrita.

O Meio Ambiente do Trabalho tem projeção difusa por excelência. Ainda que exista apenas um trabalhador executando atividades em determinado meio ambiente laboral, se este meio lhe for nocivo, urge imediata e pronta atuação do *Parquet* e dos demais órgãos responsáveis pela sua proteção.

3.2 Âmbito de atuação do Direito Ambiental do Trabalho

O Direito Ambiental do Trabalho perpassa todos os principais campos de atuação do Ministério Público do Trabalho: o combate ao trabalho degradante; a atuação em temas ligados à Administração Pública⁷; a questão do assédio moral (ambiental); a “administração por *stress*”; as fraudes nas relações de trabalho (terceirizações ilícitas – responsabilidade do tomador na segurança e saúde do trabalhador); a discriminação (as normas ambientais do trabalho valem para todos, celetistas, estatutários, estagiários, terceirizados etc); o trabalho portuário (constituindo os portos um hiperambiente do trabalho); o trabalho infantil (observe-se que, mesmo tendo um trabalhador a idade mínima de 16 anos permitida para o labor, não pode exercer atividades insalubres e perigosas). Enfim, por todas as áreas institucionais em que se atue, lá estarão presentes questões ambientais do trabalho.

O meio ambiente do trabalho é um direito previsto na Constituição. É um direito constitucional formal. Cabe lembrar que as normas ambientais trabalhistas são imprescritíveis.

A ordem jurídica ambiental trabalhista (art. 200, art. 225 e art. 7º da CF/1988, Capítulo VII da CLT; normas regulamentares etc.) protege contra o prejuízo pessoal do trabalhador, contra o drama familiar e contra o peso sobre a sociedade causado pelo oneroso custo social previdenciário resultante dos inúmeros infortúnios laborais causados aos trabalhadores. Se o trabalhador não sofre doença nem acidente, isso dá a ele qualidade de vida e à sociedade menores encargos – gastos com previdência e saúde. É questão de ordem pública, então a dimensão do meio ambiente, por qualquer ângulo analisado, é *qualificada, difusa, coletiva, de ordem pública*.

3.3 Breve histórico conceitual

O primeiro autor a se debruçar sobre o tema do Direito Ambiental do Trabalho foi o italiano Bernardino Ramazzini, que, em 1700, publicou

a obra *As doenças dos trabalhadores*, relatando que as pessoas adoecem por conta do trabalho.

Em 1837, a Justiça inglesa julgou o famoso caso *Priestley vs. Fowler*, que envolveu acidente trabalhista ocorrido em indústria. Na ocasião, Priestley teve seu braço amputado por causa de acidente de trabalho e processou seu empregador por negligência, não obtendo êxito. Nessa época a Inglaterra não tutelava o trabalho.

Conforme Delgado (2006, p. 86), somente no decorrer dos séculos que sobrevieram ao período da Revolução Industrial é que começaram a florescer as primeiras leis de proteção ao trabalho; o próprio direito trabalhista foi forjado e sedimentado no século XIX:

O Direito do Trabalho é, pois, produto cultural do século XIX e das transformações econômico-sociais e políticas ali vivenciadas [...] Por essa razão, é cientificamente desnecessária a busca de manifestações justralhistas em sociedades anteriores à sociedade industrial contemporânea. Nas sociedades feudais e antigas, a categoria do trabalho subordinado pode, eventualmente, ter surgido – como singular exceção –, mas jamais foi uma categoria relevante do ponto de vista socioeconômico. Muito menos erigiu-se em categoria socialmente dominante, a ponto de poder gerar um fenômeno de normatização jurídica abrangente como o Direito do Trabalho. O Direito do Trabalho é, desse modo, fenômeno típico do século XIX e das condições econômicas, sociais e jurídicas ali reunidas.

Da concepção embrionária das leis trabalhistas de caráter individual, no início, passando pela evolução do Direito Coletivo do Trabalho, que já era uma concepção muito avançada para o Direito na época em que foi elaborado, até chegar-se à percepção de que existiam direitos difusos, transindividuais, cujos sujeitos eram indetermináveis, decorreram séculos de evolução jurídica, que já foram sistematizados por autores como “ondas de renovação do Direito”.

Não é possível compreender o meio ambiente do trabalho sem compreender a teoria dos direitos difusos, porque o direito a um meio ambiente do trabalho hígido, íntegro e seguro constitui um direito difuso por excelência.

7 Súmula 736 do Supremo Tribunal Federal (STF).

3.4 A teoria dos direitos difusos

Importa fazer aqui uma breve digressão sobre o conceito e as características dos direitos difusos, para embasar a fundamentação da natureza qualificada do meio ambiente do trabalho.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC)⁸ definiu o interesse difuso em seu art. 81, parágrafo único, I, nos seguintes termos: “I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeito desse Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; [...]”.

Conforme lição de Smanio (apud SANTOS, 2003, p. 86), os interesses difusos podem ser conceituados como:

[...] interesses metaindividuais, essencialmente indivisíveis, onde há uma comunhão de que participam todos os interessados, que se prendem a dados de fato, mutáveis e acidentais, de forma que a satisfação de um deles importa na satisfação de todos e a lesão do interesse importa na lesão a todos os interessados, indistintamente.

A seu turno, Prade (apud SANTOS, 2003, p. 86) conceitua como interesses difusos:

[...] os titularizados por uma cadeia abstrata de pessoas ligadas por vínculos fáticos exurgidos de alguma circunstancial identidade de situação, passíveis de lesões disseminadas entre todos os titulares, de forma pouco circunscrita e num quadro de abrangente conflituosidade.

Mancuso, por sua vez, citado por Smanio (2007, p. 13), aponta as seguintes características básicas dos direitos difusos: “a) indeterminação dos sujeitos; b) indivisibilidade do objeto; c) intensa conflituosidade; d) duração efêmera, contingencial”.

Finalmente, Melo⁹ (2008, p. 30) expõe magistralmente:

A afirmação do Direito Ambiental como ramo do Direito veio sedimentar a ideia de quebra da dicotomia direito privado e direito

público, porquanto esse novo ramo não pertence nem a uma nem a outra espécie de direito, mas a uma nova categoria autônoma do Direito. Constitui, como diz Rui Carvalho Piva (13), “um ramo do direito coletivo em sentido amplo, na sua espécie direito difuso”. O bem ambiental, nessa visão, é o objeto do Direito Ambiental. Quer no aspecto material quer no imaterial, diz respeito ao valor maior do ser humano: a vida. Por isso, estabelece a Carta Maior (art. 225, *caput*) que o meio ambiente é um bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida do ser humano, impondo ao Poder Público e à sociedade organizada o dever de defendê-lo para as presentes e futuras gerações. É o bem ambiental, portanto, um direito de todos e de cada um ao mesmo tempo e, uma vez violado, a agressão atinge toda a sociedade. No Direito do Trabalho, o bem ambiental envolve a vida do trabalhador como pessoa integrante da sociedade, devendo ser preservado por meio da implementação de adequadas condições de trabalho, higiene e medicina do trabalho. Cabe ao empregador, primeiramente, a obrigação de preservar e proteger o meio ambiente laboral e, ao Estado e à sociedade, fazer valer a incolumidade desse bem. Nesse sentido, estabelece a Constituição Federal de 1988 (art. 1º ao 170), como fundamentos do Estado Democrático de Direito e da ordem econômica os *valores sociais do trabalho, a dignidade da pessoa humana e o respeito ao meio ambiente*. Desrespeitado esse bem, fixa a Carta Maior a obrigação de reparação em todos os seus aspectos administrativos, penais e civis, além dos de índole estritamente trabalhista, como previsto em outros dispositivos constitucionais e legais. [grifo nosso]

Arrematando sua digressão acerca do tema em questão, Melo (2008, p. 28-29), em outra passagem de sua obra, demonstra a natureza difusa e qualificada do meio ambiente do trabalho:

O meio ambiente do trabalho adequado e seguro é um direito fundamental do cidadão trabalhador (*lato sensu*). Não é um mero direito trabalhista *vinculado ao contrato de trabalho*, pois a proteção daquele é distinta da assegurada ao meio ambiente do trabalho, porquanto esta última busca salvaguardar a saúde e a segurança do trabalhador no ambiente em que desenvolve as suas atividades. [...] De conformidade com as normas constitucionais atuais, a proteção do meio ambiente do trabalho está vinculada diretamente à saúde do trabalhador enquanto cidadão, razão por que se trata de um direito de todos, a ser instrumentalizado pelas normas gerais que aludem à proteção dos interesses difusos e cole-

8 Instituído pela Lei n. 8.078/1990.

9 Considerado, no entender deste trabalho, como o grande estudioso de Meio Ambiente do Trabalho no Brasil.

tivos. O Direito do Trabalho, por sua vez, regula as relações diretas entre empregado e empregador, aquele considerado estritamente. [...] Portanto, O Direito Ambiental do Trabalho constitui direito difuso fundamental inerente às normas sanitárias e de saúde do trabalhador (CF, art. 196), que, por isso, merece a proteção dos Poderes Públicos e da sociedade organizada, conforme estabelece o art. 225 da Constituição Federal. É difusa a sua natureza, ainda, porque as consequências decorrentes da sua degradação, como, por exemplo, os acidentes de trabalho, embora com repercussão imediata no campo individual, atingem, finalmente, toda a sociedade, que paga a conta final. [grifo nosso]

Nessas poucas, mas muito bem colocadas palavras, o autor deixa entrever a dimensão qualificada do meio ambiente laboral.

Para se compreender melhor essa dimensão, tomaremos, a seguir, como exemplo, um dos casos paradigmáticos enfrentados na prática pelo autor deste trabalho, quando em atuação investigativa na Procuradoria do Trabalho em município (PTM) em que se encontrava lotado.

3.5 Estudo de caso paradigmático

Determinada empresa multinacional, grande embarcadora de grãos no País, recebe diariamente em seu pátio enorme quantidade de veículos (carretas) vindos de todas as partes do estado, conduzidos por motoristas empregados de empresas transportadoras (prestadoras de serviço) ou por motoristas autônomos, que procedem à descarga dos produtos no porto seco da embarcadora, a qual, posteriormente, os remete por transporte ferroviário aos portos nacionais.

Tal empresa, no caso citado, acintosamente dispunha de apenas um empregado na guarita de entrada para receber centenas de carretas que, em seu pátio, aportavam diariamente para realizar a entrega das mercadorias. Essas carretas pertenciam a empresas prestadoras de serviço e a motoristas autônomos, que eram então responsáveis pela entrega das cargas.

As filas de carretas que se formavam diariamente eram tão grandes, que se iniciavam no pátio da empresa multinacional e se estendiam pela estrada vicinal até chegarem às rodovias estaduais. Em momentos de pico, as carretas paralisavam o trânsito da rodovia (estadual/federal),

tamanho o congestionamento gerado, ficando parados por horas os automóveis particulares e outros veículos comerciais que por ali trafegavam, aguardando até que as carretas fossem atendidas na guarita da empresa multinacional e a fila se desfizesse. Essa situação gerava inúmeros conflitos na estrada entre os transeuntes e, não raro, a Polícia Rodoviária Federal multava os veículos ali parados.

A demora no atendimento era tanta, que os caminhoneiros tinham de passar a noite inteira dormindo dentro de seus veículos, aguardando o prosseguimento da fila, a “passos de tartaruga”, sendo sempre alertados para o próximo atendimento, por meio de alto-falantes instalados no pátio pela multinacional, que, durante toda a noite, anunciava o “próximo a ser atendido”, perturbando-lhes o sono.

Não bastasse isso, o pátio era um lugar caótico, coberto de poeira em constante suspensão no ar, devido ao contínuo movimento de caminhões, que criava uma atmosfera altamente insalubre, dificultando a respiração de todos que ali se encontravam, incluindo a deste procurador, quando em inspeção na empresa.

A supervisora que fazia o atendimento conversava tapando a boca e o nariz com um lenço, tossindo constantemente. Adentrando nas dependências da empresa, o estarrecimento foi maior ao ver tamanha poeira espalhada pelas instalações e a atividade das faxineiras que, incessantemente, limpavam o chão, encardido e coberto com uma espécie de lama. Era um trabalho interminável, em vista de tamanha sujeira que, ininterruptamente, se formava.

O panorama era chocante. Durante a inspeção local, acompanhado de uma colega procuradora, foi possível constatar, ainda, a inexistência de lavatórios em condições próprias no local, que pudessem ser apropriadamente utilizados pelas dezenas de caminhoneiros e motoristas ali estacionados, durante as longas horas de espera nas filas. Sequer existia também cantina apropriada.

Destarte, o que pode ser extraído desse caso concreto é uma verdadeira aula acerca de direitos difusos, da força normativa dos princípios e da explicitação da dimensão qualificada do meio ambiente do trabalho.

Encontravam-se ali presentes todos os elementos que caracterizam os direitos difusos, quais sejam, a indeterminabilidade dos sujeitos, a indivisibilidade do objeto, a existência de vínculos fáticos entre os titulares, a potencial e abrangente conflituosidade, a ocorrência de lesões disseminadas em massa e a desigualdade entre os pólos titulares dos interesses postos em conflito.

Os indivíduos lesados pela atitude violadora da citada empresa multinacional são indetermináveis, incluindo todos os motoristas empregados das empresas transportadoras de grãos, as prestadoras de serviços, os autônomos que ali compareciam e os próprios empregados da empresa multinacional, não tendo sido possível precisar a quantidade ou a origem deles.

A indivisibilidade do objeto é justamente a saúde, a segurança e a higiene de todos os trabalhadores que naquele ambiente prestavam serviços, tanto os empregados da própria empresa multinacional como os demais trabalhadores não empregados, que ali também prestavam seus serviços, os terceirizados, este próprio procurador do trabalho que inspecionou, *in loco*, o ambiente, ou seja, todas as pessoas que, contínua ou temporariamente, permaneciam naquele ambiente, independentemente do regime jurídico que ostentassem.

Não há vínculo jurídico entre as pessoas lesadas, mas vínculo fático entre os titulares.

Por outro lado, a intensa conflituosidade gerada pela violação fica clara quando se percebe que as lesões perpetradas atingiam não só os trabalhadores *lato e strictu sensu* que ali executavam suas atividades, como também a própria comunidade, os motoristas que trafegavam pelas rodovias, os passageiros de ônibus em viagem etc., todos eles prejudicados pela constante paralisação do tráfego.

O caos causado pela empresa infratora teve como consequência a atuação da Polícia Rodoviária Federal, que autuou e multou muitos caminhoneiros e veículos parados na rodovia, o que demonstra também a ocorrência de lesões disseminadas em massa.

Finalmente, a desigualdade entre os pólos titulares dos interesses postos em conflito salta à vista, quando se observam o porte e o gigantismo da empresa com a hipossuficiência dos trabalhadores ali em atividade.

3.5.1 Observações gerais conclusivas

Percebe-se, do estudo do caso em comento, que, à primeira vista, não haveria, em relação à lei estrita, obrigação de a empresa multinacional prover, para motoristas que não fossem seus próprios empregados, condições seguras e higiênicas naquele ambiente, porque a formação jurídica corrente induz ao hábito de se pensar e se diferenciar os trabalhadores por regime jurídico – cada regime atende a uma peculiaridade sobre certa forma de trabalhar. Há, contudo, algo em comum a qualquer regime: *o meio ambiente adequado à saúde e integridade*.

Em termos de meio ambiente do trabalho, deve-se utilizar a expressão *trabalho sem adjetivos*; e, na matéria ambiental, a proteção deve ser estendida a todos os trabalhadores¹⁰.

Aplica-se ao caso estudado a força normativa dos princípios e a teoria de eficácia dos direitos humanos nas relações *interpretatos*.

Delgado (2004, p. 19) ensina que os princípios de Direito possuem força normativa própria e não mais apenas força normativa supletória:

[...] Enfatize-se este ponto: os princípios preservariam sua *função normativa supletória* (função integrativa, de modesta importância evidentemente, já que cabível apenas em situações de *defeitos* – lacunas – nas fontes normativas tidas como principais do sistema). Mas além dela (e além da função interpretativa), os princípios teriam ainda *uma função normativa específica*, própria, resultante de sua dimensão fundamentadora de toda a ordem jurídica. A função fundamentadora dos princípios (ou função normativa própria) passa, necessariamente, pelo reconhecimento doutrinário de sua *natureza de norma jurídica efetiva*, e não simples enunciado programático não vinculante. Isso significa que o caráter normativo contido nas regras jurídicas integrantes dos clássicos diplomas jurídicos (constituições, leis, e diplomas correlatos) estaria também presente nos princípios gerais de Direito. Ambos seriam, pois, norma jurídica, dotados da mesma *natureza normativa*. [grifo do autor].

Sustenta Bobbio

¹⁰ Dimensão qualificada.

[...] que os princípios gerais são normas como todas as outras. Sua natureza normativa resultaria não apenas da circunstância de serem extraídos das demais regras do Direito, através de um procedimento de generalização sucessiva, como também do fato de servirem ao mesmo objetivo; a função de regular um caso concreto. (apud DELGADO, 2004, p. 19).

Vê-se, portanto, da lição desses renomados autores que os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade incidem diretamente no caso concreto suprarrelatado.

Também se aplica ao caso citado a teoria da eficácia horizontal dos direitos humanos na relação *interprivatos*.

Uma vez que os direitos fundamentais expressam normas de valores com aplicação a toda ordem jurídica, tanto em razão do princípio da unidade jurídica como em razão da força normativa, tais valores devem ser aplicados ao Direito Privado, sob pena de ocorrer a marginalização desses sobre a Constituição.

A exclusão da aplicação dos direitos humanos fundamentais nas relações *interprivatos* acarretaria uma ruptura na ordem jurídica, na medida em que não há razão para que se faça diferenciação entre a aplicação destes direitos, já que o que se está a proteger é a *dignidade da pessoa humana* (valor espiritual e moral inerente à pessoa, constituindo um mínimo invulnerável que todo ordenamento jurídico deve assegurar) – fundamento axiológico de todo o sistema, como *bem maior* a se proteger.

O princípio da dignidade da pessoa humana resume-se em *respeito ao ser humano*. Desde os primórdios da Filosofia, já se afirmava: “O homem é a medida de todas as coisas”.

Considerando que, nas sociedades atuais, existe uma ampla desigualdade de fato entre os indivíduos, deve ser sustentada a teoria de plena vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, o que se aplica ao caso em comento.

O Direito do Trabalho e o Direito Ambiental não só se interceptam, quando se trata de meio ambiente do trabalho, como comportam, com relação ao seu destinatário final – homem –, objetivos *similes*, quais sejam, protegê-lo contra agressões.

Buscam ambos a melhoria das condições de vida do homem-trabalhador e a estabilidade do processo produtivo. Qual é a função primordial do Direito do Trabalho? É a de buscar a melhoria de condições de pactuação da força de trabalho na ordem socioeconômica. A tutela legal do meio ambiente destina-se a proteger o homem (visão antropocêntrica – quando o homem passa a ser prioridade na questão ambiental tem-se a aplicação do antropocentrismo, que é o caso do meio ambiente do trabalho), inspirado pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

A tal respeito, Mancuso (1996), de maneira magistral, escreveu:

O conceito holístico de meio ambiente não se compadece com situações em que os recursos materiais venham (muito justamente) preservados, mas sem que o ser humano ali radicado seja objeto de iguais cuidados, como quando se vê constrangido a trabalhar em condições subumanas, perigosas, insalubres, degradantes, excessivamente estressantes ou ainda percebendo remuneração irrisória, contrariando a sabedoria popular de que o trabalho é meio de vida e não de morte.

O meio ambiente do trabalho é o complexo máquina-trabalho, que juntos formam o conjunto de *condições de trabalho*.

4 Responsabilidade civil trabalhista

4.1 A questão da responsabilidade objetiva e solidária

Outro ângulo da situação que deve ser examinado é a questão da responsabilidade civil trabalhista. A responsabilidade pelo meio ambiente é *objetiva e solidária* de todos aqueles que, por meio de sua atividade, causam danos ao meio ambiente ou potencializam-lhe a criação de risco.

Nesse sentido é o posicionamento da doutrina, como afirma Fiorillo, citado por Melo (2008, p. 227):

A responsabilidade civil pelos danos causados ao meio ambiente é do tipo objetiva, em decorrência de o art. 225, § 3º da Constituição Federal preceituar [...] “obrigação de reparar os danos causados” ao meio ambiente, sem exigir qualquer elemento subjetivo para

a configuração da responsabilidade civil. Como já salientado, o art. 14, § 1º da Lei 6.938/81 foi recepcionado pela Constituição, ao prever a responsabilidade *objetiva* pelos danos causados ao *meio ambiente* e também a *terceiros*. [...] A essa altura da explanação, é possível que se pergunte sobre a aplicabilidade das disposições do § 3º do art. 225 da Constituição Federal e § 1º do art. 14 da Lei 6.938/81 ao meio ambiente do trabalho, uma vez que nenhum daqueles dispositivos falou expressamente desse aspecto ambiental. À primeira vista, pode parecer aos menos avisados, como decorrência de interpretação meramente gramatical, que tais disposições somente se aplicam ao meio ambiente natural ou ecológico. Com efeito, não é assim. Tanto a Constituição Federal (art. 225, § 3º) como a Lei n. 6.938/81 (art. 14, § 1º) têm aplicação em qualquer ramo ambiental, quer seja natural, artificial, cultural ou do trabalho. Especialmente com relação a este último, diz a Carta Magna (art. 220, inciso VIII) que, ao Sistema Único de Saúde – SUS compete, além de outras atribuições, colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho. Só com isto estaria afastada qualquer indagação. [...] Para eliminar eventual dúvida sobre a aplicabilidade do § 3º do art. 225 (CF) e § 1º do art. 14 da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81) ao meio ambiente do trabalho, basta lembrar dos critérios de interpretação da lei, que vão desde a verificação gramatical, passando pela sistemática, finalística e, finalmente, pela teleológica. Neste ponto, cabe acrescentar que, enquanto o meio ambiente natural cuida da flora e da fauna, o meio ambiente cultural cuida da cultura dos costumes de um povo; o meio ambiente artificial cuida do espaço construído pelo homem; o meio ambiente do trabalho preocupa-se diretamente com a vida do homem que trabalha, do homem que constrói a Nação, do homem que é o centro de todas as atrações no universo. Portanto, se é para comparar os aspectos do meio ambiente entre si, o que não parece ser o caso, a importância maior há de ser dada ao meio ambiente do trabalho, porque, enquanto nos outros o ser humano é atingido mais indiretamente, neste, o homem é direta e imediatamente afetado pelas consequências danosas. [grifos do autor]

A questão da responsabilidade objetiva e solidária de todos aqueles que, por meio de sua atividade, causam danos ao meio ambiente ou potencializam a criação de risco para este, como dito acima, aplica-se como luva para o caso paradigmático retro estudado e também para os casos de terceirizações e de grupos econômicos. Todos aqueles que

compõem a rede produtiva responderão solidariamente pelos prejuízos perpetrados ao meio ambiente do trabalho e à saúde e higiene dos trabalhadores, conforme preceitua o art. 932, III, e o art. 942, parágrafo único, do Código Civil.

O empregador, em princípio, é o responsável pelo meio ambiente onde seus trabalhadores exercem suas atividades. No caso dos terceirizados, porém, ilustrativamente, o empregador prestador de serviços não pode colocar sinalizações ao meio ambiente a que ele não tem acesso. A primazia da realidade aplica-se aqui. As atividades são cumpridas no ambiente do tomador e este deve dar a mesma proteção aos seus empregados e aos terceirizados.

O empregador-prestador faz os exames médicos admissionais; praticamente é o que ele pode fazer, mas um programa de prevenção de riscos ambientais só o tomador pode fazer. Há dois empregadores, contudo há uma *unidade ambiental do trabalho*. É exemplo disso a plataforma de empresa petrolífera – o plano de evacuação em caso de emergência deve levar em conta todos os empregados. Concluindo, o tomador é responsável pelo meio ambiente, mesmo no caso de uma terceirização ilícita (dimensão qualificada).

Veja-se a questão da Comunicação de Acidente do Trabalho (CAT) e a atuação do MPT. O *Parquet* Laboral busca defender que há obrigação solidária, entre o tomador e o prestador, de emitir a CAT. A lei previdenciária dá sustentação a essa tese, partindo do seguinte raciocínio: o art. 2º da CLT enuncia os elementos qualificadores do empregador, sendo este a “empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”. Por outro lado, expedir a CAT é obrigação previdenciária, mas a própria lei previdenciária possui conceito próprio para “empresa” (cf. art. 15 da Lei n. 8.212/1991).

O tomador não assalaria, admite e dirige diretamente, o que dá a impressão de que a obrigação de emitir CAT é do empregador, mas, conforme referido, a Lei n. 8.212/1991, bem como a Lei n. 8.213/1991 (art. 14), traz definição própria do que é “empresa”. O art. 22 (que trata da CAT) está inserido na Lei n. 8.213/1991, devendo-se usar, portanto,

o conceito de empresa dessa lei. O conceito aqui não exige admitir, assalarar e dirigir; basta assumir o risco da atividade.

Portanto, o tomador tem responsabilidade solidária de emitir a CAT. Vê-se aqui mais um aspecto da dimensão qualificada do meio ambiente do trabalho.

Do mesmo modo, cabe expor que o direito previdenciário, ao definir acidente de trabalho, expande o conceito espacial da empresa, ao preceituar, por meio do art. 21, IV, da Lei n. 8.213/1991, que se equipara ao acidente de trabalho, para os efeitos da referida Lei, “o acidente sofrido pelo segurado, ainda que fora do local e horário de trabalho”, estando aí evidenciado que o meio ambiente laboral não se circunscribe às dependências físicas da empresa; sua dimensão expande-se para dar cobertura e proteção aos trabalhadores quando em execução de atividades correlacionadas com a empresa ou até mesmo “[...] no percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela, qualquer que seja o meio de locomoção, inclusive veículo de propriedade do segurado”.

Finalmente, para enfatizar-se a dimensão hiperqualificada do meio ambiente laboral, o MPT, apresentado pelo autor deste trabalho, teve o prazer de enfrentar situação inusitada e atípica, que foi judicializada e da qual saiu vencedor em 1ª instância. Tratou-se, em resumo, do caso concreto a seguir.

O Ministério Público do Trabalho recebeu denúncia de que uma empresa pertencente a um grande grupo econômico na área de transportes (empresas transportadoras de cargas) estaria descumprindo normas referentes ao meio ambiente do trabalho em seu estabelecimento. Durante a investigação, apurou-se e comprovou-se que diversas normas regulamentares (NRs de números 4, 7, 24 etc.) estavam sendo descumpridas pela empresa em questão.

Ao final do inquérito, foi ajuizada ação civil pública na qual se pleiteavam obrigações de fazer e não fazer (tutela inibitória) contra todas as empresas componentes do referido grupo econômico, embora o Ministério do Trabalho e Emprego, por meio de sua GRT local, tenha

lavrado os autos de infração apenas em relação a uma das empresas do grupo, a única que teve seu estabelecimento fiscalizado.

Nada obstante essa prova robusta tenha se restringido a apenas uma empresa do grupo, no petitório da ação civil pública pleiteou-se a responsabilidade solidária de todos os integrantes do grupo econômico que possuíam o mesmo objeto social da empresa investigada, considerando haver fortes indícios de uma cultura no descumprimento da legislação ambiental do trabalho e que essa cultura contaminava ou poderia contaminar os outros integrantes do grupo.

O juízo do trabalho acatou a tese de solidariedade e condenou todos os integrantes do grupo às obrigações de fazer e não fazer da tutela para o futuro.

No bojo do inquérito, entretanto, apurou-se que havia uma cultura generalizada do grupo econômico de descumprir as normas de saúde, higiene e segurança do meio ambiente laboral e que a conduta lesiva era persistente no tempo. Desse modo, o Judiciário acabou reconhecendo a dimensão qualificada do meio ambiente laboral, determinando que todas as empresas do grupo econômico com o mesmo objeto social se ajustassem imediatamente às normas legais de proteção à saúde e segurança do trabalhador.

Por fim, resta demonstrar mais um aspecto da dimensão qualificada ao abordar-se a questão do meio ambiente laboral dos servidores públicos, estatutários e celetistas. Uma vez que o meio ambiente do trabalho é uno e indivisível, mesmo os estatutários têm a proteção das normas legais aplicáveis ao caso. Na dimensão do ambiente do trabalho não há distinções.

O art. 7º, XXII, da Constituição da República dispõe sobre a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”. No entender do presente estudo, a proteção vale para todo e qualquer trabalhador; nesse caso, abarcam-se os servidores públicos.

Observe-se que o art. 39, § 3º, da CR/1988 preceitua aplicar-se aos servidores públicos o disposto no art. 7º, XXII, retrocitado, o que significa dizer que os servidores públicos são também protegidos por normas de saúde, higiene e segurança.

A Constituição, volta e meia, preconiza uma *lei* para regulamentar os assuntos nela tratados, mas, no caso do referido inciso XXII, pede *normas* – no caso, normas técnicas. Então as normas técnicas (NRs) do Ministério do Trabalho são exigidas não só pela CLT mas pela própria Constituição. Além das leis, devem existir as normas técnicas.

É sabido que as normas regulamentares valem, em princípio, para empregados, *mas um bom ambiente de trabalho vale para todos*. E o art. 7º, XXII, diz normas técnicas. Como o inciso XXII também se aplica aos servidores públicos, então se conclui que as normas regulamentares também valem para os servidores estatutários (art. 39, § 3º, da CR/1988), portanto as NRs do Ministério do Trabalho são obrigatórias também para o ambiente de trabalho dos estatutários.

Para arrematar, o próprio STF pacificou, por intermédio da Súmula n. 736, que compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores.

Recentemente, no *I Encontro dos Ministérios Públicos*, foi editado enunciado que atribui ao Ministério Público do Trabalho a atuação nas questões ambientais do trabalho, mesmo no caso de servidores públicos, numa tentativa interna de pacificar a questão entre os ramos do Ministério Público.

Em face de tudo quanto foi esposado supra, procurou este trabalho demonstrar a importância do meio ambiente do trabalho no que concerne à saúde, segurança e higiene do trabalhador. Visou realçar quão ampla e abrangente é a dimensão do meio ambiente laboral.

5 Considerações finais

O presente trabalho teve por escopo demonstrar a riqueza de aspectos e importância ímpar do estudo do meio ambiente do trabalho.

O meio ambiente laboral é o *habitat* onde milhares de trabalhadores executam suas atividades diuturnamente e passam grande parte das suas vidas. Sabe-se que é por meio do trabalho que se constrói a narrativa

da própria existência. Por tudo isso, o meio ambiente do trabalho deve ser um lugar seguro, saudável, higiênico e agradável (sim, agradável).

Não basta ao homem trabalhador estar em um ambiente laboral apenas seguro e saudável, estas são garantias mínimas inderrogáveis que todo ordenamento jurídico deve conceder aos trabalhadores e que o Ministério Público visa resguardar em sua luta diária. Entretanto, também deve ser o meio ambiente um lugar onde haja respeito ao próximo, tolerância quanto às diferenças, proteção da intimidade, direito à desconexão do trabalho nos intervalos intrajornadas, relacionamento saudável entre a chefia e subordinados, paz para se executar um bom trabalho, possibilidades de progresso, promoção e satisfação dos trabalhadores.

Daí conclui-se que o meio ambiente do trabalho é um espaço de características multifacetadas, porque ali se encontram pessoas, cidadãos trabalhadores de todas as naturezas, homens, mulheres, jovens, aprendizes, terceirizados, clientes, estagiários, todos envolvidos na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, uma vez que é neste espaço que se encontra a tensão entre o capital e o trabalho, onde devem conviver em equilíbrio as forças que promovem o desenvolvimento do País.

Sobre o meio ambiente do trabalho incidem todos os princípios gerais do direito, especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana, que exige o *respeito ao ser humano e a garantia de um mínimo invulnerável de condições de vida*, aquilo que Delgado denomina de “patamar civilizatório mínimo”.

Procurou-se demonstrar a dimensão qualificada do meio ambiente laboral, cujas tutelas e proteção irradiam-se em todas as direções, vertical e horizontalmente. O meio ambiente do trabalho é uma ambiência, não se limitando ao espaço físico apenas, mas ao aspecto também imaterial (proteção ao direito da personalidade dos trabalhadores, sua honra, imagem, integridade psíquica etc.).

No meio ambiente do trabalho estão alocadas *vidas humanas*, valor supremo de todos os ordenamentos jurídicos do mundo civilizado. Ainda que não houvesse qualquer ordem jurídica estabelecida, o meio

ambiente seria tutelado naturalmente, porque objeto de proteção do *direito natural*.

Concluindo, estamos diante do estudo de um *objeto* que constitui direito difuso por excelência, resguardado pela força normativa dos princípios, norma de ordem pública inderrogável, de interesse público primário, cuja tutela está primordialmente a cargo, entre outros importantes órgãos de atuação, do *Parquet* Laboral.

Eis o fenômeno denominado *meio ambiente do trabalho, em todas as suas dimensões*.

Referências

BESSA, Leonardo Rodrigues I. Meio ambiente de trabalho enquanto direito fundamental, sua eficácia e meios de exigibilidade judicial. *Revista LTr*, São Paulo, ano 74, p. 560-565, maio 2010.

CASTELO, Jorge Pinheiro. *O direito material e processual do trabalho e a pós-modernidade*. A CLT, o CDC e as repercussões do novo código civil. São Paulo: LTr, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.

_____. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RIBEIRO JÚNIOR, José Hortêncio; CORDEIRO, Juliana Vignoli; FAVA, Marcos Neve; CAIXETA, Sebastião Vieira (Org.). *Ação coletiva na visão de juízes e procuradores do trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Sindicatos e ações coletivas*. Acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. São Paulo: LTr, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

SIMM, Zeno. *Acosso psíquico no meio ambiente de trabalho*. Manifestações, efeitos, prevenção e reparação. São Paulo: LTr, 2008.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses difusos e coletivos*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

Carolina Marzola Hirata

A inadmissibilidade de criação de
cargos e empregos comissionados
nas empresas estatais

Sumário

1 Introdução

2 Administração direta e indireta

2.1 Empresas estatais

3 Cargos, empregos e funções públicas

3.1 Cargos comissionados

3.2 Inadmissibilidade de criação de cargos e empregos comissionados nas empresas estatais

4 Conclusão

1 Introdução

Sempre causou estranheza o fato de os atos constitutivos de grande parte das empresas públicas e sociedades de economia mista preverem a existência de cargos comissionados. Tais instrumentos valem-se da previsão contida no art. 37, inciso V, da Constituição da República Federativa do Brasil, para admitir, em funções de direção, chefia e assessoramento, servidores não concursados, os quais, teoricamente, devem manter com o Estado típica relação jurídica de caráter institucional.

Contudo, segundo lição doutrinária consolidada, ainda que integrem a Administração indireta, independentemente do papel que desempenhem (prestadoras de serviços públicos ou exploradoras de atividade econômica), as empresas públicas e as sociedades de economia mista são entes privados. Como tal, estão submetidas ao regime privado de pessoal previsto na Consolidação das Leis do Trabalho. Foi com base nessa instigação que se iniciou a atividade de estudo e leitura dos diplomas legais que tratam da matéria – em especial da Constituição da República Federativa do Brasil e do Decreto-Lei n. 200/1967 –, acompanhada de pesquisa, doutrinária e jurisprudencial.

Chama a atenção a escassez de informações e referências ao tema, além da profunda disparidade entre as opiniões existentes. Em certa medida, isso pode ser explicado pela natureza híbrida desses entes. Essa característica dificulta, em muito, tanto o desenvolvimento do trabalho quanto a tomada de posição acerca desse tema, o qual certamente necessita ser aprofundado.

Não obstante a dificuldade de teorização, com o surto desenvolvimentista e a revitalização do papel das estatais na economia e no desenvolvimento social, a temática relativa à possibilidade ou não de existência de cargos ou empregos comissionados nas empresas públicas e sociedades de economia mista tende a ganhar maior importância. Tencionou-se, então, promover uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico pertinente, sempre orientada pelos princípios constitucionais. Ademais, como essas entidades, apesar de privadas, são componentes da Administração, gerindo bens e dinheiro que são públi-

cos, buscou-se preservar o entendimento de que, para o preenchimento de seus postos de trabalho, o acesso prioritário seja feito pela forma republicana e democrática do concurso público.

2 Administração direta e indireta

O termo *Administração Pública* pode ser entendido em sentido objetivo, exprimindo a ideia de atividade, tarefa, ação, confundindo-se com o que se conhece por função administrativa. Há também o sentido subjetivo, que indica o conjunto de órgãos e agentes que desempenham os misteres estatais. Neste trabalho, a expressão é utilizada na última acepção.

Para desempenhar as atividades que lhe são afetas, a Administração deve organizar sua estrutura administrativa, preordenando seus recursos de forma racional, a fim de aliar à qualidade dos serviços a redução dos custos de execução. Com esse mister, vale-se de três técnicas: executa as atividades diretamente por meio de seus agentes, o que se chama *centralização*; segmenta sua estrutura em múltiplos órgãos, cada qual com atribuições próprias, escalonando-os dentro de um mesmo corpo, de modo que fiquem hierarquicamente posicionados, fenômeno conhecido como *desconcentração*; ou cria entidades autônomas detentoras de personalidade jurídica distinta do ente central, mas que ainda integram o Estado, ao que se denomina *descentralização*.

Do modelo de descentralização administrativa, nasce o que se chama de Administração Indireta, também conhecida pelo epíteto “entidades paraestatais”. No entanto, considerando os inúmeros usos que a doutrina e os tribunais têm emprestado à expressão, nem sempre coincidentes, optou-se, neste estudo, por não empregar o termo, já que este é destituído de precisão técnica.

Todas as entidades federadas podem ter sua administração indireta, desde que tenham competência para o desempenho do serviço cuja titularidade ou execução pretendam transferir. Como o art. 37, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil alude à Administração Direta, Indireta e Fundacional de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, pode-se admitir que entidades

da Administração Indireta sejam vinculadas tanto ao Poder Executivo como ao Legislativo e ao Judiciário.

O art. 37, XIX, da Lei Maior refere-se expressamente a essas entidades. Impõe que a criação de autarquias faça-se por meio de lei específica e que a constituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação seja igualmente autorizada por lei.

O Decreto-Lei n. 200/1967 disciplina a organização da Administração Federal e estabelece diretrizes para a reforma administrativa. O art. 4º desse diploma descreve os componentes da Administração Federal:

Art. 4º A Administração Federal compreende:

I – A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios;

II – A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

- a) Autarquias;
- b) Empresas Públicas;
- c) Sociedades de Economia Mista;
- d) Fundações Públicas;

As entidades que integram a administração indireta continuam vinculadas ao ente central, por meio de inúmeras formas de controle ou tutela administrativa. A União adotou o sistema de controle por intermédio dos ministérios ou das secretarias, chamando-o de supervisão ministerial. No que concerne à Administração Indireta, os objetivos e as medidas dessa supervisão vêm discriminados de forma elucidativa no art. 26 do Decreto-Lei n. 200/1967.

Segundo o doutrinador José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 442), o controle pode ser distinguido em quatro aspectos:

- 1) controle político, pelo qual são os dirigentes das entidades da Administração Indireta escolhidos e nomeados pela autoridade competente da Administração Direta, razão por que exercem eles função de confiança (relação *intuitu personae*); 2) controle institu-

cional, que obriga a entidade a caminhar sempre no sentido dos fins para os quais foi criada;

3) controle administrativo, que permite a fiscalização dos agentes e das rotinas administrativas da entidades; e

4) controle financeiro, pelo qual são fiscalizados os setores financeiro e contábil da entidade.

Em arremate, vale dizer: como somente as pessoas políticas possuem capacidade genérica de atuação, os entes da administração indireta devem ter seu fim específico previsto em lei, só podendo despende recursos direcionados a esse objetivo.

2.1 Empresas estatais

A lei criadora ou autorizadora pode atribuir às entidades da Administração Indireta um serviço público ou o exercício de uma atividade econômica. Ao contrário dos serviços públicos, que cabem precipuamente à Administração, o desempenho de atividade econômica de forma direta pelo Estado é excepcional. Nos termos do art. 173, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil, a exploração de atividade econômica somente é permitida quando necessária por imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. Essa limitação à intervenção direta no mercado busca preservar os princípios da livre iniciativa e da concorrência.

Levando em consideração o tipo de atividade a ser desempenhada, o legislador pensou em entes com características diversas. Assim, o Decreto-Lei n. 200/1967, em seu art. 5º, indicou que as autarquias prestariam serviços públicos de forma descentralizada, ao passo que as empresas públicas e sociedades de economia mista seriam direcionadas à exploração de atividade econômica:

Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:

I - Autarquia – serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada;

II - Empresa Pública – a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito;

III - Sociedade de Economia Mista – a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam, em sua maioria, à União ou a entidade da Administração Indireta.

Na prática, no entanto, existem empresas públicas e sociedades de economia mista executando serviços públicos e autarquias desenvolvendo atividade econômica. Baseando-se nessa constatação, a doutrina e a jurisprudência conferem regime mais aproximado ao dos entes públicos às empresas estatais prestadoras de serviços públicos, relativamente aos seus bens, contratos e licitações.

Já se afirmou que a criação dessas entidades deve ser autorizada em lei específica; o mesmo ocorre com a instituição de subsidiárias (art. 37, XX, da Constituição da República Federativa do Brasil). Pelo princípio do paralelismo das formas, sua extinção necessita observar a mesma formalidade. Independentemente da atividade a que se dediquem, são todas pessoas jurídicas de direito privado e podem ser englobadas na alcunha de empresas estatais.

Como são entes privados, adquirem personalidade jurídica com o arquivamento dos seus atos constitutivos em registro (art. 45 do Código Civil), sendo certo que o Estado se vale dessas entidades para desempenhar atividades com maior flexibilidade, sem as travas burocráticas das pessoas de direito público. Mesmo assim, como integrantes da Administração Pública, possuidoras e gerenciadoras de dinheiro público, continuam sujeitas à observância dos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*, da Lei Maior). Aliás, as empresas estatais estão sujeitas a um regime jurídico misto em que se amalgamam traços de direito público e de direito privado.

As derrogações de direito público são mais acentuadas nos aspectos ligados ao controle administrativo e atingem as empresas independentemente da atividade desempenhada. Somente no âmbito constitucional, há que se citar: demanda de lei específica autorizadora (art. 37, XIX) para sua criação, controle pelo Tribunal de Contas da União (art. 71, II)¹, inclusão no orçamento anual (art. 165, § 5º, I e II) e existência de prévia dotação orçamentária para atender às projeções de despesa com pessoal – em caso de concessão de vantagem ou aumento na remuneração –, criação de empregos, alteração de estrutura de carreiras e contratação de pessoal (art. 169, *caput* e inciso I). Quanto a esse último aspecto, as empresas estatais independem da existência de autorização específica na Lei de Diretrizes Orçamentárias (art. 169, inciso II).

Por sua vez, no que tange ao exercício em si da atividade econômica, predominam as normas de direito privado. O art. 173, § 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil, ao dispor que lei estabelecerá o estatuto jurídico das empresas públicas, das sociedades de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou prestação de serviços, equipara essas entidades, desde logo, quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias, às pessoas privadas:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

1 No julgamento do Mandado de Segurança n. 25.092/DF, o Supremo Tribunal Federal, em decisão plenária, definiu: "o Tribunal de Contas da União, por força do disposto no art. 71, II, da CF, tem competência para proceder à tomada de contas especial de administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos das entidades integrantes da administração indireta, não importando se prestadoras de serviço público ou exploradoras de atividade econômica".

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

§ 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

Embora possam ser agrupadas sob um mesmo epíteto, tantas as semelhanças que as aproximam, empresas públicas e sociedades de economia mista são diferentes em alguns aspectos. O primeiro deles é que, nas empresas públicas, o capital deve ser integralmente público, independentemente do nível federativo ou da personalidade jurídica da entidade de que é oriundo. Por outro lado, nas sociedades de economia mista, há a conjunção de recursos privados e públicos, mas, para que o destino desses entes permaneça vinculado aos fins que ensejaram sua criação, a maior parte do capital votante deve ser de propriedade do ente central ou de sua Administração Indireta.

Outra distinção reside no fato de que as empresas públicas podem revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito. Como somente a União pode legislar sobre Direito Civil e Comercial (art. 22, I, da Carta Constitucional), só esse ente federado poderá instituir empresa pública sob nova conformação jurídica. Ao contrário, as sociedades de economia mista devem ter a forma de sociedades anônimas, regendo-se pela Lei das Sociedades por Ações (Lei n. 6.404/1976).

Por fim, enquanto as empresas públicas federais litigam na Justiça Federal² (art. 109, I, da Constituição da República Federativa do Brasil),

2 Não obstante essa disposição, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula n. 270: "O protesto pela preferência de crédito, apresentado por ente federal em execução que tramita na Justiça Estadual, não desloca a competência para a Justiça Federal".

as sociedades de economia mista (ainda que federais) têm suas ações processadas perante a Justiça estadual.

2.1.1 Concurso público

Concurso público pode ser conceituado como o procedimento administrativo que tem por objetivo selecionar os melhores candidatos ao provimento dos cargos e empregos públicos. O certame deve ser de provas ou de provas e títulos e guardar adequação com a natureza e complexidade do posto de trabalho a ser preenchido. Sua realização tem por fundamento o princípio da igualdade, de modo a assegurar que todos os interessados possam disputar a vaga em idênticas condições e por meio de critérios objetivos que permitam a aferição da capacidade intelectual dos candidatos.

O concurso público atende também ao princípio da moralidade e da impessoalidade, vedando favorecimentos e impedindo que impressões pessoais de apreço ou despreço sejam levadas em consideração para o preenchimento dos cargos e empregos públicos. Por fim, ao selecionar os candidatos mais bem preparados para o exercício dos misteres públicos, esse procedimento afina com o princípio da eficiência.

Ademais, o certame é realizado para a investidura no cargo ou emprego público que está expressamente determinado no edital de abertura. A passagem para outro cargo ou emprego depende, portanto, da aprovação em outro concurso, específico para aquela ocupação. Essa matéria foi assentada pelo Supremo Tribunal Federal na Súmula n. 685: “É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”.

A necessidade de concurso público é a regra geral para o preenchimento dos cargos e empregos públicos. Aliás, doutrina e jurisprudência concebem-no como requisito de validade para a formação do vínculo com a Administração. A exceção prevista constitucionalmente fica por conta dos cargos em comissão, os quais se destinam somente às atri-

buições de direção, chefia e assessoramento (art. 37, V, da Constituição da República Federativa do Brasil).

Em atenção ao imperativo do concurso público, é exigível que até mesmo a contratação de temporários seja feita por meio de processo seletivo simplificado, observados os princípios constitucionais. Trilhando esse caminho, o art. 3º da Lei Federal n. 8.745/1993 excepciona de um processo seletivo somente os agentes admitidos em casos de calamidade pública ou de emergência ambiental (§ 1º).

A imposição de realização de concurso público para a investidura em cargos ou empregos públicos aplica-se a todos os Poderes e entidades componentes da Administração Direta e Indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 37, *caput* e inciso II, da Constituição da República Federativa do Brasil). Portanto, embora as empresas estatais exercentes de atividade econômica submetam-se ao regime privado de pessoal (consoante o previsto no art. 173, § 1º, inciso II, da Constituição da República Federativa do Brasil), estão obrigadas a realizar concurso público. Essa conclusão pode ser obtida por meio da conjunção de uma interpretação literal e sistemática. Literal porque o art. 37, inciso II, da Constituição refere-se expressamente a “emprego público” e sistemática porque a cabeça do dispositivo disciplina, *a priori*, os destinatários dos preceitos lá inseridos (“Administração Pública Direta e Indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”).

A exigência de concurso para admissão de pessoal nas empresas estatais é das mais importantes derrogações de direito público. Nessa altura, é de se afirmar que as normas em questão evidentemente versam sobre situações distintas, pois uma coisa é a formalidade exigida para vinculação; outra, o regime jurídico a que se submeterão seus agentes.

Como razões de ordem pública orientam a realização do concurso público, sua ausência importa a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei (art. 37, § 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil). No caso, o agente também responde por ato de improbidade, capitulado no art. 11, V, da Lei n. 8.429/1992³,

3 “Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da

ficando sujeito às sanções dispostas no art. 12, III, do mencionado diploma normativo⁴.

Por sua vez, o trabalhador admitido sem concurso público, segundo posição majoritária representada pela Súmula n. 363 do Tribunal Superior do Trabalho, somente terá direito ao recebimento da contraprestação pactuada proporcional ao número de horas efetivamente trabalhadas e aos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (art. 19-A da Lei n. 8.036/1990).

No entanto, há quem advogue posição diversa. A par dos que pugnam pela aplicação irrestrita da teoria trabalhista das nulidades⁵, com o conseqüente pagamento de todas as verbas de natureza trabalhista, inclusive as inerentes à dispensa sem justa causa, existe posição intermediária, que busca conciliar o valor social do trabalho com os relevantes princípios constitucionais que fundamentam a realização de concurso público. Essa corrente é capitaneada pelo ministro Maurício Godinho Delgado⁶ e apregoa a incidência da teoria trabalhista das nulidades no que tange ao período de efetiva prestação dos serviços (reconhecimento das repercussões trabalhistas, portanto), mas seguida da declaração

Administração Pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, e notadamente:

[...]

V - frustrar a licitude de concurso público.”

- 4 “Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

[...]

III - nas hipóteses do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 3 a 5 anos, pagamento de multa civil até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 anos.”

- 5 No Direito do Trabalho, o reconhecimento de nulidade do vínculo surte efeitos, ou seja, enseja todos os efeitos até a decretação, somente impedindo a continuidade do pacto, com novas repercussões jurídicas.
- 6 Cf. DELGADO, 2007.

de nulidade por ausência de formalidade essencial, com o que restaria excluído o pagamento das verbas rescisórias.

2.1.2 Regime de pessoal

As empresas estatais mantêm com seus agentes vínculo de natureza trabalhista. Assim, submetem-se aos princípios contidos nos arts. 7º, 8º e 9º da Constituição da República Federativa do Brasil e às disposições da Consolidação das Leis do Trabalho. E não poderia ser diferente, em vista da imposição constitucional contida no art. 173, § 1º, II, da Lei Maior, que as equipara, para fins trabalhistas, às empresas privadas.

Parte da doutrina sustenta que as prestadoras de serviço público poderiam admitir pessoal com vínculo de caráter jurídico-administrativo, ou seja, estatutário⁷. Isso se deve a que o dispositivo citado refere-se textualmente somente às estatais que exploram atividade econômica. Todavia, essa possibilidade esbarra na natureza jurídica dessas entidades, as quais, independentemente das atividades que desempenham, são pessoas privadas. Em decorrência disso, são também destituídas de capacidade legislativa e não possuem aptidão para editar um regulamento próprio de pessoal.

Nesse sentido, o acórdão seguinte cita decisão do Superior Tribunal de Justiça em conflito de competência:

RECURSO DO RECLAMANTE – LEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* DA RECLAMADA. A legitimidade das partes se estabelece com a indicação, na petição inicial, da parte em face da qual se escolheu demandar, independente da existência de relação jurídica de direito material entre os sujeitos da relação processual. A legitimidade para a causa (*ad causam*) deve ser apurada em abstrato, por aplicação da teoria da asserção. O autor deve ser o titular da situação jurídica vindicada em juízo, e, quanto ao réu, deve existir uma relação de sujeição em relação à pretensão do autor. Dá-se provimento ao recurso, no particular, para recon-

-
- 7 O posicionamento de Lucas Rocha Furtado (2010, p. 221) exemplifica essa vertente: “É de se observar, todavia, que se a empresa estatal for prestadora de serviço público, não lhe será aplicável o art. 173 da Constituição Federal, sendo permitido que lei adote, inclusive para o seu pessoal, regras de direito público”.

hecer a legitimidade da reclamada para compor a polaridade passiva da ação. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA – PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO – AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO – NULIDADE DO CONTRATO – DEVOLUÇÃO DOS DESCONTOS SALARIAIS. No âmbito da Administração Pública não pode ser tolerada a prática de contratação de mão-de-obra com as qualidades de funcionário público sem uma prévia seleção por concurso público, sob os argumentos de tratar-se de servidor exercente de cargo em comissão, uma vez que às pessoas jurídicas de direito privado é inapropriado estabelecer liames funcionais regidos por estatutos administrativos, por serem estes privativos das pessoas jurídicas de direito público. Precedente do STJ: ADMINISTRATIVO – SERVIDOR PÚBLICO – CARGO EM COMISSÃO – SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA – REGIME JURÍDICO PRIVADO – REGIME TRABALHISTA – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO – 1. Independe a denominação do cargo ou emprego atribuído ao servidor público contratado por ente público de direito privado, que sempre estará sujeito às regras trabalhistas desse regime, conforme o disposto no inciso II do § 1º do art. 173 da CF. 2. Inadmite-se a figura do funcionário público nos quadros das empresas públicas e sociedades de economia mista, pois entes de direito privado não podem possuir vínculos funcionais submetidos ao regime estatutário, por ser este característico das pessoas jurídicas de direito público. 3. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo da 1ª Vara do Trabalho de Porto Velho/RO, suscitado. (STJ - CC 200201753174 - (37913 RO))

Em defesa, ainda, da necessidade de adoção do regime trabalhista, vale citar o art. 182 do Decreto-Lei n. 200/1967⁸, o qual prevê que o regime de pessoal das empresas públicas e sociedades de economia mista é o da Consolidação das Leis do Trabalho, sem fazer referência à atividade a ser desempenhada, diferentemente da discriminação que promove em relação às autarquias que desenvolvem serviços industriais. Ainda que essa via estivesse aberta juridicamente, a Administração, por certo, não teria interesse em sua instituição. Na verdade, o que ocorre quando o Estado transfere a execução de um serviço público para uma entidade

8 Art. 182. Nos casos dos incisos II e III do artigo 5º e do inciso I do mesmo artigo, quando se tratar de serviços industriais, o regime de pessoal será o da Consolidação das Leis do Trabalho; nos demais casos, o regime jurídico de pessoal será fixado pelo Poder Executivo.

privada é uma fuga do direito administrativo e do regime publicista, até mesmo quanto ao regime de pessoal.

Em Portugal, essa política de flexibilização dos direitos dos trabalhadores, inicialmente restrita ao setor privado, alcançou toda a administração pública. O liame de vinculação com a generalidade dos agentes públicos naquele país passou a ser, pela Lei n. 12-A/2008, de índole contratual⁹.

No Brasil, os empregados das empresas públicas e das sociedades de economia mista, embora selecionados por concurso público, não têm direito à totalidade das regras protetivas aplicáveis aos demais servidores públicos. Assim, nos termos da jurisprudência consolidada do Tribunal Superior do Trabalho, não adquirem estabilidade (Súmula n. 390, item II) e suas dispensas prescindem de motivação (Orientação Jurisprudencial da Seção de Dissídios Individuais I n. 247).

Incidem, contudo, algumas interrogações de direito público. Não podem esses empregados acumular seus empregos com cargos ou funções públicas, exceto nos casos constitucionalmente garantidos (art. 37, XVII, da Lei Maior). Submetem-se ao teto remuneratório disposto no art. 37, XI, da Constituição da República Federativa do Brasil, caso as entidades recebam recursos da União, dos estados, do Distrito Federal ou dos municípios para pagamento das despesas com pessoal (art. 37, § 9º, da Constituição da República Federativa do Brasil). São equiparados a funcionários públicos para fins penais (art. 327, § 1º, do Código Penal) e respondem pela prática de ato de improbidade como agentes públicos (art. 2º, da Lei n. 8.429/1992). Como o liame é de natureza contratual, as controvérsias entre os empregados e as estatais serão dirimidas na Justiça do Trabalho (art. 114, I, da Constituição da República Federativa do Brasil).

9 Antunes (2010, p. 121) escreve: “A Lei n. 12-A/2008, de 27 de fevereiro, veio estabelecer um novo regime de constituição da relação de emprego público, a qual passa a poder constituir-se por uma de entre três tipos de modalidades: a nomeação, o contrato de trabalho em funções públicas e a comissão de serviço. A nomeação está reservada às atividades que envolvam poderes de autoridade, pelo que constitui uma via residual e limitada de emprego público. Contrariamente, o contrato torna-se, com este novo regime, a modalidade de emprego por excelência. Por sua vez, a comissão de serviço autonomiza-se da nomeação e está reservada a apenas duas situações legalmente previstas”.

3 Cargos, empregos e funções públicas

O capítulo que trata dos servidores públicos é, entre os demais do Direito Administrativo, o de terminologia mais tortuosa e imprecisa, justamente por seu entrelaçamento com o Direito do Trabalho. Expressões como “cargo”, “emprego”, “função” e “comissionado” são utilizadas sem nenhum rigor técnico até mesmo em diplomas normativos que versam sobre o tema. Para que se possa avançar nos estudos, no entanto, deve-se distinguir cada um dos institutos, fixando-se os conceitos que servirão como premissas para as conclusões a serem lançadas.

Cargo público é posto de trabalho inserido na estrutura administrativa. É ocupado por servidor que tem vínculo de natureza institucional com a Administração Pública Direta, autárquica ou Fundacional. O cargo deve ser criado por lei, ter suas atribuições e remuneração também disciplinadas por lei em sentido formal (art. 61, § 1º, II, *a e c*, da Constituição da República Federativa do Brasil). É essa lei que delimita os termos da vinculação e os direitos e deveres do servidor.

O ocupante desse posto é servidor público que mantém vínculo de profissionalidade com a Administração e exerce funções com nota de permanência (ou seja, necessitam ser rotineiramente desenvolvidas). Os contornos do vínculo estatutário serão definidos pelo ente público, dentro de sua autonomia legislativa, respeitados os preceitos da Constituição da República Federativa do Brasil.

A Lei Federal n. 8.112/1990, em seu art. 3º, definiu *cargo* como o “conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor”. Para o preenchimento dos cargos públicos, exige-se a aprovação em concurso público. Essa afirmação aplica-se, integralmente, aos cargos de provimento efetivo, mas não aos cargos comissionados, os quais, por expresse permissivo constitucional, podem ser providos e desprovidos ao livre sabor da autoridade nomeante.

O *emprego público* também é posto de trabalho na estrutura administrativa do Estado. Pode ser criado tanto no âmbito das pessoas jurídicas de direito público como no das pessoas jurídicas de direito privado que

integram a Administração Indireta – empresas públicas e sociedades de economia mista, por exemplo. Aliás, quanto a estas últimas, conforme afirmado alhures, por constituírem pessoas jurídicas de direito privado e não serem possuidoras de capacidade legislativa, somente podem ter em seus quadros empregados públicos.

Os empregados públicos (chamados de “celetistas”) vinculam-se ao Estado por meio de liame contratual. Isso significa que a administração pública, quando opta por contratar pessoal, despe-se de seu poder de império e formaliza pacto com caracteres privados prevalentes. No entanto, já foi examinado que, ainda nesse caso, existem derrogações de direito público, como o ingresso obrigatório por meio de concurso público.

Assim, as partes (empregado e empregador) estabelecem, por contrato e nos limites das leis trabalhistas, os direitos e obrigações recíprocas. Como somente a União pode legislar sobre Direito do Trabalho (art. 22, I, da Constituição da República Federativa do Brasil), caso os demais entes públicos editem ato normativo dispendo sobre o regime jurídico dos empregados públicos, este deverá ser visto como simples regulamento de natureza privada, unilateral (semelhante ao regulamento de empresa).

Por sua vez, as *funções públicas*, que podem ser entendidas como atividades, constituem o conjunto de tarefas e poderes acometidos a determinado agente público, independentemente da existência dos cargos e empregos correlatos às funções. Os servidores temporários, admitidos para atender a necessidade de excepcional interesse público prevista em lei, exemplificam o exercício de função sem a existência nos quadros do cargo correspondente. Nesse ponto, resta claro que podem existir funções sem cargos ou empregos e que o contrário não poderá ocorrer. Isso porque, evidentemente, a todo posto de trabalho devem corresponder certas tarefas e poderes.

As *funções* aparecem na Constituição da República Federativa do Brasil, destacadamente, em duas situações: *temporárias* (para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público – conforme o art. 37, IX) e *funções de confiança* (exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo – conforme o inciso V do mesmo artigo). Nos termos da Constituição da República Federativa do Brasil, as

funções de confiança (também denominadas funções gratificadas) são próprias dos servidores ocupantes de cargos efetivos, sendo, portanto, estranhas ao regime trabalhista.

No âmbito federal, a iniciativa do processo legislativo para a criação de cargos, empregos e funções públicas na Administração Direta e Autárquica cabe, privativamente, ao Presidente da República (art. 61, § 1º, II, *a e c*, da Constituição da República Federativa do Brasil). De acordo com entendimento doutrinário consolidado, essa iniciativa deve ser observada também pelas demais unidades federadas (Estados-Membros, Distrito Federal, Municípios e autarquias criadas por esses entes).

Forte no entendimento de que o art. 61, § 1º, II, *a e c*, da Lei Maior somente faz referência à Administração Direta e Autárquica, o Tribunal de Contas da União vem decidindo que a criação de empregos públicos pelas empresas públicas e sociedades de economia mista pode ser feita por ato interno da pessoa jurídica de direito privado, independentemente de lei autorizativa. Nesse sentido, transcreve-se trecho do voto do ministro-relator, Ubiratan Aguiar, prolatado no seio do Acórdão n. 1.557/2005:

O art. 61, § 1º, inciso II, alínea 'a', da Constituição Federal estabelece que são de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que disponham sobre criação de cargos, funções ou empregos públicos na Administração Direta e Autárquica ou aumento de sua remuneração. Portanto, a Constituição não prevê a elaboração de lei para a criação de empregos na Administração Indireta, exceto quanto às autarquias. Se não há necessidade de lei para a criação dos empregos que são providos mediante concurso público, não seria razoável entender que seria exigida lei para a criação de "empregos em comissão", em muito menor número.

Ainda: nos termos do art. 84, VI, *a e b*, da Constituição da República Federativa do Brasil, o Presidente da República poderá, mediante decreto, dispor sobre a organização e funcionamento da Administração Federal (desde que não implique aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos) e sobre a extinção de cargos e funções públicas, quando vagos. Somente a título de recordação, nessa segunda hipótese, há rompimento com o princípio do paralelismo das formas.

Menção deve ser feita ao revigoração do regime jurídico único de pessoal, ocorrido pela concessão de medida liminar na ADI n. 2.135-4, a qual suspendeu a eficácia do *caput* do art. 39 da Constituição da República Federativa do Brasil. Com essa decisão, passou a vigorar a redação anterior ao advento da Emenda Constitucional n. 19/1998, nos seguintes termos:

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

Como a medida liminar foi concedida com efeitos *ex nunc*, foram preservadas as situações constituídas no interregno de eficácia da Emenda Constitucional n. 19/1998. Além disso, transparece da redação atual do dispositivo que a unidade de regime jurídico não alcança as pessoas jurídicas de direito privado criadas pelos respectivos entes centrais. Logo, ainda que o ente público (suas autarquias e fundações públicas) adote o regime estatutário (o qual lhe é próprio), ou seja, seus servidores vinculem-se ao Estado por liame de natureza jurídico-administrativa, as empresas estatais estarão necessariamente submersas no regime contratual privado de pessoal (celetista).

3.1 Cargos comissionados

O *cargo em comissão* constitui exceção no ingresso ao serviço público por meio de concurso. Razões ligadas à confiança preexistente e alinhamento de convicção política que devem existir entre nomeante e nomeado dão sustentação a essa forma de admissão. Desse modo, as autoridades inserem em postos de comando sujeitos que levarão a efeito seu projeto político. Ao mesmo tempo em que constituem importante elemento de governabilidade, os eleitos conseguem o controle da máquina administrativa.

Os cargos comissionados fazem parte da estrutura permanente da administração. Seus ocupantes, contudo, são transitórios, uma vez que há discricionariedade na nomeação e exoneração, as quais independem de motivação. Não obstante seus titulares sejam ocupantes de cargo

público (cujo conceito foi explanado no tópico anterior) – logo, possuem vínculo de natureza jurídico-administrativa com o ente público –, submetem-se, por imposição constitucional, ao regime geral de previdência social (art. 40, § 13, da Lei Maior).

A natureza pública e institucional de vinculação dos comissionados vem sendo reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em diversas decisões que afastam a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar causas propostas por esses agentes contra o Estado (Reclamação n. 4.489-AgR/PA, relatora ministra Cármen Lúcia):

EMENTA: RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL. AUTORIDADE DE DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ARTIGO 102, INCISO I, ALÍNEA L, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 3.395. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE SERVIDORES PÚBLICOS: ARTIGO 37, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AÇÕES AJUIZADAS POR SERVIDORES TEMPORÁRIOS CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. CAUSA DE PEDIR RELACIONADA A UMA RELAÇÃO JURÍDICO-ADMINISTRATIVA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO E RECLAMAÇÃO PROCEDENTE. 1. O Supremo Tribunal Federal decidiu no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.395 que “o disposto no art. 114, I, da Constituição da República, não abrange as causas instauradas entre o Poder Público e servidor que lhe seja vinculado por relação jurídico-estatutária”. 2. *Apesar de ser da competência da Justiça do Trabalho reconhecer a existência de vínculo empregatício regido pela legislação trabalhista, não sendo lícito à Justiça Comum fazê-lo, é da competência exclusiva desta o exame de questões relativas a vínculo jurídico-administrativo.* 3. *Se, apesar de o pedido ser relativo a direitos trabalhistas, os autores da ação suscitam a descaracterização da contratação temporária ou do provimento comissionado, antes de se tratar de um problema de direito trabalhista a questão deve ser resolvida no âmbito do direito administrativo, pois para o reconhecimento da relação trabalhista terá o juiz que decidir se teria havido vício na relação administrativa a descaracterizá-la.* 4. No caso, não há qualquer direito disciplinado pela legislação trabalhista a justificar a sua permanência na Justiça do Trabalho. 5. Agravo regimental a que se dá provimento e reclamação julgada procedente.

Os cargos comissionados devem ser criados por lei (arts. 48, inciso X, e 61, § 1º, inciso II, alíneas *a* e *c*, da Constituição da República Federativa do Brasil) e preenchidos por servidores de carreira, nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei (art. 37, inciso V, da Constituição da República Federativa do Brasil). Essa disposição tem por finalidade evitar abusos por parte do administrador, prestigiando o sistema de freios e contrapesos, em que os Poderes limitam-se e fiscalizam-se reciprocamente. No âmbito federal, embora não exista lei formal sobre o tema, foi editado o Decreto n. 5.497/2005, determinando o percentual mínimo.

Evidentemente, a criação de cargos comissionados não poderá ocorrer de modo aleatório, devendo obediência estrita ao permissivo constitucional. No caso, destinam-se somente a atribuições de direção, chefia e assessoramento. Madeira (2007, p. 57-59) esclarece o conteúdo insito a cada um desses postos:

As atribuições destinadas à direção pressupõem que tal ocupação não se dará por um servidor ordinário, mas sim por um dotado de capacidade de decisão e de autoridade perante os demais, além das devidas qualificações que lhe sejam essenciais para tal desempenho. Direção se relaciona a Diretor, a poder de comando, a uma posição de topo dentro de uma hierarquia.[...] A Chefia, por seu turno, que também pressupõe um poder de decisão, uma autoridade perante os demais servidores e capacidade de decisão, abarca, todavia, um ângulo de atuação menor que o da Direção. [...] O Assessoramento, diferentemente da Direção e da Chefia, não se reveste do caráter de hierarquia, não guarda nenhuma relação com o comando de que os outros dois sustentam em suas atribuições. O assessor tão somente assessora uma autoridade. Em outras palavras, ele dá suporte, seja de índole técnica ou empírica, a um superior. [...] Tenderá a dar especial importância ao aspecto da confiança, visto que a atribuição a ser exercida pressupõe uma lealdade pessoal, bem como reconhecida a comprovada experiência nesta área.

Na prática, é comum a existência de cargos comissionados sem que as atribuições estejam descritas em lei. Outra situação recorrente é a criação de cargos em comissão para funções diversas daquelas cujo perfil foi taxativamente traçado pela Constituição. Em ambos os casos,

está-se diante de inconstitucionalidade, por afronta ao disposto no art. 61, § 1º, II, c, e art. 37, V, respectivamente.

3.2 Inadmissibilidade de criação de cargos e empregos comissionados nas empresas estatais

Não raro, os atos constitutivos das empresas estatais, invocando o art. 37, II e V, da Constituição da República Federativa do Brasil, preveem a admissão de servidores comissionados em seus quadros, sem a prévia aprovação em concurso público. Para melhor compreensão, oportuna é a transcrição dos dispositivos citados:

Art. 37. A Administração Pública Direta e Indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;

Ocorre que essas entidades, como pessoas jurídicas de direito privado, submetem-se ao regime trabalhista de pessoal. Examinou-se que essa afirmativa continua válida, ainda quando as estatais prestam serviços públicos. Os ocupantes de cargos comissionados, ao revés, mantêm, com a Administração, vínculo de natureza jurídico-administrativa, ou seja, estatutário. Assim, a criação de cargos comissionados, no âmbito das empresas estatais, resta impossibilitada, uma vez que somente podem ter em sua estrutura empregos públicos submersos no regime privado. E mais: as empresas estatais apenas aderem a um regime jurídico de pessoal pré-existente, porque, como pessoas privadas, são destituídas da possibilidade de inovar no ordenamento jurídico.

Expressando a mesma opinião, Furtado (2010, p. 221) afirma:

A rigor, não pode haver cargo em comissão em empresa estatal que adote o regime da CLT. O cargo em comissão é de natureza eminentemente administrativa e, em função do que dispõe a Constituição Federal (art. 173, § 1º, II), o regime jurídico a ser observado pelas estatais exploradoras de atividades empresariais é o próprio das empresas privadas.

Há julgados no mesmo sentido, conforme se exemplifica:

EMPRESAS PÚBLICAS OU SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. CARGO EM COMISSÃO DE LIVRE NOMEAÇÃO E EXONERAÇÃO. INAPLICABILIDADE. Não se aplica às empresas públicas e sociedades de economia mista a parte final do inciso II, do artigo 37, da Constituição Federal, que autoriza a nomeação para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, porque o artigo 173, parágrafo 1º, inciso II da Constituição determina sua sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, do que resulta não existirem em suas estruturas “cargos” criados e regulados por lei, mas apenas empregos livremente gerados. Salvo a admissão por concurso, para atender aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, seus empregados não são regidos pelas normas que disciplinam os servidores públicos (TRT 15ª Região, Juiz Relator Ricardo R. Laraia, Recurso Ordinário em Procedimento Sumaríssimo, Processo n. 01854-2005-066-15-00-6)

Poder-se-ia argumentar que a expressão “cargos comissionados” foi utilizada pela Lei Maior não em sentido técnico, mas de sorte a possibilitar a criação de empregos comissionados. Aliás, a hermenêutica constitucional preleciona nesse sentido, afirmando que as palavras na Constituição devem ser tomadas em seu sentido vulgar.

No entanto, não se trata de interpretar a Constituição como uma simples lei, conferindo sentido técnico-jurídico aos seus preceitos. Na verdade, constata-se que, ao longo do texto constitucional, existe nítida distinção dos vocábulos. Sempre que seus comandos dirigem-se também aos empregos públicos, há referência expressa. Veja-se o disposto, por exemplo, no art. 37, I, II, VIII, XI, XV, XVII; no art. 54, I, *b*; e no art. 61, § 1º, II, *a*. Ao revés, quando pretende fazer referência genérica a todos

os ocupantes de cargos, empregos ou funções, o texto constitucional vale-se dos vocábulos “servidores” ou “funções” (art. 37, X, referindo-se a servidores públicos; art. 54, II, *b*; e art. 84, VI, *b*), aplicando o termo “função” no singular ou plural.

Vale lembrar, ainda, que o acesso aos cargos, funções e empregos públicos deve ocorrer por meio de concurso. Excepcionando essa regra, é permitido o ingresso para o provimento dos cargos em comissão, declarados em lei de livre nomeação e exoneração.

Sabe-se que as exceções devem ser interpretadas restritivamente. Além disso, conforme se afirmou ao longo deste trabalho, as empresas públicas e sociedades de economia mista, por integrarem a administração indireta, estão sujeitas à observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

No entanto, a realidade não se compraz ao padrão normativo. O intérprete não pode ignorar que a máquina pública muitas vezes é utilizada para beneficiar aliados políticos e isso ocorre, principalmente, pela porta aberta dos cargos comissionados. Assim, deve ter o intérprete o comprometimento de não favorecer interpretações que conduzam ao abuso ou desvio, prestigiando a força normativa e moralizadora dos princípios constitucionais que regulam a Administração Pública.

Por esses motivos, não se admite a existência de empregos comissionados nas empresas estatais, figura estranha ao direito constitucional, conforme é brilhantemente constatado pelo doutrinador Lucas Rocha Furtado¹⁰: “Em relação ao emprego em comissão, a absoluta falta de previsão constitucional impede a adoção desse regime” (FURTADO, 2010, p. 221).

A Administração Pública submete-se ao princípio da legalidade. A leitura clássica desse princípio, no âmbito do direito administrativo, preconiza que o Estado somente pode fazer aquilo que for expressamente autorizado por lei (também denominado reserva legal). Como não há

previsão constitucional de empregos em comissão, conclui-se ser inconstitucional sua criação no âmbito das empresas estatais.

Assim, nas empresas estatais, todos devem ser empregados concursados, com exceção de seus dirigentes, que ocupam posto privado posicionado na mais alta estrutura administrativa. Note-se que a natureza privada de tais postos transparece também pela possibilidade de os dirigentes das empresas estatais (não empregados) serem beneficiários do regime do FGTS, como os trabalhadores privados em geral (art. 16 da Lei n. 8.036/1990).

No mesmo sentido, cita-se a abalizada opinião de Furtado (2010, p. 220-221):

Todos, portanto, precisam se submeter a prévia aprovação em concurso público, à exceção dos presidentes, diretores e membros dos conselhos de administração e fiscal, que se sujeitam integralmente às regras do Direito Privado e podem ser nomeados ou afastados a qualquer tempo de suas atribuições, nos termos da Lei n. 6.404/76.

A possibilidade de colocação desses sujeitos nas estatais, sem a prévia aprovação em concurso público, decorre da vinculação que estas mantêm com o ente central, constituindo importante forma de controle político sobre o ente descentralizado. Ademais, encontra substrato normativo no art. 26, parágrafo único, *a*, do Decreto-Lei n. 200/1967¹¹.

Nesse passo, compartilha-se das ideias defendidas por Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p.219), que, discorrendo sobre as relações internas das empresas públicas e sociedades de economia mista, afirma:

Estes, quando dirigentes da pessoa, investidos em decorrência de providências governamentais exercidas em nome da supervisão ministerial, na forma do art. 26, parágrafo único, *a*, do Decreto-lei 200, exercem mandatos, representantes que são do sujeito controlador da pessoa. Cumulam a dupla função de agentes da empresa estatal e representantes da entidade que a supervisiona. Nada importa se foram diretamente designados ou se foram

10 Como o doutrinador admite que as empresas estatais prestadoras de serviço público adotem o regime estatutário de pessoal, conclui que estas poderão ter cargos comissionados em seu quadro.

11 Art.26. [] Parágrafo Único. A supervisão exercer-se-á mediante adoção das seguintes medidas, além de outras estabelecidas em regulamento: a) indicação, pelo Ministro ou, se for o caso, eleição dos dirigentes da entidade, conforme sua natureza jurídica.

eleitos com o patrocínio governamental. Não são empregados da pessoa regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, salvo se já mantinham com ela vínculo desta natureza.

Ainda que não seja o objeto deste ensaio, vale mencionar que, para a doutrina majoritária, os dirigentes das empresas estatais não seriam empregados, porque lhes careceria o elemento fático-jurídico da subordinação. O Tribunal Superior do Trabalho adota esse entendimento, consubstanciado na Súmula n. 269¹², considerando que esses agentes estabelecem os rumos dos negócios e as linhas mestras de atuação da entidade. Entretanto, outra linha sustenta que os dirigentes das empresas estatais devem, sim, ser considerados empregados e contar com toda a rede de proteção social disposta na Consolidação das Leis do Trabalho, pois permanecem vinculados ao deliberado nas assembleias.

Justamente porque em ambos os casos estar-se-á diante de vínculo de natureza privada, independentemente da corrente adotada, a competência para apreciar e julgar as lides propostas por esses agentes em face das empresas estatais é da Justiça do Trabalho (art. 114, I, da Constituição da República Federativa do Brasil). Vale citar que o Supremo Tribunal Federal vem entendendo como ilegítima interferência do Poder Legislativo no âmbito do Executivo a imposição de que a nomeação dos dirigentes das empresas estatais passe pelo crivo prévio dos parlamentares¹³.

Para preencher seus postos de comando, para além dos dirigentes (assim entendidos como o presidente, diretores e membros dos consel-

12 O empregado eleito para ocupar cargo de diretor tem o respectivo contrato de trabalho suspenso, não se computando o tempo de serviço desse período, salvo se permanecer a subordinação jurídica inerente à relação de emprego.

13 EMENTA: Separação e independência dos poderes: submissão à Assembléia Legislativa, por lei estadual, da escolha de diretores e membros do conselho de administração de autarquias, fundações públicas e empresas estatais: jurisprudência do Supremo Tribunal. 1. À vista da cláusula final de abertura do art. 52, III, f, da Constituição Federal, consolidou-se a jurisprudência do STF no sentido da validade de normas locais que subordinam a nomeação dos dirigentes de autarquias ou fundações públicas à prévia aprovação da Assembléia Legislativa. 2. Diversamente, contudo, atento ao art. 173 da Constituição, propende o Tribunal a reputar ilegítima a mesma intervenção parlamentar no processo de provimento da direção das entidades privadas, empresas públicas ou sociedades de economia mista da administração indireta dos Estados (ADI 2225 MC/SC, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, Publicação DJ 29.9.2000).

hos fiscal e de administração), resta possível que as empresas estatais alcem seus empregados à condição de gerentes, diretores e chefes de departamento ou filial. Caso esse fato seja acompanhado de incremento salarial de, no mínimo, 40% (quarenta por cento) sobre o salário do posto anterior, esses sujeitos ficarão excluídos das regras referentes à limitação de jornada. Doutrina e jurisprudência exigem, para o enquadramento desses empregados no art. 62, II, da Consolidação das Leis do Trabalho, que eles gozem de consideráveis poderes de gestão, influenciando diretamente nos rumos da organização.

Os empregados sujeitos ao regime do art. 62 da Consolidação das Leis do Trabalho, contudo, devem ser previamente aprovados em concurso público. É importante lembrar que essa formalidade de acesso aos cargos e empregos públicos garante a eficiência dos serviços prestados à população.

Assim, não se pode concordar com parcela da jurisprudência trabalhista que admite a existência de empregos comissionados no seio das estatais, sob o argumento de que somente assim seria garantida a eficiência da atividade desempenhada¹⁴. A existência de dirigentes de fora dos quadros já parece suficiente para assegurar alinhamento político com a administração central. As funções de gerência e chefia seriam ocupadas por servidores de carreira e o mesmo ocorreria com as assessorias. Aliás, essas últimas quase sempre envolvem aspectos técnicos que podem muito bem ser avaliados de forma objetiva, por meio de concurso público.

A necessidade de esses agentes serem todos concursados não parece imobilizar a ação das empresas estatais. A incapacidade de dar respostas mais eficazes aos anseios da sociedade e do mercado (no caso das estatais

14 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EMPREGO EM COMISSÃO. VALIDADE. REQUISITOS. Os arts. 450 e 499, § 2º, da CLT, preveem a existência de emprego em confiança ou em comissão isto é, desvinculado daqueles de caráter permanente. Ausência de antinomia, em tese, com o art. 37, inciso II, *in fine*, da CF, cuja exceção deve considerar também o princípio da eficiência (*caput*) e o regime previsto no seu art. 173, § 1º, inciso II. Todavia, a conformidade constitucional da admissão para o exercício de emprego em comissão tem como suporte a sua criação por meio de lei, que o declarará de livre designação e dispensa, além dos parâmetros delineados pelo art. 37, inciso V, da CF, com a redação dada pela EC n. 19/1998. Inobservados tais limites, incide a compreensão da Súmula n. 363, do c. TST. (TRT 10ª Região, Relator Desembargador João Amílcar, processo n. 00438-2007-004-10-00-3 ROPS, 2ª turma, publicado em 28.3.2008).

que exploram atividade econômica) decorre, em muito maior medida, dos entraves burocráticos e despreparo dos dirigentes, que da existência de um corpo profissionalizado e permanente nos quadros administrativos.

Se os atos constitutivos das empresas estatais porventura contemplarem a criação de cargos ou empregos comissionados, essa cláusula será nula por afronta a dispositivo constitucional. Na mesma linha, se a lei que autoriza a criação dessas entidades contiver preceito semelhante, será flagrantemente inconstitucional.

Assim, fora do caso albergado pelo art. 26, parágrafo único, *a*, do Decreto-Lei n. 200/1967 (dirigentes), caso as estatais recrutem pessoal não concursado, ainda que para o preenchimento de postos de comando ou assessoria, haverá nulidade do contrato, por desrespeito a formalidade essencial e incidência da Súmula n. 363 do Tribunal Superior do Trabalho (segundo posição majoritária).

Conclusão

As leituras, reflexões e análises propiciadas pela elaboração deste trabalho conduziram a conclusões que podem ser resumidas como se segue.

A Administração Pública, entendida como o conjunto de agentes, órgãos e entidades aos quais cabe a execução dos misteres estatais, pode organizar-se de forma centralizada, desconcentrada e descentralizada. Quando opta por esse último critério, surge o que se denomina Administração Indireta.

A Administração Indireta é composta por entes dotados de personalidade jurídica própria e autônoma em relação ao ente central. Todos os Poderes de todos os entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) podem ter sua administração indireta, desde que o serviço a ser transferido seja de sua competência.

Esses entes, no entanto, permanecem vinculados ao ente central por meio de inúmeras formas de controle e submetem-se aos princípios constitucionais dispostos no art. 37 da Constituição da República

Federativa do Brasil. No âmbito federal, a modalidade de controle adotada é chamada de supervisão ministerial.

Entre os componentes da administração indireta, existem as empresas estatais, epíteto este que aglutina as empresas públicas e sociedades de economia mista. Constituem pessoas jurídicas de direito privado que se dedicam à exploração de atividade econômica ou à prestação de serviços públicos. A atividade desempenhada por essas entidades vem sendo utilizada pela doutrina e jurisprudência para divisar o regime jurídico aplicável aos seus bens, contratos e licitações.

No entanto, embora elas estejam submersas no regime privado quanto à sua atividade em si, em especial quando exploradoras de atividade econômica (por imposição do art. 173, § 1º, II, da Lei Maior), existem derivações de direito público que incidem principalmente nos aspectos ligados ao controle de sua atuação (sujeição ao controle do Tribunal de Contas, por exemplo).

Importante derivação de ordem pública é a obrigatoriedade de realização de concurso para o preenchimento dos postos de trabalho dessas entidades. O concurso público é procedimento administrativo feito com o objetivo de selecionar os melhores candidatos para o exercício das funções públicas e encontra substrato nos princípios da igualdade, impessoalidade, moralidade e eficiência.

O concurso público é a regra, por excelência, de ingresso no serviço público. Essa afirmativa é integralmente verdadeira quanto aos cargos efetivos e empregos públicos, somente sendo excepcionada para o provimento dos cargos em comissão, estes de livre nomeação e exoneração pela autoridade nomeante.

Embora os empregados das empresas estatais devam submeter-se ao imperativo do concurso público, estão sujeitos ao regime privado de contratação, ou seja, passam a ser regidos pelos dispositivos contidos na Consolidação das Leis do Trabalho, independentemente de prestarem serviços públicos ou explorarem atividade econômica.

Isso não poderia ser diferente ante a natureza privada desses entes, o que os faz destituídos de capacidade legislativa para edição de um

normativo apto para regular suas relações pessoais com especificidade. Some-se a isso o disposto no art. 182 do Decreto-Lei n. 200/1967.

Os empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista, não obstante sejam equiparados a funcionários públicos para fins penais e de improbidade administrativa e sofram, ainda, uma série de limitações decorrentes da condição de agentes públicos (proibição de acumular e sujeição ao teto remuneratório, por exemplo), não gozam de todos os benefícios extensíveis aos servidores públicos, de modo que, segundo jurisprudência majoritária, não são estáveis e sua dispensa independe de motivação.

Nesse momento, surge a necessidade de diferenciar os cargos dos empregos e das funções públicas. Enquanto cargos e empregos têm nota de permanência, as funções são transitórias. Cargos públicos são postos de trabalho criados por lei, a qual também prevê suas atribuições, remuneração, e disciplina integralmente os direitos e obrigações do servidor. Seus ocupantes mantêm com a Administração vínculo de natureza jurídico-administrativa, institucional, portanto. Os cargos públicos podem ser de provimento efetivo ou em comissão.

Os cargos em comissão destinam-se somente a funções de direção, chefia e assessoramento. São providos e desprovidos ao livre alvedrio da autoridade nomeante, independentemente da realização de concurso público. A natureza jurídico-administrativa de vinculação de seus agentes ao Estado vem sendo utilizada pelo Supremo Tribunal Federal em inúmeros julgados, a fim de afastar a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar as demandas propostas por esses sujeitos, pretendendo o reconhecimento do desvirtuamento do vínculo, com as consequentes repercussões trabalhistas.

Os empregos públicos também são postos de trabalho criados por lei. A necessidade de lei formal mostra-se praticamente incontestável para a administração direta e autárquica, e controversa para as empresas públicas e sociedades de economia mista, havendo quem sustente que a criação de empregos públicos nessas entidades poderia ocorrer por mero ato interno.

Por sua vez, as funções públicas podem ser compreendidas como o conjunto de tarefas e poderes concedidos a determinado agente. Podem estar desvinculadas dos cargos e empregos públicos, embora o contrário não possa ocorrer. A Constituição da República Federativa do Brasil refere-se a elas em duas oportunidades: funções de confiança, a serem exercidas exclusivamente por servidores de carreira, e funções temporárias para atender a necessidade transitória de excepcional interesse público.

Nesse passo, resta visível a impossibilidade de criação de cargos comissionados no seio das empresas públicas e sociedades de economia, pois estas, como entes privados, somente podem submeter-se ao regime privado de contratação de pessoal, ao passo que os ocupantes dos cargos comissionados necessariamente mantêm com a administração vínculo de natureza estatutária.

Da mesma forma, não se pode admitir a existência de empregos comissionados. Isso porque a Constituição, ao tratar da exceção à admissão por concurso público, utilizou somente a expressão “cargos”, ao contrário de outras passagens, nas quais, pretendendo que seus preceitos fossem aplicáveis aos “empregos”, fez referência a eles de modo expresso. Além disso, as exceções devem ser interpretadas restritivamente e, necessariamente, deve-se levar em consideração a realidade circundante, a qual aponta que os cargos comissionados constituem, na maior parte das vezes, portas abertas para favorecimentos.

Portanto, o único caso de ingresso de agentes não concursados nas empresas estatais é, por previsão expressa do art. 26, parágrafo único, *a*, do Decreto-Lei n. 200/1967, o dos dirigentes (presidente, diretores e membros dos conselhos fiscal e de administração), que ocupam posto de natureza privada. Segundo a doutrina majoritária, esses agentes não seriam empregados. Todos os demais deverão ser empregados públicos concursados, inclusive os assessores. Os postos faltantes de diretores, gerentes e chefes de departamento ou filial poderão ser preenchidos por concursados, os quais, caso tenham acréscimo salarial de, no mínimo, 40%, não gozarão da proteção relativa à limitação de jornada (art. 62 da Consolidação das Leis do Trabalho).

Referências

ANTUNES, Vera Lúcia Santos. *O contrato de trabalho na administração pública: evolução, reflexos e tendências para o emprego público*. Coimbra: Wolters Kluwer; Coimbra, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. *O empregado público*. São Paulo: LTR, 2002.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTR, 2007.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Servidor público na atualidade*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

OLIVEIRA, Antônio Flávio de. *Servidor público*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

Giselle Alves de Oliveira

Terceirização no serviço público
à luz dos direitos fundamentais e
a decisão do Supremo Tribunal
Federal na ADC n. 16

Sumário

1 Introdução

2 A terceirização e sua relação com os direitos fundamentais

2.1 Contextualização histórica do estado social

2.2 Os direitos fundamentais na concepção neoconstitucionalista

2.3 Direito do Trabalho como direito fundamental

2.4 A terceirização como instrumento de flexibilização do direito

3 A conceituação doutrinária da terceirização

3.1 A terceirização na doutrina brasileira

3.2 A responsabilidade da empresa tomadora de serviços

4 Terceirização no serviço público. A necessidade do equilíbrio para assegurar a dignidade do trabalhador terceirizado

4.1 A terceirização na visão do Tribunal Superior do Trabalho. A Súmula n. 331

4.2 A responsabilidade do Estado na terceirização à luz da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n. 16

4.3 A busca pelo equilíbrio ético assegurador da dignidade do trabalhador terceirizado

4.4 A atuação do Ministério Público do Trabalho diante da decisão proferida pelo STF

5 Conclusão

1 Introdução

A Constituição Cidadã, diferentemente das anteriores, colocou o indivíduo como o principal titular dos direitos por ela assegurados, uma vez que a dignidade da pessoa humana, vetor axiológico que orienta todo o ordenamento jurídico, é fundamento da República Federativa do Brasil e deve ser assegurada em todas as manifestações da sociedade.

Os direitos humanos são valores essenciais e indispensáveis para que o indivíduo possua um mínimo existencial para seu pleno desenvolvimento e de sua família. Referidos direitos, ao serem positivados, passam a ser reconhecidos como direitos fundamentais, plenamente jurisdicionados e entregues à interpretação do Poder Judiciário para a sua defesa.

A garantia da dignidade da pessoa humana impõe uma interpretação adequada das normas jurídicas de forma harmônica e ponderada. No âmbito do trabalhador, por sua posição de maior fragilidade, com maior razão, impõe-se a observância dessa diretriz, não só na interpretação das normas, mas também no momento de criação e aplicação destas.

A Constituição de 1988 prevê que o valor social do trabalho, inscrito no mesmo dispositivo constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º), é também um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. E a referência aos valores sociais do trabalho se repete em pelo menos mais dois contextos, no âmbito da Lei Maior, notadamente como fundamento da ordem econômica (art. 170, *caput*) e como primado da ordem social (art. 193). Assim, destaca-se que a dignidade da pessoa humana deve ser observada e assegurada, independentemente da relação jurídica envolvida, a qualquer trabalhador que utilize sua energia para o próprio sustento e de sua família.

A terceirização, como fenômeno da modernidade, encontra-se cada vez mais presente no cotidiano dos trabalhadores, das empresas e do próprio poder público e é vista como uma ferramenta de gestão empresarial que tem como objetivo a redução dos custos por meio da redução dos custos do emprego de mão de obra.

Ressalta-se, entretanto, que a redução dos custos operacionais das empresas não pode ser alcançada com sacrifício dos direitos fundamentais do trabalhador, que tem no trabalho, na maioria das vezes, a única fonte de manutenção de sua família. A terceirização sem limites e sem regulamentação tem gerado perdas irreparáveis aos trabalhadores, sobretudo pelo inadimplemento das obrigações por parte da real empregadora, representada pela empresa que fornece a mão de obra.

O objetivo deste trabalho não é desenvolver um estudo completo sobre o fenômeno da terceirização e, sim, focalizar a questão da responsabilidade do tomador de serviços frente aos direitos trabalhistas das pessoas que lhe prestam serviço (sem vínculo empregatício) ante o inadimplemento do verdadeiro empregador (a empresa prestadora de serviços). O enfoque será sobre a responsabilidade da Administração Pública, com crítica à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n. 16, que prejudica a classe trabalhadora, com total violação à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais do cidadão trabalhador.

O estudo apresentado encontra-se estruturado em três partes, como se segue:

A primeira parte procura contextualizar a terceirização frente aos direitos humanos. Traz uma rápida visão do desenvolvimento do Estado Social. Este cede lugar ao Estado neoliberal e, como consequência, tem-se a flexibilização das relações de trabalho, procurando-se inserir a terceirização neste processo. Abordam-se os direitos fundamentais na concepção neoconstitucionalista, mormente pela importância da moderna teoria constitucional para a sua efetividade. Procurar-se-á enquadrar o Direito do Trabalho como direito fundamental.

A segunda parte do trabalho propõe-se a apresentar os conceitos doutrinários de terceirização. Procura demonstrar a terceirização como uma relação trilateral, composta pela empresa tomadora de serviço, que no caso do estudo será a Administração Pública, a empresa fornecedora de mão de obra e o trabalhador terceirizado. Em seguida, passa-se a abordar a responsabilidade do tomador de serviço pelos encargos trabalhistas não adimplidos pelo empregador direto.

A terceira parte aborda a evolução da construção jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho, a partir da consideração da terceirização como uma prática ilegal até a redação atual da Súmula n. 331, que rege a terceirização sob diversos aspectos. Analisa a responsabilidade do Estado na terceirização, criticando a decisão proferida pelo STF na ADC n. 16. Ao final, ressalta a importância da interpretação do ordenamento jurídico de forma integralizada, dando preponderância aos princípios constitucionais de forma a assegurar a dignidade do trabalhador terceirizado, que foi plenamente violada com a decisão proferida pelo STF, bem como à atuação do Ministério Público do Trabalho na busca de resguardar os direitos fundamentais dos terceirizados que prestam serviço ao Estado.

A metodologia empregada para a estruturação do trabalho foi a de partir da contextualização histórica, mormente a crise do Estado Social, para enquadrar a terceirização como realidade atual e presente na organização das empresas.

Assim, procurar-se-á construir um discurso firme e coerente criticando a decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade, defendendo a responsabilidade solidária da Administração Pública pelo simples inadimplemento da empresa prestadora de serviço em relação aos direitos trabalhistas do trabalhador terceirizado, reconhecendo o elo mais fragilizado dessa forma de gerenciamento do fator de produção mão de obra. Por fim, concluir-se-á que cabe ao Estado garantir, em todas as suas relações jurídicas, o respeito aos princípios fundamentais inscritos de forma indelével na Constituição da República, de forma a construir um ambiente de justiça social no qual o indivíduo tenha assegurada uma existência digna.

2 A terceirização e sua relação com os direitos fundamentais

A terceirização é uma realidade fática presente na maioria dos setores da economia, sendo, inclusive, largamente utilizada no setor público por todos os entes federativos, incluindo as pessoas jurídicas

integrantes da Administração Direta bem como dos órgãos de qualquer um dos Poderes.

Embora esse fenômeno teoricamente se apresente como um instrumento de “otimização” da mão de obra, junto à redução dos custos da utilização desse mesmo fator, portanto positiva (em tese), o seu emprego tem-se mostrado como uma das formas em que há a maior precarização dos direitos dos trabalhadores. Tanto isso é verdade que Almeida (2007, p. 189) nomeou, com perspicácia, um artigo que escreveu para a obra coletiva *A perda da razão social do trabalho* com o título “Terceirização: uma epidemia de perdas de direitos trabalhistas”.

Borges (2007, p. 82), em seu ensaio para essa mesma obra coletiva, apresenta visão semelhante à acima referida ao dizer que as últimas duas décadas do século XX e os primeiros anos do século XXI conformam um longo ciclo de mudanças, que afetou diferentemente as várias gerações de trabalhadores e as suas famílias, e, para a maioria, diz a autora, “pode ser sintetizado em algumas poucas palavras: perdas, precariedade e insegurança”.

Antes de adentrar no cerne da proposta de estudo, qual seja, a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) que afastou a responsabilidade da Administração Pública nos casos de terceirização, ao declarar a constitucionalidade do art. 71 da Lei n. 8.666/1993 como uma forma de violação à dignidade humana do trabalhador, é oportuno apresentar, rapidamente, uma visão dos direitos fundamentais. Essa preocupação é relevante, pois se pretende concluir que cabe ao Estado, ao interpretar e aplicar a legislação infraconstitucional, fazê-lo com a máxima proteção aos direitos fundamentais, fato não observado pelo Guardião da Constituição, Supremo Tribunal Federal, ao afastar a responsabilidade do Estado quando este é tomador de serviços, declarando a constitucionalidade do art. 71 da Lei n. 8.666/1993. O norte dessa interpretação é a proteção do ser humano, de forma a garantir a sua existência com dignidade, já que a dignidade da pessoa humana é, ao mesmo tempo, um fundamento de nosso Estado Democrático de Direito e um valor inscrito na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A terceirização traz uma relação de trabalho triangular formada pela empresa fornecedora de mão de obra, a tomadora de serviço e o trabalhador terceirizado, que é a parte mais fraca desta tríplice relação jurídica, desestabilizando-se, assim, a relação de emprego tradicional, bilateral.

2.1 Contextualização histórica do Estado Social

A evolução do capitalismo pós-Segunda Guerra Mundial evidencia as dúvidas acerca da verdadeira função que o Estado deve desempenhar no contexto de uma ordem internacional globalizada e, como consequência, mais competitiva. E por conta dessa competitividade é que a terceirização passa a ser utilizada. Neste sentido, diz Pamplona Filho (2003, p. 285) que a terceirização é um fenômeno da modernidade, sendo vista “como um modelo de excelência empresarial e administrativa, com a possibilidade de redução de custos de mão de obra e especialização dos serviços prestados”.

A pressão dos trabalhadores ocorrida no final da década de 1960 e início da década de 1970 culminou com mudanças estruturais no Estado Social, introdução de novas tecnologias nos processos produtivos e, como consequência, a flexibilização das relações de trabalho. O sistema fordista-taylorista vê surgir o toyotismo e, a reboque, a própria terceirização de mão de obra.

O Estado percebe que o conflito gerado pelo embate capital e trabalho impõe a observância de regras protetivas aos trabalhadores, ainda que incipientes. Surge, portanto, de acordo com Barros (2005, p. 60) “a necessidade de um ordenamento jurídico com um sentido mais justo de equilíbrio”. O Direito do Trabalho ocupa esse espaço e possibilita o desenvolvimento do capitalismo sob uma vertente mais responsável do ponto de vista social. Do mesmo modo que o Estado confere proteção para frear os ânimos do tecido social, quando oportuno irá também permitir a flexibilização dessa mesma estrutura de proteção para acomodar a relação capital-trabalho às necessidades conjunturais que se apresentarem no futuro (ou no presente, como se observa no momento atual).

A Primeira Guerra Mundial, a Revolução de 1917 e a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), pelo Tratado de

Versalhes em 1919, contribuíram para as mudanças que viriam a ser implementadas e têm papel importante na universalização do Direito do Trabalho.

Surge um movimento de inserção de disposições relacionadas ao Direito do Trabalho em diversas constituições e que recebeu a denominação de constitucionalismo social. A Constituição do México de 1917 e a Constituição da Alemanha de 1919 são o marco desse movimento.

O Estado passa a exercer algumas funções que nunca deteve antes, responsabilizando-se por garantir saúde, previdência, assistência social, educação, entre outras atividades. Esse Estado em sentido democrático é eminentemente intervencionista, preocupado com os problemas sociais originados no liberalismo do Estado burguês. A necessidade de intervenção com vistas à redução das desigualdades geradas pela Revolução Industrial e pelo modo de produção capitalista faz com que o Estado deixe de ser um ente ausente para se transformar em um agente ativo na ordem econômica e social.

Portanto, o Estado Social de Direito intervém visando a assegurar a igualdade material, em flagrante reação àquela igualdade meramente formal do Estado Liberal. Ao lado da atuação coletiva dos trabalhadores, principalmente por intermédio das entidades sindicais, institucionaliza-se o Direito do Trabalho por intermédio de intensa produção normativa heterônoma por parte do Estado.

No entanto, após a Segunda Guerra Mundial, conflito considerado mais severo do que a Primeira Guerra, sobretudo pelas violações aos direitos humanos, percebeu-se a necessidade de novas concepções a fim de prevenir a repetição histórica dos mesmos erros e eventos.

Então, surge uma nova concepção teórica e filosófica acerca dos direitos fundamentais e da própria Constituição como instrumento normativo, o neoconstitucionalismo, que traz a Constituição como norma de eficácia e aplicação direta. Desta feita, os direitos fundamentais passam a reger o marco filosófico do neoconstitucionalismo, o pós-positivismo, em uma nova era de direitos em que o ser humano ocupa o centro do ordenamento jurídico.

2.2 A nova visão dos direitos fundamentais

A doutrina constitucional desenvolvida após a Segunda Guerra Mundial traz nova perspectiva para a Constituição, até então considerada como um instrumento de limitação do poder político e de organização do Estado e, quando se tratava de questões sociais, essas eram tidas como programas a serem alcançados, como promessas não vinculantes aos poderes constituídos. O constitucionalismo pós-moderno visa assegurar a máxima efetividade à Constituição, integrando-a ao conceito de norma jurídica plena, com força normativa e eficácia jurídica, focada na concretização dos direitos fundamentais.

Segundo Barroso (2008, p. 101-148), o marco filosófico do neoconstitucionalismo é o pós-positivismo, movimento jusfilosófico que procura superar o positivismo puro centrado no culto à lei, trazendo alguns elementos do jusnaturalismo e reaproximando o direito da moral, permitindo uma análise ética do ordenamento jurídico. Cabe destacar que o direito positivo continua como centro e parâmetro da interpretação jurídica, mas, agora, com conteúdo axiológico. Para Barroso (2008, p. 105), no conjunto de ideias que procuram abrigo no pós-positivismo, incluem-se

a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana.

É sob esta concepção do constitucionalismo que os princípios ganham nova coloração. Antes, os princípios eram considerados como fontes supletivas da norma jurídica, extraída diretamente dos textos legais positivados. Portanto, não eram eles próprios considerados como normas jurídicas, ou seja, fontes primárias. Contudo, superou-se a baixa densidade normativa dos princípios alçando-os à categoria de norma jurídica plena. Destarte, na visão neoconstitucionalista, as normas jurídicas se apresentam como gênero, cujas espécies são os princípios e as regras. Os princípios, por sua vez, apresentam maior carga axiológica. Tal visão do ordenamento jurídico revela-se de extrema importância

na aplicação do Direito do Trabalho, mormente para resolver a questão principal do presente trabalho monográfico.

Por derradeiro, o marco teórico é elemento fundamental para a operacionalização, no plano fenomênico, do neoconstitucionalismo, transformando a aplicação convencional do Direito Constitucional. Manifesta-se por meio do reconhecimento da força normativa da Constituição, da supremacia constitucional perante o sistema normativo infraconstitucional, da expansão da jurisdição constitucional, da constitucionalização dos direitos fundamentais e de uma nova dogmática de interpretação da Constituição.

Somente com a promulgação da atual Lei Maior é que se pode reconhecer a influência desse novo movimento constitucional, sobretudo pela relevância dos direitos fundamentais para o regime democrático e pelo reconhecimento da força normativa da Constituição.

De fato, a Constituição Cidadã é inovadora no trato das questões sociais, conferindo máximo relevo aos direitos fundamentais. Topograficamente, transfere para o Título II (arts. 5º a 17) o elenco de direitos e garantias fundamentais, que nas edições anteriores ficavam após outras matérias, como organização do Estado, dos Poderes, sistema tributário, orçamento. Não se trata apenas de uma mudança de lugar, de trazer para frente o que estava ao final. É uma clara sinalização do Constituinte de que o Estado Democrático de Direito inaugurado a partir do movimento de redemocratização nacional tem no respeito aos direitos fundamentais o seu vetor condutor.

A grande inovação apresentada pelo Constituinte Originário foi o destaque ímpar conferido aos direitos fundamentais, uma vez que, além de incorporar ao seu texto direitos individuais, políticos, sociais, difusos e coletivos, elevou-os à condição de cláusula pétrea.

2.3 Direito do Trabalho como direito fundamental

O ambiente constitucional atual é diverso daquele que inaugurou o Estado do Bem-Estar Social no início do século XX e completamente diferente do liberalismo econômico do século XIX. O Estado deixou a

sua posição de expectador passivo do conflito capital-trabalho, conhecido como período do liberalismo econômico, para atuar diretamente no embate entre essas forças sociais (capital e trabalho), porém, na concepção neoconstitucionalista, a construção do Estado de Direito, no nosso caso democrático e social, impõe maior reflexão em relação a este papel de equilibrador das relações sociais. A Constituição passa a ser encarada como instrumento fundamental com força normativa e introdutora de normas de máxima hierarquia no ordenamento jurídico. Os direitos fundamentais são postos no centro do sistema jurídico a fim de garantir a dignidade do ser humano como destinatário principal de direitos.

Os direitos humanos costumam ser divididos em três gerações ou dimensões, levando-se em conta a sua evolução ao longo da história.

A primeira dimensão, de acordo com Silva (2004), estabelece limites para o Estado, objetivando garantir a liberdade do cidadão. Engloba os chamados direitos de liberdade, que são, segundo Ramos (2005, p. 82-83), “direitos às chamadas prestações negativas, nas quais o Estado deve proteger a esfera de autonomia do indivíduo”. São exemplos dos direitos humanos de primeira dimensão os direitos à liberdade, igualdade perante a lei, propriedade, intimidade e segurança. Traduzem o valor *liberdade*.

No entanto, surge a necessidade de se garantir a promoção social. O Estado, desperta de sua inércia, fruto do liberalismo, e passa a atuar por intermédio de prestações positivas de forma a promover os direitos sociais. Trata-se da denominada segunda dimensão de direitos, os direitos econômicos e sociais. São exemplos os direitos à saúde, educação, previdência social, habitação. Traduzem o valor *igualdade*.

Por último, tem-se a terceira dimensão de direitos humanos, que tem como titularidade a comunidade. São direitos de titularidade coletiva ou, ainda, difusa. Como diz Ramos (2005, p. 85), são frutos da “descoberta do homem vinculado ao planeta Terra, com recursos finitos, divisão absolutamente desigual de riqueza em verdadeiros círculos viciosos de miséria e ameaças cada vez mais concretas à sobrevivência da espécie humana”. São exemplos os direitos à paz, ao desenvolvimento, à

autodeterminação dos povos, ao meio ambiente equilibrado. Traduzem o valor *solidariedade*.

O art. 6º da Constituição prescreve serem direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

Portanto, o Constituinte Originário incluiu o trabalho humano como uma espécie do gênero *direitos sociais*. Logo, a literalidade do texto constitucional já seria suficiente para enquadrar o trabalho como direito fundamental de segunda dimensão, conforme a classificação acima exposta.

Ademais, considerando que “direitos fundamentais” são o conjunto de direitos positivados no ordenamento jurídico necessários à preservação da dignidade da pessoa humana e que é por intermédio do trabalho que grande parte das pessoas obtém os recursos financeiros para suprir suas necessidades básicas e as de suas famílias, pode-se concluir que o direito ao trabalho adquire natureza de fundamentalidade. Brito Filho (2004, p. 18) diz que o trabalho humano, “embora seja visto, ainda, como uma necessidade, como meio de garantir a sobrevivência do trabalhador e de sua família, é considerado, também, como meio de realização do indivíduo”. É por meio do trabalho que o homem se dignifica e traça a narrativa de sua vida.

Trabalhar, portanto, é um direito fundamental inalienável. Entretanto, não basta a existência do trabalho em si. Este deve ser pleno, ou seja, deve assegurar uma contraprestação suficiente para que o trabalhador possa desfrutar de uma vida digna, dentro do conceito de patamar mínimo civilizatório ou mínimo existencial.

2.4 A terceirização como instrumento de flexibilização de direitos

Na década de 1990, aprofundou-se a crítica à legislação trabalhista, reputada para alguns como ultrapassada e impeditiva do desenvolvimento da economia nacional. Logo se iniciou a utilização de diversos mecanismos de flexibilização das relações de trabalho, entre eles a terceirização.

O trabalhador tornou-se apenas mais um dos fatores de produção, considerado como custo a ser diminuído ou ser cortado, sem levar em consideração que é uma pessoa que necessita do seu trabalho para a própria manutenção bem como de sua família.

Argumentam os *experts* que terceirizar ajuda as empresas a terem mais dinheiro disponível, liberando recursos para outros propósitos, sendo, geralmente, mais barato em termos de salários e benefícios, além de reduzir os riscos e custos. Ademais, a terceirização permitiria que a empresa focalizasse em seus componentes centrais, deixando as funções secundárias e acessórias para terceiros.

Enquadrada a terceirização no atual momento histórico, passa-se ao conceito doutrinário de terceirização.

3 Conceituação doutrinária da terceirização

Vários autores procuram definir a terceirização, ressaltando os aspectos que julgam mais relevantes. A seguir, colacionam-se algumas definições doutrinárias.

3.1 A terceirização na doutrina brasileira

Começa-se com o magistério de Manus (2005, p. 125), que revela o motivo de as empresas buscarem a terceirização. Para o autor, terceirizar “significa buscar os serviços de um terceiro (que não o empregado), para desenvolver determinada tarefa” procurando, com isso, diminuir o custo da mão de obra, ampliando, por via de consequência, o seu lucro bem como a manutenção no mercado de forma competitiva.

Martins (2007, p. 23) destaca que a terceirização não se encontra definida em lei, dizendo que ela consiste na possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que geralmente não constituem o objeto principal da empresa.

Caio Jr. (2008, p. 252) ensina que terceirização, também denominada de subcontratação, representa o ato de repassar a um terceiro uma atividade que caberia à própria pessoa executar.

Ensina Delgado (2007, p. 430) que, para o Direito do Trabalho, “terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica do trabalho da relação jurtrabalhista que lhe seria correspondente”, inserindo o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços jurtrabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente.

Carelli (2002, p. 22) destaca que a terceirização pode ser entendida como “o processo de repasse para a realização de complexo de atividades por empresa especializada, sendo que estas atividades poderiam ser desenvolvidas pela própria empresa”.

Identifica-se, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, uma tendência de separar as atividades-fim e meio como forma de justificar a existência da terceirização. Mais ainda, tal critério é utilizado para diferenciar a terceirização lícita da ilícita.

Dessa forma, seria lícito o fornecimento de mão de obra por uma empresa para outra desde que a atividade de inserção desse trabalhador terceirizado não se enquadrasse no conceito de atividade-fim da empresa tomadora de serviço. Portanto, todo o fornecimento de mão de obra restrito às atividades-meio da empresa tomadora de serviços seria lícito e albergado pela jurisprudência.

Garcia (2008, p. 309), de forma resumida, diferencia atividade-meio de atividade-fim dizendo que a primeira é aquela de mero suporte, que não integra o núcleo das atividades empresariais do tomador, ou seja, a essência, enquanto a segunda é aquela que a compõe.

3.2 A responsabilidade da empresa tomadora de serviços

Antes de adentrar ao ponto central deste estudo monográfico, cabe investigar, mesmo que resumidamente, o posicionamento doutrinário acerca da responsabilidade do tomador de serviços.

Há, basicamente, três posições no que se refere à responsabilização da empresa tomadora de serviços pelas verbas trabalhistas devidas e não pagas (ou pagas a menor) pela empresa fornecedora de mão de obra ao trabalhador terceirizado:

1ª) não há responsabilidade alguma do tomador de serviços;

2ª) há responsabilidade do tomador de serviços, mas essa é de natureza subsidiária; e

3ª) há responsabilidade do tomador de serviços, sendo ela de natureza solidária.

Sendo omissa a legislação pátria sobre a responsabilidade do tomador de serviços na terceirização, pelo menos nas relações envolvendo empresas privadas, a questão é enfrentada pela doutrina e, sobretudo, pela jurisprudência. Como se pode perceber, trata-se de questão controvertida que leva, ainda, a discussões doutrinárias e a decisões jurisprudenciais em sentidos opostos, embora se tenha a Súmula n. 331 do TST como fonte orientadora para os tribunais e magistrados trabalhistas.

A doutrina tem-se manifestado de forma dissonante, embora se deva reconhecer que a maior parte dos autores que se dedicaram ao tema filia-se à corrente que entende haver responsabilidade do tomador de serviços, mesmo que de natureza subsidiária, no mesmo sentido da Súmula n. 331 do TST, inciso IV.

Em relação à primeira corrente, qual seja, a da irresponsabilidade do tomador de serviços, Robortella (1994) entende que essa não ocorrerá quando se tratar de contratação lícita (que, segundo a classificação doutrinária, seria aquela que envolve a contratação de trabalhadores em atividade-meio). Segundo o autor, nesses casos somente a empresa fornecedora de mão de obra responderia pelas obrigações sociais e trabalhistas.

Ao contrário, filiando-se à responsabilidade do tomador dos serviços, há diversos autores.

Martins (2007, p. 140), em um primeiro momento, reputa acertada a posição adotada pelo TST na Súmula n. 331:

Acertadamente, o TST falou em responsabilidade subsidiária, por se aplicar, analogicamente o art. 455 da CLT, que não trata de responsabilidade solidária, pois a solidariedade não se presume, resulta da lei ou da vontade das partes (art. 265 do Código Civil). O inciso IV da Súmula 331 do TST interpreta, portanto, corretamente o dispositivo consolidado ao falar em responsabilidade

subsidiária. O tomador dos serviços não é, portanto, solidário com o prestador de serviços, segundo a orientação da Súmula 331 do TST. O tomador dos serviços somente responderá se o prestador dos serviços não pagar a dívida trabalhista ou se o seu patrimônio for insuficiente para o pagamento do débito.

Como o tomador de serviço e a empresa terceirizante são empregadores, na lição de Bonfim (2008), ambos são responsáveis pelas obrigações trabalhistas e, portanto, a responsabilidade do tomador de serviços existe e deve ser considerada como solidária e não apenas subsidiária, como consta na Súmula n. 331 do TST.

Por sua vez, após análise percuciente e detida sobre a questão da responsabilidade, Campos (2006, p. 107-108) conclui que não se coaduna com a responsabilidade civil a opção do TST pela responsabilidade subsidiária. Diz o autor:

Como visto, a legislação civil não faz alusão à responsabilidade subsidiária, notadamente, na ocorrência de lesão a direito. As normas referentes à responsabilidade civil constantes no Código Civil em vigor e mesmo no anterior não sustentam a tese adotada pelo Tribunal Superior do Trabalho na Súmula nº 331, pelo contrário, levam à conclusão de que a responsabilidade do tomador é solidária.

Campos (2006, p. 108) arremata a questão dizendo que a solidariedade passiva tem como consequência principal a possibilidade de qualquer um dos codevedores ser cobrado pela dívida,

na medida em que a vítima do dano não está obrigada a cobrar a dívida de um devedor específico, ela poderá escolher de quem vai cobrar, podendo escolher o devedor em melhores condições de pagar a indenização.

Embora a jurisprudência trabalhista dominante tenha se posicionado pela responsabilidade subsidiária, é de se reconhecer que a responsabilidade do tomador de serviços de natureza solidária coaduna-se mais com o Direito do Trabalho e o seu princípio maior, qual seja, o princípio protetivo.

Agora, passa-se à posição da Administração Pública em relação à questão de sua responsabilidade frente aos direitos trabalhistas não

honrados pela empresa prestadora de serviços, diante da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n. 16.

4 Terceirização no serviço público – a necessidade de equilíbrio para assegurar a dignidade do trabalhador terceirizado

É imprescindível o equilíbrio entre a terceirização e os direitos fundamentais dos trabalhadores, que são seu escudo protetivo. A prática da terceirização, na medida em que traz mais eficiência e especialização para as empresas e a própria Administração Pública, não pode acarretar violação à dignidade do trabalhador terceirizado, sob pena do desaparecimento do próprio Estado e do Direito, que surgiram para resguardar o cidadão, assegurando a observância de seus direitos fundamentais e de sua própria dignidade.

4.1 A terceirização na visão do Tribunal Superior do Trabalho – Súmula n. 331

A redação atual da Súmula n. 331 do TST foi gerada por intermédio de uma construção gradual do entendimento do Tribunal acerca do fenômeno da terceirização como constatação da realidade social.

No entanto, inicialmente, tinha-se a Súmula n. 256 do TST, que se encontrava assim redigida:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE
Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis n. 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

Percebe-se que o Tribunal Superior do Trabalho faz diferenciação entre a terceirização lícita e a terceirização ilícita. Considera que o contrato de prestação de serviços é lícito em se tratando de trabalho temporário, regido pela Lei n. 6.019/1974, e de serviços de vigilância, nos termos da Lei n. 7.102/1983. Ao contrário, toda contratação de trabalha-

dores por intermédio de empresa interposta é considerada ilegal e, por via de consequência, forma-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços, por aplicação do art. 9º da CLT¹.

A crítica que se fazia à aplicação irrestrita desse enunciado era no sentido da inexistência de norma que proibisse a prestação de serviços por uma empresa a outra, além de que a fraude não deveria ser presumida e sim devidamente comprovada.

Diante da aplicação flexibilizada do Enunciado n. 256 pela jurisprudência, sobretudo frente à realidade social, o TST procedeu à sua revisão, o que foi feito pela Súmula n. 331 da mesma corte.

ENUNCIADO N. 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. REVISÃO DO ENUNCIADO N. 256.

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n. 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da Constituição da República).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.

O TST, mantendo o seu entendimento acerca da terceirização ilícita no sentido de se configurar o vínculo diretamente com o tomador de serviços, abranda a sua posição no inciso III do enunciado acima trans-

1 Art. 9º. Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

crita ao dispor que o vínculo de emprego não é formado com o tomador no caso da contratação de serviços de vigilância (como já era o entendimento da corte adotado no Enunciado n. 256) e de conservação e limpeza bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador. Portanto, o TST agasalha em sua jurisprudência a licitude da contratação de serviços especializados desde que não integrem a atividade-fim do tomador de serviços e, adicionalmente, inexista a personalidade e a subordinação direta.

Observa-se, ainda, que o TST foi além da simples referência às atividades em que seria possível a contratação de mão de obra por intermédio de empresa prestadora de serviços. Em seu inciso IV, o tribunal disciplina os efeitos jurídicos para o tomador de serviços que utilizar trabalhadores terceirizados no caso de inadimplência da empresa fornecedora de mão de obra. Pamplona Filho (2003, p. 285) explica que a jurisprudência trabalhista, “consagrando uma hipótese didática de *obligatio sem debitum*², construiu e acolheu a tese da responsabilidade civil subsidiária do tomador de serviços pelos débitos trabalhistas do prestador”, a qual está sumulada no inciso IV acima referido.

Contudo, ainda havia a questão da responsabilidade da Administração Pública frente à terceirização.

Analisando a evolução do fenômeno da terceirização, é possível reconhecer que o Estado foi um dos primeiros a utilizar essa forma de contratação de mão de obra já na década de 1960. Como bem observa Carelli (2007, p. 60), o primeiro diploma legal que tratou da permissão de terceirização de forma direta e explicitamente foi o Decreto-Lei n. 200/1967, que é aplicável a toda Administração Pública Federal nas suas contratações de serviços. Em seu art. 10, que trata da descentralização, está prevista a possibilidade de estabelecer contrato com pessoas jurídicas de direito privado especializadas em suas áreas de atuação para a prestação de serviços à Administração considerados meramente executivos:

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

2 Obrigação sem débito.

[...]

§ 7º. Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle, e com objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

A Lei n. 5.645/1970 traz dispositivo que enumera, exemplificativamente, as atividades que podem ser objeto de contratação de empresa especializada nos serviços ali relacionados pela Administração Pública.

Art. 3º.

[...]

Parágrafo único. As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o art. 10, § 7º, do Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967. Basta adentrar em uma repartição pública, fórum, tribunal, universidade pública, unidade militar, órgão do Poder Legislativo, do Ministério Público, entre outros, para constatar a difusão com que a Administração Pública utiliza a terceirização como forma de preencher os postos de trabalho que bem poderiam ser ocupados por servidores públicos contratados.

A prática está tão arraigada na máquina administrativa que a Lei n. 8.666/1993, editada na vigência da Constituição Cidadã, expressamente previu a irresponsabilidade da Administração Pública pelos débitos trabalhistas gerados pela inadimplência da empresa contratada pelo Poder Público.

Esta previsão de irresponsabilidade do Estado gerou, como não poderia deixar de ser, controvérsia doutrinária e jurisprudencial, levando a uma nova alteração na Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que será analisada no item seguinte.

4.2 A responsabilidade do Estado na terceirização à luz da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n. 16

A questão da responsabilização do tomador de serviços pelos direitos trabalhistas em caso de inadimplência da empresa fornecedora de mão de obra é mais complexa no caso de terceirização no setor público por conta do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993. Assim dispõe o texto legal:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º. A inadimplência do contratado com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

O texto é claro no sentido de não atribuir qualquer responsabilidade ao ente público contratante no caso de inadimplemento dos encargos trabalhistas pela empresa prestadora de serviços contratada.

O objetivo do dispositivo é afastar qualquer discussão acerca da atribuição de responsabilidade à Administração Pública pelas verbas trabalhistas não pagas pela empresa fornecedora de mão de obra, tornando cômoda a posição do Estado frente à terceirização. Por uma interposição do legislador ordinário, o ente público utiliza mão de obra terceirizada livre de qualquer ônus futuro a não ser o de adimplir sua própria obrigação advinda do contrato administrativo celebrado com a empresa fornecedora de mão de obra.

No julgamento da ADC n. 16, pela sua maioria, o Supremo Tribunal Federal pronunciou a constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993, segundo o qual “a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento [...]”, exigindo da Justiça do Trabalho que a imputação de responsabilidade subsidiária ao Poder Público somente ocorra diante da constatação efetiva de culpa da Administração Pública por inadimplemento do seu

dever de bem licitar e fiscalizar a execução do contrato de prestação de serviços, em cada caso concreto. Destarte, o STF vedou à Justiça do Trabalho o reconhecimento de responsabilidade subsidiária do Poder Público por aplicação do inciso IV da Súmula n. 331 do TST, pelo só fato da constatação de inadimplência dos direitos dos trabalhadores terceirizados, conforme sugeria a literalidade da súmula.

No julgamento da ADC, vencido o ministro Ayres Brito, que considera o § 1º do art. 71 da Lei de Licitações inconstitucional, o pronunciamento de constitucionalidade do dispositivo foi tomado dos votos da maioria, sob duas ordens de ideias manifestadas pelo ministro relator, Cezar Peluso:

1) O verbete do inciso IV da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho, ao atribuir responsabilidade subsidiária ao ente público tomador dos serviços pelo só fato do inadimplemento destes direitos, rejeita aplicação e efetividade ao disposto no § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993, sem declarar sua inconstitucionalidade, o que viola de forma transversa a reserva de plenário prevista no art. 97 da Constituição, afrontando a Súmula n. 10 do STF, que dispõe: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”;

2) A norma do § 1º do art. 71 da Lei de Licitações não fere a Constituição e deve ser observada pela Justiça do Trabalho, o que impede a aplicação de responsabilidade subsidiária à administração pública pelo só fato do inadimplemento dos direitos laborais pela empresa contratada, mas esta constitucionalidade do enunciado legal não afasta a possibilidade de sua interpretação sistemática com outros dispositivos legais e constitucionais, especialmente aqueles dispositivos legais que impõem à Administração Pública contratante o dever de licitar e fiscalizar de forma eficaz a execução do contrato, inclusive quanto ao adimplemento de direitos trabalhistas, razão pela qual continua possível o reconhecimento de culpa in eligendo ou in vigilando da administração contratante pelo inadimplemento trabalhista e a sua decorrente responsabilização subsidiária pelo pagamento das respectivas verbas, desde

que esta circunstância seja aferida e fundamentada à luz dos fatos do caso concreto.

Assim, em vista do entendimento fixado na ADC n. 16, o Plenário deu provimento a uma série de reclamações ajuizadas na Suprema Corte contra decisões do TST e de tribunais regionais do trabalho fundamentadas na Súmula n. 331 do TST.

No entanto, a decisão proferida pelo STF está em desacordo com inúmeros princípios constitucionais, entre eles o da dignidade da pessoa humana, o protetivo e o do valor social do trabalho. Além do mais, a própria Constituição Federal, em seu art. 37, § 6º, assegurou a responsabilidade objetiva do Estado. Assim sendo, é desnecessária a comprovação da culpa da Administração Pública para que ela seja responsabilizada pelo pagamento das verbas trabalhistas quando houver o simples inadimplemento pela empresa prestadora de serviços.

Como estamos diante de direitos essenciais do trabalhador, integrantes do que se convencionou denominar de mínimo existencial, parece que o valor social do trabalho deve prevalecer, pois assecuratório da dignidade do cidadão trabalhador. Dignidade da pessoa humana, antes de ser um princípio, é um valor, devendo ser considerado como vetor axiológico máximo do Texto Constitucional e, portanto, prevalente em relação a todos os demais princípios constitucionais.

Como já ressaltado, a Administração Pública é uma das que mais se utiliza de mão de obra terceirizada, e a exclusão desta pelo pagamento das verbas trabalhistas devidas pela empresa prestadora de serviço ao trabalhador terceirizado, salvo em caso de comprovada culpa pela não fiscalização, viola frontalmente a Constituição e os princípios constitucionais.

O interesse público primário, aquele que o Estado deve buscar em virtude da própria fundamentação de sua existência, impõe atribuir à Administração Pública posição de supremacia em suas relações jurídicas com os particulares, mas não a violação dos direitos fundamentais do homem-trabalhador, sob pena de o Estado perder sua própria razão de existir.

4.3 A busca pelo equilíbrio ético assegurador da dignidade do trabalhador terceirizado

Ética pode ser conceituada como um conjunto de valores morais e princípios que norteiam a conduta humana na sociedade. Portanto, a ética é fundamental para o equilíbrio e bom funcionamento da sociedade. É certo que a ética não se confunde com as normas jurídicas, mas deve ser uma de suas fontes normativas, pois se relaciona com o sentimento de justiça social e é construída, sobretudo, em um ambiente composto por valores históricos e culturais. Esses valores históricos e culturais, em grande medida, estão dispostos nos artigos iniciais de nossa Constituição da República, nomeados de fundamentos, princípios, objetivos fundamentais.

Até aqui, vimos que terceirização é uma realidade atual na organização das empresas privadas e que é amplamente utilizada pela Administração Pública. Também ficou destacado acima que o Tribunal Superior do Trabalho paulatinamente construiu uma jurisprudência híbrida no sentido de que, ao mesmo tempo em que procurou resguardar os direitos dos trabalhadores estabelecendo limites para a terceirização, permitiu a ampliação das hipóteses de sua utilização.

Em relação ao Estado a questão se revelou mais complexa diante da disposição do art. 71 da Lei n. 8.666/1993, que prescreveu que a inadimplência do contratado, empresa fornecedora da mão de obra, com referência aos encargos trabalhistas, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento.

Apesar da decisão, proferida pelo STF, que consagra a constitucionalidade do art. 71 da Lei n. 8.666/1993, esta parece não ser a melhor posição para um Estado que pretende ser qualificado como social.

Como se sabe, a República Federativa do Brasil está edificada, entre outros fundamentos, na dignidade da pessoa humana e nos valores sociais do trabalho. Por sua vez, elege como valor da ordem social o primado do trabalho e como seu fim o bem-estar e a justiça sociais. Nesse contexto, um dos pilares sobre o qual se assenta o desenvolvimento da personalidade humana é o trabalho. Todos esses princípios e fundamentos devem iluminar a conduta do Poder Público em suas relações jurídicas,

inclusive naquelas que lhes são reflexas, como é o caso da relação de trabalho terceirizado prestado em seu favor. Esses são os valores éticos que devem animar a conduta da Administração Pública na construção de um Estado garantidor dos direitos fundamentais de seus cidadãos.

Também foi destacado que os princípios constitucionais são espécies do gênero normas jurídicas e que, portanto, apresentam normatividade suficiente para incidir diretamente nas relações jurídicas. Entretanto, pela juventude do neoconstitucionalismo, ainda há alguma resistência em se conceder uma postura mais proativa aos princípios, fazendo com que o aplicador do direito procure lastrear sua interpretação em regras jurídicas interpostas pelo legislador ordinário.

Para concluir o presente item, devemos nos posicionar acerca da responsabilidade do Estado frente às verbas trabalhistas não adimplidas pelo contratado em relação a seus trabalhadores terceirizados, não apenas no caso de culpa do Estado pela não fiscalização, como decidiu o Supremo Tribunal Federal, mas pelo simples inadimplemento do pagamento das verbas trabalhistas pela empresa prestadora de serviços.

A decisão proferida pelo Guardião da Constituição ofende o princípio da isonomia, já que não há fundamento em preservar os direitos dos trabalhadores terceirizados que prestem serviço a uma empresa privada, pelo reconhecimento da responsabilidade subsidiária nos termos da Súmula n. 331 do TST, e deixar desamparado o trabalhador que preste serviço à Administração Pública.

Deve-se lembrar que a responsabilidade civil do Estado é objetiva, independentemente de demonstração de culpa; causando dano a alguém, deve repará-lo, não se admitindo, em nosso estado de civilização, a irresponsabilidade da Administração Pública.

Destaca-se, ainda, que, em se tratando de empresas estatais exploradoras de atividade econômica, nos precisos termos do art. 173, § 1º, da Constituição da República de 1988, deve-se aplicar o regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias (inciso II).

Por fim, o argumento mais relevante de todos é que se está diante de uma norma veiculada em lei ordinária em flagrante rota de colisão

com princípios constitucionais como o já citado princípio da isonomia, dos valores sociais do trabalho, da melhoria das condições dos trabalhadores e, sobretudo, do vetor axiológico da dignidade da pessoa humana, ainda que o Supremo Tribunal Federal tenha consagrado a constitucionalidade da norma.

Assim, concluindo o estudo, deve-se destacar que o valor supremo a ser protegido na relação de trabalho é a dignidade humana do cidadão-trabalhador, em sua maior amplitude. Dessa forma, deve-se rechaçar toda e qualquer prática que venha a precarizar as relações de trabalho por meio de flexibilização nociva com redução de direitos e vantagens do trabalhador. Com essa interpretação, tem-se a convicção de que haverá um equilíbrio nas relações de trabalho, fazendo-se prevalecer a dignidade da pessoa humana, melhorando-se as suas condições sociais enquanto agente trabalhador.

O trabalho humano não pode ser visto, nem ser tratado, como mera mercadoria. O trabalho humano não é mercadoria, ressalta a Organização Internacional do Trabalho na sua Declaração da Filadélfia de 1944. Deve ser valorizado como meio de que o cidadão dispõe para ele e sua família viverem com dignidade.

Por fim, cabe ao Estado garantir em todas as relações jurídicas, inclusive e sobretudo naquelas em que participa diretamente, o respeito aos princípios fundamentais inscritos de forma indelével na Constituição da República; logo, a decisão proferida pelo STF está em total dissonância com os valores estipulados expressamente nesta.

4.4 A atuação do Ministério Público do Trabalho diante da decisão proferida pelo STF

Ao Ministério Público do Trabalho (MPT) cabe a promoção das ações que lhe sejam atribuídas pela Constituição Federal e pelas leis trabalhistas bem como a promoção da ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos. Assim, ao Ministério Público do Trabalho compete a defesa dos interesses sociais, coletivos e individuais homogêneos dos trabalhadores.

Logo, cabe ao MPT buscar assegurar o direito fundamental dos trabalhadores terceirizados, que, como já exposto, são discriminados e têm seus direitos, na grande maioria dos casos, precarizados.

A atuação do MPT por meio da Coordenadoria Nacional de Combate às Fraudes nas Relações de Trabalho (CONAFRET) deve ocorrer junto ao Congresso Nacional, buscando a modificação do art. 71 da Lei n. 8.666/1993, uma vez que o diploma afronta diretamente a Constituição Federal. Mas, além disso, cabe à instituição lutar pelo respeito aos direitos fundamentais trabalhistas dos terceirizados que prestem serviço ao Estado não apenas no caso de culpa in vigilando ou in eligendo, como disposto na decisão do STF, mas nas hipóteses de simples inadimplemento das verbas trabalhistas, estando tal luta albergada pelos princípios constitucionais e, sobretudo, pela dignidade da pessoa humana, vetor axiológico que orienta todo o ordenamento jurídico, na medida em que inegável a força normativa dos institutos.

5 Conclusão

Com este estudo, pretendeu-se abordar a responsabilidade da Administração Pública, enquanto tomadora de serviços, pelos direitos trabalhistas dos trabalhadores terceirizados colocados à sua disposição pela empresa prestadora de serviços diante da decisão proferida pelo STF na ADC n. 16. Por limitação metodológica do tema, centrou-se a análise na evolução da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, notadamente da Súmula n. 331.

A atualidade do tema proposto é revelada pela observação fática do fenômeno da terceirização tanto nas relações de trabalho que ocorrem nas diversas empresas tomadoras de serviço quanto na Administração Pública. Diante da importância do tema, o tratamento dogmático se impõe para entender o fenômeno da terceirização, enquadrando-o no atual contexto histórico e reconhecendo o processo como uma realidade com tendências à estabilização. Portanto, centralizou-se o tema proposto na descrição da terceirização como uma relação triangular com a presença de três atores sociais: a empresa tomadora de serviço, sendo

que a Administração Pública ocupa esta posição, a empresa prestadora de serviço e o trabalhador terceirizado.

Nessa relação triangular, o trabalhador terceirizado ocupa a posição mais fragilizada, já que a sua relação com a Administração Pública tomadora de serviços, o efetivo beneficiado com a sua prestação de serviços, é meramente fática. A empregadora real é a empresa fornecedora de mão de obra. Por sua vez, a prática tem revelado que as empresas fornecedoras de mão de obra podem não honrar na integralidade os direitos trabalhistas de seus empregados, gerando prejuízos evidentes ao trabalhador.

Mesmo havendo o cumprimento integral da legislação trabalhista aplicável ao fenômeno, o trabalhador já se encontra em situação precarizante, sobretudo diante da forma como o trabalho é prestado, em um ambiente propício à discriminação e segregação em relação aos servidores públicos. Diante do vácuo legislativo e da realidade social, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho procurou regular a interposição de mão de obra conhecida como terceirização, de forma a minimizar os efeitos precarizantes da sua utilização sem o devido arcabouço legislativo.

A Súmula n. 331 do TST aborda diversos aspectos da terceirização, tais como a configuração do vínculo de emprego diretamente com o tomador de serviços no caso de terceirização ilícita, a não formação de relação de emprego com a Administração Pública no caso de contratação irregular sem concurso público por intermédio de interposta pessoa, as hipóteses de terceirização lícita e, finalmente, a questão da responsabilidade em relação às obrigações trabalhistas por parte do tomador de serviços, no caso de inadimplemento do empregador, inclusive em relação à Administração Pública.

A conclusão a que se chegou após o desenvolvimento do tema é a de se reconhecer a responsabilidade solidária do tomador de serviços pelos direitos trabalhistas não vertidos nos termos da legislação ao obreiro. Embora a Súmula n. 331 do TST se refira à responsabilidade subsidiária, esta não encontra fundamento em nosso ordenamento jurídico. Aplicando as normas constantes do Código Civil de 2002, é possível

sustentar que a responsabilidade do tomador de serviços é de natureza solidária. Inclusive essa é a responsabilidade que maiores garantias traz ao trabalhador terceirizado, que pode ajuizar uma ação diretamente contra o tomador de serviços que, na prática, é a empresa que possui condição financeira mais estável e, portanto, com mais chance para saldar os débitos trabalhistas, mesmo não sendo ela devedora primária.

Com relação à terceirização no setor público, a questão é bastante controvertida diante do art. 71, § 1º, da lei n. 8.666/1993, segundo o qual a inadimplência do contratado com referência aos encargos trabalhistas não se transfere para a Administração Pública.

O TST, por sua vez, entendeu que a Administração Pública também é subsidiariamente responsável pelos direitos trabalhistas dos trabalhadores que lhe prestam serviço, mas tal decisão deverá ser reformulada diante da decisão proferida na ADC n. 16.

Contudo, mesmo diante da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, que está totalmente em desacordo com o que prevê a Constituição Federal e os princípios constitucionais, uma vez que viola o princípio da isonomia, da responsabilização do Estado, da paridade de deveres das empresas estatais exploradoras de atividade econômica, bem como os valores sociais do trabalho, da melhoria das condições dos trabalhadores e, sobretudo, do vetor axiológico da dignidade da pessoa humana, entende-se que a Administração Pública deve ser responsabilizada de maneira solidária em caso de simples inadimplemento das verbas trabalhistas pela empresa fornecedora de mão de obra.

Cabe destacar que o valor supremo a ser protegido na relação de trabalho é a dignidade humana do cidadão-trabalhador em sua maior amplitude. Dessa forma, deve-se rechaçar toda e qualquer prática que venha a precarizar as relações de trabalho por meio de flexibilização nociva com redução de direitos e vantagens do trabalhador, como se verifica em diversos tipos de terceirização.

Por fim, conclui-se este breve estudo ressaltando que cabe ao Estado garantir, em todas as suas relações jurídicas, mesmo as reflexas, como se dá com os trabalhadores terceirizados, o respeito aos princípios fundamentais inscritos de forma clara e indelével na Constituição da República Federativa do Brasil, de forma a construir um País em que se respeitem os direitos funda-

mentais, propicie-se o desenvolvimento integral do ser humano em um ambiente de justiça social, assegurando a sua existência digna, normas estas violadas frontalmente pelo Supremo Tribunal Federal na decisão proferida na ADC n. 16. E ao Ministério Público do Trabalho cabe por meio da CONAFRET continuar lutando para resguardar os direitos fundamentais dos trabalhadores terceirizados que prestam serviço à Administração Pública.

Referências

- ALMEIDA, Edílson. Terceirização: uma epidemia de perdas de direitos trabalhistas. In: DRUCK, Graça; FRANCO, Tânia (Org.). *A perda da razão social do trabalho: terceirização e precarização*. São Paulo: Boitempo, 2007.
- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 1. ed. atual. São Paulo: LTr, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: FACHIN, Zulmar (Coord.). *20 Anos da Constituição Cidadã*. São Paulo: Método, 2008.
- BORGES, Ângela. Mercado de trabalho: mais uma década de precarização. In: DRUCK, Graça; FRANCO, Tânia (Org.) *A perda da razão social do trabalho: terceirização e precarização*. São Paulo: Boitempo, 2007.
- BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Trabalho decente*. Análise jurídica da exploração do trabalho – trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno. São Paulo: LTr, 2004.
- CAIO JÚNIOR, José. *Curso de direito do trabalho*. Direito individual e coletivo do trabalho. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodium, 2008.
- CAMPOS, José Ribeiro de. *A terceirização e a responsabilidade da empresa tomadora dos serviços*. São Paulo: IOB Thomson, 2006.
- CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Terceirização e direitos trabalhistas no Brasil. In: DRUCK, Graça; FRANCO, Tânia (Org.). *A perda da razão do trabalho*. Terceirização e precarização. São Paulo: Boitempo, 2007.
- _____. *Cooperativas de mão-de-obra*. Manual contra a fraude. São Paulo: LTr, 2002.
- CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2008.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Introdução ao direito do trabalho*. Relações de trabalho e relação de emprego. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2001.
- _____. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008.
- MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Responsabilidade civil nas relações de trabalho e o novo código civil brasileiro. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GUNTHER, Luiz Eduardo (Coord.) *O impacto do novo código civil no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.
- RAMOS, André de Carvalhol. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *O moderno direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1994.
- SILVA, Guilherme Amorim Campos da. *Direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Método, 2004.

Helder José Mendes da Silva

O intervalo para recuperação térmica
(art. 253 da CLT) – aplicação e tutela

Saúde é a vida no silêncio dos órgãos. Doença é o grito dos
órgãos no silêncio da vida.

Dr. Sebastião Geraldo de Oliveira

Sumário

- 1 Introdução
- 2 Proteção jurídica à dignidade do trabalhador
- 3 Meio ambiente do trabalho e proteção à saúde do trabalhador
- 4 O intervalo para recuperação térmica
- 5 O art. 253 da CLT
- 6 Ação civil pública e meio ambiente do trabalho – legitimidade do MPT
- 7 Conclusões

1 Introdução

A moderna doutrina jurídica passou a considerar a dignidade, inata à própria condição humana, como atributo inerente à pessoa, que, conforme São Tomás de Aquino (1994), foi concebida à semelhança de Deus.

As palavras de Sarlet (2001, p. 60) mostram um abrangente conceito de dignidade humana:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Segundo Piovesan (2003, p. 215),

O valor da dignidade humana impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988.

A Constituição Federal brasileira (CRFB/1988), em harmonia com a moderna tendência antropocentrista, tutela a dignidade humana, protegendo a vida, a saúde, a igualdade material, a liberdade e a segurança. No mesmo diapasão, estende a proteção aos direitos sociais, previstos no art. 6º, aí incluídos o direito ao trabalho, à alimentação, à saúde, e, no art. 225, o direito ao meio ambiente equilibrado.

O entendimento doutrinário cristalizou-se no sentido da aplicação imediata dos direitos fundamentais em razão do art. 5º, § 1º, da Constituição brasileira, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

Apesar do momento flexibilizante por que passa o Direito do Trabalho em face da globalização, recessão econômica e desemprego, cresce a tendência valorativa de seu princípio protetor, epicentro axiológico desta ciência, como instrumento de proteção e efetivação dos direitos trabalhistas fundamentais, e, por conseguinte, da dignidade do trabalhador.

2 Proteção jurídica à dignidade do trabalhador

Consequência natural do embate entre capital e trabalho, o Direito do Trabalho eclodiu em meados do século XIX, perseguindo a melhoria da condição social do trabalhador mediante a consagração da sua dignidade bem como dos valores sociais do trabalho como fundamentos para uma sociedade justa e solidária, já que o Direito Civil era ineficaz nesse desiderato em razão da flagrante desigualdade das partes aqui envolvidas.

Oportunas as palavras de Rodriguez (2000, p. 30):

Historicamente, o Direito do Trabalho surgiu como consequência de que a liberdade de contrato entre pessoas com poder e capacidade econômica desiguais conduzia a diferentes formas de exploração. Inclusive as mais abusivas e iníquas. O legislador não pôde mais manter a ficção de igualdade existente entre as partes do contrato de trabalho e inclinou-se para uma compensação dessa desigualdade econômica, desfavorável ao trabalhador, com uma proteção jurídica a ele favorável. O Direito do Trabalho responde fundamentalmente ao propósito de nivelar desigualdades.

O suporte principiológico básico do Direito do Trabalho fundamenta-se no princípio protetor. A interpretação sistemática dos direitos fundamentais contidos nos arts. 1º e 3º da CRFB/1988, considerado o princípio da sua máxima efetividade, permite concluir que a preserva-

ção dos valores sociais do trabalho se mostra indispensável para assegurar a dignidade do cidadão, além de construir uma sociedade mais justa, fraterna e solidária. Para isso, o Direito precisa ser revitalizado pela interpretação, máxime o Direito do Trabalho, que se interpõe entre dois polos nevrálgicos: capital e trabalho.

Deste modo, imprescindível que a interpretação e aplicação do Direito do Trabalho se ajuste à matriz dos direitos constitucionais fundamentais, de aplicabilidade imediata, adaptando-se às transformações sociais pela aplicação dos princípios evolutivos e da força normativa dos princípios constitucionais.

Nas palavras de Souto Maior (2000, p. 259),

Uma efetiva luta pela justiça social, utilizando-se o Direito do Trabalho como instrumento, culmina com a constitucionalização das normas protetivas do trabalho e a normatização de seus princípios fundamentais, possibilitando a interpretação das normas infraconstitucionais com base nesses postulados.

No mesmo sentido, Delgado (2010, p. 647):

É preciso que se passe, de fato, a reconhecer aos princípios efetiva força normativa. Não é tolerável mais que vejamos certo modestíssimo artigo de lei, certo modestíssimo parágrafo ou inciso de lei inviabilizando, esterilizando, frustrando comandos firmes, lógicos, transparentes, diretos de toda uma gama impressionante de princípios jurídicos Constitucionais, tal como temos diuturnamente assistido em certas decisões jurisprudenciais.

A fim de prover efetividade à dignidade do trabalhador, indispensável delimitar-lhe um piso mínimo de direitos.

Nesse sentido, sustentam Canotilho e Moreira (1993, p. 285):

A individualização de uma categoria de direitos e garantias dos trabalhadores, ao lado dos de caráter pessoal e político, reveste um particular significado constitucional no ponto em que ela traduz o abandono de uma concepção tradicional dos direitos, liberdades e garantias como direitos do homem ou do cidadão genéricos e abstratos, fazendo intervir também sobre o trabalhador (exatamente: o trabalhador subordinado como titular de direitos de igual dignidade).

Neste afã, Delgado (2005, p. 117) elencou um conjunto de direitos que compõem o “patamar civilizatório mínimo”, quais sejam: as normas constitucionais trabalhistas em geral (com as ressalvas expressas pela própria Constituição: art. 7º, VI, XIII e XIV, por exemplo), as normas previstas em tratados e convenções internacionais vigentes no plano jurídico brasileiro (referidas pelo art. 5º, § 2º, da CRFB/1988) e as normas infraconstitucionais que asseguram patamares de cidadania ao trabalhador (saúde e segurança no trabalho, salário, registro em carteira do trabalho, antidiscriminação etc.).

Em que pese a dificuldade para delimitar um rol de direitos que integrem o núcleo basilar de garantia da dignidade do trabalhador, é certo que as normas de higiene e segurança do trabalho deverão ser contempladas (art. 7º, XXII, CRFB/1988).

O Direito do Trabalho e a proteção à dignidade do trabalhador são frutos de árduas lutas sociais e conquistas históricas. Assim, não podem ser simplesmente abandonados pelo operador do Direito. O combate às nefastas consequências empresariais da recessão econômica não deve se fundar na supressão/flexibilização das garantias trabalhistas fundamentais.

3 Meio ambiente do trabalho e proteção à saúde do trabalhador

Segundo Bueno (2000, p. 879), saúde é o “estado do que é são, ou de quem tem as funções orgânicas no seu estado normal; vigor, robustez [...]”. Por sua vez, a Organização Mundial da Saúde a conceitua como um “estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não somente a ausência de doença ou enfermidade”¹.

Considerando a duração constitucionalmente prevista de 44 horas semanais, matematicamente se conclui que cerca de 23% do período produtivo da vida do trabalhador são consumidos no trabalho, desta-

1 Disponível em: <<http://www.alternativamedicina.com/medicina-tropical/conceito-saude>>. Acesso em: 20 set. 2010.

cando-se, portanto, a enorme repercussão das condições ambientais laborais na sua saúde.

É notória a existência de atividades laborais nocivas à saúde cuja implementação revela-se socialmente imprescindível, tais como a mineração, trabalho em usinas nucleares, operação de raios X etc., constituindo a sua mera proibição uma irracionalidade.

A solução adotada pelo legislador trabalhista ordinário, ao prever os adicionais de insalubridade e periculosidade (exceto em casos determinados, como os previstos nos arts. 72, 229 e 298 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT), foi a monetização do risco à saúde, que, na contramão do atual contexto normativo internacional (Organização Internacional do Trabalho – OIT e direito comparado), segundo a jurisprudência e expressiva parte da doutrina, foi recepcionada pela nova ordem constitucional.

Os defensores dessa tese argumentam que o ônus financeiro decorrente estimularia o empregador a investir em melhorias no ambiente de trabalho. Sucede que, em razão do seu irrisório valor econômico, os empregadores preferem pagar o adicional pelo risco a investir na melhoria do meio ambiente laboral, sem contar que aos trabalhadores, em razão da fragilidade econômica, interessa a percepção do adicional.

Tal realidade mostra a perversidade desse sistema, uma vez que chancela a persistência do trabalhador no ambiente insalubre ou perigoso em detrimento da implementação de melhorias no meio ambiente laboral.

A nefasta consequência é o incremento do contingente de lesionados, onerando, ainda mais, os já combalidos sistemas de assistência à saúde e previdenciário.

Acerca dessa matéria, ensina Oliveira (2002, p. 46):

A solução retrógrada de compensar a agressão por adicionais (monetização do risco) vem sendo banida com energia pelos trabalhadores sob a bandeira coerente de que “saúde não se vende”. De fato, a crescente dignificação do trabalho repele a política de remunerar as agressões à saúde, acelerando o desgaste do trabalhador e, conseqüentemente, apressando a sua morte. Assim, a alternativa mais adequada seria a redução da jornada

de trabalho nestas atividades com incremento do período de descanso recuperador, reduzindo a exposição, com manutenção do salário, o que estimularia o investimento em melhoria das condições de trabalho.

Desse modo, a monetização dos riscos decorrentes do trabalho em condições inseguras representa medida inadequada e retrógrada que deve ser proscrita, já que contrária à efetiva proteção da saúde e segurança do trabalhador, cedendo lugar à racionalização da exposição do obreiro às condições ambientais adversas.

4 O intervalo para recuperação térmica

Em razão de sua condição homeotérmica, o homem, respeitados determinados limites, apresenta a propriedade de manter sua temperatura corporal relativamente constante, independentemente da temperatura ambiente, mediante a ativação de variados sistemas fisiológicos que subsistem atuantes por um determinado lapso temporal de exposição às condições térmicas ambientais adversas.

Segundo Ruas (1999), o corpo humano seria um sistema termodinâmico que interage continuamente com o meio ambiente pelas leis da Física, perseguindo o seu equilíbrio térmico indispensável à vida e fundamental para a saúde, disposição e eficiência. Basicamente, seriam quatro os mecanismos de troca térmica entre o corpo humano e o meio ambiente, responsáveis pelo equilíbrio térmico:

- I. Troca térmica por convecção: ocorre por causa do gradiente térmico entre o corpo humano e o ar ambiente, considerando-se que o ar aquecido tende a ocupar posição mais alta no meio ambiente, e o ar mais frio as posições mais inferiores.
- II. Troca térmica por radiação: ocorre mediante a emissão de ondas eletromagnéticas por qualquer corpo que esteja a uma temperatura superior ao zero absoluto. O gradiente entre a energia recebida e a emitida é que define se o corpo é aquecido ou resfriado pela radiação.

- III. Troca de calor por condução: ocorre pela transmissão do calor entre corpos em contato físico.
- IV. Troca de calor pela evaporação do suor: ocorre para complementar os mecanismos citados. O organismo intensifica a atividade das glândulas sudoríparas e perde calor pela evaporação (fenômeno endotérmico) da umidade que se forma na pele (suor). A eficiência deste mecanismo depende da temperatura ambiente, volume da sudorese, umidade do ar e velocidade do ar.

A vestimenta atenua a remoção de calor do corpo, porque, além de diminuir a troca térmica por convecção (obstáculo ao movimento do ar junto à pele), minimiza o processo de evaporação do suor num grau variável conforme a sua permeabilidade ao vapor d'água.

Resumidamente, pode-se dizer que:

- I. O sistema de controle térmico humano é comandado pelo núcleo termorregulador localizado no hipotálamo (sistema nervoso central) e comporta-se de duas formas: perde calor para o ambiente e diminui sua produção endógena quando a temperatura corporal é superior a 37°C; ao revés, reduz a perda de calor para o ambiente e ativa os mecanismos intrínsecos de sua produção (termogênese) quando a temperatura é inferior a 36°C.
- II. Os receptores térmicos da pele informam o centro termorregulador hipotalâmico acerca das condições de temperatura ambiente por meio de uma vasta rede nervosa, que, por consequência, desencadeia os fenômenos vitais de termorregulação.
- III. O sistema cardiovascular desenvolve um papel fundamental na termorregulação. A sobrecarga térmica orgânica provoca o desvio de um significativo volume de sangue para as porções superficiais do corpo (pele, por exemplo) responsáveis pela dissipação do calor. Paralelamente, há um incremento da sudorese, cuja evaporação contribui para baixar a temperatura. Ao contrário, em situações de exposição ao frio, o desvio sanguíneo ocorre no sentido inverso, privilegiando os órgãos e compartimento mais internos, evitando-se a perda de calor. Simultaneamente, existem

tremores musculares com função termogênica. Segundo Gallois (2000), em dias mais frios o fluxo sanguíneo para a pele pode chegar a 250 ml por minuto, ou seja, 5% do débito cardíaco; em dias mais quentes, esse fluxo pode atingir 1.500 ml por minuto.

As consequências orgânicas fisiológicas da exposição humana ao frio são:

- I. vasoconstrição periférica;
- II. tremores musculares (calafrios);
- III. incremento da perda líquida por meio da urina;
- IV. incremento no consumo de oxigênio pelos músculos com o consequente aumento nos níveis de ácido láctico;
- V. tendência de redução na taxa sanguínea de oxigênio; e
- VI. implementação na produção e liberação do hormônio tireoideano, por ação do hipotálamo, a fim de aumentar o metabolismo celular basal.

Fatores ligados à idade, saúde e aclimação também influem no poder termorregulador humano.

Conforme Gallois (2002), com um trabalhador sem a proteção adequada em uma câmara fria a 4 °C ocorreriam as seguintes situações:

- I. O ambiente frio estimularia os receptores nervosos cutâneos de temperatura, que informariam, via rede nervosa, o centro termo regulador hipotalâmico, que orquestraria todo o mecanismo termorregulador.
- II. Haveria ativação do sistema nervoso autônomo simpático (adrenérgico) para a pele, promovendo a vasoconstrição e desvio do contingente sanguíneo para os compartimentos mais internos, a fim de evitar maior perda de calor por irradiação e condução (a pele fica fria e pálida).
- III. Simultaneamente ocorreria redução da sudorese, bloqueando a perda de calor pela evaporação.
- IV. Haveria liberação de hormônio pela tireoide, aumentando o metabolismo basal, além de tremores musculares.

- V. Como resultado final se incrementaria a produção e se reduziria a perda calórica até que a temperatura orgânica readquirisse seu nível fisiológico.

Atualmente, observamos a escalada da indústria frigorífica no Brasil, absorvendo grande contingente de trabalhadores que operam em ambientes resfriados. O labor nessas condições, em que o obreiro, além de exposto ao frio, permanece em contato com objetos de trabalho e produtos também resfriados, acarreta repercussões orgânicas e psicológicas prejudiciais que favorecem a ocorrência de doenças e acidentes do trabalho.

Entre as consequências físicas mais frequentes da exposição laboral continuada aos ambientes frios, encontram-se:

- I. Doenças respiratórias (gripe, sinusite, amidalite, laringite, bronquite, broncopneumonia etc.) decorrentes da exposição à alternância dos gradientes térmicos (choque térmico) e/ou resfriamento das vias aéreas, comprometendo a resistência natural aos vírus e bactérias.
- II. Dor e dormência nas mãos em decorrência do contato constante com os instrumentos de trabalho e os próprios produtos resfriados (mantidos, em regra, entre 4 e 8°C). O uso de proteção adequada para as mãos compromete a sensibilidade e destreza indispensáveis à execução das tarefas (GALLOIS, 2002).
- III. Doenças reumáticas – ou agravamento (HADLER, 2001, p. 44).
- IV. Doença tegumentar cutânea isquêmica decorrente do estado de vasoconstrição periférica provocada pelo frio, com provável formação de bolhas, rachaduras e ulcerações que podem chegar à necrose das extremidades – gangrena (MENDES, 1995).
- V. Agravamento de enfermidades cardíacas, devido à hiperatividade do sistema nervoso autônomo simpático (adrenérgico).
- VI. Dor e desconforto nos membros inferiores com propensão a doenças articulares em decorrência da baixa temperatura da camada de ar ambiental inferior, pois o ar mais frio tende a ocupar a posição mais baixa nos ambientes.

VII. Tonturas, confusão mental e dificuldade na coordenação motora (GOLDSMITH, 1989, p. 504).

VIII. Hipotermia consequente ao exaurimento dos mecanismos orgânicos de compensação térmica, acarretando uma redução progressiva na temperatura corporal, cuja exteriorização clínica se faz por mal estar geral, comportamento extravagante, redução da destreza manual, dores, tremores, fraqueza muscular, parestesias, podendo chegar à morte quando a temperatura orgânica atinge 28°C (MORAES, 2009, p. 852 e 858).

IX. Redução da habilidade manual, favorecendo a ocorrência de acidentes. É comprovada a maior incidência de acidentes de trabalho, em virtude da diminuição da sensibilidade dos dedos e flexibilidade das juntas, quando o labor se desenvolve em ambientes onde a temperatura é igual ou inferior a 15°C.

Conforme a ergonomia, ciência que busca adaptar o posto de trabalho às condições físicas do trabalhador, no mínimo as seguintes precauções devem ser tomadas em ambientes laborais resfriados:

- I. redução da velocidade do ar;
- II. uso de vestimenta apropriada (em destaque o calçado);
- III. alternância de atividade (rodízio);
- IV. redução da exposição (intervalos); e
- V. uso de dieta hipercalórica.

Estudo realizado por Esteves (2003) avaliou o comportamento de vários dados clínicos de trabalhadores expostos ao frio. O trabalho foi realizado em um frigorífico de aves. A seção escolhida foi a de cortes especializados, na qual trabalhavam 1.144 funcionários com 25 anos de média etária. O processo de corte, que acontece estando o frango já depenado e resfriado a cerca de 6° C, pendurado em uma esteira, consiste na confecção do chamado risco, uma incisão nas junções articuladas das coxas, sobrecoxas e asas. Após, são desarticuladas as coxas, desossadas ou não, conforme solicitação do mercado, retiradas as asas e o peito. Na sequência, as partes são colocadas em outra esteira rolante onde são

cuidadosa e precisamente cortadas. O produto final é embalado, pesado, etiquetado e encaminhado para o congelamento. A duração do trabalho era de 44 horas semanais, e todos os funcionários analisados faziam três pausas intermediárias de descanso durante cada jornada.

Do ensaio extrai-se:

- I. Parte do corpo mais atingida pela sensação de frio: 28% consideraram os pés, 21% as mãos, 18% os glúteos, 17% a mão que segura o frango, e 16% a mão que segura a faca.
- II. 82,9% do contingente sentiram dores, e as partes do corpo mais afetadas foram: ombros (55,6%); cotovelos (12%); mãos e punhos (50,4%); pescoço e região cervical (47,0%); pescoço, irradiando pelos membros superiores (46,2%); pés e tornozelos (39,3%); joelhos (27,4%); e quadris/coxas (18,8%).
- III. Quanto a doenças crônicas, os entrevistados relataram:
 - a. Gripes de repetição (53% da amostra), apesar das campanhas de vacinação antigripe.
 - b. Reumatismo (12% da amostra). Este dado não foi comprovado pela observação dos exames laboratoriais efetuados por ocasião dos exames periódicos, denotando provável confusão entre “dor” e “enfermidade”.
 - c. Alergia (10,3% da amostra), notando-se seu incremento em épocas de inverno, comprometendo, portanto, sua vinculação com o frio do ambiente laboral.
 - d. Bronquite (6,8% da amostra).
 - e. Artrite (2,6% da amostra).
- IV. No contingente de trabalhadores expostos ao frio que sofreram alguma espécie de acidente do trabalho, o estudo detectou que cerca de 29% deles referiram alguma alteração psicológica, como distração, irritabilidade, diminuição das funções cognitivas, raciocínio lento e alterações de humor.
- V. O uso de luvas de látex e de aço não garantiu uma proteção adequada contra as baixas temperaturas dos produtos e do instrumental de trabalho. Alguns dos trabalhadores usaram apenas a luva de aço sob argumento de que a de látex reduzia

a sensibilidade das mãos e, por consequência, aumentava a chance de erro nos cortes.

- VI. A temperatura média do solo no local de trabalho foi de 5,9°C, variando entre 5,2°C e 7,1°C, significativamente inferior, portanto, à temperatura do ar, que oscilou entre 11,8 e 13,2°C.
- VII. Notada redução significativa da temperatura dos pés e mãos dos trabalhadores no ambiente resfriado quando comparado ao ambiente não resfriado.
- VIII. O ritmo cardíaco no contingente exposto ao frio sofreu pequena redução, que não chegou a níveis patológicos em relação ao não exposto.
- IX. A pressão arterial sofreu alterações pouco significativas, tendendo a manter-se pouco mais elevada no contingente exposto ao frio, provavelmente em decorrência da vasoconstrição periférica.
- X. Os valores do pH sanguíneo sofreram uma variação significativa. As medições no contingente não exposto mostraram que o valor no início da jornada era menor que o limite inferior da normalidade, e depois se conservaram dentro dos parâmetros considerados clinicamente normais. Por sua vez, para o contingente exposto, os valores de pH permaneceram constantemente abaixo do limite mínimo, caracterizando, assim, uma leve acidose metabólica.
- XI. Quanto à oxigenação, no contingente exposto observou-se que, no início da atividade laboral, o valor mínimo de PO₂ venoso foi de 25,02 mmHg, atingindo no meio da jornada 24,04 mmHg, e no fim o mais baixo foi 19,58 mmHg. O contingente não exposto apresentou um comportamento diferente, já que no início esse índice foi de 21,75 mmHg, no meio da jornada 36,7 mmHg (dentro da normalidade), e no final 45,7 mmHg (bem acima da normalidade). A situação apresentada pelos trabalhadores expostos ao frio, onde os valores do PO₂ encontraram-se abaixo da normalidade (hipóxia), mostrou-se relevante do ponto de vista clínico.
- XII. A dosagem dos hormônios tireoidianos nos trabalhadores expostos ao frio revelou-se pouco abaixo do mínimo tolerado

no início e com ligeiro aumento no final da jornada, enquanto no contingente não exposto manteve-se no patamar inicial;

- XIII. Os valores do hormônio estimulante da glândula tireoide (TSH) tiveram um comportamento diferenciado nos dois grupos de trabalhadores, embora dentro dos limites clínicos normais. Os trabalhadores expostos ao frio tiveram o TSH aumentado no final da jornada, enquanto os trabalhadores não expostos mantiveram o mesmo nível inicial. Quanto aos hormônios tireoidianos (T3 e T4), observou-se que, apesar de dentro dos limites da normalidade, no que se refere ao contingente exposto ao frio, eles apresentaram ligeiro incremento em relação ao contingente não exposto. Tais achados ratificam a afirmação de que a exposição prolongada ao frio provoca uma maior liberação de hormônios tireoidianos a fim de aumentar o metabolismo basal (produção de calor), podendo, em longo prazo, agravar (ou desencadear) patologias tireoidianas.
- XIV. No contingente exposto ao frio, a quantidade média de líquido expelida durante toda a jornada de trabalho foi de 0,583 litros contra 0,518 litros no contingente não exposto, sendo a diferença (0,065 litros) não significativa. Existiu uma redução do volume eliminado pelos obreiros expostos ao frio por meio do suor (0,043 litros) quando comparado com ambiente normal (0,975 litros). Todavia, esse gradiente foi compensado com um aumento da eliminação pela urina, sendo de 0,540 litros no contingente exposto, e de 0,427 litros no não exposto. Em ambientes frios, a maior quantidade de líquidos foi eliminada pela urina.
- XV. O nível de lactato sanguíneo nos trabalhadores expostos ao frio sofreu ligeiro aumento, que não chegou a ser patológico.

Em conclusão, Esteves refere que a capacidade orgânica de resposta fisiológica à exposição laboral ao frio vai se deteriorando com o decorrer do tempo de exposição devido ao esgotamento da reserva biológica. Finda esta, o comprometimento da homeostase propicia a instalação dos fenômenos patológicos.

5 O art. 253 da CLT

A moderna hermenêutica jurídica não mais se harmoniza com a clássica lição de Maximiliano (1996, p. 9), segundo a qual

Interpretar é explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que a mesma se contém.

Assistimos a uma tendência ampliadora da interpretação da norma jurídica para a devida delimitação do objeto e finalidade nela contemplado. O objeto da interpretação jurídica consistiria no próprio direito que se encontra albergado na norma, o qual se exterioriza por meio de seus textos.

Nas palavras de Neves (1985, p. 658),

O objeto da interpretação não é o texto da lei como texto (o sentido que no texto se exprime, esse sentido em termos hermenêuticos gerais), mas a norma que esse texto pretende manifestar. [...] A interpretação em sentido próprio abre (normativamente) a fonte ao direito, e distingue a *lex do jus*; a exegese fecha (analiticamente) a fonte no seu próprio texto, e identifica o *jus à lex*.

Diante disso, hodiernamente a interpretação consiste numa operação cognitiva sobre determinada norma jurídica, enquanto texto, tendo por objetivo a delimitação do seu alcance e sentido, com a finalidade de tutelar o direito regulamentado pela norma, concretizando a justiça na resolução do conflito posto.

Corrente doutrinária majoritária defende a teoria objetivista (*mens legis*), privilegiando a repercussão jurídica da norma em detrimento da subjetivista, formada pela Escola da Exegese (França) e Jurisprudência dos Conhecimentos (Alemanha) em meados do século XIX, que enaltecia a vontade do legislador (*mens legislatoris*), já que este não poderia prever nem estabelecer todas as hipóteses concretas. Ademais, a realidade social sofre constantes mudanças, e o texto legal é, por si, insuficiente

para albergá-las, cabendo ao intérprete extrair o conteúdo atualizado da norma, ajustando-a às novas realidades sociais.

A norma jurídica vértice do presente estudo é:

CLT – SEÇÃO VII – DOS SERVIÇOS FRIGORÍFICOS

Art. 253 - Para os empregados que trabalham no interior das câmaras frigoríficas e para os que movimentam mercadorias do ambiente quente ou normal para o frio e vice-versa, depois de 1 (uma) hora e 40 (quarenta) minutos de trabalho contínuo, será assegurado um período de 20 (vinte) minutos de repouso, computado esse intervalo como de trabalho efetivo.

Parágrafo único - Considera-se artificialmente frio, para os fins do presente artigo, o que for inferior, nas primeira, segunda e terceira zonas climáticas do mapa oficial do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, a 15º (quinze graus), na quarta zona a 12º (doze graus), e nas quinta, sexta e sétima zonas a 10º (dez graus).

Passemos à jurisprudência.

O ministro relator Caputo Bastos (7ª Turma/TST) manifestou-se no acórdão RR-766/2008-191-18-00, publicado em 19 de junho de 2009:

RECURSO DE REVISTA – INTERVALO INTRAJORNADA PARA RECUPERAÇÃO TÉRMICA – CÂMARA FRIGORÍFICA – AMBIENTE ARTIFICIALMENTE FRIO – ARTIGO 253 DA CLT. Segundo o artigo 253 da CLT, o trabalho expendido em câmara frigorífica, local em que o ambiente é considerado artificialmente frio, dá ensejo ao intervalo intrajornada para recuperação térmica de vinte minutos a cada uma hora e quarenta minutos de trabalho contínuo, por tratar de medida que visa preservar a saúde do trabalhador submetido habitualmente a baixas temperaturas. [...] Segundo a Portaria n. 21/94 do MTE, o Estado de Goiás, local no qual situa-se a reclamada, encontra-se inserido na quarta zona climática, onde se considera artificialmente frio o ambiente cuja temperatura encontrar-se abaixo de 12°C. Assim, o setor de desossa, recinto no qual laborava a reclamante e em que a temperatura era mantida abaixo de 12°C, independe da denominação, deve ser considerado como ambiente artificialmente frio, fazendo jus a empregada ao intervalo intrajornada previsto no artigo 53 da CLT. Recurso de revista de que se conhece e a que se nega provimento

(TST-RR-766/2008-191-18-00, Rel. Min. Caputo Bastos, 7ª Turma, DJ de 19/06/09). [grifo do autor]

Digna de relevo, mas sem qualquer juízo de reprovação, foi a sua mudança de entendimento no RR-110840-67.2008.5.18.0003, de 12 de maio de 2010, assim decidindo:

RECURSO DE REVISTA. INTERVALO DE RECUPERAÇÃO TÉRMICA. ARTIGO 253, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CLT. CÂMARA FRIGORÍFICA. AMBIENTE FRIO. DIFERENCIAÇÃO. PROVIMENTO. 1. O artigo 253 da CLT prevê o direito ao intervalo de recuperação térmica em duas situações: 1) o trabalho no interior de câmaras frigoríficas; 2) a movimentação de mercadorias do ambiente quente ou normal para o frio e vice-versa. 2. Já o parágrafo único do artigo 253 da CLT define o que seria frio, para melhor compreensão da alternância de temperatura dos ambientes e não tem o condão de estender o conceito de câmara frigorífica, tampouco equiparar esta situação à mera exposição a baixas temperaturas. [...] 4. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. [grifo do autor]

Analisando comparativamente as razões de decidir encontramos:

RR-766/2008-191-18-00 - 10/06/2009	RR 110840-67.2008.5.18.0003 - 12/05/2010
<p>“Ainda no que se refere à leitura do <i>caput</i> do artigo 253, vislumbro duas hipóteses para a concessão do intervalo para recuperação térmica: trabalho em câmara frigorífica, caso em que o egrégio Regional entendeu enquadrar-se a reclamante, ou movimentação de mercadorias de ambientes quentes ou normais para frios e vice-versa.”</p>	<p>“Com efeito, o artigo 253 da CLT prevê o direito ao intervalo de recuperação térmica em duas situações: o trabalho no interior de câmaras frigoríficas e a movimentação de mercadorias do ambiente quente ou normal para o frio e vice-versa.”</p>

<p>“Com o intuito de melhor definir o conceito de câmara frigorífica, local no qual o ambiente é artificialmente frio, o parágrafo único do artigo 253 assim dispõe:[...] Dessa forma, para fins de concessão de intervalo intrajornada, entende-se como câmara frigorífica o ambiente artificialmente frio, no qual a temperatura é inferior à determinada no mapa oficial do Ministério do Trabalho. De fato, esse é o conceito que possui relevância jurídica, sendo inúteis à hipótese as definições literais acerca da expressão câmara frigorífica.”</p>	<p>“Já a leitura do parágrafo único tem como ponto de partida necessário o teor do <i>caput</i> desse mesmo artigo, o que nos fornece a conclusão de que está relacionado tão somente à segunda hipótese em que há direito ao intervalo de recuperação térmica. Isso porque define o que seria ‘frio’, para melhor compreensão da alternância de temperatura dos ambientes de quente para ‘frio’, revelando a preocupação do legislador em evitar que os trabalhadores nestas circunstâncias sofram o popularmente conhecido ‘choque térmico’, sem, contudo, nada mencionar sobre eventual extensão do conceito de câmara frigorífica, tampouco equiparar esta situação à mera exposição à baixa temperatura.”</p>
	<p>“Assim, em situações de manutenção e não de alternância das condições ambientais, a câmara frigorífica permanece como única hipótese ensejadora do direito à interrupção do trabalho prevista no artigo 253 da CLT. [...] Portanto, mesmo porque decreto regulamentar do Poder Executivo não poderia extrapolar os limites da lei, sob pena de ilegalidade e, ainda que indiretamente, de inconstitucionalidade, tampouco o juiz está permitido a atuar como legislador positivo, o reconhecimento do direito ao intervalo de recuperação térmica a empregado apenas sujeito a ambiente artificialmente frio infringe o próprio artigo 253, <i>caput</i> e parágrafo único, da CLT.”</p>

De outra banda, conforme noticiado pelo TST em 17 de março de 2010², em harmonia com a majoritária jurisprudência do TST, considerando equivalentes os conceitos de câmara frigorífica e ambiente artificialmente frio, a 4ª Turma do TST deu provimento ao recurso de revista de ex-funcionário da Marfrig Frigoríficos que buscava receber a indenização devida pela ausência do intervalo para recuperação térmica (art. 253 CLT). O relator do processo, ministro Barros Levenhagen, explicou que a interpretação sistemática do *caput* e do parágrafo único do artigo em apreciação levava à conclusão de que o legislador equiparou os trabalhos prestados em câmara frigorífica e em ambiente artificialmente frio para o fim da aplicação da pausa térmica. Segundo o ministro, se não houvesse essa correlação, não haveria motivo para se acrescentar o parágrafo único ao *caput* do art. 253.

Neste sentido, em 28 de abril de 2010, a juíza convocada do TST, Maria Doralice Novaes, asseverou:

RR-212500-47.2007.5.12.0055. Diante das premissas fáticas lançadas no acórdão recorrido, verifica-se que o Autor realmente se enquadrava na situação descrita no parágrafo único do art. 253 da CLT, qual seja, o labor em ambiente artificialmente frio, no qual a temperatura oscilava abaixo dos 10°C. Convém registrar que esta Corte Superior já se posicionou no sentido de que ao empregado que trabalhar em câmaras frigoríficas ou se movimentando de ambiente quente ou normal para frio, e vice-versa, é devido um intervalo de 20 minutos, a cada 1 hora e 40 minutos laborados, sendo certo que a concessão do referido intervalo para recuperação térmica não se restringe às hipóteses previstas no *caput* do art. 253 da CLT, devendo o intervalo de 20 minutos ser conferido também àqueles cujo labor se dá em ambiente artificialmente frio, conforme dispõe o parágrafo único do citado artigo. Seguem os precedentes: TST-E-RR-719.679/2000.5, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, SBDI-1, DJ de 06/06/08; TST-RR-119700-75.2008.5.18.0191, Rel. Min. Waldir de Oliveira Costa, 1ª Turma, DEJT de 20/11/09; TST-RR-64400-31.2008.5.18.0191, Rel. Juiz Convocado Douglas de Alencar, 3ª Turma, DEJT de 14/08/09; TST-RR-51500-16.2008.5.18.0191, Rel. Min. Barros Levenhagen, 4ª Turma, DEJT de 05/03/10; TST-RR-10800.95.2008.5.18.0191,

Rel. Juíza Convocada Maria Doralice Novaes, 7ª Turma, DEJT de 28/08/09; TST-RR-18900-39.2008.5.18.0191, Rel. Min. Maria Cristina Peduzzi, 8ª Turma, DEJT de 23/10/09.

Também, o ministro Emmanoel Pereira alterou seu entendimento, conforme se extrai do acórdão RR – 823/2008-096-24-00, assinado em 2 de setembro de 2009 e publicado em 11 de setembro de 2009:

[...] Registro, inicialmente, que estou revendo posicionamento anteriormente manifestado perante o egrégio TRT da 24ª Região e o faço depois de muita reflexão, inclusive no que se refere a interpretação do dispositivo legal em referência (art. 253 e parágrafo único, da CLT), procurando unir a interpretação gramatical, com a sistemática e a teleológica. Com efeito, o art. 253, *caput*, da CLT, prevê um intervalo de 20 minutos destinado ao repouso do trabalhador que atua no interior de câmaras frigoríficas ou que movimentam mercadorias do ambiente quente ou normal para o frio e vice-versa. Observe-se: são duas as hipóteses em que se concede o intervalo para o empregado: a primeira, quando trabalha no interior de câmara frigorífica, situação em que, por motivo de saúde, se justifica o intervalo legalmente previsto, eis que o organismo humano não suporta por muito tempo a permanência em ambiente mantido com temperatura de congelamento (como é o caso das Câmaras Frigoríficas). A segunda hipótese, quando o trabalhador movimentam mercadorias de ambiente quente ou normal para o frio e vice-versa, situação em que o constante revezamento frio-calor também representa um perigo para a saúde do obreiro, com a fragilização de seu organismo, justificando-se o intervalo especial legalmente previsto. Nesse sentido, quando o parágrafo único do art. 253 da CLT esclarece a temperatura em que se considera “ambiente artificialmente frio”, está procurando estabelecer critério que defina a segunda hipótese de enquadramento no benefício previsto no *caput*, ou seja, quando a variação da temperatura é significativa para justificar o reconhecimento de um revezamento frio-calor que possa debilitar o organismo humano. Nesse sentido, concluo que não basta, para se beneficiar do intervalo especial do art. 253 da CLT, prestar serviços em ambiente artificialmente frio, pois apenas aqueles que se movimentam do ambiente frio para o quente/normal e vice-versa é que são os destinatários da norma, além, obviamente, daqueles que prestam serviços no interior das câmaras frigoríficas, onde o ambiente é mais do que artificialmente frio, chegando a atingir temperaturas tão baixas quanto as de congelamento. Com efeito, o simples

2 Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/NO_NOTICIAS.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=10423&p_cod_area_noticia=ASCS&p_txt_pesquisa=marfrig>. Acesso em: 13 set. 2010.

fato dos trabalhadores desenvolverem suas atividades em salas climatizadas, com temperatura artificialmente mantida em torno de 10°C, como é o caso das salas de cortes e outras repartições não destinadas ao armazenamento da carne, mas apenas ao seu manuseio, não pode justificar o enquadramento na exceção do art. 253 da CLT, seja em razão do aspecto gramatical (não há trabalho em câmara frigorífica ou revezamento de ambientes com temperaturas distintas), seja em razão dos aspectos sistemáticos e teleológicos da norma trabalhista, pois os intervalos especiais criados pelo legislador não decorrem da intenção de combater a fadiga, mas sim de reduzir o tempo de permanência em condições adversas à saúde orgânica do trabalhador e, trabalhar em ambiente frio, desde que devidamente agasalhado, não traz prejuízo à saúde do empregado e tampouco o intervalo especial servirá para preservá-la. Não faz sentido, no caso dos autos, o intervalo de 20 minutos a cada hora e quarenta, pois os trabalhadores deveriam apenas cruzar os braços, permanecendo no ambiente artificialmente frio, pois o deslocamento para ambiente normal ou quente, com o objetivo de descanso, poderia ser suficiente para debilitar seu organismo, em razão do choque térmico a que seria submetido. Repita-se: o intervalo previsto no art. 253 da CLT não tem como objetivo o descanso, pois não é a fadiga que se quer combater, mas sim a interrupção das condições de labor tidas como prejudiciais à saúde (revezamento frio-calor ou permanência em ambiente exageradamente frio). No caso em apreço, não restou comprovado que o reclamante trabalhava no interior de câmara frigorífica, tampouco que se ativasse em revezamento de ambientes frio-calor, motivo pelo qual não tem direito ao intervalo especial previsto no art. 253 da CLT. Dou provimento ao recurso para excluir as horas extras e reflexos deferidos na origem. [grifo do autor]

Porém, em 5 de março de 2010, o mesmo ministro, em acórdão no RR-21900-47.2008.5.18.0191, também sem qualquer juízo de reprovação, assim decidiu:

RR - 21900-47.2008.5.18.0191 - INTERVALO INTRAJORNADA PREVISTO NO ARTIGO 253 DA CLT - AMBIENTE ARTIFICIALMENTE FRIO - TEMPERATURA INFERIOR À DETERMINADA PELO MAPA OFICIAL DO MINISTÉRIO DO TRABALHO - DEVIDO. [...] Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, para fins de concessão de intervalo intrajornada previsto no artigo 253 da CLT, entende-se como câmara frigorífica

o ambiente artificialmente frio, no qual a temperatura é inferior à determinada no mapa oficial do Ministério do Trabalho. Logo, devem ser consideradas as condições de temperatura a que se submete o trabalhador, independentemente da denominação do local. PRECEDENTES. Incidência da Súmula 333 do TST e do parágrafo 4º do artigo 896 da CLT. Recurso de revista não conhecido. [grifo do autor]

Embora essa matéria seja pouco explorada pela doutrina, a cizânia jurisprudencial bem como a mudança de entendimento de um mesmo ministro justificam o presente estudo dirigido à devida interpretação do art. 253 da CLT.

A interpretação gramatical ou literal da lei, privilegiada pelos discípulos da Escola de Exegese, fundamenta-se no significado específico dos vocábulos empregados, num contexto de completude da lei.

Segundo Reale (2000, p. 261),

Sob o nome de “Escola da Exegese” entende-se aquele grande movimento que, no transcurso do século XIX, sustentou que na lei positiva, e de maneira especial no código civil, já se encontrava a possibilidade de uma solução para todos os eventuais casos ou ocorrências da vida social. Tudo está em saber interpretar o Direito. Dizia, por exemplo, Demolombe que a lei era tudo, de tal modo que a função do jurista não consistia senão em extrair e desenvolver o sentido pleno dos textos, para apreender-lhes o significado, ordenar as conclusões parciais e, afinal, atingir as grandes sistematizações.

Literalmente, o artigo em debate prevê o direito ao intervalo para recuperação térmica em duas situações alternativas: o trabalho no interior de câmaras frigoríficas ou a movimentação de mercadorias do ambiente quente ou normal para o frio e vice-versa, após 1 hora e 40 minutos de trabalho contínuo. Contudo, seu parágrafo único delimita a abrangência do que seja “artificialmente frio” para fins do referido artigo.

Desta forma, questiona-se: o parágrafo em questão refere-se à primeira parte do *caput* (trabalho em câmaras frias), à segunda parte (movimentação de mercadorias) ou a ambas?

Com relação à movimentação de mercadorias, o entendimento de que o parágrafo delimita o que seria considerado frio para efeitos da

concessão do intervalo não proporciona maiores dúvidas, uma vez que o preceito é explícito em afirmar sobre movimentação do ambiente quente ou normal para o “frio” e vice-versa.

E quanto à câmara frigorífica?

Câmara frigorífica é o ambiente artificialmente mantido à temperatura adequada para a conservação de alimentos e produtos perecíveis. É cediço que a baixa temperatura tem a propriedade de reduzir as reações químicas e biológicas degradantes dos alimentos, mantendo-os saudáveis por um maior período de tempo.

A armazenagem refrigerada pode ser dividida em três categorias gerais:

- I. Armazenagem temporária ou de curto prazo: geralmente utilizada pelos estabelecimentos varejistas, onde a venda dos produtos, em regra, acontece em curto prazo. O período de armazenagem situa-se entre 1 e 2 dias, raramente estendendo-se até 15 dias.
- II. Armazenagem de longo prazo: geralmente utilizada pelos atacadistas ou grandes redes comerciais. O período de armazenagem estende-se de sete a dez dias para alguns produtos sensíveis, tais como verduras, a cerca de seis ou oito meses para produtos de maior resistência, como cebolas e algumas carnes defumadas.
- III. Armazenagem congelada: usada para conservação de produtos perecíveis por períodos mais longos.

Para as duas primeiras categorias de armazenagem, o produto é refrigerado e mantido à temperatura acima de seu ponto de congelamento, enquanto que para a derradeira requer-se o congelamento entre -12°C e -25°C ³.

A câmara frigorífica (câmara fria) é composta basicamente por:

- I. módulo frigorífico: painel frigorífico (autoportante e desmontável) ou alvenaria (requer paredes/laje para isolamento térmico);
- II. porta frigorífica: giratória, de correr, guilhotina, entre outras;

3 Disponível em: <http://www.cabano.com.br/c%C3%A2maras_frigor%C3%ADficas.htm>.

III. equipamento de refrigeração: *split system* (remoto) ou *plug-in* (fixado na lateral da câmara); e

IV. acessórios: cortinas, divisórias, *pallets*, estantes, estrados entre outros.

O equipamento de refrigeração permite selecionar a temperatura de trabalho (*set point*) numa faixa entre $+20^{\circ}\text{C}$ até -45°C . Temperaturas inferiores a -45°C podem ser atingidas mediante a utilização de equipamentos em sistema de cascata, ou seja, o primeiro estágio refrigera e o segundo mantém a temperatura. Para temperaturas mais elevadas, utiliza-se equipamento para produção de calor (banco de resistências)⁴.

Como se pode notar, o termo “câmara frigorífica” pode se referir a câmaras com temperaturas que podem chegar a $+20^{\circ}\text{C}$, conforme a destinação e o modelo comercial utilizado.

Concluindo, a interpretação literal não é suficiente para extrair todo o alcance e finalidade da norma, devendo ser considerada como o início da atividade interpretativa do Direito e complementada pelas demais formas de interpretação.

Sob a perspectiva da interpretação histórica, a CLT foi criada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1^o de maio de 1943, e sancionada pelo então presidente Getúlio Vargas, unificando toda legislação trabalhista até então existente no Brasil. A realidade trabalhista à época era completamente diferente da atual.

Nas primeiras décadas do século XX, o Brasil ainda não possuía empresas de grande porte no segmento de frigoríficos. A atividade industrial nesse segmento era destituída de controle rigoroso de qualidade, como se observa nos dias atuais, e os procedimentos nas linhas de produção ocorriam a temperaturas próximas a 16 ou 17°C . Da mesma forma, os sistemas de refrigeração não eram tão eficientes, comprometendo o resfriamento de grandes ambientes.

Todavia, mesmo nesse contexto, o legislador trabalhista, atento ao princípio protetivo laboral e entendendo que as atividades desenvolvidas em ambientes frios eram certamente danosas à saúde dos

4 Disponível em: <<http://www.tectermica.com.br/camara-frigorifica.htm>>. Acesso em: 1^o ago. 2010.

trabalhadores, procurou um meio de abrandar essa condição. Num momento iluminado, estabeleceu o intervalo para descanso térmico direcionado para os que trabalhavam em “câmaras frigoríficas”, já que sequer existiam ambientes resfriados, como referido anteriormente.

Os ambientes industriais evoluíram buscando melhorar a qualidade do produto final, mas o ser humano não passou por um aprimoramento genético nem recebeu melhorias tecnológicas em seu organismo. Continua sendo um ser humano, sujeito a disfunções e doenças provocadas por agentes de risco cada vez mais agressivos, como o frio, no caso em estudo.

Dessa forma, não há como defender que a interpretação atual da norma em estudo tenha, deliberadamente, excluído os operários que laboram em ambientes refrigerados diversos da “câmara frigorífica”.

A interpretação sistemática privilegia o contexto/sistema normativo geral e particular no qual a norma em estudo está inserida, levando-se em conta a estrutura, hierarquia, coesão e unidade do sistema jurídico, a fim de se atingir o seu verdadeiro sentido e alcance. Na interpretação sistemática, as normas são analisadas dentro de um contexto interativo com as demais normas do arcabouço jurídico.

A proteção do trabalhador constitui preocupação constante no âmbito da OIT. Suas diretrizes estimulam a adoção de medidas administrativas e legislativas que importem na melhoria das condições do meio ambiente laboral, preservando a saúde e segurança dos trabalhadores. Neste sentido, o Brasil ratificou as Convenções n. 148, 152, 155 e 161.

O art. 6º da CRFB/1988 elenca a saúde, trabalho, segurança e a previdência social como direitos sociais de caráter fundamental. A segurança e higiene do trabalho alcançou status constitucional, tornando-se um dos direitos fundamentais do trabalhador, uma vez que o Capítulo II (Dos Direitos Sociais) está contido no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) da Constituição Federal, albergada pelo art. 7º, XXII, que estipula como direito dos trabalhadores urbanos e rurais a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”. O art. 196 anuncia que o direito à saúde deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem

à redução do risco de doença e de outros agravos. O art. 170 assevera que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, devendo ser observado, entre outros, o princípio da defesa do meio ambiente. Por seu turno, o art. 225 dispõe que “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Preconiza ainda que, para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente (art. 225, § 1º, VI).

Tais mandamentos constitucionais poderiam ser considerados de eficácia limitada e aplicabilidade indireta, na medida em que dependem de norma(s) integradora(s). Contudo, na seara laboral, essas normas, quando do advento da atual constituição, já existiam e estão inseridas nos arts. 154 e seguintes da CLT, com redação dada pela Lei n. 6.514/1977, e também nas portarias n. 3.214/1978 e 3.067/1988, emitidas com base no art. 155, I, da CLT, que aprovaram as normas regulamentadoras das ações e serviços em matéria de saúde, higiene e segurança no trabalho urbano e rural (“NRs” e “NRRs”). Ressalte-se que o art. 200 da CRFB/1988 atribui ao Sistema Único de Saúde (SUS) a execução das ações de vigilância sanitária e epidemiológica bem como as de saúde do trabalhador, colaborando na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Segundo Delgado (2004, p. 157), a Constituição Federal procurou esterilizar a atividade normativa do Estado, como critério geral, mediante portarias e diplomas semelhantes (conforme se infere do art. 25, I, do ADCT-CRFB/1988). Porém, não revogou ou proibiu essa atuação normativa no que diz respeito à área de saúde e segurança do trabalho (arts. 192 e 193 da CLT), constituindo exceção à regra geral, pois o art. 7º, XXII, da Carta estabelece ser direito do trabalhador a redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança. No mesmo sentido, os arts. constitucionais 196 e 197. Desse

modo, qualquer norma jurídica que programe políticas ou medidas de redução dos riscos inerentes ao trabalho será válida em face da Constituição, qualificando-se como efetivo dever do próprio Estado.

Segundo Rocha (2002, p. 276),

O Direito Ambiental do Trabalho é compreendido como sistema normativo que tutela o meio ambiente do trabalho (de forma imediata) e a saúde dos trabalhadores (de forma indireta), e como disciplina jurídica *in status nascendi*, que descreve e compreende essa proteção normativa, tendo em vista o trabalhador em seu entorno de trabalho. Convém registrar que essa disciplina se propõe estabelecer análise sobre a proteção jurídica ao meio ambiente do trabalho, absorvendo, principalmente, elementos do Direito do Trabalho (proteção à incolumidade do trabalhador) e do Direito Ambiental (proteção ao meio ambiente), sem descurar das influências de outras disciplinas, como o recente Direito à Saúde.

Assim, a tutela do meio ambiente do trabalho é essencial para a preservação da integridade física e mental do trabalhador, e, por conseguinte, da sua dignidade.

Nesse contexto, as atividades laborais consideradas perigosas bem como os níveis de tolerância para exercício do trabalho em condições insalubres, foram especificados na Portaria n. 3.214/1978 do Ministério do Trabalho, a qual aprovou as Normas Regulamentadoras sobre Segurança e Medicina do Trabalho, diploma com status de regra geral, abstrata e impessoal e qualidade de lei em sentido material.

Portanto, o direito social fundamental do trabalhador à redução dos riscos inerentes ao trabalho (art. 7º, inciso XXII, CRFB/1988) já está devidamente integrado e regulamentado nas normas supracitadas, e em plena condição de aplicabilidade imediata, assegurando aos trabalhadores o exercício de suas funções em ambiente seguro e sadio, restando ao empregador a obrigação de tomar as medidas necessárias para tanto.

No contexto tutelar trabalhista constitucional, observada a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a CLT, em seu capítulo referente à segurança e medicina do trabalho, dedica-se à regulamentação de todo o meio ambiente laboral, dispondo sobre insalubridade e pericu-

losidade nos arts. 189 a 197. O art. 178 anuncia que as condições de conforto térmico dos locais de trabalho devem ser mantidas dentro dos limites fixados pelo Ministério do Trabalho. Por sua vez, o art. 177 prevê que, se as condições ambientais se tornarem desconfortáveis, em virtude de instalações geradoras de frio ou de calor, será obrigatório o uso de vestimenta adequada ou de capelas, anteparos, paredes duplas, isolamento térmico e recursos similares, de forma que os empregados fiquem protegidos contra as radiações térmicas.

O Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), no uso da competência normativa delegada pelo legislador consolidado (CLT, art. 190 e 200), elegeu o frio como agente insalubre (anexo 9 da NR n. 15), estabelecendo que as atividades ou operações executadas no interior de “câmaras frigoríficas, ou em locais que apresentem condições similares”, que exponham os trabalhadores ao frio, sem a proteção adequada, serão consideradas insalubres em decorrência de laudo de inspeção realizado no local de trabalho, numa clara equiparação de câmaras frigoríficas a ambientes refrigerados para esse fim.

O item 17.5.2 da NR n. 17 prevê que, nos locais de trabalho onde são executadas atividades que exijam solicitação intelectual e atenção constante, tais como salas de controle, laboratórios, escritórios, salas de desenvolvimento ou análise de projetos, entre outros, recomenda-se a seguinte condição de conforto: [...] b) índice de temperatura efetiva entre 20°C e 23°C. Perfeitamente defensável que a operação laboral desenvolvida pelos trabalhadores que operam em ambientes artificialmente resfriados de frigoríficos enquadra-se em “atividades que exijam solicitação intelectual e atenção constante”, numa interpretação analógica do rol (não taxativo) do referido preceito. Contudo, ciente de que tal nível térmico é incompatível com o processamento do material biológico sob pena de sua degradação, também defensável a utilização analógica do padrão restritivo de jornada (intervalo) previsto na NR n. 29 (item 29.3.16), que cuida da segurança e saúde do trabalho portuário, na qual resta fixada uma jornada especial para “locais frigorificados”, resultado da aplicação do comando inserto no art. 253 da CLT e seu parágrafo único.

Conforme acima fundamentado, o art. 7º, XXII, da CRFB/1988, ao consagrar uma norma de direito fundamental, não pode ficar inerte em sede programática. Pelo contrário, já projeta a obrigação do empregador ou o tomador de serviços de implementar e manter um ambiente laboral seguro e sadio.

Isso posto, a melhor interpretação sistemática aponta no sentido de que o parágrafo único do art. 253 da CLT aplica-se tanto à parte inicial como à final do caput, sendo irrelevante o argumento de que tal artigo refere-se ao Capítulo I do Título III da CLT – “Das disposições especiais sobre a duração e condições de trabalho”, já que, sem dúvida, as normas jurídicas que regulamentam os intervalos para recuperação térmica constituem medidas de saúde e segurança no trabalho, direito fundamental constitucionalmente assegurado ao cidadão trabalhador, de caráter cogente (art. 7º, XXII, CRFB/1988).

Tal conclusão harmoniza-se perfeitamente com a interpretação teleológica retratada pelo art. 5º da Lei de Introdução do Código Civil, onde inevitável deduzir que tal objetivo refere-se à proteção da saúde do trabalhador.

Nessa quadra de análise dos regramentos normativos, é forçoso reconhecer que a atual interpretação do art. 253 da CLT implica a equivalência do conceito de câmara fria e ambiente artificialmente resfriado para fins de incidência da sua aplicação, já que o objetivo da redução térmica ambiental em ambos os casos é a preservação do produto termicamente perecível, ensejando o direito ao intervalo para recuperação térmica nas duas situações.

Ainda, ao dispor que o direito em questão está vinculado aos mapas climáticos do Ministério do Trabalho, cristalizou-se o princípio da igualdade material ou substancial. Segundo a Portaria 21, de 26 de dezembro de 1994, da Secretaria de Segurança e Saúde no Trabalho (SSST) do MTE, o mapa oficial do MTE, a que se refere o artigo em epígrafe, é o “Brasil climas”, da fundação IBGE e publicado no ano de 1978, que define as zonas climáticas brasileiras de acordo com a temperatura média anual, a média anual de meses secos e o tipo de vegetação natural.

A interpretação da norma trabalhista à luz dos princípios do Direito do Trabalho é de fundamental importância para a sedimentação da conclusão acima.

Na clássica lição de Mello (1981, p. 230),

Princípio é o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Diversamente do comum, o Direito do Trabalho tem por princípio assegurar uma maior proteção ao empregado a fim de se promover a autêntica igualdade na concepção material ou substancial.

Para Carrion (2000, p. 64),

Os princípios fundamentais de Direito do Trabalho são os que norteiam e propiciam a sua existência, tendo como pressuposto a constatação da desigualdade das partes, no momento do contrato de trabalho e durante seu desenvolvimento. Em decorrência disso, este ramo jurídico, por meio de suas regras e princípios, cumpre uma função tutelar do trabalhador, protegendo-o diante do detentor do poder econômico que o contrata.

Conforme o notório ensinamento de Rodriguez (2000) o princípio protetor, tutelar ou tuitivo manifesta-se em três dimensões: princípio *in dubio pro operario*, princípio da norma mais favorável e princípio da condição mais benéfica.

O princípio *in dubio pro operario* tem matiz eminentemente hermenêutica, orientando o operador do Direito que se depare com um preceito legal de sentido dúbio a eleger a interpretação mais benéfica ao trabalhador, desde que não afronte a nítida intenção do texto legal nem se trate de matéria probatória, pois as leis trabalhistas, por princípio, são protetivas do hipossuficiente.

Neste sentido manifesta-se Cesarino Junior (1957, p. 112):

Sendo o direito social, em última análise, o sistema legal de proteção dos economicamente fracos (hipossuficientes), é claro que, em caso de dúvida, a interpretação deve ser a favor do economicamente fraco, que é o empregado, se em litígio com o empregador.

Segundo Alonso García⁵, existem duas formas de se entender o princípio da norma mais favorável: sentido próprio e impróprio. No sentido impróprio, não se trata de eleger, entre várias normas aplicáveis, a mais benéfica ao empregado, mas privilegiar, dentre as várias formas de interpretar a lei, a mais favorável. Entretanto, nessa vertente, essa regra se confunde com a *in dubio pro operario*. Em seu sentido próprio, a regra se mostra efetiva quando existem várias normas aplicáveis à mesma situação jurídica.

Segundo Delgado (2004, p. 213), o *princípio in dubio pro operario* informa que o operador jurídico, em situações de confronto entre interpretações consistentes de certo preceito normativo, deve optar pela mais favorável ao trabalhador, referindo que tal princípio acha-se atendido com precisão pelo princípio da norma mais favorável entendido na dimensão interpretativa.

Deste modo, *data maxima venia*, imperioso discordar do ministro Marco Aurélio Giacomini (RR – 110840-67.2008.5.18.0003 DEJT – 21/05/2010)⁶:

[...] a singela invocação do agente físico frio como elemento autorizador para se estabelecer uma interpretação analógica entre o trabalho prestado em câmaras frigoríficas e aquele desenvolvido em outros ambientes artificialmente frios, nos quais o trabalhador permanece durante toda sua jornada, não encontra respaldo científico ou mesmo legal.

O conjunto interpretativo do complexo caput e parágrafo único do art. 253 da CLT permite estender seu âmbito de incidência para uma

5 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_26/artigos/LIMITA-COES.htm>. Acesso em: 22 set. 2010.

6 Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20110840-67.2008.5.18.0003&base=acordao&numProcInt=779348&anoProcInt=2009&dataPublicacao=21/05/2010%2000:00:00&query=>>>. Acesso em: 23 set. 2010.

situação implicitamente compreendida em sua letra, ou seja, a atual amplitude do preceito em tela delimitou o nível de temperatura no ambiente laboral abaixo do qual o labor continuado por mais de 1 hora e 40 minutos confere o direito ao intervalo para recuperação térmica, pois a sua finalidade é a preservação da integridade física do trabalhador. Dessa forma, para fins de concessão de intervalo térmico, entende-se como câmara frigorífica o ambiente artificialmente frio no qual a temperatura é inferior à determinada no mapa oficial do Ministério do Trabalho, sendo este o alcance a ser conferido à norma, restando inúteis definições literais restritivas sobre a expressão “câmara frigorífica”. Assim, pouco importa o nome do local onde o trabalhador opere e tornam-se relevantes os níveis térmicos a que ele é artificialmente submetido.

Do mesmo modo, *data venia*, não se pode concordar com o Ministro Emmanoel Pereira quando, no RR – 823/2008-096-24-00, refere:

Não faz sentido, no caso dos autos, o intervalo de 20 minutos a cada hora e quarenta, pois os trabalhadores deveriam apenas cruzar os braços, permanecendo no ambiente artificialmente frio, pois o deslocamento para ambiente normal ou quente, com o objetivo de descanso, poderia ser suficiente para debilitar seu organismo, em razão do choque térmico a que seria submetido.

Por uma questão de lógica, não faz sentido o trabalhador permanecer no ambiente laboral artificialmente resfriado durante a pausa térmica, já que o seu objetivo é evitar a exposição ao frio. Destarte, a fruição do intervalo deverá se dar fora do ambiente de trabalho refrigerado e em áreas com temperatura de 20°C ou mais (MORAES, 2009, p. 851). O deslocamento deverá contemplar a pertinente variação do gradiente de temperatura a fim de se evitar o choque térmico. Atingido o “abrigo”, deve-se remover as vestes superficiais e afrouxar as internas para se permitir a ventilação e evaporação do suor retido, substituindo-as quando úmidas.

O reconhecimento da necessidade/obrigatoriedade de concessão da pausa térmica harmoniza-se com a moderna tendência do Direito do Trabalho, que privilegia a redução da exposição do trabalhador aos agentes insalubres e combate o singular pagamento do adicional de

risco (monetização do risco). Nesse contexto, os intervalos laborais relacionados à saúde do trabalhador, lato sensu, devem se divorciar do aspecto meramente econômico. As normas legais a eles referentes alcançam status de normas de saúde pública, infenso à flexibilização, haja vista os arts. 7º, XXII, e 200, II, da CRFB/1988. Referendando tal entendimento, observa-se que o comprometimento da saúde do trabalhador é proporcional à exposição aos agentes insalubres, justificando, assim, a política de redução de exposição por meio de intervalos em vez do pagamento de adicionais exclusivamente.

Ressalte-se que a utilização de equipamentos de proteção individual (EPIs) não tem o condão de eliminar o direito ao intervalo, pois ineficaz sobre o regime especial de trabalho.

Por derradeiro, a pausa térmica é um intervalo intrajornada, que, conforme expresso no art. 253 da CLT, deve ser computado como trabalho efetivo, portanto, remunerado.

6 Ação civil pública e meio ambiente do trabalho – legitimidade do Ministério Público do Trabalho

A partir do final do século XX, a jurisdição brasileira atingiu uma mudança paradigmática, que, de predominantemente individual, passou a apresentar uma vertente coletiva graças à promulgação da Lei da Ação Civil Pública (LACP), da Constituição Federal e do Código de Defesa do Consumidor (CDC), consolidando o microcosmo da legislação coletiva no País.

A tutela jurisdicional coletiva, de indiscutível aplicabilidade na seara laboral, apresenta-se vantajosa em vários aspectos. Entre eles, a inegável garantia da efetividade (art. 5º, XXXV, CRFB/1988), celeridade processual (art. 5º, LXXVIII, CRFB/1988), uniformidade de tratamento judicial deferida à matéria litigiosa, além da imposição coletiva do *decisum*, resultado que singularmente conseguido beneficiaria apenas o autor da ação. Acrescente-se a despersonalização do empregado-autor na busca da tutela de seus direitos, pois inquestionável o tratamento discriminatório sofrido pelos que recorrem ao judiciário na vigência (ou

mesmo posteriormente) do contrato de trabalho, haja vista o estigma da “justiça dos desempregados” que paira sobre a justiça trabalhista.

Quanto à pausa térmica, o interesse em questão assume natureza híbrida, ou seja, tem matiz de direito coletivo (*stricto sensu*), na medida em que tutela os empregados ativos na empresa (interesses transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base) e perfil de direito difuso, pois tutela qualquer cidadão que porventura possa vir a trabalhar na empresa infratora (transindividual de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato).

A atuação do MPT não tem por base a tutela do interesse individual em litígio, mas o interesse de que a lei se cumpra, assegurando um saudável ambiente de trabalho que beneficie a coletividade. A deterioração da saúde do trabalhador não pode continuar sendo vista pela óptica da fatalidade, pois afeta a vida de cada cidadão, subtraindo-lhe a força de trabalho, sua principal condição de subsistência, e onera o sistema público de saúde e previdenciário no custeio dos danos decorrentes.

Lamentavelmente, com a *maxima venia*, alguns tribunais têm fulminado em seu nascedouro a ACP proposta pelo Ministério Público do Trabalho em defesa da pausa térmica, extinguindo-a sem resolução do mérito, com fundamento no art. 295, II, do CPC, sob o argumento de que tal pedido envolve a defesa de interesses de grupo determinado e perfeitamente identificado, divorciando-se do escopo clássico do MPT, que seria a defesa de interesses “coletivos”, indicando a reclamatória individual como o caminho a ser seguido para a sua “reparação”.

Neste sentido, o seguinte acórdão:

RO 0015000-63.2009.5.24.0056 de 27/05/2010 – ACORDAM os Desembargadores do Egrégio Pleno do Tribunal Regional do Trabalho da Vigésima Quarta Região, por unanimidade, aprovar o relatório e conhecer do recurso e das contrarrazões, nos termos do voto do Desembargador Abdalla Jallad (relator); por maioria, extinguir o processo sem julgamento do mérito, com fulcro no art. 267, IV, do CPC, nos termos do voto do Desembargador Nicanor de Araújo Lima, que foi acompanhado pelos Desembargadores

relator, João de Deus Gomes de Souza e Amaury Rodrigues Pinto Junior, vencidos os Desembargadores André Luís Moraes de Oliveira (revisor), Márcio Vasques Thibau de Almeida e Francisco das Chagas Lima Filho. Fonte: DO/MS Nº 791 de 11/06/2010.

Nas razões de decidir, manifesta-se o Relator Abdalla Jallad:

[...] Todavia, entendo que não é possível o deferimento do pleito por via de ação coletiva, pois, diante da enorme gama de situações laborais específicas existentes numa empresa do porte do réu, somente a análise caso a caso, com dilação probatória, é que permitirá a averiguação se houve de fato trabalho em ambiente artificialmente resfriado nos moldes exigidos pelo art. 253 da CLT. [...] Logo, para o deferimento do pedido há que se analisar cada situação fática, de forma individualizada, pois os trabalhadores desempenham funções diversas e cumprem jornadas de trabalho igualmente diversas. Assim, o referido pedido deve ser objeto de ação individual, na qual poderá haver amplo debate acerca das condições individuais do trabalho prestado, motivo pelo qual não cabe a condenação genérica conforme pretendido pelo autor. Destarte, diante do acima exposto, extingo o processo sem resolução do mérito, com fulcro no art. 267, IV, do CPC.

A prevalecer tal entendimento, consagrada estaria a monetização da saúde do trabalhador, que, prejudicado pela ação laboral em ambientes hostis, seria indenizado pela doença decorrente.

O critério da monetização, no qual há o comércio da saúde, além de perverso, pois se nutre da fragilidade econômica do obreiro, é injusto e inaceitável, uma vez que o empregador prefere indenizar a investir em saúde e segurança laboral, colidindo com os princípios da dignidade do trabalhador e valor social do trabalho. Ademais, o empregado, individualmente considerado, se encontra em franca desvantagem para demandar em juízo pessoalmente, haja vista a notória vulnerabilidade frente ao empregador.

Neste sentido, decisão judicial no Processo n. 751/2009 da VT/Mineiros⁷:

⁷ Disponível em: <<http://www.jurisway.org.br/v2/noticia.asp?idnoticia=37009>>. Acesso em: 5 set. 2010.

Decisão da juíza Fernanda Ferreira, em uma Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho, garantiu aos trabalhadores do frigorífico Marfrig, situado em Mineiros/GO, o direito ao intervalo para recuperação térmica nos termos do artigo 253 da CLT. A magistrada deferiu liminarmente a tutela antecipada requerida pelo MPT e ainda estabeleceu multa diária no valor de R\$ 120 mil, caso a empresa descumpra a determinação judicial. A decisão foi mantida pelo desembargador Mário Bottazzo, no julgamento liminar de um mandado de segurança impetrado pela defesa do frigorífico. Em seu voto, o desembargador afirmou que não vislumbrou nenhuma ilegalidade na decisão de primeiro grau. No MS, a empresa alegava a exiguidade do tempo concedido pela magistrada para o cumprimento da decisão e questionava o fato de que a multa poderia chegar a valores exorbitantes. Para a juíza Fernanda Ferreira, a tutela antecipada se justifica pelo fundado receio de dano irreparável, já que uma eventual sentença favorável não será capaz de restabelecer os danos iminentes à saúde dos incontáveis empregados que não estão tendo o intervalo de recuperação térmica. Ela ainda ressaltou, em sua decisão, que as inúmeras sentenças proferidas no mesmo sentido beneficiando individualmente os trabalhadores que recorreram à Justiça “não tiveram o condão de provocar mudança na postura do empregador”. A juíza informou que a ré figurou no polo passivo de aproximadamente 63% das ações ajuizadas na VT de Mineiros em 2008, sendo que dessas cerca de 55% veiculam pedido relativo ao intervalo para descanso térmico. “A Vara do Trabalho de Mineiros, há quase dois anos, publica mensalmente reiteradas decisões envolvendo a mesma questão, invariavelmente prestigiadas e mantidas pelo Egrégio Tribunal Regional do Trabalho”, concluiu. [grifo do autor]

Também, Mallet (2010, p. 652):

[...] Via de consequência, deixa também de haver, para o causador da lesão, o estímulo ao cumprimento da lei, decorrente da possibilidade de questionamento judicial do comportamento ilícito. Afinal, se cresce a perspectiva de permanecer sem reparação o enriquecimento contrário ao Direito, aumenta, para o causador da lesão, o estímulo econômico para a prática do ato que lhe propicia ganho, ainda que de forma ilegítima.

O cumprimento de sentença procedente em ação coletiva deverá ser conforme os arts. 95 e 97 do CDC, pois genérica (não delimita os

beneficiários da decisão) e ilíquida (não fixado o *quantum debeat*). Os substituídos na demanda coletiva procedente devem buscar, por requerimento judicial, a satisfação do interesse individual lesado, segundo a competência territorial prevista na CLT, pugnando pela habilitação e apuração de créditos (liquidação) e posterior execução. Desse modo, o procedimento liquidatório delimita não só o *quantum debeat* mas também o beneficiário da tutela coletiva deferida.

Neste sentido, o voto vencido de Francisco das C. Lima Filho em acórdão já transcrito (RO N. 0015000-63.2009.5.24.0056 de 27/05/2010):

[...] Segundo Carlos Henrique Bezerra Leite é “perfeitamente possível a ação civil pública que tenha por objeto a condenação em dinheiro na hipótese de tutela de interesses individuais homogêneos. Aqui, a condenação será genérica, por determinação do art. 95 do CDC, cabendo aos substituídos processualmente promover a liquidação, a título individual, cuja liquidação será obrigatoriamente por artigos, o liquidante deverá demonstrar o dano”. [...] Desse modo, tem o autor legitimidade e interesse para a propositura da presente ação não sendo assim possível acolher-se a tese de ilegitimidade e ausência de interesse trazida pela recorrente nos memoriais.

7 Conclusões

O Ministério Público desempenha um relevante papel na defesa dos direitos sociais constitucionalmente garantidos, como expressamente previsto nos arts. 127 e 129 da Constituição Federal, tendo legitimidade para propor ações judiciais para a defesa dos direitos coletivos *lato sensu*, nos termos dos arts. 6º e 83 da Lei Complementar n. 75/1993.

Indefensável a interpretação restritiva do art. 253 da CLT, extirpando-se do seu manto o trabalho em ambientes artificialmente refrigerados, uma vez que em risco a saúde do trabalhador, dimensão de sua própria vida, direito de natureza fundamental, de aplicabilidade imediata, com assento nos arts. 1º, III; 5º, *caput* e § 1º; 6º; 7º, XXII; 196; e 225, *caput*, da Constituição Federal, pois seu desiderato foi regular

a exposição do obreiro ao ambiente laboral notoriamente hostil, emergindo a pausa como indispensável para a sua saúde.

A efetiva tutela inibitória alcançada via ACP, cessando a prática empresarial supressora da pausa térmica por meio de medidas coercitivas relevantes, mostra-se o meio mais eficiente (quicá único) para alterar o perverso paradigma do empregador. Caso contrário, a este interessaria continuar na ilegalidade, indenizando os danos em (eventuais) reclamações trabalhistas individuais.

Nas palavras de Esteves (2003, p. 130):

Quando do início do trabalho, este autor dedicou-se a procurar saber como outras empresas similares no exterior haviam resolvido os problemas inerentes a essa atividade de corte de frango, para então, aproveitar as experiências para aplicação necessária; a resposta foi: “nós resolvemos isso muito bem em nosso País, pois compramos diretamente do Brasil o frango picado pronto para comer”.

Referências

- AGOSTINHO, Santo Bispo de Hipona. *A Trindade*. 2. ed. São Paulo: Paulus, 1994. (Patrística, 7).
- BUENO, Francisco da Silveira. *Dicionário escolar*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1993.
- CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CESARINO JÚNIOR, A. F. *Direito social*. São Paulo: Saraiva, 1957. v.1.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2004.
- _____. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTR, 2005.

DELGADO, Maurício Godinho. Efetividade da justiça nas relações individuais e coletivas do trabalho. *Revista Ltr*, v. 74, n. 6, jun. 2010.

ESTEVEES, M. J. Lourdes. *Implicações fisiológicas em trabalhadores expostos a ambientes frios na produção industrial dos abatedouros*. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2003. Disponível em: <<http://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/86209/194512.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 26 ago. 2010.

GALLOIS, P. S. N. *Análise das condições de stress e conforto térmico sob baixas temperaturas em indústrias frigoríficas de Santa Catarina*. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002. Disponível em: <https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:CGKPkWz61kgJ:www.labee.ufsc.br/sites/default/files/publicacoes/dissertacoes/DISSERTACAO_Nelson_Simoes_Pires_Gallois.pdf>. Acesso em: 25 set. 2010.

GOLDSMITH, R. *Cold and work in the cold*. Encyclopedia of occupational safety. Geneva/Switzerland: International Labour Office, 1989.

HADLER, N. M. Rheumatology and the health of workforce: arthritis rheumatism. *Official Journal of the American College of Rheumatology*. Atlanta/USA, 2001.

MALLET, Estevão. Considerações sobre a homogeneidade como pressuposto para a tutela coletiva de direitos individuais. *Revista Ltr*, v. 74, n. 6, jun. 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

MENDES, R. *Patologia do trabalho*. Rio de Janeiro: Atheneu, 1995.

MORAES, Giovani Araujo. *Normas regulamentadoras comentadas*. 7. ed. Rio de Janeiro: 2009.

NEVES, Castanheira. *Enciclopédia verbo da sociedade e do estado: interpretação jurídica*. Lisboa/São Paulo: Verbo, 1985. v. 3.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2002.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROCHA, J. C. de Sá. *Direito ambiental do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

RUAS, Á. C. *Conforto térmico nos ambientes do trabalho*. São Paulo: Fundacentro, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000.

Luana Lima Duarte Vieira Leal

Trabalho infantil artístico – aspectos
jurídicos de uma realidade fantasiada

Sumário

1 Introdução

2 Da diretriz geral de proibição do trabalho infantil

- 2.1 Parâmetros de alcance da expressão “trabalho infantil”
- 2.2 Regramento internacional
- 2.3 Ordenamento jurídico interno
- 2.4 Bens jurídicos tutelados pela regra geral de proibição do trabalho infantil

3 Do direito à livre manifestação artística e cultural de crianças e adolescentes em aparente conflito com a diretriz geral de proibição do trabalho infantil

- 3.1 Proteção jurídica ao direito de manifestação artística, cultural e de pensamento
- 3.2 O direito à manifestação artística em aparente rota de colisão com a proibição do trabalho infantil
- 3.3 Da ponderação dos valores em conflito aparente
- 3.4 Da solução trazida pela Convenção 138 da OIT

4 Condicionantes legais do labor de crianças e adolescentes em atividades artísticas

- 4.1 Trabalho artístico infantil e rótulos jurídicos da relação
- 4.2 Labor infantil artístico, respeito à proteção integral e à tutela prioritária da criança e adolescente
- 4.3 Autorização judicial – conteúdo básico da decisão e competência
- 4.4 Deveres dos titulares do poder familiar e do tomador do serviço – consequências jurídicas
- 4.5 Da atuação do Ministério Público do Trabalho

5. Considerações finais

1 Introdução

O presente estudo consiste em breve análise da normatividade acerca do trabalho infantil em atividades artísticas, considerando-se que determinado substrato fático aponta para uma relação de trabalho, independentemente do rótulo jurídico que lhe dê roupagem.

Uma das diretrizes gerais do ordenamento jurídico pátrio na tutela de direitos de crianças e adolescentes reside na estipulação de idade mínima para o trabalho, abaixo da qual o exercício de labor se faz proibido. Busca-se explicitar, de acordo com parâmetros legais existentes na temática, o alcance do que se considera trabalho infantil.

Ainda na órbita de delimitação da diretriz geral de vedação do trabalho infantil, é pertinente uma sucinta análise da doutrina da proteção integral e das razões diversas que fundamentam a vedação de exploração do trabalho infantil, uma vez que, evidentemente, tal modalidade de exploração constitui perverso óbice à plena fruição dos direitos fundamentais do ser humano em condição especial de desenvolvimento.

Adentra-se, depois, nas considerações sobre a aparente colisão de direitos fundamentais envolvidos no trabalho artístico por crianças e adolescentes. De um lado, é salutar para o desenvolvimento das múltiplas potencialidades humanas a oportunidade de manifestação artística e cultural, importantes instrumentos de plena formação desses menores; de outro, o direito à manifestação artística não pode representar salvo-conduto para exploração do trabalho infantil em atividades artísticas com fins econômicos.

Tendo em vista que os dois bens jurídicos acima mencionados gozam de especial proteção jurídica, a resolução do conflito aparente não obedece à lógica do tudo ou nada. Partindo-se da máxima de que não há direitos fundamentais absolutos, a diversidade de bens juridicamente protegidos impende na busca de uma solução ponderada, buscando-se maior preservação da efetividade dos direitos em aparente rota de colisão.

O resultado da construção conciliatória é o reconhecimento de condicionantes legais para que o trabalho infantil artístico seja juridicamente aceitável, uma vez que é exceção ao padrão geral proibitivo. Nesse passo,

destaca-se a predominância do aspecto da manifestação artística e não do resultado do trabalho em si, além da excepcionalidade do exercício da atividade profissional pela criança, que deve ter preservado o tempo essencial para sua formação educacional, atividades de lazer, convivência familiar e desenvolvimento lúdico, psíquico e moral. Quanto ao adolescente, há de se ter em mira, além da necessidade de preservação dos já mencionados direitos, o direito a uma formação profissional que lhe proporcione acesso a variadas oportunidades, segundo mérito pessoal.

Na esteira do reconhecimento de condicionantes jurídicas à permissão excepcional do trabalho infantil em atividades artísticas, passa-se à questão do enfrentamento jurídico de abusos de tal permissão legal. Considerando-se que a doutrina da proteção integral, acolhida pela Constituição vigente, coloca o Estado, a sociedade e a família, de forma solidária, em posição de garantes dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, há de se reconhecer o papel de cada um na tutela do direito da criança ao não trabalho e do adolescente à profissionalização.

Diante da realidade social hodierna e sob o pretexto de dar vazão ao direito de crianças e adolescentes à manifestação artística, reforçados pelo senso comum de que tais atividades são sempre benéficas e divertidas, são recorrentes situações de vulneração dos direitos fundamentais em tal contexto, o que demanda atuação repressiva e preventiva dos órgãos estatais envolvidos na missão de tutelar os direitos das pessoas em condição especial de desenvolvimento.

No presente caso, particularmente, o enfoque se voltará para o combate à exploração do trabalho infantil nas atividades referidas, o que atrai a legitimação do Ministério Público do Trabalho, sem se olvidar que o trabalho pode ser fonte de vulneração de outros direitos, a demandar também a atuação de outros órgãos estatais envolvidos.

2 Da diretriz geral de proibição do trabalho infantil

2.1 Parâmetros de alcance da expressão “trabalho infantil”

Embora não se possa delimitar um marco histórico para constatação do trabalho infantil, as primeiras regulamentações acerca do trabalho de

crianças e adolescentes remontam à época do próprio surgimento do Direito Laboral.

Ao longo da história, crianças já integravam a força de trabalho disponível a partir dos sete anos. Era requisito somente a reunião da aptidão física para o labor. Para Barros (2008), tal fato não era visto como reprovável do ponto de vista político, sociológico, econômico ou filosófico.

Como assevera Delgado (2009), com a Revolução Industrial, os grandes avanços tecnológicos modificaram substancialmente a forma de incorporação da mão de obra humana ao sistema. Houve deslocamento massivo de trabalhadores do campo para a cidade, desequilibrando a equação oferta/demanda de mão de obra, o que ensejou a exploração de trabalhadores em condições subumanas.

O maquinismo absorveu a mão de obra dos menores, já que a introdução da máquina como meio de produção dispensava a força física do obreiro adulto do sexo masculino. Ademais, a mão de obra infantil era mais barata e mais dócil (BARROS, 2008).

Movimentos insurgentes em face das precárias condições de vida e trabalho da classe operária advieram da maturação de tal contexto. E um dos aspectos centrais dessas reivindicações residia na coibição de abusos na exploração laboral infantojuvenil, levando a atuação de governos à regulamentação nesse sentido. A proteção de menor, inclusive, como lembra Nascimento (2009), citando Mario de La Cueva, é ato inicial do Direito do Trabalho.

A evolução do formato primário dos Estados capitalistas (liberalismo clássico) para o modelo do Estado do Bem-Estar Social levou ao incremento da discussão no âmbito da comunidade internacional acerca dos impactos negativos do trabalho no desenvolvimento de crianças e adolescentes, o que revelou crescente preocupação com a temática.

Para fins de delimitação conceitual, analisar-se-ão os parâmetros normativos hodiernamente existentes, tanto em âmbito internacional quanto no âmbito do ordenamento interno, que traduzem o padrão do que se considera como trabalho infantil.

2.2 Regramento internacional

A Convenção n. 138 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi o primeiro diploma internacional a dispor, de forma genérica, sobre a idade mínima para o trabalho. Como lembra Garcia (2009), desde a fundação daquele organismo internacional, foram editadas sucessivas convenções e recomendações sobre idade mínima para o trabalho, porém de forma setorial, considerados os segmentos de atividade econômica. Conforme exposto nos considerandos da Convenção n. 138 da OIT, a regulamentação legal da matéria, além de substituir outros diplomas internacionais vigentes à época de sua edição, visou à paulatina erradicação do trabalho infantil. Segundo o art. 1º do citado diploma, a consecução de tal desiderato efetivar-se-á pelo compromisso dos Estados-Membros pactuantes de elevarem, gradualmente, em suas ordens internas, a idade mínima para admissão no trabalho, sem prejuízo de adoção das competentes políticas públicas.

Os critérios centrais de estipulação da idade mínima adotados pela Convenção n. 138 são o desenvolvimento humano (art. 1º, parte final) e a conclusão de escolaridade compulsória (art. 2º, § 3º). Embora a própria convenção não estipule diretamente a idade mínima abaixo da qual considera hipótese de trabalho infantil, é possível se inferir como tal a exploração do labor de pessoa com menos de dezoito anos, idade mínima superior e que, progressivamente, deverá ser alcançada.

Reforçando tal conclusão, Goulart (2005, p. 96) lembra:

Para perfeita compreensão dos objetivos visados por essa convenção e para a adequada interpretação e aplicação de suas normas, não se pode perder de vista: que os documentos (declarações e convenções) editados pelas Organizações internacionais consideram como criança todo ser humano com menos de dezoito anos; que os documentos (declarações e convenções) editados pelas Organizações Internacionais utilizam a palavra infantil para qualificar as atividades relacionadas às pessoas que estão na faixa etária compreendida entre zero e dezoito anos incompletos.

Sendo cediço que a exploração do trabalho infantil não é uniaxial e observando-se que sua incidência é tanto maior quanto menor o nível

de desenvolvimento econômico e social de dada coletividade, fatores condicionantes de uma arraigada correlação fatalista entre pobreza e trabalho infantil, a Convenção n. 138 da OIT estabeleceu idades mínimas diferenciadas para período de transição, até total erradicação do trabalho infantil.

Permitiu-se, em caráter excepcional, a admissão para o trabalho a partir dos quinze anos (conforme art. 7º, § 2), desde que: a) o emprego ou trabalho não prejudique a saúde, a segurança e a moral do adolescente; b) tenha o adolescente concluído a escolarização compulsória, ou, caso não a tenha concluído, em serviços leves que não prejudiquem sua frequência escolar, assegurada sua participação em programas de orientação profissional ou de formação aprovados pela autoridade competente, e sua capacidade de se beneficiar da instrução recebida.

É de bom alvitre frisar que, quanto à idade mínima básica acima citada (15 anos), há expressa recomendação de sua elevação para 16 anos, conforme art. 3º, § 3, o que também consta da Recomendação n. 146, II-7, da OIT.

Considerando os diferentes graus de desenvolvimento das condições acima aludidas, em relação aos países-membros signatários, o mesmo art. 7º da Convenção n. 138 da OIT permite também, condicionando às mesmas hipóteses acima previstas, a minoração da idade mínima entre treze e quinze anos (que corresponde à idade mínima inferior).

A idade mínima inferior ainda pode ser novamente rebaixada, em caráter excepcionalíssimo, caso o Estado-Membro signatário (cuja economia e condições de ensino não estiverem suficientemente desenvolvidas) se valha do § 4º, art. º, e substitua as idades mínimas de 13 e 15 anos, previstas no art. 7º, § 1, pelas idades de 12 a 14 anos, e a idade mínima prevista no § 2 do mesmo artigo (15 anos) por 14 anos.

Por fim, tem-se a idade mínima superior, que é de dezoito anos, sendo vedada a admissão de menores de dezoito anos para qualquer tipo de emprego ou trabalho que, pela natureza ou circunstância em que é executado, possa prejudicar a saúde, a segurança e a moral do jovem (art. 3º, § 1).

Os *experts* da OIT distinguem, para trabalhos insalubres, prejudiciais ao desenvolvimento moral ou social do adolescente, a idade mínima básica de 15 anos (em casos excepcionais 14); a idade mínima inferior de 13 a 15 anos (excepcionalmente 12 a 14), para trabalhos leves; e a idade mínima SUPERIOR de 18 anos (OLIVEIRA, 2007).

Feito um breve apanhado das idades mínimas para admissão no emprego e tendo em conta a já referida concepção da normativa internacional no sentido de considerar como trabalho infantil aquele realizado por pessoa menor de dezoito anos, analisar-se-ão as disposições protetivas nacionais a respeito.

2.3 Ordenamento jurídico interno

O direito vigente passou, ao longo da evolução político-constitucional, a incorporar (salvo retrocessos, sobretudo no Regime Militar), diversos direitos sociais e trabalhistas, demonstrando preocupação crescente com a idade mínima para admissão no emprego. Do início do Regime Republicano até a Constituição de 1967, a idade mínima oscilou entre doze e catorze anos (GARCIA, 2009).

A ratificação da Convenção n. 138 da OIT é relativamente recente (28.6.2001), tendo sido promulgada pelo Decreto n. 4.134/2002, com vigência nacional em 28 de junho de 2002. Apesar do tempo transcorrido entre aprovação da Convenção (1973) e vigência nacional, a Constituição de 1988 já havia incorporado em seu texto original as diretrizes do instrumento internacional.

Na redação original, a Constituição de 1988 seguiu o parâmetro da idade mínima inferior excepcional prevista na Convenção n. 138 da OIT (de 12 a 14 anos), estabelecendo idade mínima de catorze anos para o trabalho comum, facultado o trabalho em regime de aprendizagem para os maiores de doze anos. Vedou o trabalho perigoso, insalubre e noturno para menores de dezoito anos. Com a EC n. 20/1998, tais idades foram alteradas para dezesseis anos em relação ao trabalho ordinário, e catorze anos para a aprendizagem, mantida a proibição de trabalho insalubre, perigoso ou noturno para menores de 18 anos. Como assevera Goulart

(2005), além dos critérios da Convenção n. 138, a elevação referida também atendeu ao conteúdo da Recomendação n. 146 da OIT.

De acordo com a ordem jurídica vigente, citam-se as seguintes idades mínimas: a) idade mínima de catorze anos para trabalho de adolescente na condição de aprendiz; b) idade mínima intermediária, a partir dos dezesseis anos, exceto em atividades insalubres, perigosas e trabalho noturno; idade superior de dezoito anos, a partir da qual cessam as restrições de proteção do trabalho infantojuvenil. Para fins de atração da tutela especial, segue-se a mesma diretriz do regramento internacional já mencionado (embora, para outros fins, o ordenamento jurídico pátrio distinga, de acordo com a idade, criança – de zero a doze anos incompletos – e adolescente – de doze anos a dezoito anos incompletos).

2.4 Bens jurídicos tutelados pela regra geral de proibição do trabalho infantil

Partindo dos parâmetros de caracterização do trabalho infantil, far-se-á uma breve análise sobre a base doutrinária da proteção de crianças e adolescentes na temática do trabalho bem como sobre os principais direitos que são tutelados a partir da vedação genérica do trabalho infantojuvenil, e que podem ter por fator de aviltamento a exploração do labor de crianças e adolescentes.

2.4.1 Doutrina da proteção integral

A tutela dos direitos de crianças e adolescentes brasileiros assenta-se sobre a doutrina da proteção integral, claramente incorporada à Constituição vigente no art. 227. Evoluiu-se da doutrina do menor em situação irregular (incorporada ao Código de Menores de 1927), predominante ao longo da evolução jurídica tutelar de crianças e adolescentes, para o pressuposto de que aqueles são sujeitos de direitos.

Como bem sintetiza o seguinte trecho, extraído de parecer jurídico apresentado pelo Ministério Público do Trabalho sobre PECs de redução da idade mínima para admissão no trabalho e emprego, em nota técnica da COORDINFÂNCIA (2007):

A criança e o adolescente, considerados, assim, cidadãos plenos, portadores da condição peculiar de pessoas em desenvolvimento - e não adultos em miniatura ou pessoas incompletas -, alçam-se à condição de sujeitos de direitos, não sendo mais visualizados como meros objetos de direitos. Fez-se ruir, assim, a vetusta doutrina assistencialista que embasou os Códigos de Menores de 1927 e 1979. Como acentua Josiane Rose Petry Veronese, é clara a mudança do paradigma do direito tutelar, caracterizador da 'doutrina da situação irregular', para um direito protetor responsabilizador, da 'doutrina da proteção integral'.

Para Goulart (2005), a doutrina referida está fundamentada no seguinte tripé: a) reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos; b) reconhecimento da criança e do adolescente como seres humanos em desenvolvimento; c) prioridade absoluta.

O primeiro implica a superação da concepção do menor-coisa, encarando-o como titular de direitos fundamentais, que devem ser respeitados e concretizados, com prioridade absoluta, pela sociedade, pela família e pelo Estado.

O reconhecimento de que crianças e adolescentes são seres humanos em especial condição de desenvolvimento, por seu turno, decorre do fato de que o desenvolvimento integral do ser humano tem nos estágios que antecedem a vida adulta sua etapa decisiva, devendo ser asseguradas as condições necessárias para tanto.

A prioridade absoluta impõe ao Estado, à família e à sociedade atuação positiva na efetivação dos direitos de crianças e adolescentes, proporcionando-lhes condições adequadas para seu desenvolvimento integral, com primazia, por meio de políticas sociais básicas, políticas de atenção especial e políticas de garantias, consoante arts. 86 a 88 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Entre os aspectos abrangidos pela doutrina da proteção integral (art. 227, § 3º, I a III, da CRFB/1988), têm destaque os de cunho trabalhista: a) o direito das crianças ao não trabalho, consubstanciado na idade mínima para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII, da CRFB; b) garantia de direitos previdenciários e trabalhistas; c) garantia de acesso do trabalhador adolescente à escola.

A razão da referida abrangência reside no pressuposto de que nesse estágio do desenvolvimento humano, o trabalho interfere negativamente, impondo cargas psicobiológicas que a pessoa não pode suportar sem prejuízo do seu desenvolvimento físico, mental e intelectual. (GOULART, 2005, p. 104).

Convém traçar também uma breve menção a alguns direitos fundamentais de crianças e adolescentes que são resguardados pelo combate à exploração do trabalho infantojuvenil.

2.4.2 O trabalho como óbice à plena fruição dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes. Alguns direitos protegidos por meio da proibição do trabalho infantil

O desrespeito à idade mínima para admissão em trabalho ou emprego e a violação de normas protetivas do trabalho do adolescente são fontes de evidente vulneração dos direitos fundamentais da pessoa em especial condição de desenvolvimento.

Segundo Zangrando (2008), os fundamentos da proteção da criança e adolescente em matéria laboral são de diversas ordens, entre as quais: a) fisiológica – o desenvolvimento físico infantojuvenil deve realizar-se em condições de normalidade, o que pode ser prejudicado por trabalhos desproporcionais ou excessivos; b) de segurança, para evitar a exposição de menores aos riscos inerentes ao trabalho; c) moral e cultural, uma vez que tanto a família quanto o Estado têm o dever de zelar pela plena formação educacional, física, intelectual e moral de crianças e adolescentes.

Entre as consequências da violação do direito ao não trabalho da criança e do direito do adolescente à profissionalização, podem-se citar: a) desrespeito ao disposto no art. 227 da CRFB, que impõe ao Estado, à família e à sociedade o dever de proteger crianças e adolescentes contra a exploração, violência e opressão; b) violação do direito à formação educacional plena e ao desenvolvimento integral; c) violação ao direito ao lazer, à convivência familiar e comunitária, pois o trabalho retira da criança o tempo disponível para tanto; d) riscos à saúde, em diversos aspectos; e) comprometimento da formação moral da pessoa; f) o desrespeito ao direito à profissionalização condena o adolescente que ingressou premat-

uramente no mercado de trabalho a permanecer à margem da sociedade, já que lhe é negado o direito à preparação e habilitação adequadas para acesso a postos mais valorizados no mercado de trabalho.

Ante as graves consequências do trabalho precoce para a pessoa em desenvolvimento, deve ser conferida a máxima efetividade às normas constitucionais que visam coibir a exploração do trabalho infantil, sendo inadmissíveis exceções de cunho genérico, que implicariam verdadeira burla ao direito fundamental das crianças ao não trabalho e do direito dos adolescentes à profissionalização.

Vale lembrar que o rol de direitos fundamentais de crianças e adolescentes elencados no art. 227 da CRFB não é taxativo, mas meramente exemplificativo, seguindo a principiologia que rege o reconhecimento de direitos desta estirpe, como ressalta Tavares (2008), não excluindo outros que ali não tenham sido mencionados. A respeito, dispõe o art. 5º, § 2º, da Constituição da República:

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.

O direito ao não trabalho deve ser reconhecido como direito fundamental, devendo crianças e adolescentes ser colocados a salvo de todas as formas de exploração, repudiando-se obstáculos à plena fruição de seus direitos, em respeito a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Há de se ter em mira que a tutela do direito ao não trabalho das crianças e do direito à profissionalização dos adolescentes tem caráter finalístico em relação aos mencionados direitos e aspecto instrumental em relação a outros direitos, entre os quais: o direito ao desenvolvimento humano integral, direito à formação educacional, o direito à vida, à saúde física e mental, ao lazer, à convivência familiar e comunitária, à cultura, ao respeito e à dignidade. E, em virtude da amplitude conferida ao direito à proteção integral (art. 227, § 3º), aliada à já referida característica de tais direitos fundamentais, a indicação taxativa dos bens jurídicos resguardados pelo direito ao não trabalho resta inviabilizada.

É óbvio que a mera proibição do trabalho infantil, por si só, não tem o condão de fazer valer o direito ao não trabalho e demais direitos que podem ser resguardados com a sua efetivação. Como assevera Martinez (2010, p. 584): “a exigibilidade de labor de quem não tem idade para trabalhar é uma patologia social que não é solucionada por meio de mera norma proibitiva”.

Na mesma esteira, assinala Oliveira (2007), propondo que o “vazio” criado pelo *não jurídico* (jurídico da proibição) seja preenchido pelo *sim jurídico* (da efetivação e fruição plena de diversos direitos, como direito à escola, ao lazer, à convivência familiar e ao acesso a políticas públicas que garantam a efetivação destes direitos).

A efetivação do direito ao não trabalho e respeito às normas protetivas que regem o trabalho do adolescente, quando permitido, é questão que transpassa os lindes meramente jurídicos, devendo buscar-se soluções que enfrentem as diversas causas do problema. É de bom alvitre frisar que, embora se aponte a conjuntura socioeconômica vivenciada por certa sociedade ou observada em certos segmentos, nem sempre a pobreza é causa determinante da exploração do trabalho infantojuvenil.

3 Do direito à livre manifestação artística e cultural de crianças e adolescentes em aparente conflito com a diretriz geral de proibição do trabalho infantil

3.1 Proteção jurídica ao direito de manifestação artística, cultural e de pensamento

O direito fundamental à manifestação artística consta do art. 5º, IX, da CRFB/1988: “é livre a expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

Acerca do referido dispositivo legal, Tavares (2008) afirma sua amplitude, refletida no significado da locução “liberdade de expressão”, cuja imprecisão terminológica seria proposital, de forma a contemplar, sob tal manto amplo, diversas facetas da liberdade de expressão.

Uma dessas facetas, para Serrano Nunes (apud TAVARES, 2008), consiste nas atividades artísticas, enquanto meios de exteriorização de sensações e pensamentos, a partir de manifestações diversas, tais como a música, pintura, dança, fotografia, dramaturgia, entre outras.

O espectro da referida expressão é compatível com a própria natureza dos direitos ali elencados, constituindo verdadeira garantia de sua plena fruição. Não houve regulamentações restritivas ao exercício do direito, nem modais, nem subjetivas, o que lhe confere a máxima eficácia e proteção (MARQUES, 2007).

Segue-se com uma breve abordagem dos bens jurídicos em aparente rota de colisão, em hipóteses em que a manifestação artística de crianças e adolescentes, em virtude de sua inserção em atividade economicamente explorada, enquadre-se no gênero relação de trabalho como atividade que envolve “dispêndio de energia pelo ser humano, objetivando resultado útil” (DELGADO, 2009, p. 266).

3.2.0 direito à manifestação artística em aparente rota de colisão com a proibição do trabalho infantil

Não havendo restrições quanto ao sujeito titular do direito à livre manifestação artística e sendo assegurados pela própria Carta vigente (art. 5º, XXVIII) os consectários econômicos às participações individuais em obras coletivas e à reprodução e voz humanas, o exercício do direito à manifestação artística de crianças e adolescentes, com a sua participação em obras ou atividades passíveis de apropriação econômica, pode gerar os referidos efeitos, o que impende no reconhecimento do trabalho infantojuvenil, nos moldes dos parâmetros acima definidos (trabalho por ser humano menor de 18 anos).

A hipótese acima descrita envolve dois direitos de igual hierarquia, em aparente rota de colisão: o direito à manifestação artística de crianças e adolescentes e a proibição genérica da exploração do labor infantojuvenil.

O direito à manifestação artística não é exclusividade de adultos. Pelo contrário, a norma que o assegura o faz com a maior amplitude

subjetiva, objetiva e circunstancial possível, não impondo condicionantes ao seu exercício na própria norma assecuratória. Para crianças e adolescentes, o fomento à manifestação artística é mesmo salutar, sendo importante instrumento de estímulo ao pleno exercício das múltiplas aptidões daqueles. E, como lembra Oliveira (2007), há uma vasta gama de oportunidades para o desenvolvimento e exibição artística da criança e do adolescente em escolas e instituições voltadas para formação artística, em clubes recreativos, em atividades de programas sociais.

É de se ressaltar que a própria formação educacional, aspecto essencial para desenvolvimento do ser humano, deve, segundo a CRFB (art. 208, V), incorporar estímulo à manifestação artística, uma vez que o direito à educação inclui a garantia de acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um.

De outro turno, e em aparente rota de colisão, estão a diretriz genérica de vedação ao trabalho infantil (art. 7º, XXXIII) e o direito ao não trabalho de menores de 16 anos (ou menores de 14 anos, na condição de aprendiz).

No entanto, como ressalta Lenza (2009), tratando-se de bens jurídicos que gozam de igual hierarquia no sistema jurídico brasileiro, não havendo direitos absolutos, o conflito é apenas aparente, já que o próprio sistema trata de ofertar respostas para sua resolução, preservando a máxima eficácia dos direitos envolvidos, conforme se abordará adiante.

3.3 Da ponderação dos valores em conflito aparente

A resolução de conflitos entre duas posições protegidas como direitos fundamentais distintos, para Mendes (2009), suscita a diferenciação de normas em regras e princípios. Isso porque o conflito entre duas normas do tipo regra, caracterizadas pela proibição ou permissão de condutas em termos categóricos, se resolve com critérios de resolução de antinomias, que, em suma, levam em conta aspectos de aferição da validade. Em termos de direitos fundamentais, entretanto, a tipologia mais frequente é de princípios, cuja resolução de conflitos segue lógica diferente.

Segundo Canotilho (apud MENDES, 2009, p. 318), princípios “são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas”.

Disso decorre que a discussão no plano da validade merece à resolução de conflitos entre princípios. Nesses casos, a solução deverá ser conciliatória com a máxima preservação das normas em aparente norma de colisão, em respeito aos princípios hermenêuticos da máxima efetividade, da unidade da Constituição, da concordância prática, da força normativa da Constituição e princípio da razoabilidade ou proporcionalidade (TAVARES, 2008).

Tal resposta somente será viável com a consideração das normas em conflito no caso concreto, quando serão ponderadas as extensões variadas de aplicação dos princípios em aparente colisão, com maior ou menor restrição de um em prol da máxima aplicação do outro, mas sempre com a preservação dos bens jurídicos tutelados na espécie.

A ponderação dos bens jurídicos que gozam de fundamentalidade liga-se ao princípio hermenêutico da proporcionalidade. Segundo tal cânone interpretativo, a restrição mínima de um direito deve ser medida adequada, necessária e a que melhor atenda, com o menor sacrifício, à efetividade do outro direito em colisão (MENDES, 2009).

Na tipologia dos princípios, encaixam-se perfeitamente os direitos fundamentais mencionados, em aparente rota de colisão. Tanto a proteção da criança e do adolescente em face da exploração laboral quanto a proteção da manifestação artística de crianças e adolescentes são mandados de otimização, que impõem aos destinatários das normas a realização dos direitos em espécie com a maior extensão possível.

A par da solução trazida pela Convenção n. 138 da OIT, a harmonização entre dois direitos fundamentais aparentemente colidentes na hipótese de exercício de atividade artística passível de apropriação econômica por crianças e adolescentes deverá observar as peculiaridades do caso concreto, que darão a correta dimensão da necessidade de prevalência casuística de um direito com a máxima preservação do outro.

Considerando-se que tanto a coibição da exploração do labor infantil quanto a manifestação artística são direitos fundamentais, qualquer

solução que propugne a apriorística e radical aplicação de um em detrimento da aplicação do outro será medida em desacordo com o princípio da proporcionalidade, uma vez que tal medida será inadequada, desproporcional em sentido estrito e desnecessária à maximização da efetividade de ambos os comandos de otimização.

3.4 Da solução trazida pela Convenção n. 138 da OIT

A Convenção n. 138 da OIT há de ser reconhecida como norma que estipula direitos humanos de crianças e adolescentes, traduzindo, nessa temática, um patamar civilizatório mínimo no plano internacional.

Consoante Barzotto (2009), uma das diretrizes interpretativas da Declaração da OIT, relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho (1998), reconhece que o conteúdo dos direitos humanos dos trabalhadores, entre os quais os relacionados à erradicação do trabalho infantil, os torna superiores às demais fontes do direito laboral, tanto internas quanto alienígenas.

Embora as limitações do presente estudo não permitam aprofundamento das digressões sobre o *status* do ingresso de normas internacionais no ordenamento jurídico, uma breve explanação sobre esse assunto se faz pertinente, uma vez que o enquadramento da norma como ordinária ou norma constitucional fundamental é decisiva não só para demonstração da força normativa da Convenção n. 138 da OIT como também para definição de critérios de resolução das normas em conflito na hipótese em tela.

Em breves linhas, há quatro correntes sobre a hierarquia dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, como lembra Piovesan (2010): a) supraconstitucional; b) constitucional; c) infraconstitucional, mas supralegal; e d) paridade entre tratado e lei ordinária.

A questão do *status* de ingresso da Convenção n.138 deve levar em conta o aspecto cronológico, vale dizer, a conformação constitucional vigente quando de sua internalização (2002). Isso porque, com a EC n. 45/2004, a questão restou disciplinada expressamente no § 3º do art. 5º que versa sobre o procedimento legislativo de equiparação formal de normas internacionais sobre direitos humanos a emendas constitucionais.

Desconsiderando a referida reforma, inexistente à época da ratificação da convenção, vale frisar que, ao término do art. 5º da CRFB, consta cláusula de abertura de direitos fundamentais, presente desde a edição da carta vigente (§ 2º). Tal dispositivo, para Sarlet (2009), é suficiente para se considerar a internalização constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos, uma vez que são veiculadores de direitos fundamentais.

Compartilhando do mesmo entendimento, Piovesan (2010) defende que, em matéria de hierarquia, os tratados referentes a direitos humanos detém *status* constitucional e aplicação imediata, já que traduzem direitos diretamente relacionados à dignidade da pessoa humana.

De tais considerações, é razoável concluir-se pela natureza materialmente constitucional das normas previstas na Convenção n. 138 da OIT, considerando-as integrantes do bloco de constitucionalidade das normas fundamentais. A novel redação do § 3º do art. 5º apenas admite a assunção do caráter formalmente constitucional dos tratados internacionais submetidos a processo legislativo específico, não destituindo as normas internacionais sobre direitos humanos, anteriormente ratificadas, da referida característica.

Demonstrada a natureza das normas da Convenção n. 138 da OIT, imperioso analisar sua coexistência com as normas de direito interno. É bem verdade que, na temática do trabalho infantil artístico, a nota de fundamentalidade dos direitos em aparente rota de colisão já suscitaria uma solução ponderada, que levasse em consideração as peculiaridades do caso concreto, pelos motivos brevemente apontados supra. Todavia a referida convenção traz disposição própria que reflete uma solução igualmente ponderada, em caráter excepcional e considerado o caso específico e concreto.

Trata-se do disposto no art. 8º, item 1, da Convenção n. 138 da OIT:

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

Ao contrário de outras disposições especiais da referida convenção que, em certa medida, relativizam normas gerais estipuladoras de idades mínimas para admissão no emprego, levando em conta o estágio do desenvolvimento econômico e social dos Estados pactuantes (que, para que se possam valer de tais prerrogativas devem, previamente, atender a requisitos específicos, de molde a justificar e a se submeter às condicionantes previstas nos artigos 4º e 5º da norma em comento), o disposto no art. 8º, item 1, não traz exceções apriorísticas e abstratas.

É de bom alvitre evidenciar que o Brasil não se valeu daquelas normas especiais que relativizam, abstratamente, as idades mínimas para admissão no emprego. Por outro lado, o disposto no art. 8º, item 1, que traduz possibilidade de exceção à idade mínima, para fins de representação artística, de forma específica e individualizada, é aplicável ao estado brasileiro, já que, apesar de suas considerações de ordem concreta e ponderada, aplica-se a todos os estados pactuantes, independentemente de outros requisitos para ativação interna de tal dispositivo (MARQUES, 2007).

No tópico seguinte, far-se-á uma abordagem dos aspectos a serem considerados para autorização excepcional do trabalho infantil artístico bem como de algumas respostas jurídicas para os casos de abuso.

4 Condicionantes legais do labor de crianças e adolescentes em atividades artísticas

4.1 Trabalho infantil artístico e rótulos jurídicos da relação

Como já referido no último item do capítulo anterior, não houve, sobretudo no que se refere à idade mínima, incorporação à ordem interna de regras que excepcionam, abstratamente, o padrão de tutela do labor infantil, nem mesmo quanto a determinadas atividades ou setores de economia, razão pela qual a regra é de proibição total da exploração laboral infantojuvenil.

A tutela jurídica do trabalho infantil artístico pressupõe o substrato fático respectivo, a participação de crianças ou adolescentes em ativi-

dades artísticas que gerem resultado útil. O fim último visado não é a mera manifestação de liberdade de expressão ou a vazão ao potencial artístico da criança ou do adolescente, muito menos a manifestação artística e cultural como “princípio educativo” (COSTA, 2009).

Para Liberati (2006, p. 27), definir o trabalho e delimitar seu papel social é tarefa de difícil execução, mas, ainda assim, é possível destacar aspectos cruciais: “[...] conduta humana, realizada através de esforço voluntário e consciente, para obtenção de recursos, riquezas, para a geração de capital ou satisfação das necessidades pessoais”.

A caracterização do trabalho infantil artístico, por óbvio, não escapa da reunião de tais elementos. O trabalho artístico, embora não gere produtos concretos, tem resultado útil, como obras cinematográficas, televisivas, musicais, de moda, atividades circenses, entre outras. Tais atividades geram divisas e têm consectários pecuniários tutelados pelo Direito, o que se estende aos que delas participam (art. 5º, XXVIII, da CRFB).

Sob tal enfoque, o labor infantojuvenil artístico pode se desenvolver tanto na modalidade autônoma quanto com vínculo empregatício. A caracterização do rótulo jurídico segue a mesma sistemática vigente na diferenciação entre trabalho autônomo e trabalho subordinado, sendo elemento diferenciador a subordinação ao tomador, ausente na primeira modalidade e presente na segunda (BARROS, 2008).

No caso em análise, mesmo diante da ausência do elemento subordinação, deve-se reconhecer que as responsabilidades do tomador do serviço e da família estão sempre presentes, diante do princípio da proteção integral, insculpido no art. 227 da CRFB.

Assim, independentemente do rótulo jurídico da relação, a tutela prioritária impõe a todos os envolvidos, sobretudo à família e ao tomador de serviços, a garantia dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes que laborem em atividades artísticas quando permitido. Algumas condições especiais básicas se impõem para a excepcional e específica admissibilidade de labor infantil artístico, conforme adiante se verá.

4.2 Labor infantil artístico, respeito à proteção integral e à tutela prioritária da criança e adolescente

O trabalho precoce, como já demonstrado, é fator de vulneração de direitos fundamentais de crianças e adolescentes, pelo que sua vedação é um dos aspectos centrais do direito à proteção integral.

O senso comum de que o trabalho é a única alternativa aceitável para crianças e adolescentes inseridas em contexto econômico-social desfavorável, ainda que fortemente arraigado, não neutraliza a sensibilização social diante da temática, mormente em algumas atividades econômicas nas quais o labor infantojuvenil é visto como mais penoso e prejudicial ao pleno desenvolvimento do ser humano.

No entanto, em algumas circunstâncias, tal sensibilização é diminuída, e não só pela força do referido senso comum. A visão que se costuma dar ao aspecto econômico e *útil* do labor tem levado a interpretações no sentido de negar ao trabalho artístico o reconhecimento de um “verdadeiro trabalho” (OLIVEIRA, 2007).

No mesmo sentido, Costa (2009) reconhece o senso comum que permeia o enfrentamento da presente modalidade de exploração do labor infantil. De fato, essa forma de manifestação artística laboral, como integrante da teledramaturgia, dos programas de entretenimento realizados em auditórios, da cultura teatral, da circense, da radialista e da cinematográfica, muitas vezes com ampla divulgação, goza de negável e imenso apoio e simpatia populares.

No caso do labor artístico infantil, essa concepção faz com que a realidade de crianças e adolescentes seja comumente fantasiada, sua rotina de trabalho encarada como divertida, amena, lúdica e sem nenhuma responsabilidade. No entanto, sobretudo no trabalho televisivo, dado o alcance do meio de comunicação social, são frequentes veiculações de notícias nas quais se percebe que o labor infantil artístico pode ser tão danoso quanto o desenvolvido em outras atividades.

As consequências do labor infantil artístico podem ser malélicas sob diversos aspectos, entre os quais se podem citar:

- a) a rotina intensa de ensaios, treinos, preparação para o espetáculo, estudo de textos retira o tempo essencial para lazer, convivência familiar e comunitária, estudo, qualificação profissional;
- b) ter que conviver com a dupla rotina de trabalho/escola, situação ainda mais difícil no labor artístico que demande viagens contínuas, tais como atividades circenses, espetáculos teatrais, filmagens em locações diversas, provoca o desgaste físico e psicológico da criança e do adolescente;
- c) algumas atividades artísticas, sobretudo as mais divulgadas, como as exibidas em televisão e cinema, pela possibilidade de expor excessivamente a vida privada do artista, podem trazer danos à formação psicológica;
- d) A participação em obras artísticas com certa divulgação e êxito condiciona muitas crianças e adolescentes a conceber o meio artístico como única via de realização pessoal e, quando não se mantêm em mercado tão competitivo, estas podem padecer de sérios distúrbios psicossomáticos;
- e) o desenvolvimento incompleto da criança e adolescente, aliado à representação de papéis/participação em obras com conteúdo inadequado para sua faixa etária, pode trazer consequências danosas de caráter permanente, como distúrbios comportamentais e de personalidade, confusão entre realidade e ficção.

Crianças e adolescentes não podem ser transformados em pequenos prodígios, miniaturas de adultos, nem em fonte de renda, por mais aptidão artística que demonstrem. Enquanto pessoas em condição especial de desenvolvimento, suas atividades prioritárias devem ser as diretamente relacionadas com sua plena formação, como capacitação intelectual, exercício de atividades esportivas e lúdicas, convivência comunitária e familiar. A rotina da criança e do adolescente deve ser preenchida por tais atividades. O trabalho, quando permitido, deve ser apenas exceção.

A estigmatização do labor artístico e as potencialidades artísticas de crianças e de adolescentes não devem servir de salvaguarda à exploração infantil. A possibilidade de realização de trabalho artístico por crianças

e adolescentes se submete ao mesmo crivo do sistema de proteção integral e tutela prioritária. 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 este trabalho observarem, sempre, o princípio da Proteção Integral (MARQUES, 2007).

Quanto à idade mínima, o elemento que se acrescenta aos dispositivos constitucionais citados é o disposto no art. 8º, item 1, da Convenção n. 138 da OIT, que permite, mediante autorizações individuais, que levem em consideração, em cada caso concreto, a participação excepcional de criança abaixo da idade mínima em atividades artísticas.

No caso do contrato de aprendizagem, a partir dos 14 anos, o trabalho do adolescente em atividades artísticas segue as mesmas formalidades e requisitos previstos no art. 428 e seguintes da CLT, lembrando-se que são vedados o trabalho noturno e o labor em atividades penosas, insalubres, perigosas e prejudiciais à moralidade (art. 7º, XXXIII, da CRFB).

Para os adolescentes que contam com dezesseis anos ou mais, é possível o trabalho em atividades artísticas, com as mesmas restrições constitucionais citadas. Em ambos os casos, é de bom alvitre frisar que o trabalho deve-se compatibilizar com o direito à profissionalização, à formação educacional, com a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e com os demais direitos garantidos pela Constituição da República e Estatuto da Criança e do Adolescente.

A seguir, analisar-se-ão os principais aspectos que devem ser considerados na autorização de que trata o art. 8, item 1, da Convenção n. 138 da OIT, bem como qual a autoridade competente para concedê-la.

4.3 Autorização judicial – conteúdo básico da decisão e competência

Segundo o art. 8º, item 1, da Convenção n. 138 da OIT, a autorização para a participação infantojuvenil em representações artísticas deve contemplar as condições especiais e tutelares a serem obrigatoriamente observadas no desenvolvimento do labor.

O único conteúdo diretamente referido no item 2 do mesmo dispositivo diz respeito à limitação do número de horas no emprego ou trabalho, já que a norma não elenca quais são as demais condições tutelares que devem condicionar a autorização em comento.

Antes de abordar alguns aspectos do conteúdo básico da autorização aludida, vale aqui lembrar que a decisão somente pode ser emitida em caráter excepcional e individual, em respeito à sistemática decorrente da coexistência do art. 7º, XXXIII, da CRFB com o art. 8º, item 1, da Convenção n. 138 da OIT, normas que gozam do mesmo caráter de direitos fundamentais, como já abordado.

À luz do sistema de proteção integral da criança e do adolescente, podem-se citar condições básicas que devem ser estabelecidas na autorização para o trabalho:

- a) Imprescindibilidade da contratação de pessoa menor de 16 anos, em razão da referida excepcionalidade, para a consecução da obra artística de modo que não possa, objetivamente, ser representada por maior de 16 anos;
- b) garantias mínimas referentes à jornada de trabalho, com limitação de jornada máxima diária e semanal (o que inclui o tempo de preparação para o espetáculo), sempre aferida compatibilidade de horário da atividade com horário escolar, resguardado tempo livre para descanso, alimentação, lazer, convivência familiar e comunitária, entre outros;
- c) tutela do meio ambiente de trabalho, com verificação prévia das condições ambientais em que o trabalho será desenvolvido, inclusive com análise de riscos para integridade física, mental e moral da criança ou adolescente, e da ocorrência das condições/atividades/circunstâncias que podem se encaixar nas Piores Formas de Exploração do Trabalho Infantil (Decreto-Lei n. 6.481/2008), observada a vedação de trabalho de menores de 18 anos em locais ou serviços perigosos, noturnos, insalubres ou penosos;
- d) vedação do trabalho, em caso de prejuízo ao desenvolvimento biopsicosocial da criança e do adolescente devidamente atestado em laudo médico-psicológico;

- e) prévia autorização dos representantes legais da criança ou adolescente, a cada novo trabalho realizado, e garantia de acompanhamento do responsável legal do artista, ou quem o represente, durante a prestação do serviço;
- f) arantia de matrícula, frequência e bom aproveitamento escolares, além de reforço escolar, em caso de mau desempenho;
- g) assistência psicológica, médica e odontológica;
- h) depósito, em caderneta de poupança, de percentual mínimo incidente sobre a remuneração devida;
- i) garantia de direitos trabalhistas e previdenciários incidentes sobre a relação de emprego, quando presentes os requisitos do art. 2º e 3º da CLT.

Diante da sistemática de proteção integral da criança e do adolescente, há de se conceber que os art. 405, § 2º, e 406 da CLT (que dispõem que o trabalho de menores exercido em ruas e outros logradouros poderá ser autorizado pelo juiz de menores, que levará em conta, entre outros aspectos, se a ocupação é indispensável à subsistência do menor e/ou de sua família), não mais se compatibilizam com a ordem constitucional vigente, pelo que tais condicionantes não poderão ser objeto de consideração para concessão da autorização de que ora se trata.

Isso porque, segundo o art. 227 da CRFB, é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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.

Diante disso, a família, o Estado e a sociedade assumem a posição de garantes, responsáveis de forma solidária pelo provimento das necessidades materiais essenciais para efetivação dos direitos de crianças e adolescentes. Aos últimos, não pode ser atribuído o pesado fardo de prover sua própria subsistência e de seus familiares.

Partindo do núcleo tutelar mínimo da autorização sob análise, cumpre esclarecer qual seria a autoridade competente, para fins do disposto no art. 8º, item 1, da Convenção n. 138 da OIT.

Segundo Oris de Oliveira (2007), o art. 149 do ECA disciplina hipótese idêntica à contemplada pelo art. 8º, item 1, da Convenção 138 da OIT. Para o autor, a competência da Justiça do Trabalho, em caso de trabalho infantil artístico, somente restaria atraída no caso da jurisdição contenciosa. Em relação à jurisdição voluntária, entende que poderia ficar a cargo do Juiz da Infância e da Adolescência, sob o argumento de que a Justiça do Trabalho não teria quadros próprios para exame prévio da complexidade que implica uma prévia autorização para participação de adolescentes em representações artísticas. O autor citado não reconhece inconveniente em deixar que o Juiz da Infância e da Adolescência continue exercendo a jurisdição voluntária nas hipóteses previstas no art. 8º da Convenção n. 138 e no art. 149 do ECA.

No entanto, um cotejo entre o disposto no art. 149 do ECA e no art. 8º, item 1, da Convenção n. 138 da OIT permite concluir que a autorização de que trata o primeiro não é idêntica à hipótese contemplada pelo segundo.

O art. 149 do ECA trata da competência do Juízo da Infância para disciplinar, mediante portaria ou alvará, o acesso de crianças ou adolescentes desacompanhados dos pais a locais diversos, tais como estádios, boates, casas de jogos eletrônicos, teatro, estúdios cinematográficos e outros e, ainda, a participação de criança ou adolescente em espetáculos públicos e seus ensaios e certames de beleza.

O objetivo da norma em comento é proteger a criança e o adolescente dos potenciais prejuízos à sua formação biopsicossocial, que podem advir de seu ingresso, sem o devido acompanhamento dos pais ou responsáveis, em locais onde são realizadas determinadas atividades ou ainda de sua participação em espetáculos públicos ou certames de beleza. Não contemplou a norma em comento a interpenetração das referidas circunstâncias com a hipótese de realização de trabalho artístico pela criança ou adolescente.

Reforçando tal ilação, tem-se a incompatibilidade do art. 149, I, do ECA com uma das condições mínimas que devem ser contempladas na autorização judicial para labor infantil, concernentes à garantia de acompanhamento do responsável legal do artista durante a prestação do serviço.

Se, como visto, o último aspecto deve ser contemplado na autorização judicial, a fim de garantir a proteção integral da criança ou adolescente artista em seu labor e se, consoante o art. 149 do ECA, o Juízo da Infância e Juventude é competente para autorizar o ingresso de crianças e adolescentes, desacompanhados dos pais ou responsáveis, a estúdios de cinema, teatro, casas de espetáculos e promoções dançantes, entre outros logradouros de acesso público onde possam ser desenvolvidas atividades artísticas, é intuitivo que não se trata da mesma hipótese de autorização, muito menos da mesma autoridade judiciária.

Vê-se que o contexto em que está inserida a previsão para autorização específica e individual de trabalho infantil artístico torna a norma do art. 8, item 1, da Convenção n. 138 da OIT especial em relação ao art. 149 do ECA, inclusive quanto à necessidade de diferenciação da autoridade competente para ambos os casos.

A primeira norma trata de tutelar a criança e o adolescente em face da indevida exploração do labor em atividades artísticas, enquanto a segunda destina-se à tutela de diversos direitos de crianças e adolescentes que podem ser vulnerados quando de seu ingresso, sem as devidas cautelas, em determinados logradouros e de participação em certames de beleza e espetáculos públicos, nesse último caso sem a caracterização de labor.

Destarte, a partir da Emenda Constitucional n. 45/2004, que ampliou a competência da Justiça do Trabalho, pode-se concluir que, tratando-se de trabalho artístico, a autoridade competente para expedir a autorização de que trata o art. 8º, item 1, da Convenção n. 138 da OIT é o Juiz do Trabalho, ao qual compete não apenas autorizar mas também fixar as condições em que específico trabalho poderá ser desenvolvido e as sanções para o caso de descumprimento, tudo com o devido acompanhamento do Ministério Público do Trabalho, que atuará como fiscal das normas tutelares do labor de crianças e adolescentes, oficiando pela coibição de eventuais abusos ou irregularidades (MARQUES, 2007).

Vistas algumas diretrizes que balizam a autorização judicial para realização de labor infantil artístico, parte-se para a análise de deveres dos pais e tomadores de serviço, algumas hipóteses de abusos e indicação de respostas jurídicas viáveis.

4.4 Deveres dos titulares do poder familiar e do tomador do serviço – consequências jurídicas

Além das demais considerações que permeiam a tutela do trabalho infantil, considerado o desenvolvido por menores de 18 anos, há de se lembrar que os menores de dezesseis anos são absolutamente incapazes (art. 3º do Código Civil), e os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, relativamente incapazes (art. 4º do Código Civil), pelo que devem ser devidamente representados/assistidos pelos detentores do poder familiar (art. 1634, I e V, do CCB).

Tanto nos casos de trabalho infantil artístico autônomo como nos casos de trabalho subordinado, além da observância das condições especiais estipuladas em autorização individual expedida pela autoridade judiciária do trabalho, os pais devem não só representar/assistir os filhos, para fins de regular celebração do respectivo ato jurídico, como também se assegurar de que o trabalho, quando permitido, não será fonte de vulneração dos direitos assegurados à criança e ao adolescente.

Os pais não podem, sob pretexto de dar vazão ao talento artístico dos filhos menores, submetê-los à rotina de atividades artísticas e transformá-los em fonte de renda familiar. Como referido, diante da ordem constitucional vigente, não mais se permite que a autorização para o trabalho fundamente-se na necessidade de subsistência do menor ou de seus familiares (art. 405 e 406 da CLT).

O que se observa, porém, numa sociedade que venera celebridades instantâneas e valoriza o consumismo exacerbado, é a tendência de pais e mães que, vendo em seus filhos miniprodígios, são seduzidos a oferecê-los à indústria de exploração das atividades artísticas (programas de TV, seriados, filmes, trabalhos de modelo fotográfico, trabalhos de publicidade comercial, entre outros).

Para muitas crianças inseridas em tal contexto familiar e social, a rotina desgastante começa antes mesmo da contratação, na briga ferrenha por um lugar ao sol no mundo do *showbizz*. São levados pelos pais para intensas baterias de testes, tendo ainda que conviver com a frustração de recorrentes negativas, o que certamente se torna mais

difícil quanto mais tenra a idade e menor o desenvolvimento emocional e psíquico da criança.

E não há falar-se que a realização de tais trabalhos é apenas uma diversão para a criança que tem aptidões artísticas, já que o ambiente adequado para o desenvolvimento artístico e cultural da criança é a escola, como preconiza a própria Constituição da República (art. 206, II e 208, V). E, para tanto, são amplas as oportunidades de exteriorização da liberdade de expressão artística de crianças e adolescentes.

Os pais são, no mais das vezes, os principais responsáveis pelo ingresso precoce de seus filhos no mercado de trabalho artístico. “Os adultos querem realizar seu sonho de enriquecer ou ficar famosos através dos filhos. Mas a criança e o adolescente têm o direito ao lazer, ao descanso, ao pleno desenvolvimento físico”, alerta Isa de Oliveira, secretária-executiva do Fórum Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil (FNPETI), em artigo publicado por Rachel Vita (2009).

Os pais não podem transferir para os filhos o fardo de seus sonhos frustrados, muito menos colocá-los no papel de provedores da família, ainda que a pretexto de desenvolver seus dotes artísticos. É dos pais o dever prover o sustento e a educação dos filhos, conforme art. 22 do ECA.

As hipóteses mais recorrentes de abuso pelos familiares, que se inferem, sobretudo, das notícias veiculadas sobre artistas mirins com labor divulgado em meios de comunicação de massa, recaem justamente na participação ativa dos pais para ocorrência de vulneração de direitos básicos, faltando com o dever de garantir à criança e ao adolescente o direito de ser criança, o direito ao lazer, ao tempo livre, ao pleno desenvolvimento educacional, entre outros já citados, retirados ou violados pelo labor artístico que não observa as condicionantes legais.

Como todo direito, o exercício do poder familiar deve pautar-se pelos limites em que pode ser exercido e pela função social do direito, qual seja, o papel de destaque da família na proteção especial e tutela prioritária da criança e do adolescente. Exigir ou apenas permitir que os filhos menores trabalhem em atividades artísticas com riscos ao pleno desenvolvimento educacional e biopsicossocial certamente excede os limites do poder familiar, que, diga-se de passagem, é mais um dever do

que um direito, já que o art. 227 da CRFB coloca a família com um dos atores responsáveis pela efetivação dos direitos assegurados a crianças e adolescentes. O abuso do poder familiar pode sujeitar os responsáveis à suspensão ou mesmo à perda do poder familiar por ato judicial, consoante disposto nos art. 1637 e 1638 do Código Civil.

O tomador de serviços, por seu turno, quer se trate de trabalho na modalidade autônoma ou empregatícia, deve assegurar que todas as condições especiais estipuladas na autorização de que trata o art. 8º da Convenção n. 138 da OIT sejam respeitadas.

Seus deveres voltam-se, principalmente, às disposições tutelares relativas à jornada de trabalho (mormente no caso de trabalho subordinado), ao meio ambiente de trabalho, à garantia de acompanhamento dos pais ou responsáveis durante a execução do serviço, à assistência médica, psicológica e odontológica, à garantia de direitos trabalhistas e previdenciários decorrentes da relação de emprego, quando presentes os requisitos dos arts. 2º e 3º da CLT e observância da vedação de trabalho em caso de prejuízos ao desenvolvimento biopsicosocial da criança e do adolescente, devidamente atestado em laudo médico-psicológico.

Caso se verifique que o tomador de serviços descumpra as condições especiais previstas na autorização judicial referida – é destinatário de trabalho artístico de menores de dezesseis anos, sem autorização individual e específica, ou mesmo fora dos parâmetros do art. 7º, XXXIII, da CRFB/1988 – ao Ministério Público do Trabalho incumbirá a postulação, perante a autoridade judiciária do trabalho, da cassação da licença expedida bem como a adoção de medidas judiciais e extrajudiciais voltadas para o combate à exploração do trabalho infantil, uma de suas metas institucionais.

4.5 Atuação do Ministério Público do Trabalho

Como visto, o abuso do poder familiar na exploração do trabalho infantil artístico, atentatória contra diversos direitos fundamentais, pode ensejar medidas mais drásticas. O Ministério Público, ou mesmo algum parente, poderá requerer ao juiz que adote a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o

poder familiar, quando convenha (art. 1637 do CCB), podendo ocorrer mesmo a sua perda, nos casos elencados no art. 1638 do CCB.

O presente tópico, porém, direciona-se a algumas estratégias de atuação do Ministério Público do Trabalho na tutela do direito ao não trabalho das crianças e do direito à profissionalização de adolescentes. Como o Ministério Público é uno, não se exclui aqui a possibilidade de que o MPT possa formular o requerimento acima mencionado (já que sua atuação não está adstrita à Justiça do Trabalho). No entanto, aqui serão tecidas considerações apenas sobre a atuação do Parquet Laboral direcionada aos tomadores de serviço.

Como lembra Marques (2007), a estipulação de minuciosas condições tutelares na autorização de que trata o art. 8º, item I, da Convenção n. 138 da OIT, aliada a sua efetiva fiscalização pelo *Parquet Laboral*, é decisiva para prevenção de irregularidades. Nesse mister, incumbe ao MPT atuar como fiscal da lei, em cada caso individualmente autorizado, bem como postular, perante a autoridade judiciária do trabalho, a adoção das medidas cabíveis para observância das condições especiais previstas, ou mesmo o acréscimo de condições que se façam adequadas.

No entanto, tal atuação, embora de suma importância, fica adstrita a casos individuais judicialmente autorizados. É intuitivo, porém, que grande parte dos casos permanece à margem da apreciação judicial e da fiscalização aludida, fazendo-se imperiosa a atuação preventiva e repressiva nesse sentido.

No plano preventivo, destaca-se a promoção de ações de conscientização dos atores sociais envolvidos nesse campo (órgãos públicos, sindicatos profissionais e patronais, empresas que possam figurar como tomadoras de serviços), tais como distribuição de cartilhas, audiências públicas, expedição de notificações recomendatórias, tudo no sentido de alertar para a proibição de trabalho infantil artístico, salvo em casos individuais e específicos autorizados judicialmente, com respeito a condições tutelares especiais previamente estipuladas, conforme abordado. Tais diretrizes, entre outras, foram estipuladas em nota técnica da COORDINFÂNCIA (2007), precedida de estudo sobre limites e possibilidades do trabalho infantil artístico e estratégias de atuação.

No plano investigatório, segundo a referida nota técnica, medidas diversas podem ser adotadas, como detecção dos tomadores de trabalho infantil artístico, requisição de documentos aos tomadores do serviço, inspeção in loco para verificação do contexto fático, requisição de fiscalização pelo Ministério do Trabalho e Emprego, oitiva de testemunhas/ investigados, acompanhamento de demandas judiciais que visem concessão de alvará para o trabalho infantil artístico, seja na Justiça do Trabalho seja na Justiça Comum (nesse caso, recomendada a parceria com Ministério Público Estadual).

Possível também a proposição de Termo de Ajuste de Conduta, especificando obrigações de fazer e não fazer, com vista à prevenção de irregularidades, obrigações de conteúdo similar às condições especiais básicas a serem estipuladas na autorização judicial, colimando, basicamente, a admissibilidade de trabalho infantil artístico somente quanto autorizado judicialmente, em casos individuais, e a observância das normas tutelares do trabalho do adolescente, quando admitido. Uma vez tomado o compromisso de ajuste, segue-se o acompanhamento do efetivo cumprimento de suas disposições.

Caso sejam verificados ilícitos trabalhistas nas investigações, e não seja tomado Termo de Ajuste de Conduta, resta ajuizar ações civis públicas contra empresas e entidades do setor, em caso de desobediência à regra geral de proibição do trabalho infantil artístico, ou, nos casos em que seja permitido excepcionalmente o trabalho infantil, impor a observância das condicionantes necessárias à prestação regular do trabalho infantil e infantojuvenil artísticos.

5 Considerações finais

Com o presente trabalho, buscou-se demonstrar os parâmetros mínimos de tutela do labor infantojuvenil, inclusive no que concerne à idade mínima para admissão no trabalho, com abordagem de alguns fundamentos, a fim de caracterizar a regra de proibição do trabalho infantil, incluindo as atividades artísticas.

Ocorre que o direito à manifestação artística de crianças e adolescentes, em hipóteses em que se configure uma relação de trabalho, pode entrar em aparente rota de colisão com a referida diretriz geral. Tratando-se de dois direitos que gozam de especial proteção, marcados pela nota de fundamentalidade, a resolução do conflito há de ser conciliatória, em respeito aos cânones de interpretação constitucional da proporcionalidade, máxima eficácia, unidade da constituição, concordância prática, entre outros.

Refletindo uma solução igualmente ponderada, passou-se à análise do disposto no art. 8º, item 1, da Convenção n. 138 da OIT, que possibilita exceções concretas e casuístas aos limites mínimos de idade para fins de participação em atividades artísticas, mediante autorização da autoridade competente que estipule condições especiais tutelares para que o trabalho seja admissível. Sobre isso, além do elenco de condições que devem ser alvo de consideração judicial, discorreu-se também sobre os fundamentos que reforçam a competência da Justiça Laboral para apreciação da matéria, inclusive para expedição da referida autorização.

Dada a relevância do papel dos pais/detentores do poder familiar e dos tomadores de serviço no contexto da relação de trabalho infantil artístico, passou-se à análise dos deveres respectivos, assim como das hipóteses de violações de tais deveres, das conseqüências para a criança e adolescente em situação de trabalho artístico irregular e algumas respostas para eventuais abusos.

Sem olvidar que eventuais abusos nesses casos podem ensejar atuação de outros órgãos estatais integrantes do sistema de proteção especial da infância e adolescência, fez-se uma breve abordagem sobre a relevância, no combate à exploração do trabalho artístico infantil, do papel do Ministério Público do Trabalho, ao qual incumbe tanto atuar como fiscal da lei, nos processos individuais que visem à concessão de autorizações individuais para o trabalho infantil artístico, como também promover a prevenção de exploração de tal modalidade de labor sem as imperiosas condicionantes legais.

Referências

BARROS, Alice Monteiro. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2008.

BARZOTTO, Luciane Cardozo. As normas internacionais do trabalho como normas de direitos fundamentais na CF/88 e EC 45. *Revista LTr*. São Paulo, v. 73, p. 841, 2009.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil 1988*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 14 dez. 2010.

COORDINFÂNCIA. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. *Trabalho infantil artístico: limites e possibilidades*. Disponível em: <http://moodle.esmpu.gov.br/file.php/107/Biblioteca/Trabalho_Artistico/Texto_02.pdf>. Acesso em: 10 out. 2010.

COSTA, Antonio Carlos Gomes da. *Trabalho infantil artístico*. 2009. Disponível em: <<http://www.promenino.org.br/Ferramentas/DireitosdasCriancaseAdolescentes/tabid/77/ConteudoId/6b8c3215-fc2c-4749-8e6f08ac17bde458/Default.aspx>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 6 ed. São Paulo: LTr, 2009.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 2 ed. São Paulo: Método, 2009.

GOULART, Marcelo Pedroso. A convenção sobre idade mínima e o direito brasileiro. In: CORRÊA, Lélío Bentes; VIDOTTI, Tércio José. *Trabalho Infantil e Direitos Humanos – homenagem a Oris de Oliveira*. São Paulo: LTr, 2005.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 6 ed. São Paulo: Método, 2009.

LIBERATI, Wilson Donizeti; DIAS, Fábio Muller Dutra. *Trabalho infantil*. São Paulo: Malheiros, 2006.

MARQUES, Rafael Dias. *Trabalho infantil artístico: possibilidades e limites*. 2007. Disponível em: <http://www.pgt.mpt.gov.br/images/arquivos/artigo-Trabalho_Infantil_Artistico.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2010.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

OLIVEIRA, Oris de. *Trabalho infantil artístico*. Disponível em: <http://www.fnpeti.org.br/artigos/trabalho_artistico.pdf>. Acesso em: 29 set. 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

VITA, Raquel. *Trabalho infantil: a gente vê na TV*. 2009. Disponível em: <<http://www.promenino.org.br/Ferramentas/DireitosdasCriancaseAdolescentes/tabid/77/ConteudoId/ed4e7b-cb-14c8-4aa9-992d-b50e93443eab/Default.aspx>>. Acesso em: 12 dez. 2010.

ZANGRANDO, Carlos Henrique. *Curso de direito do trabalho: Tomo III*. São Paulo: LTr, 2008.

Mariana Férrer Carvalho Rolim

A formação profissional de atletas e
o combate à exploração do trabalho
de crianças e adolescentes

Sumário

1 Introdução

2 Vedação ao trabalho infantil e proteção ao trabalho do adolescente

3 Formação profissional e desporto

4 Da necessidade de observância, pela entidade de prática desportiva formadora, de direitos fundamentais mínimos

5 Alterações previstas na Lei n. 9.615/1998 relacionadas à formação profissional de atletas

6 Atuação do Ministério Público do Trabalho no combate à exploração do trabalho de crianças e adolescentes

7 Conclusão

1 Introdução

Os direitos da criança e do adolescente, no plano normativo, são vastamente tutelados. Com efeito, além de assegurados em diversas convenções internacionais, encontram-se previstos na Constituição Federal de 1988 e em leis infraconstitucionais, tais como a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), a Lei n. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e, no caso dos atletas em formação, a Lei n. 9.615/1998, conhecida como Lei Pelé.

No entanto, percebe-se que, no plano fático, ainda se constata com frequência a exploração do trabalho de crianças e adolescentes. Na área da atividade desportiva, objeto do presente estudo, observa-se que, não raro, interesses econômicos sobrepujam-se aos direitos fundamentais dos jovens atletas.

Nesse contexto, esta monografia objetiva responder às seguintes perguntas: existe regramento específico para a tutela da criança e do adolescente na formação profissional desportiva? Há um patamar mínimo de direitos a serem observados pelas entidades formadoras de prática desportiva? As alterações previstas para a legislação de Direito Desportivo são adequadas para a tutela dos direitos da criança e do adolescente? Como o Ministério Público do Trabalho deve atuar no combate à exploração do trabalho da criança e do adolescente no esporte?

Inicialmente, far-se-á uma síntese das normas que protegem os direitos das crianças e dos adolescentes. Em seguida, abordar-se-á a disciplina legal da formação profissional dos atletas. Posteriormente, delimitar-se-ão os direitos fundamentais que não podem ser olvidados pelas entidades de prática desportiva formadoras. Após, far-se-á breve análise das alterações na legislação de Direito Desportivo no que se refere aos atletas em formação profissional. Finalmente, será abordada a atuação do Ministério Público do Trabalho no combate à exploração do trabalho de crianças e adolescentes no esporte.

Vale ressaltar que, neste trabalho, o método de exame será o comparativo-interpretativo. A pesquisa será do tipo teórico-explicativa. Serão utilizadas as seguintes técnicas: investigação bibliográfica – com

o auxílio de literatura na forma de livros, publicações especializadas, revistas, artigos da Internet e todos os outros meios que consigam expressar a opinião da doutrina sobre o tema – e investigação documental, com a qual buscaremos analisar as normas estatais e as orientações da Coordenadoria Nacional de Combate à Exploração do Trabalho da Criança e do Adolescente (COORDINFÂNCIA) relativas ao tema e que possam contribuir para a defesa da hipótese escolhida.

2 Vedação ao trabalho infantil e proteção ao trabalho do adolescente

De início, vale salientar que há normas protetivas dos direitos da criança e do adolescente tanto no plano internacional quanto no ordenamento jurídico nacional.

Com efeito, há vasto rol de convenções internacionais que tutelam os direitos da criança e do adolescente. Na Organização das Nações Unidas (ONU), foi adotada, em 1989, a importante Convenção sobre os Direitos das Crianças, ratificada pelo Brasil. No âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT), podem-se citar como normas das mais relevantes a Convenção n. 138, acerca da idade mínima para admissão a emprego, e a Convenção n. 182, referente à proibição das piores formas de trabalho infantil e à ação imediata para sua eliminação, ambas ratificadas pelo Brasil. Cumpre destacar que o Decreto n. 6.481/2008 regulamentou artigos da Convenção n. 182 da OIT e previu lista das piores formas de trabalho infantil.

A Constituição Federal de 1988 apresenta dispositivos que veiculam direitos da criança e do adolescente, tratando-se de direitos sociais e, portanto, fundamentais. Nesse sentido, manifesta-se Xisto Tiago de Medeiros Neto (2010, p. 254):

Evidencia-se, também, que os direitos sociais básicos albergados no texto constitucional integram o elenco dos *direitos fundamentais* (Título II), assinalando o art. 6º da Norma Maior que “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a *proteção à maternidade e à in-*

fância, a assistência aos desamparados, na forma da Constituição.
[grifo do autor]

O art. 7º, XXXIII, da Constituição Federal de 1988 fixou a idade mínima para o trabalho em dezesseis anos, salvo a partir dos quatorze anos na condição de aprendiz. Outrossim, proibiu, para menores de dezoito anos, o trabalho noturno, perigoso e insalubre.

Ademais, a Carta da República previu no art. 227 a doutrina da proteção integral, considerando a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento, sendo-lhes assegurado direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária etc.

Nesse contexto, os menores de dezoito anos deixam de ser considerados objetos de direitos para titularizarem direitos. Destarte, restou superada a doutrina do assistencialismo do Código de Menores de 1979.

A respeito do princípio da proteção integral, leciona Gianpaolo Poggio Smanio (2010, p. 63):

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais da pessoa humana, sendo-lhes asseguradas todas as oportunidades e facilidades para seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social.

A criança e o adolescente são sujeitos de direitos, considerados como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, com direitos de cidadania garantidos pela Constituição e pelo ECA.

Ressalte-se ter o art. 227 da Constituição Federal de 1988 inspirado a Lei n. 8.069/1990, que expressamente prevê esse princípio no art. 1º, onde se esclarece: “esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”. Mais adiante, no art. 3º, assegura:

[...] a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Nesse contexto, no art. 15, afirma: “a criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis”.

Além disso, o princípio da prioridade absoluta também encontra previsão no art. 227 da Carta Magna. Sobre esse relevante princípio, leciona José Roberto Dantas Oliva (2006, p. 118):

É a primazia que deve conferir-se em todos os setores (inclusive no respeitante à educação e à profissionalização), a esses seres humanos em peculiar condição de desenvolvimento. É a preterição, até dos adultos, em seu favor. Afinal, criança e adolescente de hoje, adultos de amanhã. Aqueles são o futuro. Do tratamento que lhes for dispensado, dependerá a fortuna ou o infortúnio da nação.

Referido princípio influenciou, ainda, o Estatuto da Criança e do Adolescente, que assim dispõe no parágrafo único do art. 4º:

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Por fim, a CLT prevê regras de proteção ao trabalho do menor nos arts. 402 a 441.

Portanto, essas são, em síntese, as principais normas que protegem, com ênfase no campo do trabalho, os direitos da criança e do adolescente.

3 Formação profissional e desporto

A aprendizagem, mencionada no art. 7º, XXXIII, da Constituição Federal de 1988, consiste na soma de ensino de competências práticas

e teóricas. Nesse sentido, o jovem aprende a desempenhar uma atividade laboral ao mesmo tempo em que absorve conhecimento teórico necessário à profissionalização. A aprendizagem encontra-se regulamentada nos arts. 428 a 433 da CLT.

Vale destacar que a aprendizagem, nos moldes previstos na CLT, consiste em um contrato de trabalho em que é reconhecido o vínculo empregatício e são assegurados direitos trabalhistas e previdenciários ao trabalhador contratado. Nesse sentido, manifesta-se Alice Monteiro de Barros (2010, p. 306):

O condicionamento da validade deste contrato à anotação prévia na carteira do menor, previsto agora, expressamente, no § 1º do art. 428 da CLT, já constava do art. 5º do Decreto n. 31.546, de 1952 (revogado pelo Decreto n. 5.598, de 1º de dezembro de 2005, que manteve o teor do art. 5º desse Decreto, no art. 1º), o que nos levou, apreciando caso concreto, a descaracterizar esse tipo de ajuste, por falta da referida formalidade, e deferir ao obreiro as vantagens advindas de um contrato de trabalho sujeito às regras gerais. [...]

Como se vê, o aprendiz é destinatário de um contrato de trabalho por prazo determinado, de natureza especial, considerando que a obrigação de fazer por ele assumida junto ao empregador é subordinada a obrigação principal do vínculo, que é o aprendizado.

O contrato de aprendizagem caracteriza-se como contrato especial de trabalho, devido a especificidades que o diferenciam do contrato de trabalho padrão. A aprendizagem é possível para jovens de 14 a 24 anos, salvo nos casos de aprendizes com deficiência, conforme preceitua o art. 428 da CLT, hipótese em que não há limitação da idade máxima. Ademais, trata-se de contrato por prazo determinado.

Ressalte-se que ao jovem aprendiz é garantido o pagamento do salário mínimo hora, salvo condição mais favorável, nos termos do § 2º do art. 428 da CLT. Além disso, há a proteção ao direito à educação, uma vez que devem ser asseguradas a matrícula e a frequência do aprendiz que não tenha concluído o ensino médio (art. 428, § 1º, da CLT).

Dessa forma, o contrato de aprendizagem é bastante salutar para a profissionalização de adolescentes e jovens, pois assegura o aperfeiçoamento teórico-prático ao mesmo tempo em que protege o desenvolvim-

ento físico, moral, psicológico e educacional do aprendiz. Sendo assim, deve ser intentado o cumprimento da cota de aprendizagem prevista no art. 429 da CLT, notadamente a oferta de vagas para menores trabalhadores com idade superior a catorze anos.

No caso da formação profissional de atletas, a Lei n. 9.615/1998 apresenta regramento próprio. Com efeito, assim dispõe o art. 29, § 4º, da referida lei:

§ 4º O atleta não profissional em formação, maior de quatorze e menor de vinte anos de idade, poderá receber auxílio financeiro da entidade de prática desportiva formadora, sob a forma de bolsa de aprendizagem livremente pactuada mediante contrato formal, sem que seja gerado vínculo empregatício entre as partes. (Incluído pela Lei n.10.672, de 2003).

De início, são percebidas duas disparidades em relação ao contrato de aprendizagem padrão, regulamentado pela CLT, quais sejam, a previsão de aparente facultatividade do pagamento de bolsa ao atleta bem como o afastamento do vínculo empregatício. Referida diferenciação gera polêmica na doutrina, havendo aqueles que entendem pela inconstitucionalidade desse dispositivo legal.

Com efeito, no que diz respeito à exclusão do vínculo empregatício, é relevante citar o escólio de Leonardo Andreotti:

Assim, nos parágrafos 4º e seguintes, amenizando a preocupação dos investidores, ficou regulamentado que, os atletas não-profissionais em formação, de idades entre 14 e 20 anos, podem receber um auxílio financeiro, sob forma de bolsa aprendizagem, pactuada em contrato formal, sem é claro gerar vínculo empregatício entre as partes, uma vez que isso já seria característica peculiar dos atletas profissionais.

Não obstante, é necessário frisar a *liberdade* do atleta não-profissional em participar de uma ou outra agremiação desportiva, ou seja, não se admite a restrição dessa liberdade tendo em vista os referidos contratos formais, pois com já dito, não há vínculo empregatício entre as partes, o que descaracteriza desde já o vínculo desportivo, uma vez que, segundo artigo 28 da lei Pelé, é acessório ao respectivo vínculo laboral, que no caso, inexistente¹.

1 Andreotti, Leonardo. *A liberdade do atleta face ao clube formador*. Disponível em:

No mesmo sentido, posicionam-se os subscritores da petição inicial relativa à ACP n. 01656-2009-011-03-00-3, que tramita na 11ª Vara do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região:

Da mesma forma, a Lei Pelé estabelece uma forma especial de aprendizagem, sem vínculo de emprego, assegurando direitos trabalhistas e previdenciários aos atletas em formação: além da remuneração, obtida pelo recebimento de bolsa aprendizagem, é possível extrair do diploma legal outros direitos assegurados aos atletas em formação, como se verá da análise dos demais parágrafos do art. 29 da Lei Pelé.

Ressalte-se que, para aqueles que entendem não haver vínculo empregatício, inexistente, por conseguinte, vínculo desportivo, tendo em vista que, nos moldes do art. 28 da Lei Pelé, o segundo é acessório ao primeiro.

De acordo com o pensamento esposado na petição inicial da ação civil pública citada, a Constituição Federal assegura, no art. 227, § 3º, II, a garantia de proteção aos direitos trabalhistas e previdenciários de crianças, adolescentes e jovens. Nesse sentido, desde que a lei infraconstitucional assegure direitos trabalhistas e previdenciários aos trabalhadores adolescentes e jovens, não haveria inconstitucionalidade.

Os subscritores dessa tese citam como exemplo o contrato de estágio, em que não há vínculo empregatício, e não se questiona a constitucionalidade da Lei n. 11.788/2008 nesse aspecto. Na mesma linha, entende Cristiane Maria Sbalqueiro Lopes², que defende ser o contrato de formação profissional de atletas uma modalidade especial de aprendizagem, diverso do contrato de aprendizagem celetista.

No entanto, para Lutiana Nacur Lorentz e Rubia Carneiro Neves³, o art. 29, § 4º, da Lei n. 9.615/1998 afronta a Constituição Federal. Com

<http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Clube_formador.pdf>. Data do acesso: 4 dez. 2010.

- 2 LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. Mesa de debates: Formação do atleta profissional – aspectos jurídico-desportivos atuais e para 2014. In: *Curso de aperfeiçoamento: a formação profissional de atletas e a exploração do trabalho de crianças e adolescentes*, 2010, Brasília. Palestra. Escola Superior do Ministério Público da União.
- 3 LORENTZ, Lutiana Nacur; NEVES, Rubia Carneiro. Atletas e entidades desportivas – abordagens na dimensão constitucional, trabalhista e empresarial. In: XVII Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Brasília. *Anais*. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/10_202.pdf>. Acesso em: 2 dez. 2010.

efeito, defendem as autoras que o mencionado dispositivo, ao afastar o vínculo empregatício do contrato de aprendizagem de atletas, fere os princípios concernentes à proteção dos direitos da criança e do adolescente, o art. 7º, XXXIII, da Constituição Federal de 1988, o art. 428 da CLT, o art. 66 da Lei n. 8.069/1990, a Convenção n. 138 da OIT, ratificada pelo Brasil, e a Recomendação n. 57, de 1939, da OIT.

Ainda entendem as doutrinadoras mencionadas que, desde que presentes os requisitos necessários para a configuração da relação empregatícia (subordinação, onerosidade, não eventualidade e pessoalidade), configura-se o contrato de aprendizagem nos moldes celetistas, para adolescentes de quatorze a dezesseis anos de idade, bem como o contrato de emprego clássico para os adolescentes de dezesseis a dezoito anos, desde que, por força do art. 7º, XXXIII, da Constituição Federal, não laborem em período noturno ou em condições insalubres ou perigosas. Ademais, a remuneração deve ser considerada em sentido amplo, incluindo parcelas específicas como direito de arena, direito de imagem, luvas, entre outros.

De fato, a Constituição Federal não prevê que, para a formação profissional, sejam garantidos todos os direitos próprios da relação empregatícia, porém dispõe que devem ser garantidos direitos trabalhistas e previdenciários (art. 227, § 3º, II). Além disso, ainda que se admita a inexistência do vínculo empregatício, deve haver na relação de trabalho peculiaridades que a permitam diferenciar-se da relação de emprego e da aprendizagem nos moldes previstos na CLT, sob pena de afronta ao princípio constitucional da isonomia (art. 5º, *caput*, da CF/1988), assim como ocorre no contrato de estágio.

Pode-se argumentar que a formação profissional do atleta diferencia-se da aprendizagem celetista, tendo em vista que não há previsão de ensino teórico-prático, que há a necessidade de investimento alto do clube formador na profissionalização do adolescente bem como a existência de regramento próprio para contratação futura do atleta profissional, conforme será referido adiante.

Outro ponto controvertido do art. 29, § 4º, da Lei n. 9.615/1998 é a previsão de que o atleta em formação *poderá* receber auxílio financeiro

da entidade formadora, a denominada bolsa aprendizagem. Vale salientar que não devem pairar dúvidas quanto à inconstitucionalidade da interpretação que conclua pela facultatividade do pagamento de bolsa. Sendo assim, o *poderá* mencionado pelo dispositivo legal tem de ser considerado como *deverá*.

Com efeito, o contrato de formação profissional é um contrato de trabalho, não se confundindo com atividade meramente recreativa ou de lazer. Em verdade, a Lei n. 9.615/1998 menciona a obrigatoriedade da existência de contrato formal, logo não se pode entender que se trata de mera faculdade da entidade de prática desportiva formalizar contrato de trabalho e pagar a bolsa aprendizagem.

Nesse diapasão, é interessante transcrever o entendimento veiculado na petição inicial da ACP n. 01656-2009-011-03-00-3, já referida:

Prosseguindo na interpretação do art. 29, § 4º, da Lei Pelé, não pode deixar de ser enfrentada a expressão “poderá” contida na norma, exegese que deve ter como parâmetro o art. 227, *caput* (teoria da proteção integral) e § 3º, inciso II, do texto constitucional. Assim, da referida expressão não se pode depreender que fica a critério da entidade formadora formalizar ou não o contrato especial de aprendizagem e pagar ou não a bolsa de aprendizagem de atleta. Para se conformar com a disposição constitucional invocada, deve-se entender como obrigatória não só a formalização do contrato de aprendizagem do atleta, como também o pagamento de bolsa aprendizagem.

Nesse momento, torna-se relevante a referência aos tipos de desporto previstos no art. 217 da Constituição Federal e na Lei n. 9.615/1998.

O art. 217 da Constituição, ao tratar do desporto, assim dispõe:

Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados:

I - a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento;

II - a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para a do desporto de alto rendimento;

III - o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não-profissional;

IV - a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional.

§ 1º - O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.

§ 2º - A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final.

§ 3º - O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social. [grifo nosso]

O desporto, de acordo com o art. 3º da Lei n. 9.615/1998, pode ser de rendimento, de participação ou educacional.

O desporto de rendimento é compreendido como aquele que busca atingir resultados, selecionando os mais aptos e talentosos para a prática de determinada modalidade esportiva. Pode ser profissional ou não profissional.

De acordo com o art. 3º, parágrafo único, I, da Lei n. 9.615/1998, o desporto profissional “é caracterizado pela remuneração pactuada em contrato formal de trabalho entre o atleta e a entidade de prática desportiva”. Por outro lado, o desporto não profissional é “identificado pela liberdade de prática e pela inexistência de contrato de trabalho, sendo permitido o recebimento de incentivos materiais e de patrocínio” (art. 3º, parágrafo único, II, da Lei n. 9.615/1998).

Conforme leciona José Ricardo Rezende (2010, p. 50), no desporto de rendimento, há “busca incessante por resultados, pela vitória e conquista de títulos, de quebra de recordes, perfazendo espetáculo esportivo, objeto de entretenimento do público em geral”. O desporto educacional é definido pelo art. 3º, I, da citada lei como o

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

Nessa modalidade de desporto, busca-se a inclusão social. É importante instrumento de integração e desenvolvimento de crianças e adolescentes. Nesse contexto, é relevante a formação da pessoa, dotando-a de valores que aprimorem sua noção de cidadania bem como o preenchimento do tempo com atividades que desenvolvam habilidades de convivência necessárias para a vida adulta e, ao mesmo tempo, constituam uma forma de lazer.

José Ricardo Rezende (2010, p. 39), ao definir o desporto educacional, aduz:

[...] sua finalidade não é ligada a serviços de promoção de *competições esportivas*, mas primordialmente conduzir o indivíduo a um processo de ensino aprendizagem de maneira que possa utilizar o desporto como instrumento de desenvolvimento social e humano.

Sendo assim, enquanto o desporto de rendimento é caracterizado por extrema seletividade e hipercompetitividade, o desporto educacional busca notadamente contribuir para a formação do indivíduo.

O desporto de participação, nos termos do art. 3º, II, da Lei n. 9.615/1998, é o praticado

de modo voluntário, compreendendo as modalidades desportivas praticadas com a finalidade de contribuir para a integração dos praticantes na plenitude da vida social, na promoção da saúde e educação e na preservação do meio ambiente.

De acordo com José Ricardo Rezende (2010, p. 40), esta modalidade de desporto

[...] abarca competições desportivas comunitárias, municipais e, quando muito, regionais. Especialmente aquelas promovidas por entidades de classe, clubes sociais esportivos, grêmios, academias, prefeituras, sem vínculo direto com entidades nacionais ou regionais de administração do desporto (Confederações e Federações Esportivas).

Assim, caso na prática esportiva estejam presentes a hipercompetitividade e a seletividade, caracterizar-se-á o desporto de rendimento. Nota-se que essas qualidades são inerentes à constituição das catego-

rias de base das entidades de prática desportiva; logo, é inviável a sua caracterização como desporto educacional ou de participação, uma vez que visa à produção de resultados, à formação de atletas de alta performance, com objetivo, inclusive, de participação em competições oficiais.

Em verdade, não se pode olvidar que os adolescentes que pretendem uma vaga nas categorias de base das entidades de prática desportiva são submetidos a constantes e rigorosos testes, conhecidos como “peneiras”, na busca de uma oportunidade conferida pelos clubes, de futuramente se tornarem atletas profissionais. Trata-se de um sonho alimentado não só por crianças e adolescentes mas também por suas famílias.

Dessa forma, é equivocado tratar essas hipóteses como se se cuidasse de meras “escolinhas” que intentam o desenvolvimento dos jovens e o aprimoramento de sua capacidade de integração social e de sua saúde. Na verdade, é comum os clubes formadores submeterem adolescentes a treinos rigorosos e extenuantes, que exigem disciplina, preparo físico, psicológico e habilidades diferenciadas da média.

Nesse sentido, caso reste nítida a caracterização da prática esportiva como desporto de rendimento, é obrigatória a formalização de contrato e o pagamento de bolsa, conforme exigência do art. 29 da Lei n. 9.615/1998.

Ademais, o valor da bolsa aprendizagem não pode ser inferior ao salário mínimo hora, sob pena de afronta ao art. 7º, IV, da Constituição Federal de 1988. No mesmo diapasão, há a Orientação n. 9 da COORDINFÂNCIA:

ORIENTAÇÃO N. 09. EMENTA: Atletas. Aprendizagem. Formalização do contrato de aprendizagem. Obrigatoriedade. Remuneração mínima. É obrigatória a celebração de contrato de formação profissional previsto no art. 29, § 4º da Lei n. 9615/1998 (Lei Pelé). A liberdade das partes restringe-se à negociação do valor da bolsa (remuneração) correspondente, que não poderá ser inferior ao salário-mínimo hora. (Orientação elaborada e aprovada à unanimidade com base em estudo da Coordinfância)⁴.

4 Disponível em: <<https://intranet.pgt.mpt.gov.br/trabinf/orientacoes.html>>. Data do acesso: 20 fev. 2012.

Ressalte-se que, por consectário do fato de o desempenho da atividade desportiva de rendimento configurar labor e não mera atividade recreativa, educacional ou de lazer, não é possível seu exercício por crianças. De acordo com o art. 2º da Lei n. 8.069/1990, considera-se criança a pessoa até doze anos incompletos, e, adolescente aquela entre doze e dezoito anos incompletos. Nesse contexto, incide a regra do art. 7º, XXXIII, da Constituição Federal. Logo, somente a partir de 14 anos, é possível a formação de atletas e, a partir de dezesseis anos, a celebração de contrato especial de trabalho desportivo. Esta denominação foi adotada pela Lei n. 12.395/2011, que altera a Lei n. 9.615/1998 (Lei Pelé). Com efeito, referida nomenclatura decorre das peculiaridades inerentes ao contrato de trabalho desportivo, uma vez que apresenta diferenças notadamente na forma de pactuação, no tempo de duração e no término do contrato, se comparado ao contrato de trabalho clássico.

Portanto, é vedada aos clubes a contratação, como aprendizes, de pessoas com idade inferior a quatorze anos de idade bem como submetê-las à seletividade e à hipercompetitividade inerentes ao desporto de rendimento. Esse entendimento é defendido pela COORDINFÂNCIA, conforme entendimento a seguir:

Assim, os clubes não poderiam submeter jovens com idade inferior a 14 anos a testes de seleção, tampouco ao mundo hipercompetitivo do futebol. A hipercompetitividade existente nos clubes não está restrita à competição entre clubes, alcançando também aquela existente entre os próprios atletas, internamente, dentro de cada um dos clubes individualmente considerados. A prática desportiva aos jovens com menos de 14 anos de idade deve ser encarada como ferramenta pedagógica, destinada ao desenvolvimento integral (físico e social) da criança e do adolescente em formação (art. 3º da Lei Pelé)⁵.

Além disso, tendo em vista que a Lei n. 9.615/1998 é omissa quanto ao prazo máximo de duração do contrato de formação desportiva, deve-se aplicar por analogia o previsto no art. 428, § 3º, da CLT, que limita a

5 BRASIL. Ministério Público do Trabalho. Coordenadoria Nacional de Combate à Exploração do Trabalho da Criança e do Adolescente (COORDINFÂNCIA). *Relatório*. Brasília, [20--]. Disponível em: <http://www.pgt.mpt.gov.br/images/arquivos/trabalho_infantil_atletas.pdf>. Data do acesso: 3 dez. 2010.

duração do contrato de aprendizagem a dois anos, salvo se o aprendiz for portador de deficiência.

De acordo com o art. 29, *caput*, da Lei n. 9.615/1998,

a entidade de prática desportiva formadora do atleta terá o direito de assinar com este, a partir de 16 (dezesesseis) anos de idade, o primeiro contrato especial de trabalho desportivo, cujo prazo não poderá ser superior a cinco anos.

Ademais, dispõe:

§ 7º A entidade de prática desportiva formadora e detentora do primeiro contrato especial de trabalho desportivo com o atleta por ela profissionalizado terá o direito de preferência para a primeira renovação deste contrato, cujo prazo não poderá ser superior a 3 (três) anos, salvo se para equiparação de proposta de terceiro.

Outrossim, prevê a referida lei que, para poder exercer o direito de preferência, quando da primeira contratação profissional do atleta, o clube formador deve comprovar estar o jogador por ele registrado como não profissional há, pelo menos, um ano, sendo facultada a cessão dessa vantagem à entidade de prática desportiva, de forma remunerada.

4 Da necessidade de observância, pela entidade de prática desportiva formadora, dos direitos à convivência familiar, à educação e à saúde dos atletas em formação

De início, importa destacar que o art. 29 da Lei n. 9.615/1998 apresenta requisitos que devem ser preenchidos pela entidade de prática desportiva formadora, para que tenha direito a receber ressarcimento por parte de entidade usufruidora do atleta profissional que não o tenha formado. Nesse sentido, dispõe o § 2º do art. 29:

§ 2º É considerada formadora de atleta a entidade de prática desportiva que: (Redação dada pela Lei n. 12.395, de 2011).

I - forneça aos atletas programas de treinamento nas categorias de base e complementação educacional; e (Incluído pela Lei n. 12.395, de 2011).

II - satisfaça cumulativamente os seguintes requisitos: (Incluído pela Lei n. 12.395, de 2011).

a) estar o atleta em formação inscrito por ela na respectiva entidade regional de administração do desporto há, pelo menos, 1 (um) ano; (Incluído pela Lei n. 12.395, de 2011).

b) comprovar que, efetivamente, o atleta em formação está inscrito em competições oficiais; (Incluído pela Lei n. 12.395, de 2011).

c) garantir assistência educacional, psicológica, médica e odontológica, assim como alimentação, transporte e convivência familiar; (Incluído pela Lei n. 12.395, de 2011).

d) manter alojamento e instalações desportivas adequados, sobretudo em matéria de alimentação, higiene, segurança e salubridade; (Incluído pela Lei n. 12.395, de 2011).

e) manter corpo de profissionais especializados em formação tecnicodesportiva; (Incluído pela Lei n. 12.395, de 2011).

f) ajustar o tempo destinado à efetiva atividade de formação do atleta, não superior a 4 (quatro) horas por dia, aos horários do currículo escolar ou de curso profissionalizante, além de propiciar-lhe a matrícula escolar, com exigência de frequência e satisfatório aproveitamento; (Incluído pela Lei n. 12.395, de 2011).

g) ser a formação do atleta gratuita e a expensas da entidade de prática desportiva; (Incluído pela Lei n. 12.395, de 2011).

h) comprovar que participa anualmente de competições organizadas por entidade de administração do desporto em, pelo menos, 2 (duas) categorias da respectiva modalidade desportiva; e (Incluído pela Lei n. 12.395, de 2011).

i) garantir que o período de seleção não coincida com os horários escolares. (Incluído pela Lei n. 10.672, de 2003).

Nesse contexto, vale salientar que a entidade formadora não pode deixar de atentar para a vasta gama de direitos assegurados aos menores de dezoito anos de idade pelo ordenamento jurídico, que devem ser observados quando da profissionalização de esportistas.

Com efeito, a COORDINFÂNCIA assim sintetizou os principais problemas encontrados na formação profissional de atletas:

As irregularidades mais graves constatadas e discutidas podem ser assim resumidas: utilização pelos clubes de crianças e/ou adolescentes com idade inferior a 14 anos, que são submetidos à seletividade e hipercompetitividade típica do futebol praticado como esporte de rendimento; lesão ao direito à convivência familiar e comunitária. Os jovens, muitas das vezes, são alojados no clube e perdem o contato e até mesmo o laço com seus familiares, parentes e amigos; lesão ao direito à educação. Na busca da realização do difícil ou quase impossível sonho de se realizar profissionalmente pelo futebol, muitos adolescentes são afastados dos bancos escolares; excesso da carga de treinamento, incompatível com a condição peculiar do adolescente como pessoa em desenvolvimento, com lesões, às vezes irreversíveis, à saúde dos jovens; alojamentos inadequados⁶.

Registre-se que o direito à convivência familiar é conferido pelo art. 227, *caput*, da Constituição Federal de 1988 e pelos arts. 4º e 19 da Lei n. 8.069/1990. Dessa forma, o direito à manutenção de crianças e adolescentes em ambiente familiar seguro e acolhedor deve ser priorizado como direito imprescindível ao seu pleno desenvolvimento.

Portanto, deve-se atentar para a problemática dos jovens que saem de regiões distantes do País para permanecerem alojados em estabelecimentos mantidos pelos próprios clubes formadores ou por parceiros, sem contato com a família e amigos.

Nessas hipóteses, caso seja imprescindível a permanência dos menores de idade em localidades onde não seja possível o convívio familiar e comunitário, deve ser custeada pela entidade formadora a visita dos atletas à cidade de origem, a fim de manter seus laços familiares e comunitários. Ademais, nos casos em que os jovens fiquem alojados em sua própria cidade de origem, é necessário franquear à família a possibilidade de visita e acompanhamento aos atletas, ainda que em horários e dias previamente estabelecidos.

⁶ BRASIL. Ministério Público do Trabalho. *Temário MPT: Tabela taxonômica e glossário*. 1. ed. Brasília, [20--], p. 182.

Vale salientar que a manutenção dos atletas em alojamento somente pode ocorrer excepcionalmente, tendo em vista os malefícios e os riscos que isso pode trazer para crianças e adolescentes em formação. Com efeito, não se pode olvidar que o afastamento da família pode trazer sofrimento psicológico para esses jovens, além de riscos como maus tratos e pedofilia. Sendo assim, é imprescindível que haja constante acompanhamento por parte dos pais ou responsáveis legais e por profissionais habilitados (psicólogos, preparadores físicos, médicos, fisioterapeutas, nutricionistas, entre outros) em número suficiente para propiciar o desenvolvimento físico, moral, intelectual e psicológico dos adolescentes em formação.

Ainda a respeito do direito à convivência familiar, percebe-se que é bastante questionável a conduta de algumas entidades formadoras ou agentes (intermediadores) que pretendem obter a guarda dos esportistas em formação. Com efeito, nos termos do art. 19 da Lei n. 8.069/1990, “toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes”. Sendo assim, a colocação da criança ou do adolescente em família substituta é medida excepcional, devendo ser priorizada a permanência do menor de idade junto à sua família originária.

Sobre o tema, assim se manifesta Lourdes Regina Jorgeti Barone e Marcelo Luiz Barone, citando os ensinamentos de Caio Mario da Silva Pereira (2010, p. 157):

A criança ou adolescente deve, sempre que possível, ser mantido na sua própria família, fortalecendo os laços sanguíneos com a convivência familiar. Tendo o Estatuto “priorizado o direito da criança e do adolescente de ser criado e educado no seio da sua família, novas alternativas devem ser implementadas para atender situações em que o próprio núcleo familiar necessita de proteção e assistência para bem desempenhar suas funções.

No art. 29 da Lei n. 8.069/1990 está previsto que “não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça

ambiente familiar adequado”. Por sua vez, no art. 30, está disposto que “a colocação em família substituta não admitirá transferência da criança ou do adolescente a terceiros ou a entidades governamentais ou não governamentais, sem autorização judicial”. Ressalte-se que, de acordo com o art. 23, a falta de recursos financeiros por parte da família não justifica por si só a suspensão do poder familiar.

A guarda é regradada especificamente pelos arts. 33 a 35 da Lei n. 8.069/1990. De acordo com o art. 33 dessa lei, “a guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais”.

No caso da guarda de menores de idade por clubes ou agentes, percebe-se que é instrumento jurídico incompatível, uma vez que não resta assegurada a criação de ambiente familiar, que efetivamente acolha o jovem como família substituta. Com efeito, a guarda pressupõe a proteção aos direitos de assistência material, moral e educacional em detrimento de interesses econômicos. Além disso, conforme já referido, a mera insuficiência de recursos financeiros pela família natural não justifica a colocação da criança e do adolescente em família substituta. Sobre o assunto, leciona Mario Romera:

A guarda não pode nem deve ser para um fim só, devendo ser para todos os efeitos legais. Assim, a guarda para fins de assistência médica ou para fins de participar de sociedade recreativa ou para fins previdenciários etc., não deve subsistir. A guarda visa a maiores fins que não os simples listados⁷.

Sobre o tema, há orientação da COORDINFÂNCIA que coíbe os abusos cometidos por agentes:

ORIENTAÇÃO N. 16. Ementa: Atletas. Aprendizagem. Representação. Limites. I - São nulas quaisquer modalidades de contratos de agenciamento esportivo para atletas com idade inferior a 14 anos. II - A partir de 14 anos, é obrigatória a representação ou assistência dos responsáveis legais em todos os atos jurídicos praticados pelos atletas, vedada a transferência

7 Romera, Mario. *O instituto da guarda no Estatuto da Criança e do Adolescente*. [20--]. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id130.htm>>. Data do acesso: 3 dez. 2010.

contratual de direitos inerentes ao poder familiar a agentes ou terceiros. (Orientação elaborada e aprovada por maioria com base em estudo da Coordinfância)⁸.

No que diz respeito ao direito à educação, merece atenção a previsão do art. 29, § 2º, V, da Lei n. 9.615/1998, no sentido de que a entidade de prática desportiva formadora deve “ajustar o tempo destinado à efetiva atividade de formação do atleta, não superior a 4 (quatro) horas por dia, aos horários do currículo escolar ou de curso profissionalizante, além de propiciar-lhe a matrícula escolar, com exigência de frequência e satisfatório aproveitamento” bem como “garantir que o período de seleção não coincida com os horários escolares”.

É válido destacar que o direito à educação é tutelado pela Constituição Federal em diversos dispositivos, entre os quais se podem citar os arts. 6º, 205 a 214 e 227, sendo nítida a priorização conferida pela Carta Magna a esse direito fundamental, considerando que a educação é

direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (art. 225, *caput*).

Diante da relevância da educação para a formação de crianças e adolescentes, não só na esfera da aquisição de conhecimento técnico mas no ensinamento de valores éticos e de cidadania, percebe-se que a formação profissional de atletas deve ser pautada pela atenção máxima à frequência e ao aproveitamento escolar.

Dessa forma, a realização de testes em períodos que não comprometam o desempenho escolar dos jovens passou a ser prevista na Lei n. 9.615/1998, após alteração pela Lei n. 12.395/2011, da mesma forma que previu a limitação das atividades que importem em efetiva formação dos atletas a 4 (quatro) horas diárias. Destarte, em virtude da necessidade de prevalência da proteção integral da criança e do adolescente em det-

8 Disponível em: <<https://intranet.pgt.mpt.gov.br/trabinf/orientacoes.html>>. Data do acesso: 20 fev. 2012.

rimento de interesses econômicos, a realização de testes deve atender a requisitos mínimos. Nesse sentido, há orientações da COORDINFÂNCIA:

ORIENTAÇÃO N. 11: Ementa: Atletas. Aprendizagem. Testes para admissão em programas de formação profissional. Gratuidade. Não poderá ser instituída qualquer cobrança com respeito aos testes aplicados a atletas, sob pena de ofensa ao princípio segundo o qual os riscos da atividade econômica correm por conta do empregador. (Orientação elaborada e aprovada à unanimidade com base em estudo da Coordinfância).

ORIENTAÇÃO N. 12. Ementa: Atletas. Aprendizagem. Testes. Condições mínimas. Durante a realização dos testes prévios à admissão de atletas aprendizes, deverão ser observadas as seguintes regras, concebidas para evitar que atletas permaneçam longos períodos treinando na informalidade sob a justificativa de estarem “em teste”, bem como para combater os prejuízos, notadamente aqueles decorrentes da ausência escolar que padecem esses adolescentes: a) duração não superior a uma semana; b) autorização específica dos responsáveis legais, vedada a autorização de agentes; c) registro em “livro de testes” a ser instituído pela entidade formadora; d) comprovação de prévia matrícula e frequência escolar; e) realização de exame médico prévio e específico. (Orientação elaborada e aprovada à unanimidade com base em estudo da Coordinfância)⁹.

Ainda vale destacar que é relevante a limitação de jornada, considerada como o tempo em que os jovens permanecem à disposição dos clubes realizando treinos, preparação física e participando de campeonatos. Tendo em vista que é notório haver grande desgaste físico na prática de atividades esportivas de alto rendimento, é imprescindível a delimitação da jornada e a adaptação das atividades físicas em atenção aos direitos à educação, à saúde e ao lazer do adolescente em formação.

Com efeito, não se pode olvidar da condição do atleta menor de idade como pessoa em desenvolvimento, com limitações físicas próprias dessa fase. Nesse sentido, tem-se o escólio de Xisto Tiago de Medeiros Neto, citando a cartilha do Ministério do Trabalho e Emprego, intitulada

Saiba tudo sobre o trabalho infantil, que menciona conclusões científicas acerca das razões pelas quais o trabalho infantil deve ser condenado:

(1) Crianças ainda não têm seus ossos e músculos completamente desenvolvidos. Correm maior risco de sofrer deformações nos ossos, cansaço muscular e prejuízos ao crescimento e ao desenvolvimento, dependendo do ambiente e condições a que forem submetidas;

(2) A ventilação pulmonar (entrada e saída de ar dos pulmões) é reduzida; por isso, crianças têm maior frequência respiratória, o que provoca maior absorção de substâncias tóxicas e maior desgaste do que nos adultos, podendo, inclusive, levar à morte;

(3) Crianças têm maior frequência cardíaca que os adultos para o mesmo esforço (o coração bate mais rápido para bombear o sangue para o corpo) e, por isso, ficam mais cansados do que eles, ainda que exercendo a mesma atividade;

(4) A exposição das crianças às pressões do mundo do trabalho pode provocar diversos sintomas como, por exemplo, dores de cabeça, insônias, tonteiras, irritabilidade, dificuldade de concentração e memorização, taquicardia e, conseqüentemente, baixo rendimento escolar. Isso ocorre mais facilmente nas crianças porque o seu sistema nervoso não está totalmente desenvolvido. Além disso, essas pressões podem causar problemas psicológicos, tais como medo, tristeza e insegurança;

[...]

(6) O corpo das crianças produz mais calor que o dos adultos quando submetidos a trabalhos pesados, o que pode causar, dentre outras coisas, desidratação e maior cansaço;

[...]

(10) O trabalho infantil provoca uma tríplice exclusão: na infância, quando a criança perde a oportunidade de brincar, estudar e aprender; na idade adulta, quando perde oportunidade de trabalho por falta de qualificação profissional; na velhice, pela conseqüente falta de condições dignas de sobrevivência. (MEDEIROS NETO, p. 265-266).

Nesse contexto, antes da alteração da Lei n. 9.615/1998 pela Lei n. 11.395/2011, diante da falta de regramento específico sobre a jornada da formação de atletas, defendia-se que era aplicável, por analogia, o art.

⁹ Disponível em: <<https://intranet.pgt.mpt.gov.br/trabinf/orientacoes.html>>. Data do acesso: 20 fev. 2012.

432, *caput*, da CLT, que assevera: “a duração do trabalho do aprendiz não excederá de seis horas diárias, sendo vedadas a prorrogação e a compensação de jornada”. No entanto, diante da previsão do art. 29, § 2º, II, *f*, da Lei n. 9.615/1998, deve-se considerar a jornada limitada a 4 (quatro) horas diárias, por ser norma mais benéfica ao jovem em formação.

Outrossim, os alojamentos devem ser dotados de boas condições de higiene e segurança, e deve ser fornecida alimentação adequada e balanceada, conforme art. 29, § 2º, II, *d*, da Lei n. 9.615/1998.

Nesse sentido, há a Orientação n. 14 e a n. 15 da COORDINFÂNCIA:

ORIENTAÇÃO N. 14: Ementa: Atletas. Aprendizagem. Alojamento. Responsabilidade da entidade de formação. I - Não será permitido que o atleta adolescente seja alojado em repúblicas, hotéis, pensões ou similares que não estejam sob controle da entidade de formação profissional. II - Em qualquer caso, tanto nos alojamentos próprios dos clubes ou de terceiros, deverão ser asseguradas alimentação e condições adequadas de higiene e segurança, entre outras previstas na legislação aplicável. (Orientação elaborada e aprovada por maioria com base em estudo da Coordinfância).

ORIENTAÇÃO N. 15. Ementa: Atletas. Aprendizagem. PPRA e PCMSO. Obrigatoriedade. Aplica-se a NR-4 às entidades de formação profissional, que deverão implementar Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional e o Programa de Prevenção de Riscos Ambientais para os atletas adolescentes, em consonância com os art. 7º, XXI e 227, ambos da Constituição Federal. (Orientação elaborada e aprovada por maioria com base em estudo da Coordinfância)¹⁰.

5 Alterações efetuadas na lei n. 9.615/1998 relacionadas à formação profissional de atletas

A Lei n. 9.615/1998 foi objeto de alterações realizadas pela Lei n. 12.395/2011 (Lei Pelé). A partir da análise do texto dessa lei, percebe-se que as mais importantes modificações previstas para ela, com base na

sistematização apresentada por José Ricardo Rezende (2010, p. 209-211), são as seguintes:

1. Inibição da atividade de agenciadores e de sua atitude por vezes predatória sobre jovens em formação, taxando de nulas, por diversos motivos, cláusulas contratuais, procurações e demais atos praticados entre atletas e agentes.
2. Aprimoramento dos requisitos para o reconhecimento da entidade de prática desportiva como formadora, incluindo-se regras mais detalhadas quanto à preservação do direito à educação dos adolescentes, como a vedação de coincidência entre o período de testes e o horário escolar, fixação de limite para a carga horária de efetiva formação profissional em quatro horas diárias bem como menção expressa à convivência familiar.
3. Aumento do prazo máximo de vigência da primeira renovação do contrato de trabalho com o atleta formado, que passa a ser de três anos e não mais de dois anos.
4. Previsão de cláusulas obrigatórias no contrato de formação desportiva.
5. Direito de indenização do clube formador na impossibilidade de assinar o primeiro contrato com o atleta formado, suas condições e limites e requisitos assecuratórios do direito de preferência do clube formador.
6. Exclusão da intermediação (terceirização) na realização do contrato do atleta em formação.
7. Obrigatoriedade do registro do contrato de formação desportiva do atleta na federação/confederação.
8. Previsão de mecanismos de solidariedade em favor do clube formador nas transferências futuras do atleta formado.

Sobre as alterações da Lei Pelé, no que se refere à formação de atletas, assim se manifesta Álvaro de Melo Filho:

Com estes inovadores ditames legais, dar-se-á aos clubes formadores e que investem nas categorias de base a motivação, a vitalidade e as garantias de que necessitam. É preciso ter em

¹⁰ Disponível em: <<https://intranet.pgt.mpt.gov.br/trabinf/orientacoes.html>>. Data do acesso: 20 fev. 2012.

mente que os clubes formadores, além do preparo e treinamento desportivo, dão aos atletas alimentação, assistência médica e odontológica, ajuda de custo para transporte e alimentação e material desportivo, daí a contrapartida de garantia de retorno econômico dos gastos realizados¹¹.

Diante do exposto, percebe-se que deixaram de ser promovidos avanços no sentido de garantir maior proteção aos direitos do adolescente em formação, tais como a garantia do reconhecimento do vínculo empregatício, nos moldes da aprendizagem prevista na CLT. Em verdade, o destaque que tratava do contrato de aprendizagem não foi aprovado pelos parlamentares. Importa ressaltar que se tentou até mesmo a redução da idade mínima do atleta em formação para doze anos de idade, alteração que não prevaleceu.

Com efeito, é nítida a maior preocupação da lei com a proteção aos interesses econômicos das entidades de prática desportiva do que com a tutela dos direitos fundamentais dos jovens atletas em formação.

6 Atuação do Ministério Público do Trabalho no combate à exploração do trabalho de crianças e adolescentes

Estabelecidos os direitos dos atletas em formação que devem ser observados pelas entidades de prática desportiva, cumpre tecer comentário acerca da atuação do Ministério Público do Trabalho no combate à exploração do trabalho da criança e do adolescente nos esportes.

A Constituição Federal de 1988 prevê no art. 127: “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. No art. 129, a Carta Magna elenca algumas funções institucionais do Ministério Público, tais como “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de

relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia” (inciso II), “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (inciso III) e “expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva” (inciso VI).

Por sua vez, a Lei Complementar n. 75/1993, no art. 6º, confere ao Ministério Público competência de “promover o inquérito civil e a ação civil pública para” (inciso VII) “a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor” (alínea *c*) bem como “outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos” (alínea *d*).

No que diz respeito à atuação própria do Ministério Público do Trabalho, o art. 83 da referida lei dispõe que cabe a esse ramo do Ministério Público “promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos” (inciso III) e “propor as ações necessárias à defesa dos direitos e interesses dos menores, incapazes e índios, decorrentes das relações de trabalho” (inciso V).

Ressalte-se que a celebração de Termo de Ajuste de Conduta (TAC) prevista no art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/1985 constitui um dos mais importantes instrumentos de solução extrajudicial das situações que envolvem o trabalho infantojuvenil.

Registre-se que a estrutura administrativa do Ministério Público do Trabalho é integrada pela COORDINFÂNCIA, que, de acordo com o art. 1º de seu Regimento Interno, possui o objetivo de,

[...] no âmbito das atribuições do Ministério Público do Trabalho, integrar as Procuradorias Regionais do Trabalho em uma atuação uniforme e coordenada de combate ao trabalho infantil e de regularização do trabalho do adolescente, assim como fomentar a troca de experiências e discussões sobre a temática¹².

11 MELO FILHO, Álvaro de. *Novo marco regulatório para o novo desporto brasileiro*. Disponível em: <<https://intranet.pgt.mpt.gov.br/sistemas/dds/bascon/pesquisadoc.php>>. Data do acesso: 4 dez. 2010.

12 Disponível em: <https://intranet.pgt.mpt.gov.br/trabinf/arquivos/regimento_interno_

Quanto à legitimidade do Ministério Público do Trabalho para atuar na temática da formação profissional de atletas, já foi demonstrado anteriormente que, ainda que não reste configurado o vínculo empregatício, trata-se de relação de trabalho e, por força do art. 114, I, da Constituição Federal de 1988, compete à Justiça do Trabalho. Nesse sentido há a Orientação n. 8 da COORDINFÂNCIA:

ORIENTAÇÃO N. 08. EMENTA: Atletas. Aprendizagem. Relação de Trabalho. Legitimidade do MPT. Ainda que a Lei Pelé mencione que a aprendizagem profissional no futebol do atleta se dará sem vínculo empregatício, está preservada a legitimidade do MPT, pois a natureza da relação jurídica entre atleta e entidade formadora é de trabalho. (Orientação elaborada e aprovada à unanimidade com base em estudo da Coordinfância)¹³.

Destarte, para o eficaz combate à exploração do trabalho da criança e do adolescente em matéria de prática desportiva, o Ministério Público do Trabalho deve se utilizar de todos os instrumentos de atuação de que dispõe: instauração de inquérito civil, celebração de termos de ajuste de conduta, propositura de ação civil pública – inclusive em litisconsórcio com outros ramos do Ministério Público –, realização de audiências públicas, integração de órgãos de enfrentamento e erradicação do trabalho infantil, criação de parcerias com os órgãos que integrem a Rede Nacional de Combate ao Trabalho Infantil, realização de inspeções *in loco*, campanhas publicitárias, produção de programas televisivos etc.

Importa esclarecer que muitas das formas de atuação acima citadas integram a denominada atuação promocional do Ministério Público e objetivam agir de forma preventiva. Acerca da relevância da atuação preventiva no combate à exploração do trabalho infantil, leciona Rafael Dias Marques (2010, p. 305):

Tal viés preventivo tenciona focar no aspecto cultural da permissibilidade do trabalho infantil, ainda bastante enraizado no seio social. Com efeito, não raro, presenciam-se, entre o senso comum, mitos segundo os quais “o trabalho é formativo, uma escola de

vida que torna o homem mais digno”; ou “o trabalho tem que ser considerado um fator positivo no caso de crianças que, dada sua situação econômica e social, vivem em condições de pobreza e de risco social”; ou “trabalhar educa o caráter da criança; o trabalho é um valor ético e moral”; ou “é melhor a criança trabalhar ou ficar na rua exposta aos crimes e maus costumes”; ou “é uma questão de necessidade a criança ajudar na economia da família, ajudando-a a sobreviver.

Desse modo, a atuação preventiva do MPT visa a desconstruir tais mitos, em ordem a possibilitar que a sociedade venha a assimilar as verdades que se encontram sob tais assertivas perversas e excludentes, de maneira a torná-la consciente, sensível e denunciadora da realidade.

Sendo assim, além da tradicional atuação repressiva, por meio da responsabilização dos envolvidos na exploração do trabalho infantil, deve-se valorizar a atuação preventiva do Ministério Público do Trabalho. Com efeito, deve-se considerar a necessidade premente de transformação cultural da sociedade quanto à errônea aceitação e aprovação do trabalho infantil.

7 Conclusão

A Constituição Federal de 1988, notadamente no art. 7º, XXXIII, e art. 227, tutela os direitos fundamentais da criança e do adolescente, abraçando a teoria da proteção integral.

Nesse contexto, a Lei n. 9.615/1998 deve ser interpretada em conformidade com a Constituição da República. Sendo assim, embora a referida lei não tenha a intenção de priorizar os direitos trabalhistas dos jovens em formação, deve-se analisar a mencionada norma à luz do princípio da proteção integral e da prioridade absoluta.

No entanto, percebe-se que as entidades de prática desportiva não observam mesmo os direitos expressamente previstos no art. 29 da Lei n. 9.615/1998, muito menos atentam para a relevância que a Carta Magna confere aos direitos da criança e do adolescente, como, por exemplo, o direito à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização,

coordinfancia.pdf>. Data do acesso: 20 fev. 2012.

13 Disponível em: <<https://intranet.pgt.mpt.gov.br/trabinf/orientacoes.html>>. Data do acesso: 20 fev. 2012.

à convivência familiar e comunitária, “além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (art. 227, *caput*, CF/1988).

Destarte, embora se considere a formação profissional desportiva como aprendizagem especial, não se pode olvidar dos direitos fundamentais mais básicos da criança e do adolescente. Nesse sentido, o contrato de trabalho deve ser formalizado, e assegurado o pagamento de uma bolsa de aprendizagem, sendo permitida a formação tão somente para jovens acima de catorze anos de idade.

Com efeito, restando demonstrado que a formação profissional aplicada pelas entidades de prática desportiva enquadra-se no conceito de desporto de rendimento, deve-se assegurar uma remuneração não inferior ao salário mínimo hora, sob pena de afronta ao art. 7º, IV, da Carta Magna bem como aos direitos trabalhistas e previdenciários do adolescente em formação.

Ademais, deve-se garantir matrícula, frequência e aproveitamento escolar do adolescente; limitação da carga horária e da intensidade dos treinamentos compatível com a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento; acompanhamento por equipe técnica qualificada; alojamento em condições dignas de higiene e segurança; alimentação adequada; assistência médica, odontológica e psicológica etc.

Outrossim, note-se que as alterações ocorridas no art. 29 da Lei n. 9.615/1998, por efeito da Lei n. 12.395/2011, embora tragam algumas melhorias na tutela dos direitos dos adolescentes em formação, não avançam muito nessa área. Em verdade, percebe-se que não se progrediu na equiparação da formação profissional desportiva com a aprendizagem prevista na CLT. De fato, nota-se que os interesses econômicos dos clubes formadores prevaleceram em detrimento dos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

Nesse contexto, o Ministério Público do Trabalho, guardião da ordem pública trabalhista, deve utilizar-se de todos os instrumentos de atuação de que dispõe para tutelar os direitos dos adolescentes em formação, bem como para erradicar, no esporte, o trabalho de crianças e de adolescentes com idade inferior a catorze anos.

Destarte, cabe ao Ministério Público do Trabalho utilizar meios como, por exemplo, a instauração de inquérito civil, propositura de ação civil pública – inclusive em litisconsórcio com outros ramos do Ministério Público –, celebração de termos de ajuste de conduta, realização de audiências públicas, criação de parcerias com os órgãos que integrem a Rede Nacional de Combate ao Trabalho Infantil, realização de inspeções *in loco*, campanhas publicitárias, produção de programas televisivos etc.

Referências

ANDREOTTI, Leonardo. *A liberdade do atleta face ao clube formador*. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Clube_formador.pdf>. Acesso em: 4 dez. 2010.

BARONE, Lourdes Regina Jorgeti; BARONE, Marcelo Luiz. Guarda Compartilhada. In: Caraciola, Andrea Boari. *et al. Estatuto da Criança e do Adolescente: estudos em comemoração aos 20 anos*. São Paulo: Ltr, 2010.

BARROS, Alice Monteiro de. *Contratos e regulamentações especiais de trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências*. 4. ed. São Paulo: Ltr, 2010.

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. Mesa de debates: formação do atleta profissional – aspectos jurídico-desportivos atuais e para 2014. In: *Curso de aperfeiçoamento: a formação profissional de atletas e a exploração do trabalho de crianças e adolescentes*, 2010, Brasília. Palestra. Escola Superior do Ministério Público da União.

LORENTZ, Lutiana Nacur; NEVES, Rubia Carneiro. Atletas e entidades desportivas – abordagens na dimensão constitucional, trabalhista e empresarial. In: XVII Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Brasília. *Anais*. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/10_202.pdf>. Acesso em: 2 dez. 2010.

MARQUES, Rafael Dias. Ações do Ministério Público do Trabalho na prevenção e repressão ao trabalho infantil: atuação e instrumentos processuais. In: NOCCHI, Andrea Saint Pastous. *et al. Criança, adolescente, trabalho*. São Paulo: Ltr, 2010.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago. Trabalho infantil e fundamentos para a proteção jurídica da criança e do adolescente. In: NOCCHI, Andrea Saint Pastous. *et al. Criança, adolescente, trabalho*. São Paulo: Ltr, 2010.

MELO FILHO, Álvaro de. *Novo marco regulatório para o novo desporto brasileiro*. Disponível em: <<https://intranet.pgt.mpt.gov.br/sistemas/dds/bascon/pesquisadoc.php>>. Acesso em: 4 dez. 2010.

OLIVA, José Roberto Dantas. *O princípio da proteção integral e o trabalho da criança e do adolescente no Brasil*: com as alterações promovidas pela Lei n. 11.180, de 23 de setembro de 2005, que ampliou o limite de idade nos contratos de aprendizagem para 24 anos. São Paulo: Ltr, 2006.

REZENDE, José Ricardo. *Nova legislação de direito desportivo*: preparando o Brasil para a Copa 2014 e Olimpíadas 2010. São Paulo: All Print, 2010.

ROMERA, Mario. *O instituto da guarda no Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id130.htm>>. Acesso: 3 dez 2010.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. A concretização da doutrina da proteção integral das crianças e dos adolescentes por meio de políticas públicas. In: CARACIOLA, Andrea Boari. *et al. Estatuto da Criança e do Adolescente*: estudos em comemoração aos 20 anos. São Paulo: Ltr, 2010.

Silvana da Silva Suckow

O trabalho infantil – repercussões e implicações em um enfoque multidisciplinar e a atuação do Ministério Público do Trabalho

Sumário

1 Introdução

2 Das atribuições do Ministério Público do Trabalho – COORDINFÂNCIA

3 Os direitos fundamentais sociais na perspectiva do art. 227 da CRFB

4 Políticas públicas e sua judicialização

5 Situações de risco e de dano à saúde e à segurança no trabalho infantil e juvenil

6 O trabalho rural

7 O trabalho doméstico

8 Trabalho em lixões

9 A exploração sexual para fins comerciais

10 Da predisposição a acidentes de trabalho e doenças profissionais

11 Considerações de ordem sociológica

12 Conclusão

1 Introdução

Uma das missões institucionais do Ministério Público do Trabalho é erradicar o trabalho infantil e a exploração do trabalho do adolescente, sendo este o tema de uma das coordenadorias temáticas desse ramo do Ministério Público da União, a Coordenadoria Nacional de Combate à Exploração do Trabalho da Criança e do Adolescente – COORDINFÂNCIA.

Para tanto, são necessárias análises e providências que se relacionam a temas afetos a interesses diversos, podendo-se citar o público, o privado, o cultural, o político, o social, o educacional, o econômico, sem implicar um rol exaustivo. E quanto ao trabalhador, deve-se atentar à sua morfologia, aspectos físicos, psíquicos, biológicos, entre outros que serão abordados mais especificamente no decorrer deste estudo.

No que toca à seara jurídica, a temática encontra-se presente em diversos instrumentos normativos tanto de patamar nacional quanto internacional, como bem se observa nos preceitos contidos na CRFB, art. 7º, XXXIII; na Lei n. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), Título II – Dos Direitos Fundamentais, Capítulo V – Direito à Profissionalização e à Proteção no Trabalho; no Decreto n. 6.481/2008, que dispõe sobre as piores formas de trabalho infantil, regulamentando a Convenção n. 182 da OIT; e na Lei n. 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação). Podemos elencar, ainda, a Convenção n. 138 e a pré-citada n. 182, bem como a Recomendação n. 190 da OIT, a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança referente à Venda de Criança, à Prostituição Infantil e à Pornografia Infantil (2000), normas que visam tutelar os direitos humanos por meio da formalização de tratados e convenções, afetos ao Direito Internacional.

Cabe aqui salientar que as supracitadas normas internacionais foram ratificadas pelo Brasil.

Trata-se de normas imperativas que dispõem acerca de direitos indisponíveis, considerados direitos fundamentais. Posicionados, assim, no ápice da pirâmide jurídica pátria, consoante a Carta Magna

em seu Título VIII – Da Ordem Social, Capítulo VII – Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso, correlato aos arts. 226 a 230. Apresentam-se, ademais, plenamente compatíveis e em harmonia com as referidas normas internacionais que regem o trabalho infantojuvenil.

Diante desse enquadramento no ordenamento jurídico e ante os valores e princípios que tais normas tutelam, pode-se inferir a importância da temática, de notória recorrência tanto nos rincões do País quanto nas grandes capitais, e a preocupação política e governamental com a triste realidade, consistente na prestação de trabalho por crianças e adolescentes menores de 18 anos.

Impende comentar que a tutela ao trabalho do menor e do adolescente, quando encontrados no mercado informal e também irregular de trabalho, repercute na aquisição dos seus direitos trabalhistas, abrangendo, inclusive, os direitos e garantias de ordem previdenciária.

A proposta do presente trabalho é analisar e expor as searas que envolvem o trabalho infantojuvenil, apontando a forma pela qual elas interpenetram-se, mostrando-se interdependentes e articuladas quando do enfrentamento da problemática, desde suas origens até suas consequências.

Para tanto, como não poderia deixar de ser, é adotado o parâmetro legal segundo o qual é vedado o trabalho à criança, sendo o trabalho do adolescente permitido para os menores a partir de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz (contrato especial de trabalho em consonância com a legislação educacional destinado à formação técnico-profissional) a partir dos catorze anos, proibindo-se, contudo, o trabalho noturno, perigoso, insalubre e penoso. Serão objeto de análise os motivos que ensejam tais proibições e restrições.

Não podemos nos apartar do princípio que ilumina todo o trato da criança e do adolescente, qual seja, o princípio da proteção integral, pelo qual é imposto a todos, assim considerados, à família, à sociedade e ao Estado, de forma prioritária, resguardar e promover os interesses da criança e do adolescente, para que atinjam seu desenvolvimento

pleno (psíquico, social, moral e físico) na comunidade em que inseridos, consoante preceitua o art. 227 da CRFB.

2 Das atribuições do Ministério Público do Trabalho/COORDINFÂNCIA

O Ministério Público do Trabalho, um dos ramos do Ministério Público da União, tem por missão imposta constitucionalmente a defesa dos interesses individuais indisponíveis e sociais bem como a tutela do ordenamento jurídico e do regime democrático, em consonância com o art. 127 da CRFB, este, aplicável aos demais ramos e esferas do Ministério Público.

No exercício de tal mister, dispõe de mecanismos legais, judiciais e extrajudiciais a possibilitar a maior efetividade possível das normas atinentes à proteção do trabalho infantojuvenil, atuando conjuntamente com organismos governamentais e não governamentais direcionados à tutela plena do direito de ser criança, do direito ao não trabalho e do direito ao trabalho protegido, relativo ao adolescente.

Essa atuação se dará de forma repressiva, concomitantemente com a utilização de meios pedagógicos e preventivos.

Cabível, por conseguinte, a responsabilização dos ofensores de tais direitos nas esferas criminal, civil, trabalhista e administrativa, podendo o Ministério Público do Trabalho agir em litisconsórcio com outros ramos e esferas do Ministério Público, sobretudo se considerarmos a limitação imposta pelo art. 83 da LC n. 75/1993, que restringe a atuação do MPT perante a Justiça do Trabalho, no que concerne à sua atuação judicial.

Visando colocar em discussão a problemática aqui apontada e a proposição de soluções, bem como atingir metas por meio de atuação articulada em âmbito nacional, foi criada em novembro de 2000, pela Procuradoria-Geral do Trabalho do Ministério Público do Trabalho, a COORDINFÂNCIA.

Referida coordenadoria atua conjuntamente com diversos parceiros e órgãos, entre os quais podemos citar: Ministério do Trabalho e Emprego (MTE); Ministério do Desenvolvimento Social e de Combate à Fome; Poder Judiciário; Secretaria Especial de Direitos Humanos; Organização Internacional do Trabalho (OIT); Ministério Público Estadual; Ministério da Educação e Cultura (MEC); Ministérios do Esporte, da Justiça, da Previdência e Assistência Social; Fórum Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil; entidades sindicais; Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF); Congresso Nacional; sociedade civil organizada; conselhos tutelares; Conselho Nacional dos Direitos da Criança (CONANDA); entre outros órgãos da Administração Federal, Estadual e Municipal.

Entre as metas estabelecidas pela COORDINFÂNCIA, está o combate ao trabalho da criança e do adolescente nos lixões, nas atividades ilícitas, na exploração sexual comercial, no narcotráfico, no regime de economia familiar (quando o trabalho é determinado pelos próprios pais) e no âmbito doméstico. Esse enfrentamento também alcança as relações de estágio, aprendizagem, desporto, trabalho infantil artístico, trabalho educativo e demais situações onde presentes a irregularidade, a vulnerabilidade e a precariedade do trabalho infantojuvenil. Para tal desiderato, faz uso de medidas educativo-pedagógicas para maior discussão e debate de tais questões nas comunidades e sociedade.

Coadunada a tal propósito, ficou estabelecida a ação articulada, pretendendo mobilizar a sociedade, as comunidades e políticos para a devida atenção à problemática, bem como a implementação de um maior controle social, com a formação de capacitadores, a promoção de fóruns, audiências públicas, políticas públicas, ações civis públicas, termos de ajuste de conduta, debates, discussões, seminários, campanhas, participação na elaboração do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil do governo Federal (PETI) e demais frentes que se mostrem necessárias em conformidade com as circunstâncias apresentadas, a delinear as atribuições do Ministério Público do Trabalho¹.

1 Cf. PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto (Org.). *Ministério Público do Trabalho: Coordenadorias Temáticas*. Brasília: ESMPU, 2006.

3 Os direitos fundamentais sociais na perspectiva do art. 227 da CRFB

Pode-se afirmar que a base jurídica para o delineamento dos direitos sociais e da tutela infantojuvenil apresenta-se nas normas contidas nos dispositivos constitucionais a seguir:

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

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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.

Ao se cotejar a dicção dos dispositivos supra, denota-se a simetria entre os bens e interesses jurídicos tutelados em ambos, identificados como direitos sociais. O art. 6º da CRFB discorre sobre os direitos sociais no capítulo próprio, enquanto o art. 227 posiciona-se no capítulo nominado Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso.

Pela interpretação sistemática das normas jurídicas e considerando-se o princípio da unidade da Constituição, chega-se à ilação segundo a qual, prioritariamente, entre os direitos dos demais membros da sociedade, os direitos sociais das crianças e dos adolescentes hão de ser resguardados e efetivados por meio dos esforços de todos os atores sociais; e razão disso é tratar-se de pessoa em formação, ser em fase de desenvolvimento de suas potencialidades física, moral, espiritual, social e psíquica.

Os Direitos Sociais são, segundo Dirley da Cunha Júnior, posições jurídicas que credenciam o indivíduo a exigir do Estado uma postura ativa, uma prestação de natureza jurídica e/ou material consideradas necessárias para implementar condições fáticas que permitam o efetivo exercício das liberdades fundamentais e que permitam a

igualização de situações sociais desiguais, proporcionando melhores condições de vida aos desprovidos de recursos materiais (NOVELINO, 2008, p. 365 e 366).

Como supedâneo figura a dignidade da pessoa humana, princípio-valor norteador de todo o ordenamento jurídico pátrio.

Como bem colocado, os direitos sociais demandam uma atuação do Estado, por meio de políticas públicas, ações afirmativas, projetos de governo, programas sociais, entre outras providências a almejar a plena e imediata eficácia dos referidos direitos em prol de todos aqueles titulares que deles necessitem, sendo, pois, realizados concretamente.

Ponto crucial dessa concretização são os recursos materiais aplicáveis para sua implementação. É sabido que cada Estado apresenta grau próprio de desenvolvimento, potencial, recursos financeiros e econômicos; portanto, a possibilidade de dispor de bens materiais para a efetivação dos direitos sociais variará de acordo com a reserva do possível apresentada por cada qual.

Entende-se por reserva do possível a disponibilidade econômica e jurídica e a dependência da concretização legislativa que se colocam como parâmetros de realização dos direitos sociais previstos na norma (NOVELINO, 2008, p. 368).

Ressalte-se que questões financeiras e/ou econômicas não são razões suficientes para obstaculizar a implementação dos direitos sociais, mas, sim, motivo a ensejar a instituição de estratégias e prioridades na gestão orçamentária estatal a fim de equalizar a questão, atendendo à ordem axiológica constitucional.

Ante sua previsão em lei e tendo em vista sua origem, sobretudo no texto constitucional, os direitos sociais devem ser obrigatoriamente implementados pelo Estado, haja vista o princípio da legalidade, que rege os atos da Administração Pública.

Todavia, atentando-se para as considerações tecidas quanto à reserva do possível em contraposição às normas impositivas que estabelecem os direitos sociais, impõe-se que, na concretização dos direitos sociais, sejam

examinadas e cotejadas as condições fáticas apresentadas, de forma casuística, para fins de melhor e equânime efetivação de tais direitos.

Caso assim não se proceda, o administrador incidirá em ilícito, pela omissão em seguir os ditames e objetivos previstos constitucional e legalmente.

Diante de tal quadro, tem-se por plenamente cabível exigir uma postura ativa do Poder Judiciário para a realização e satisfação dos direitos sociais, o que demanda uma atuação do *Parquet* por meio de políticas públicas e ações afirmativas para a efetivação de um núcleo mínimo e essencial de direitos conferido a qualquer ser humano, quando tratamos dos direitos fundamentais sociais.

Por meio da concretização dos direitos e garantias de cunho social, promove-se a inclusão social dos cidadãos desfavorecidos, propugnando pela igualdade, que é o matiz de uma sociedade democrática, nos moldes em que se apresenta o Estado brasileiro do bem-estar social.

4 Políticas públicas e sua judicialização

Permeia a atuação do Ministério Público a necessária judicialização de temas atinentes a políticas públicas, no sentido de alçar a efetividade das normas programáticas e institucionais contidas no texto constitucional.

Como bem apontado na doutrina moderna, tais normas são plenamente eficazes, capazes de produzir efeitos no sentido de indicar um norte, um programa, uma linha de atuação para o Poder Público, a fim de assegurar sua efetividade jurídica e social, invalidando atos e decisões que contrariem os interesses e direitos por elas tutelados.

Com o fim de solucionar conflitos sociais e políticos, propugnou-se pelo ativismo judicial, no sentido de serem levadas as questões concernentes às referidas normas ao Poder Judiciário para que, mitigando a noção de separação dos poderes e inércia, o Judiciário interferisse e ditasse determinações quanto às questões políticas e sociais estatais, resultando no gozo dos direitos sociais do Estado do Bem-Estar Social.

Outro aspecto salutar para essa nova postura jurisdicional foram as coletivizações das demandas, tendo em vista a sociedade de massa que se apresentou a partir do século XIX, o que acarretou o surgimento dos direitos e interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos e, em decorrência, as ações civis públicas e coletivas a suscitarem uma atuação do juiz que abarcasse uma comunidade, uma coletividade e classes de pessoas.

Deparamo-nos com um novo perfil do Poder Judiciário na sociedade contemporânea, ativo, participante dos rumos da sociedade, promovedor dos direitos da cidadania; deixando de atuar apenas nas lesões dos direitos individualmente considerados, como preceituado nas antigas normas de Direito Processual.

Como resposta a tal exigência, pode-se constatar a edição da Emenda Constitucional n. 45/2004, que visou reformular todo o Judiciário brasileiro, introduzindo no texto da Carta Magna normas para implementar a celeridade, o acesso à justiça, o controle dos atos judiciais e jurisdicionais, culminando na efetividade da prestação jurisdicional.

Impende ressaltar que, de forma paulatina, as transformações políticas ocorridas nos últimos tempos e a abertura democrática vivenciada no Brasil resultaram no maior acesso à comunicação, informação e participação da sociedade, assentado na promulgação da Constituição Cidadã de 1988, garantidora de direitos fundamentais e enunciadora de princípios que possibilitaram a constitucionalização do Direito e a posição pró-ativa do Judiciário.

Com este viés, o Poder Judiciário obteve maior aproximação com os Poderes Legislativo e Executivo, do que adveio a efetivação de meios de controle decorrente do sistema de freios e contrapesos, próprio da divisão dos poderes e repartição de competências.

A par disso, a crescente atuação da sociedade civil organizada e do Ministério Público, como instituição independente e autônoma, é tida como meio de garantir a efetivação de políticas públicas e dos direitos e garantias fundamentais sociais e indisponíveis (CASAGRANDE, 2008).

5 Situações de risco e de dano à saúde e à segurança no trabalho infantil e juvenil

O Direito do Trabalho, desde sua concepção, é influenciado pela Medicina e Engenharia do Trabalho, ciências em que, como seu objeto de estudo, figuram os limites humanos às agressões físicas e ambientais. Mediante tais estudos chega-se aos fatores que influenciam ou impedem o desenvolvimento físico, psicológico e social pleno do ser humano. Em decorrência, são exaradas conclusões, medidas e inclusive normas legais com o condão de afastar os riscos constatados no exercício da atividade laborativa. São, portanto, normas de caráter técnico-científico que, geralmente, pela sua finalidade, apresentarão caráter cogente, indeclináveis pelas partes envolvidas.

Referidas normas são emanadas não por juristas, o que constitui peculiaridade desse ramo do Direito trabalhista, mas sim por médicos e engenheiros do Trabalho. Encontram-se dispostas na Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto n. 5.452/1943), nas normas regulamentares do Ministério do Trabalho e Emprego, além de haver previsões em leis esparsas.

Os agravos à saúde decorrentes do trabalho são, em sua maioria, pouco visíveis. Suas manifestações e sequelas se dão com o decorrer do exercício da atividade, e da exposição ao agente nocivo (insalubre).

Os riscos ocupacionais, contudo, apresentam um maior potencial ofensivo quando se trata de crianças e adolescentes, devido à peculiaridade de estarem em processo de desenvolvimento, não tendo atingido suas plenas capacidades de defesa orgânica e de metabolização, em cotejo com uma pessoa adulta. Assim, as mazelas sofridas na prestação do trabalho pela criança e adolescente tendem a aparecer apenas na fase adulta.

Afirmar que a criança e o adolescente são pessoas em condição peculiar de desenvolvimento implica a constatação de que,

da concepção à morte (ciclo vital), a pessoa está em permanente processo de desenvolvimento, marcado por etapas ou estágios que se sucedem no tempo. Influências internas, como a heredi-

tariedade (constituição genética específica de cada indivíduo) e a maturação (código genético comum a todos os indivíduos), e influências externas, como a aprendizagem, a alimentação, as relações familiares, as diferenças de classe social, os costumes, os hábitos dos grupos sociais e demais forças do ambiente, interagem e determinam esse processo (BEE, Mitchell apud GOULART, 2005, p. 102). O desenvolvimento humano, portanto, é o produto: – da interação de fatores biológicos e sociais, que se associam e exercem influência mútua; – da reciprocidade de influências entre o indivíduo e o meio. (OLIVEIRA et al., 1993, apud GOULART, 2005, p. 102).

A legislação classifica como infância e adolescência os estágios do desenvolvimento humano que precedem a vida adulta. Nesses estágios a pessoa passa por profundas transformações biológicas, psíquicas e socioculturais e, por isso, é física, psíquica e socioculturalmente mais vulnerável, merecendo proteção e tutela jurídica especial (GOULART, 2005, p. 102).

Considerando os apontamentos acima, abordaremos a seguir algumas situações de trabalho infantil mais generalizadas e verificadas na sociedade brasileira que colocam a criança e o adolescente em posição de vulnerabilidade, sendo certo que não se pretende esgotar tais hipóteses neste trabalho.

6 O trabalho rural

O trabalho no campo, no meio rural, muito pontual no regime familiar de trabalho, pode ser tido como trabalho infantil perigoso e penoso, em face das condições e fatores de risco decorrentes da própria atividade e da exposição aos agrotóxicos.

O trabalho rural, além de ser fatigante e exigir um alto grau de esforço físico, enquadrando-se, como já dito, em trabalho penoso, expõe o trabalhador aos agentes nocivos encontrados nos agrotóxicos (substâncias químicas prejudiciais à saúde). Raramente os trabalhadores do meio rural fazem uso de equipamentos de proteção individual adequados ao tipo de trabalho desempenhado e, ainda, utilizam produtos químicos prejudiciais à saúde, não submetidos ao controle dos órgãos de saúde

e vigilância sanitária. Tal substância afeta vários órgãos e sistemas do corpo humano (sistema nervoso, renal, reprodutor, o fígado, a medula óssea), além de apresentar potencial para provocar câncer.

No que concerne ao esforço exigido, o grande gasto calórico pode vir a prejudicar o processo de crescimento e desenvolvimento da criança e do adolescente ante o déficit energético.

Em relação ao uso do agrotóxico, verifica-se o risco de envenenamento por via respiratória, dérmica e oral, além de contaminação pelo contato com o solo ou consumo da água, que provocam o hipodesenvolvimento pômbero-estatural^{2,3}.

No que tange ao regime familiar de trabalho, caracteriza-se como aquele que ocorre em espaços onde trabalham exclusivamente membros de uma mesma família e estejam sob a direção do pai, mãe ou tutor do adolescente. Este tipo de trabalho apresenta limitações no tocante a permitir a frequência escolar, momentos de lazer e a presença de ambiente não prejudicial à formação moral, físico-psíquica e social do adolescente. Vedado, como alhures destacado, o trabalho noturno, perigoso, insalubre e penoso.

Importante ponderar que o conceito de trabalho penoso não é extraído da legislação pátria, muito embora previsto no art. 7º, XXIII, da CRFB, e ainda no ECA, art. 67, II. Sua configuração evidencia-se pelo trabalho que, por sua natureza, pela forma como executado, ou pelos

2 Trata-se de termo técnico da medicina adotado para análise dos indicadores que afetam a saúde da criança, especialmente quanto ao peso e altura a implicar o retardo do crescimento. Para sua obtenção são adotados gráficos multifatoriais que informam as curvas de crescimento pondero-estatural. Quanto ao tema convém trazer à baila a digressão abaixo: *Pediatria - Consulta Rápida - 2ª edição - Seção 01 - Capítulo 196 - Retardo do crescimento Pômbero-estatural*. Em <https://www.bibliomed.com.br/book/showdoc.cfm?bookid=158&bookcatid=2&bookchptrid=7814>

3 De acordo com os estudos apresentados pela Política Nacional de Alimentação e Nutrição (PNAN), "As novas curvas de crescimento constituem um importante instrumento técnico para medir, monitorar e avaliar o crescimento de todas as crianças de 0 a 5 anos, independente da origem étnica, situação sócio-econômica ou tipo de alimentação. Desnutrição, sobrepeso, obesidade e condições associadas ao crescimento e à nutrição podem ser detectadas e encaminhadas precocemente na criança. Com a utilização dessas novas curvas pais, profissionais de saúde e gestores de políticas públicas tomarão conhecimento dos padrões do que constitui uma boa nutrição, saúde e desenvolvimento infantil."

Disponível em: <http://nutricao.saude.gov.br/sisvan.php?conteudo=curvas_cresc_oms>.

métodos ou recursos adotados, agride a dignidade da pessoa. Inclui toda e qualquer forma de execução do trabalho que implique no desgaste excessivo do organismo, no sofrimento desmesurado e extremamente danoso, na sobrecarga física e/ou psíquica. Estamos diante de um conceito jurídico indeterminado, ante a sua fluidez, cuja extensão é incerta, não mensurável.

A contaminação do ambiente e a intoxicação acarretam inúmeros danos à saúde, variando de acordo com a conformação de cada indivíduo, determinada por fatores genéticos, pelo tipo de trabalho desenvolvido e pela condição socioeconômica da família. Tais moléstias trazem implicações de várias ordens, como dificuldades na concentração e na memorização e distúrbios no aprendizado, que provocam o atraso escolar, além de doenças e lesões orgânicas.

Impõe salientar que o uso do agrotóxico não atinge somente aqueles envolvidos no processo de sua aplicação, mas todo o meio ambiente e a coletividade, portanto, a comunidade, uma vez que se impregnam no solo e nos alimentos, dispersam-se no ar quando pulverizados e penetram nos cursos d'água. A contaminação do ambiente se dá de forma paulatina, por meio de pequenas doses. Deste modo, os problemas de saúde serão desencadeados a longo prazo, sendo de difícil diagnóstico.

O trabalho na agricultura desenvolve-se ao ar livre, com exposição às intempéries climáticas e à radiação solar excessiva, com utilização de queimadas e demasiado esforço físico repetitivo, ocasionando a exaustão; utilizam-se, ainda, comumente, instrumentos perfuro-cortantes. Tais circunstâncias configuram precárias condições de higiene, conforto e segurança do trabalho.

Por sua vez, a remuneração geralmente é estabelecida por produção, o que induz o trabalhador a praticar uma jornada elastecida para obter maior renda, criando condições para a ocorrência de lesões e traumas, diante do cansaço e estafa a que submetido.

Tal situação leva à participação de todos os membros da família, haja vista, sobretudo, os baixos salários. Juntos perseguirão o incremento da renda familiar.

São comuns na atividade rural as migrações em decorrência do trabalho sazonal (organizado em safras e entressafras), que dificultam a frequência à escola e o acesso a bens e serviços.

Esta modalidade de trabalho alcança todo o núcleo familiar, importando no afastamento da criança e do adolescente da escola, ante a necessidade dessa força de trabalho para a sobrevivência dos seus membros. Denota-se, portanto, a necessidade de uma política social e inserção das famílias em programas de geração de renda.

A atividade rural é tida como uma das piores formas de trabalho infantil pelo Decreto n. 6481/2008, sendo citado em diversos itens da Lista das Piores Formas de Trabalho Infantil (Lista TIP), que especifica tais formas de trabalho.

7 O trabalho doméstico

Entende-se por trabalho doméstico aquele que, praticado na casa de terceiros ou no próprio domicílio, impõe como tarefas a limpeza da casa, a preparação de alimentos, cuidados com roupas e supervisão de crianças. Costumeiramente a contraprestação se dá na forma de moradia e alimentação, única e exclusivamente, e se estabelece por vínculos informais, com a imposição de jornadas excessivas.

Trata-se de uma modalidade de trabalho de difícil aferição e erradicação, pois as providências adotadas para um levantamento quantitativo esbarram na norma constitucional da inviolabilidade ao domicílio. Desta forma, dificilmente são obtidos dados precisos quanto ao número de crianças submetidas ao trabalho doméstico seja em sua própria residência, seja na de terceiros.

Qualificado como uma das piores formas de trabalho infantil, em conformidade com o item 76 da Lista TIP, aprovada pelo Decreto n. 6.481/2008, esse tipo laboral apresenta a seguinte conformação:

[...] prováveis riscos ocupacionais: os esforços físicos intensos; isolamento; abuso físico; psicológico e sexual; longas jornadas de trabalho; trabalho noturno; calor; exposição ao fogo, posições

antiergonômicas e movimentos repetitivos; tracionamento da coluna vertebral; sobrecarga muscular e queda de nível.

E como prováveis repercussões à saúde: afecções músculo-esqueléticas (bursites, tendinites, dorsalgias, sinovites, tenossinovites); contusões; fraturas; ferimentos; queimaduras; ansiedade; alterações na vida familiar; transtornos do ciclo vigília-sono; DORT/LER; deformidades da coluna vertebral (lombalgias, lombociatalgias, escolioses, cifoses, lordoses); síndrome do esgotamento profissional e neurose profissional; traumatismos; tonturas e fobias.

Essa modalidade de trabalho impõe uma sobrecarga física e cognitiva e possibilita a exposição a riscos já que pressupõe atividades na cozinha, onde se manipulam instrumentos cortantes, e enseja o contato com fogo, do que se verifica seu alto grau de periculosidade.

Acarreta, ainda, a falta de perspectiva profissional por não requerer qualquer investimento profissional no futuro do adolescente que, em sua mentalidade, se prepara para o casamento e maternidade.

Cabe aqui pontuar a associação de referido trabalho ao gênero feminino em decorrência da construção social de papéis socialmente pré-definidos, precipuamente no mercado de trabalho, podendo-se citar, inclusive, um matiz discriminatório na seara da profissionalização.

Outra questão atrelada ao trabalho doméstico diz respeito à repetição das tarefas e à pressão relativa ao longo período de tempo para a execução das atividades. Estas condições enquadram o trabalho doméstico como fatigante, tanto física quanto psicologicamente.

Por demandar alto grau de responsabilidade, exige uma sobrecarga emocional que, em se tratando da criança, traz implicações para o desenvolvimento físico e mental. E, como consequência do excesso de jornada e a fadiga, o trabalhador jovem tem seu desempenho escolar prejudicado, bem como terá tempo limitado para o lazer, a vida social e familiar.

8 Trabalho em lixões

Podemos constatar na maioria das cidades do País a existência de depósitos de resíduos (lixo) a céu aberto, denominados lixões. São estes

os locais onde são despejados os resíduos sólidos urbanos compostos por uma gama de mercadorias passíveis de comercialização, tais como: papelão, metais, garrafas, plásticos, sucatas, vidros etc. Esses materiais recolhidos são reaproveitados para consumo individual ou como fonte de renda em decorrência de sua venda.

Ante o subemprego, o desmonte de políticas sociais públicas, o baixo poder de compra do salário mínimo e o alto índice de desemprego, muitas famílias trabalham como catadoras de lixo. Esta atividade é tida como a única forma de obtenção de recursos para a sobrevivência de muitos homens, mulheres, crianças e adolescentes. Nessas circunstâncias desenvolve-se um ambiente propício à exploração da mão de obra de crianças e adolescentes, onde se verifica a precariedade das condições laborais, como o trabalho insalubre, o penoso e o perigoso.

Dessa forma, constata-se que o trabalho em lixões, em que pese sua importância para a sociedade, principalmente por questões relacionadas à preservação do meio ambiente, advém da pobreza e desigualdade que permeiam a sociedade brasileira. Não é desenvolvido de forma planejada, coordenada pelo poder público.

Tal qual o trabalho doméstico, o trabalho em lixões é tido como uma das piores formas de trabalho infantil, figurando na lista TIP, item 70, que trata

Da coleta, seleção e beneficiamento do lixo. Aponta como riscos ocupacionais Esforços físicos intensos; exposição aos riscos físicos, químicos e biológicos; exposição a poeiras tóxicas, calor; movimentos repetitivos; posições anti-ergonômicas; e como prováveis repercussões à saúde afecções músculo-esqueléticas (bursites, tendinites, dorsalgias, sinovites, tenossinovites); ferimentos; lacerações; intermações; resfriados; DORT/LER; deformidades da coluna vertebral; infecções respiratórias; piodermites; desidratação; dermatoses ocupacionais; dermatites de contato; alcoolismo e disfunções olfativas.

O trabalho em lixões é considerado perigoso, insalubre e penoso. Possibilita a ocorrência de acidentes, intoxicação alimentar e química (inclusive com metais pesados), de doenças respiratórias, cutâneas, digestivas, desidratações e desnutrição, fadiga por esforço e exposição

a altas temperaturas, além do risco de mordedura de animais. No que tange ao meio ambiente do trabalho, apresenta riscos de incêndio, desmoronamento de encostas, poluição do solo e das águas, emissão de gases tóxicos liberados pela queima irregular do lixo, e contato com os resíduos líquidos tóxicos produzidos pela decomposição de matéria orgânica de origem química e/ou doméstica.

Essa forma de inserção no trabalho abrange múltiplos aspectos para sua erradicação ou regularização, que não se coadunam, na maioria dos casos, tão só com o vínculo de emprego; desenvolvem-se por meio do associativismo ou cooperativismo e até pelo trabalho autônomo.

Os trabalhadores vivem à margem da sociedade, em circunstâncias de extrema pobreza, em que pese a importância ambiental e social do seu trabalho. Inserem-se em ambientes com condições precárias de higiene, sobretudo pelo fato de as comunidades de catadores se fixarem nos arredores dos depósitos de lixo, ali estabelecendo suas residências; e conseqüentemente se colocam vulneráveis a toda problemática que envolve o prejuízo ao meio ambiente, às possíveis contaminações e poluições; o que propicia alto risco à saúde.

Impende ainda apontar a pouca estrutura de educação e de saúde nesses locais, sem oferta de escolas, creches e sistema de saúde que atendam às comunidades, que geralmente estão distantes dos grandes centros ou dos bairros residenciais em que tais serviços são prestados.

Neste contexto, uma gama de situações de risco de ordem biopsi-cossocial desafia as comunidades desenvolvidas com base nos “lixões”, submetidas ainda à exclusão social.

Deparamo-nos, portanto, com trabalhadores que vivenciam a precariedade não só no trabalho mas na sua vida cotidiana, encontrando-se nos limites da sobrevivência; pelo que necessitam da atuação governamental para conquistar melhores condições de vida e de trabalho e, dessa forma, ter garantido o mínimo existencial, qualificado este como direito social cuja implementação está a cargo do Poder Público.

Tais condições propiciam a ocorrência de acidentes do trabalho e surgimento das doenças do trabalho, sobretudo ao se considerar a maior vulnerabilidade da criança e do adolescente.

Requerem, porquanto, intervenção interdisciplinar e intersetorial, uma vez que a questão do trabalho em lixões envolve as atribuições da Vigilância Sanitária, Sistema Único de Saúde, área de educação e meio ambiente, conselho da infância e adolescência, assistência social e autoridades locais, entre outros órgãos e instituições, devido à sua complexidade, por ser ela estigmatizada socialmente, pelos riscos que ocasiona e pelo fato de os próprios trabalhadores acreditarem, equivocadamente, que sua atividade é humilhante.

9 A exploração sexual para fins comerciais

A Lei n. 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) –, em seu art. 240, tipifica como crime a prostituição e/ou exploração sexual de crianças e adolescentes. Podemos ainda citar os arts. 5º, 15, 17, 18 e 244-A do referido estatuto como tutelares do mesmo bem jurídico, quais sejam, a integridade, a dignidade e a moral do menor. Com o advento do ECA, tal modalidade de exploração evoluiu de crime contra a liberdade sexual para se transformar numa violação dos direitos humanos.

Na esfera criminal, o Código Penal tipifica crimes sexuais em seus arts. 218 (corrupção de menores), 228 (favorecimento da prostituição), art. 219 (casa de prostituição), 230 (rufianismo), 231 (tráfico de pessoas), 234 (pornografia). Todos, se praticados contra menores com menos de 14 anos, importam em violência presumida.

Entende-se por exploração sexual comercial o ato de utilizar o infantojuvenil em atividades sexuais remuneradas, ou seja, no comércio do sexo, praticando a pornografia infantil em qualquer de suas formas, tais como exibição de espetáculos sexuais públicos ou privados, utilização de imagens com viés erótico em meio virtual ou impresso, propagandas etc. Pode se dar em ambientes como hotéis, postos de combustível, motéis, beira de estradas e em casas de prostituição.

Essa modalidade prescinde da ocorrência do ato sexual propriamente dito. Abrange, entretanto, outras formas de relação sexual que impliquem na aproximação físico-sexual entre a vítima e o explorador,

levadas a efeito pelas mais variadas redes de exploração sexual e o turismo sexual.

Entre as formas dessa exploração estão a pornografia – uso da imagem da criança em atos sexuais ou de parte de seu corpo nu em algum tipo de mídia; a troca sexual – baseia-se na oferta de sexo para obtenção de favores; o trabalho sexual autônomo – é a venda da prática sexual realizada por crianças e adolescentes; o trabalho sexual agenciado – é a venda de sexo intermediada por uma ou mais pessoas ou por serviços; o turismo orientado para a exploração sexual – é a relação entre turismo e sexo; e o tráfico de pessoas – envolve atividades de cooptação e/ou aliciamento, rapto, intercâmbio, transferência e hospedagem da pessoa recrutada para o trabalho sexual.

A caracterização da atividade como comercial decorre do intuito de lucro, do proveito econômico do explorador em detrimento dos direitos do vitimado que lhe presta a “mão de obra”, o serviço sexual, em troca de dinheiro ou de outros bens; portanto, trata-se de uma relação de trabalho ilícito e degradante com alto grau de periculosidade, em conformidade com a Convenção n. 182 da OIT e Decreto n. 6.481/2008, itens 1 a 4 da Lista TIP, atinente aos trabalhos prejudiciais à moralidade.

Responderá, tanto civil quanto criminalmente, não só o explorador mas todos aqueles que intermediarem, se beneficiarem ou participarem da exploração sexual comercial infantojuvenil.

A corroborar essa afirmativa, cita-se decisão judicial em tal sentido. Trata-se da primeira condenação promovida pelo Judiciário brasileiro, a qual reconhece a responsabilidade civil de exploradores e demais beneficiados pelo ilícito. Decisão essa proferida no bojo de uma Ação Civil Pública ajuizada pioneiramente pelo Procurador do Trabalho Eduardo Varandas, Processo n. 01824.2007.027.13.00-0 do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, na qual foi, ainda, declarada a competência da Justiça do Trabalho para apreciar a matéria.

A exploração sexual comercial de crianças e adolescentes constitui violação de cunho individualizado por ferir o valor vetor do nosso ordenamento, a dignidade da pessoa.

Por sua vez, a violação em seu matiz coletivizado verifica-se por agredir o patrimônio ético-moral da sociedade.

Daí a configuração, respectivamente, do dano moral individual e do dano moral coletivo, que acarretam reparações numa e noutra vertente.

Aliada à vasta fundamentação jurídica supramencionada, convém citar a Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Resolução n. L 44 (XLIV) da Assembleia-Geral das Nações Unidas; ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990, a qual impõe que os Estados-parte adotem medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger as crianças contra todas as formas de violência física ou mental, inclusive exploração e abuso sexual.

Patente a responsabilidade estatal de, por meio de instrumentos hábeis, assegurar um saudável desenvolvimento sexual às crianças e adolescentes. A título de exemplo, o legislativo pátrio elaborou a Lei n. 11.577/2007, que torna obrigatória a divulgação de mensagem relativa à exploração sexual e tráfico de crianças e adolescentes, apontando formas de efetuar denúncias.

O Estado, por meio de suas atribuições e esferas do poder, bem como os atores sociais e a sociedade civil organizada, no combate ao trabalho infantojuvenil, passam por um processo de sensibilização, conscientização e de alerta à população para a problemática em questão, trazendo-a à baila, extraindo-a do anonimato. Fato é que as redes de exploração sexual comercial existentes e a permissividade cultural da sociedade, que considera a oferta do sexo uma escolha pessoal das pessoas que se engajam nessa atividade, criam redutos de atividades ilegais invisíveis e de difícil mapeamento.

10 Da predisposição a acidentes de trabalho e doenças profissionais

A ocorrência de acidente de trabalho é um risco em potencial em qualquer atividade laborativa. Trabalhadores adolescentes – principalmente do sexo masculino – que denotam características de destemor e valentia diante do perigo, além de uma noção de invulnerabilidade e de baixa percepção do risco em suas ações, apresentam uma maior predisposição a acidentes.

A Portaria n. 777/2004 do Ministério da Saúde estabelece serem de notificação obrigatória os eventos de acidente de trabalho que envolvem crianças e adolescentes. Essa medida tem por fim a proteção desse grupo quando economicamente ativo.

No tocante às doenças profissionais, são consequentes da dificuldade e inobservância de aplicação das práticas e equipamentos ergonômicos.

A população adolescente trabalhadora, por estar em fase de crescimento e desenvolvimento, encontra-se particularmente vulnerável às doenças profissionais.

Crianças e adolescentes são mais facilmente contaminadas por agentes biológicos em ambientes de trabalho insalubre, desenvolvendo doenças que apresentam nexos causais com as atividades desempenhadas.

Entre os fatores causais no processo de trabalho podem-se citar a execução de movimentos repetitivos excessivamente rápidos, posturas viciosas e forçadas, deslocamento corporal forçado, concentração de força mecânica excessiva e a inadequação dos instrumentos de trabalho.

11 Considerações de ordem sociológica

Ao abordar o tema erradicação do trabalho infantil, trilhamos, indubitavelmente, pela necessária conquista de ambientes saudáveis e educativos de trabalho, por alçar condições sociais e econômicas que propiciem a efetivação dos direitos e garantias previstos no sistema jurídico em vigor. Para tal desiderato depreende-se a necessidade de ações interligadas entre variadas instituições e setores sociais, no intuito de se atingir uma nova realidade de trabalho digno para as famílias; o que se traduz no acesso à moradia, à alimentação, à saúde, ao saneamento e à assistência social.

Conforme se verifica nas linhas que compõem este trabalho, crianças e adolescentes são levados, pelas condições materiais de sua existência, a desenvolver trabalhos perigosos, insalubres e penosos, adotando como parâmetro o adulto que faz parte de sua convivência.

Fato é que a população infantojuvenil está mais sujeita aos agentes nocivos oriundos do ambiente de trabalho, estando passível a agravos

imediatos à saúde, como aqueles que levam às incapacidades físicas permanentes ou temporárias.

Impossível abordar em sua totalidade as circunstâncias em que verificadas a ocorrência do trabalho infantil e a exploração do trabalho do adolescente, dada a diversidade de atividade empresarial e laborativa que permeia o mundo econômico e produtivo. Trouxemos, todavia, à reflexão as modalidades de trabalho mais aviltantes e de manifesto prejuízo ao cidadão infantojuvenil, as quais têm sido alvo da atuação do Ministério Público do Trabalho, sem pretender, contudo, deixar em segundo plano outras tantas atividades irregulares e ilícitas evidenciadas na sociedade brasileira, que acarretam danos não de menor ordem que aqueles mencionados ao longo deste estudo.

Nas diversas regiões e culturas do nosso País continental, o trabalho infantil apresenta panoramas diferenciados de região para região, com maior índice nas localidades menos desenvolvidas.

O trabalho prestado em decorrência da relação de estágio; a utilização de mão de obra infantojuvenil nos garimpos, nas minas, nas ruas, no tráfico de drogas, nas casas de farinha, no meio artístico, nas usinas de produção de cachaça, no narcoplantio; e a atividade desenvolvida com sobrecarga física ou, ainda, com a ocorrência de assédio moral e inúmeras formas de coação e submissão, entre outras tantas situações decorrentes da relação de trabalho, são realidades e desafios de extrema gravidade, em que estão presentes riscos à integridade dos envolvidos.

A Organização Internacional do Trabalho estima a existência de 215 milhões de crianças trabalhando. Desse total, 115 milhões de crianças encontram-se envolvidas em trabalho perigoso⁴.

Como resultado e causa da pobreza, o trabalho infantil perpetua situações de desfavorecimento e de exclusão social. Por impedir a escolarização e prejudicar o aproveitamento escolar, o trabalho precoce limita a obtenção de conhecimentos e atitudes necessários para que, quando adulto, o infantojuvenil contribua para o crescimento econômico e para a sua própria prosperidade, bem como a do País. Incapacita-o

4 Disponível em: <http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/12_junho_2012_ppt.pdf>.

de cumprir seu papel de cidadão em toda a potencialidade que o termo implica, não interferindo, desta forma, nos rumos políticos da nação.

Todas as circunstâncias referidas requerem ação coordenada dos variados setores sociais e estatais para a obtenção de uma infância sadia e uma perspectiva de futuro melhor aos cidadãos e à sociedade brasileira.

O problema requer a devida importância, uma vez que crianças submetidas a qualquer tipo de trabalho estarão sendo espoliadas do direito fundamental de ser criança, o direito de viver experiências lúdicas que geram o fortalecimento da sua personalidade, preparando-as para os desafios da fase adulta.

As escolas e as políticas educacionais devem propiciar condições para o exercício da cidadania e, com isso, o aprofundamento da democracia, o que incorre na participação dos cidadãos no desenvolvimento do País. Para tanto, necessário se faz investir na qualidade do ensino e na formação profissional adequada ao mercado de trabalho, no intuito de quebrar o vicioso ciclo da pobreza.

No campo econômico impõe-se a adoção de políticas que contemplem a geração de renda e emprego para toda a família.

A formação educacional e a formação profissional, quando promovidas de forma inadequada ou insuficiente, determinam a exclusão no mercado de trabalho e, como efeito, a exclusão social. É o que se constata ante a exigência de uma formação mínima para as atividades mais peculiares e, ainda, ante o quase desaparecimento das atividades braçais e manuais em virtude da mecanização, eletrônica, informática e robótica, ou seja, ante os modernos meios de produção que substituem a pessoa pela máquina.

Nessas linhas e diante de tal realidade, é fácil constatar que o trabalho infantil contribui, em todos os seus matizes, com o atraso no desenvolvimento econômico e social do País.

12 Conclusão

O trabalho infantil e o trabalho irregular prestados pelos adolescentes, sem a observância da devida proteção, traduzem-se em um problema de

ordem mundial decorrente da pobreza, marginalização e vulnerabilidade a repercutir nas condições de vida e de trabalho de milhares de pessoas e, por consequência, induzem à perda do potencial humano.

Em que pese a gravidade da questão, as políticas de governo hodiernamente adotadas priorizam o crescimento econômico; figura em segundo plano o Estado do Bem-Estar Social e, logo, os direitos sociais estabelecidos como direitos fundamentais tutelados pelo arcabouço jurídico nacional e internacional.

A pessoa na fase infantojuvenil requer uma tutela diferenciada pela sua situação de ser em desenvolvimento. O trabalho precoce por ela executado repercute de forma negativa em várias dimensões, ou seja, no seu desenvolvimento físico, emocional e social, por estarem mais vulneráveis aos agentes físicos, mecânicos, químicos e biológicos nocivos à saúde, em comparação ao adulto.

Eradicar o trabalho infantil é questão de política pública, de conscientização da população quanto aos seus efeitos e prejuízos, de mobilização de vários órgãos e instituições nas áreas de saúde, educação, assistência social, organizações sociais, e demais segmentos cuja atuação e atribuição possam repercutir de maneira positiva na inclusão social desses trabalhadores e de sua família.

As situações de trabalho aviltantes como as apontadas neste estudo, quais sejam, exploração sexual comercial, trabalho no meio rural, trabalho doméstico, trabalho nos lixões, entre outras tantas, implicam a violação da dignidade da pessoa, produzem marcas indeléveis ao desenvolvimento das crianças e adolescentes, comprometendo todo o seu futuro.

O Ministério Público do Trabalho dispõe de atribuições judiciais e extrajudiciais que propiciam a aproximação dos vários setores supracitados e também da sociedade para o debate e a resolução da questão. Não obstante, dispõe da possibilidade de propor ação civil pública e ação coletiva para buscar a efetivação dos direitos sociais insculpidos na Constituição Federal e nas demais normas infraconstitucionais. Nesse aspecto, deparamo-nos com a judicialização da política ante a inércia do Poder Público em promover os interesses difusos e coletivos atrelados à tutela do menor e de sua profissionalização.

Ao se afirmar que o trabalho é um direito social, advém uma interpretação ampla da influência do trabalho no perfil e na personalidade da pessoa, uma vez que, por meio de sua atividade laborativa, a pessoa reconhece-se, realiza-se, identifica-se e é identificada na sociedade em que inserida. O trabalho está diretamente atrelado à própria vida da pessoa. Contudo, o seu efetivo exercício pressupõe a formação educacional, profissional e moral adquirida na infância e na juventude.

Inserir prematuramente uma criança no mercado de trabalho importa em submetê-la a situações de exploração, abuso, negligência e violência, além de espoliá-la de seu direito ao pleno e amplo desenvolvimento, de suas capacidades e potencialidades. Significa roubar de uma criança o direito de ser criança.

Referências

GOULART, Marcelo Pedroso. *Trabalho infantil e direitos humanos: homenagem a Oris de Oliveira*, Lelio Bentes Corrêa e Tércio José Vidotti (Coordenadores). São Paulo: Ltr, 2005.

CASAGRANDE, Cassio. *Ministério Público e a judicialização da política: estudo de casos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

CORRÊA, Lelio Bentes; VIDOTTI, Tércio José (Coords.). *Trabalho infantil e direitos humanos: homenagem a Oris de Oliveira*. São Paulo: Ltr, 2005.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Módulo de auto-aprendizagem sobre saúde e segurança no trabalho infantil e juvenil*. Brasília: Ministério da Saúde, 2006.

NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 3. ed., 2008.

PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto (Org.). *Ministério Público do Trabalho: Coordenadorias Temáticas*. Brasília: ESMPU, 2006.

Obra composta em
Kepler Std e Officina Serif Std
e impressa em papel pólen 90g/m³.