

4. Artigo

A persistência da inconstitucionalidade do vínculo desportivo na Lei 12.395/2011

Tiago Silveira de Faria*

Sumário:

1 Introdução;

2 O inciso II, § 5.º, do art. 28 da Lei 12.395/11;

3 Conclusões.

1 INTRODUÇÃO

O vínculo desportivo, sob a égide da Lei 6.354/76, então denominado passe, era a importância devida por um empregador a outro pela cessão do atleta durante a vigência do contrato ou após o seu término, conforme definição empregada pelo revogado artigo 11. Tinha como principal característica a independência do vínculo desportivo com relação ao contrato de trabalho.

Por conseguinte, a obtenção do atestado liberatório¹ pelo atleta durante a vigência do contrato de trabalho, assim como ao final, dependia, sempre, do prévio pagamento do valor correspondente ao passe.

As críticas à Lei do Passe, especificamente ao regramento dado ao vínculo desportivo, eram notórias e crescentes, culminando na alteração da indigitada legislação.

Isso já estava bem claro nas razões² expostas pelo então Ministro Extraordinário dos Esportes, **Edson Arantes do Nascimento**, próximas à aprovação da Lei 9.615/98:

[...] **A extinção do passe é uma necessidade peremptória e inadiável para os atletas profissionais. O referido vínculo desportivo escraviza o atleta, não**

* Advogado. Especialista em Direito Desportivo. Professor convidado do curso de pós-graduação (especialização em Direito Desportivo) do Centro de Estudos do Trabalho – CETRA/RS.

Autor dos artigos: **1) A Bilateralidade da Cláusula Penal no Contrato do Atleta Profissional de Futebol. Juris Síntese IOB**, São Paulo, n. 57, 2006. 1 CD-ROM. **2) A Configuração da Mora Contumaz do Art. 31 da Lei Pelé. LTr - Suplemento Trabalhista**, São Paulo v. 46, n. 069, p. 305-306, 2010; **Repertório IOB de Jurisprudência: Trabalhista e Previdenciário**: São Paulo. São Paulo, v. 2, n. 08, p. 258-255, abr. 2010; **Revista Eletrônica do TRT da 4ª Região, Porto Alegre**, v.6, n. 95, abr./2010. <<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/jurisprudencia/revistaeletronica>>. Acesso em: 02 maio 2011; **Jornal Trabalhista Consulex, Brasília**, v. 27, n. 1322, p. 4-6, 03/05/2010.

¹ Atestado liberatório, também conhecido como carta de alforria, é um documento emitido pelos clubes que permite a inscrição de atletas, até então vinculados àqueles, por outras entidades de prática desportiva, na federação regional e nacional do desporto, condição indispensável para a participação dos jogadores em competições oficiais.

² Brasil. Gabinete do Ministro Extraordinário do Esporte. Exposição de Motivos n.º 22/GMEE de 15 de setembro de 1997.

possuindo qualquer amparo jurídico, ético ou moral. Com efeito, a Constituição Federal, no art. 5.º, inciso XIII, assegura a todos o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão. Dessa forma, a existência do passe configura uma afronta à dignidade e à liberdade humanas.

Efetivamente, a edição da Lei Pelé trouxe uma visão inovadora à relação jurídica estabelecida entre clubes e atletas, propondo, dentre outros aspectos, abolir as dificuldades no desligamento do jogador, em nome da liberdade do exercício da profissão.

A nova legislação desportiva ainda consagrou, em seus princípios fundamentais, a liberdade, caracterizada pela livre prática do desporto de acordo com a capacidade e interesse de cada um, nos moldes do art. 2.º, inciso IV.

Por sua vez, o artigo 28 da Lei Pelé estabeleceu a acessoriedade do vínculo desportivo ao vínculo trabalhista. Como é sabido no Direito, o acessório segue o principal, sendo que extinto o principal (contrato de trabalho), estará extinto o acessório (vínculo desportivo).

Resolveu-se, assim, uma grande problemática do antigo passe, ligada à permanência do vínculo desportivo entre empregado e empregador após o término do contrato de trabalho.

No entanto, além da extinção do vínculo desportivo após o término do contrato de trabalho, a Lei 9.615/98 também trouxe à baila a desnecessidade do pagamento prévio de qualquer quantia pelo atleta, durante a vigência do contrato de trabalho, para a expedição do atestado liberatório ou carta de alforria em caso de rescisão unilateral.

Vejamos a solução disposta na redação original do artigo 33 da Lei 9.615/98:

Art. 33. Independentemente de qualquer outro procedimento, a entidade nacional de administração do desporto fornecerá condição de jogo ao atleta para outra entidade de prática, nacional ou internacional, mediante a prova da notificação do pedido de rescisão unilateral, firmado pelo atleta ou por documento do empregador no mesmo sentido.

Como se depreende da redação acima transcrita, bastaria ao atleta notificar o antigo empregador para que, independentemente de qualquer outro procedimento, a própria entidade de administração do desporto fornecesse sua condição de jogo, ou seja, efetivasse sua inscrição.

Contudo, a moderna legislação desportiva foi sendo gradualmente desfigurada, trazendo novamente à tona as inconstitucionalidades do passado.

2 O INCISO II, § 5.º, DO ART. 28 DA LEI 12.395/11

Passados apenas dois anos da edição da Lei 9.615/98, um forte *lobby* dos clubes implicou em um espantoso retrocesso na legislação esportiva, no que tange ao vínculo desportivo, com a alteração do supra mencionado artigo 33 da Lei Pelé, por força da Lei 9.981/2000, *verbis*:

Art. 33. Cabe à entidade nacional de administração do desporto que registrar o contrato de trabalho profissional fornecer a condição de jogo para as entidades de prática desportiva, mediante a prova de notificação do pedido

de rescisão unilateral firmado pelo atleta ou documento do empregador no mesmo sentido, desde que acompanhado da prova de pagamento da cláusula penal nos termos do artigo 28 desta Lei. (NR) (Redação dada ao artigo pela Lei nº 9.981, de 14.07.2000, DOU 17.07.2000)

O anacronismo da mudança voltou a condicionar, de forma inconstitucional, o livre exercício da profissão do atleta ao prévio pagamento da cláusula penal, como na época do passe, tornando o outrora mitigado vínculo desportivo novamente com o poder de restringir a liberdade do trabalho.

Não suficiente, a recente edição da polêmica Lei 12.395/2011, em que pese tenha alterado de forma substancial a Lei 9.615/98, manteve a inconstitucionalidade do vínculo desportivo, especificamente em seu art. 28, § 5.º, inciso II:

Art. 28. A atividade do atleta profissional é caracterizada por remuneração pactuada em contrato especial de trabalho desportivo, firmado com entidade de prática desportiva, no qual deverá constar, obrigatoriamente:

§ 5º O vínculo desportivo do atleta com a entidade de prática desportiva contratante constitui-se com o registro do contrato especial de trabalho desportivo na entidade de administração do desporto, tendo natureza acessória ao respectivo vínculo empregatício, dissolvendo-se, para todos os efeitos legais:

II - com o pagamento da cláusula indenizatória desportiva ou da cláusula compensatória desportiva.

Afora a mencionada inconstitucionalidade, agora sob nova roupagem, a curiosa redação acima trouxe a estranha previsão de que o vínculo desportivo se desfaz também com o pagamento da cláusula compensatória desportiva (devida pelo clube ao atleta).

A cobrança da cláusula compensatória desportiva está condicionada à rescisão indireta do contrato ou dispensa imotivada do atleta, que já possuem expressa previsão legal de dissolução do vínculo desportivo, incisos III a V da mesma norma supra. Logo, incompreensível a disposição. Ao que parece, tentou-se apenas inculir uma suposta isonomia na redação para ofuscar sua inconstitucionalidade.

Inobstante, a outrora cláusula penal, doravante denominada de cláusula indenizatória desportiva, teve inclusive seu limite financeiro, já antes astronômico, majorado. E mais, excluiu também a redução automática para cada ano integralizado do contrato de trabalho, conforme a redação original do artigo 28, §.º4.

Veja-se que a cobrança da cláusula indenizatória desportiva deveria passar, antes, pelo crivo do Poder Judiciário para verificação de sua efetiva incidência e possível redução, de acordo com as peculiaridades do caso e da aplicação do art. 413 do Código Civil.

De outra banda, jamais uma multa contratual pode ser condição para o exercício da profissão, qualquer que seja sua denominação.

Assim, ainda que a cláusula indenizatória desportiva fosse devida pelo atleta, por decisão judicial condenatória transitada em julgado, tal fato não poderia restringir a livre escolha do

trabalho, sob pena de atentar contra os mais comezinhos princípios e direitos trabalhistas vigentes, além de acarretar uma dupla penalidade ao trabalhador, verdadeiro *bis in idem*.

Com efeito, a Carta Magna prevê, em seu art. 5º, inciso XIII, dentre os Direitos e Garantias Fundamentais:

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:

(...)

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

A livre escolha do trabalho é uma das expressões fundamentais da liberdade e dignidade humanas, decorrente do Estado Democrático de Direito. Não se pode conceber que uma pessoa, insatisfeita por qualquer motivo com seu empregador, seja compelida a lá permanecer ou então ter de pagar vultosa quantia para obter seu atestado liberatório ou carta de alforria.

A respeito da liberdade de profissão insere nos direitos e garantias individuais da Constituição Federal, art. 5º, inciso XIII, **Celso Ribeiro Bastos**³:

A possibilidade de escolha livre pelo homem do trabalho que vai executar ou da profissão que deseja exercer situa-se na encruzilhada de duas vertentes fundamentais da Constituição: de um lado, o princípio da livre iniciativa, que conduz necessariamente à livre escolha do trabalho. (...) Mas a liberdade de trabalho encontra outra fundamentação na própria condição humana, cumprindo ao homem dar um sentido à sua existência. É na escolha do trabalho que ele vai impregnar mais fundamentalmente a sua personalidade com os ingredientes de uma escolha livremente levada a cabo. A escolha do trabalho é, pois, um das expressões fundamentais da liberdade humana.

Conquanto alguns doutrinadores classifiquem a eficácia da norma constitucional em apreço como contida⁴, a possível restrição está condicionada, tão somente, às qualificações profissionais exigidas pela lei infraconstitucional para o exercício de determinadas profissões e, exclusivamente, para a salvaguarda do interesse público⁵.

Portanto, logicamente que o pagamento de uma quantia, seja a título de cláusula penal ou outra nomenclatura, não se enquadra como qualificação profissional apta a impedir a expedição do atestado liberatório e o conseqüente livre exercício da profissão.

Cumpre-nos reiterar que a disposição visa restringir, unicamente, que uma pessoa possa vir a exercer livremente um ofício para o qual não detém qualificação, como, por exemplo, de médico, colocando em risco a própria sociedade.

³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 186.

⁴ TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*, 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 26.

⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, 25. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 295.

Nessa linha, a jurisprudência:

EMENTA – ADMINISTRATIVO – ORDEM DOS MÚSICOS DO BRASIL – REGISTRO PROFISSIONAL – INTEGRANTE DE SIMPLES GRUPO MUSICAL – DESNECESSIDADE – (...). A restrição ao livre exercício profissional somente se justifica nas hipóteses em que há efetivo interesse público envolvido, uma vez que o mau desempenho das atividades pode ter reflexos extremamente nocivos, colocando em risco o próprio direito à vida como nos casos das profissões ligadas à medicina, à engenharia, à arquitetura ou à advocacia. (...). Recurso e remessa improvidos. (TRF 2ª R. – AMS 2004.50.03.000434-3 – ES – 7ª S. Esp. – Rel. Juiz Ricardo Regueira – DJU 24.10.2006 – p. 506)

Por óbvio que, inexistindo qualificação profissional pré-estabelecida para exercer a atividade de jogador profissional de futebol, bastando maioria relativa, a norma constitucional para os atletas tem eficácia plena em qualquer circunstância⁶.

E a posição de superioridade hierárquica da norma constitucional derroga qualquer outro preceito infraconstitucional que com ela conflite, incluindo o inciso II, §.º 5.º, do art. 28 da Lei 12.395/11.

Sobre a coexistência da Lei 9.615/98 com a Carta Magna, elucidante doutrina da Desembargadora, especialista em Direito Desportivo, **Alice Monteiro de Barros**⁷:

Saliente-se que o alcance e os limites desta normativa especial deverão respeitar os preceitos constitucionais, entre os quais o direito ao trabalho e a livre escolha de trabalho, ofício ou profissão (art. 5.º, XIII, da Constituição da República de 1988).

Em última análise, a nova redação empregada ao mencionado inciso II, § 5.º, do art. 28 já nasceu maculada, viciada de inconstitucionalidade, porquanto inobservado o preceito constitucional, de ordem material, que com ela conflita.

Do contrário, vivenciar-se-ia, no Brasil, a infausta situação retratada na França há mais de 200 anos por **Napoleão Bonaparte**⁸: "Na França, a liberdade está na constituição, e a escravidão está na lei".

Sobre o tema, aliás, há esplendoroso julgado do Pleno do eg. **TST**:

ATLETA PROFISSIONAL. JOGADOR DE FUTEBOL. GARANTIA DO DIREITO AO LIVRE EXERCÍCIO DA PROFISSÃO E À LIBERDADE DE TRABALHO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. INDEFERIMENTO DE PEDIDO LIMINAR EM AUTOS DE MANDADO DE SEGURANÇA. PODER DISCRICIONÁRIO. LIMITAÇÃO.

⁶ TEMER. Op.cit. p. 26.

⁷ BARROS, Alice Monteiro de. *Contratos e Regulamentações Especiais de Trabalho*, 3. ed. São Paulo: LTr, 2008, pg. 101.

⁸ BALZAC, Honoré de. *Maximes et Pensées de Napoléon*. Porto Alegre, L&PM, 2005, p. 27.

O art. 273 do CPC autoriza a antecipação da tutela sempre que a parte for colocada em situação de prejuízo iminente. Não há autorização legal para, no exercício do poder discricionário, o juiz, Relator do mandado de segurança, invocando a figura do cerceamento do direito de defesa, deixar de deferir o pedido de imediata liberação do vínculo esportivo. O direito constitucional do livre exercício da profissão e a norma jurídica universal da liberdade do trabalho sobrepõem-se a qualquer princípio de natureza legal que obstaculize a sua eficácia na ordem jurídica. (TST - AG-RC-717.805/2000.7 - Pleno - Rel. Min. Francisco Fausto - DJ: 02/08/2002).

Nas sábias palavras do prodigioso ex-ministro **Francisco Fausto**, a mencionada norma constitucional, aliada ao princípio universal da liberdade do trabalho, sobrepõem-se a qualquer outra que obstaculize a sua eficácia na ordem jurídica.

Já no tocante ao princípio universal da Liberdade do Trabalho, o sábio ensinamento de **Amauri Mascaro Nascimento**⁹:

Os princípios universais do direito do trabalho, válidos para todos os sistemas jurídicos, são suficientemente explícitos, dispensando-se maiores explicações.

Primeiro, o princípio da *liberdade do trabalho*, segundo o qual o trabalho deve ser prestado por deliberação do agente, sendo injurídicas formas coativas destinadas a provocar o constrangimento do trabalhador.

Não se diga, também, que o atleta seria injustamente beneficiado, pois a rescisão unilateral imotivada sujeitá-lo-ia à condenação ao pagamento da cláusula indenizatória desportiva estipulada no contrato. O que não pode haver, *a fortiori*, é uma dupla penalização.

Ainda que se tenha em mente que os contratos laborais dos atletas profissionais de futebol são sempre por prazo determinado, trata-se de carreira de curtíssima duração, em que a motivação, o treinamento, o ritmo de jogo são essenciais.

Logo, a imposição de uma espécie de trabalho forçado para um empregador, mesmo que de forma temporária, padece de evidente inconstitucionalidade. O atleta deve sim primar pelo cumprimento do contrato como qualquer outro trabalhador, sob pena de multa contratual, mas jamais ver tolhida sua liberdade de trabalho.

3 CONCLUSÕES

Assim, diante da inconstitucionalidade constante do inciso II, § 5.º, do art. 28 da Lei 9.615/98, cabe ao atleta prejudicado argui-la perante a Justiça do Trabalho, sem prejuízo que o juiz a declare, *ex officio*, de forma incidental em controle difuso, visto que a norma em comento não atende ao requisito substancial de respeito aos direitos e às garantias consagrados na Constituição da República.

⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*, 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 386-387.

REFERÊNCIAS

- BALZAC, Honoré de. *Maximes et Pensées de Napoléon*. Porto Alegre, L&PM, 2005.
- BARROS, Alice Monteiro de. *Contratos e Regulamentações Especiais de Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- BESTER, Gisela Maria. *Direito Constitucional*, v. 1. São Paulo: Manole, 2005.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, 25. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999.
- GIGLIO, Wagner D. *Direito Processual do Trabalho*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MELO FILHO, Álvaro. *Novo Ordenamento Jurídico-Desportivo*. Fortaleza: ABC, 2000.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*, 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*, 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*, 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.