

4. Artigo

ATLETA PROFISSIONAL: MULTA RESCISÓRIA E A CONSAGRAÇÃO, PELOS PODERES JUDICIÁRIO E LEGISLATIVO, DAS REGRAS DE ESCRAVIDÃO

Rafael da Silva Marques*

INTRODUÇÃO

Foi-se o tempo em que o trabalhador, contra sua vontade, deveria ficar ligado ao tomador do trabalho. A grossíssima modo foi com a nominada Lei Áurea de 1888, firmada pela Princesa Isabel, que isso terminou. Não se vai entrar no mérito de que, na época, era de interesse dos grandes estancieiros terminar com a escravidão, em razão dos custos de manutenção do escravo, superiores ao salário que lhes seria pago. O certo é que as pessoas passaram a ser tratadas como pessoas.

E é partindo desta lógica que o direito se desenvolve. As normas de proteção ao trabalho e, porque não, ao modo de produção capitalista também, se desenvolvem, chegando ao patamar de direitos humanos e fundamentais. Junto a elas desenvolveu-se toda uma lógica principiológica e interpretativa que, no caso brasileiro, culminou com o artigo 7º, cabeça, da CF/88, regra de não retrocesso social e de emancipação humana pelo trabalho.

Não se pode deixar de lado que o trabalho tem um valor social e que, além disso, é sustentáculo da estrutura econômica nacional, na forma dos artigos 1º, IV e 170 da CF/88, respectivamente. Mais: vai além disso, como diz Herbert Marcuse, o trabalho transcende à esfera individual. É um elemento de existência humana e de repetição da história. O homem trabalha porque precisa. Trabalha também porque quer e para fazer valer sua história ancestral. Seus antepassados sempre trabalharam. Deles o homem presente colheu a sua realidade presente e para os seus sucessores a deixará, com a certeza de que esta história não terminará na geração seguinte.

Como se pode ver por esta breve introdução, toda vez que um determinado ser humano tiver limitado seu direito ao trabalho, de escolha do ofício ou de escolha a quem trabalhar, estará tendo limitado um dos elementos de existência humana. Terá limitada sua história no mundo e a história de seus sucessores. É por isso que se propõem uma leitura emancipatória do artigo 28 da lei 9.615/98.

1 PRINCÍPIO DA TUTELA COMO NORMA DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

O princípio da tutela tem por objetivo proteger uma das partes, o empregado, na busca da igualdade substancial. Tratar os iguais de forma iguais e os desiguais de forma desigual na medida em que se desigalam. Compensar no plano jurídico a desigualdade do plano econômico¹.

O princípio da tutela divide-se em três regras básicas:

* Juiz do Trabalho Substituto – Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região

¹ CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*. Porto Alegre: Síntese, 2003. p. 110.

"in dubio pro operário": na dúvida quanto ao melhor modo de entendimento/interpretação da norma, opta-se pela interpretação mais favorável ao empregado. Aqui amplia-se um benefício e limita-se um prejuízo²;

norma mais favorável: havendo mais de uma norma a regular a mesma situação de fato, independente de sua posição hierárquica, aplica-se a mais favorável ao empregado. A norma superior prevê o mínimo, podendo a inferior apenas melhorá-la para o empregado;

condição mais benéfica: sucedendo-se normas jurídicas durante o contrato a regularem o mesmo instituto, mantém-se as condições mais benéficas adquiridas na constância da norma anterior. Respeita-se, com isso, o direito adquirido.³

Como se pode perceber, a regra, uma vez tendo por base o princípio da proteção, é aplicar, na dúvida, a interpretação mais favorável ao empregado, a fim de compensar juridicamente a desigualdade havida no mundo fático.

2 ANÁLISE DO ARTIGO 28 DA LEI 9.615/98 E DA ALTERAÇÃO HAVIDA PELA LEI 12.395/11

Foi o tempo em que as alterações legislativas havidas tinham o propósito de salvaguardar os direitos dos trabalhadores. São tantos os exemplos que se perderia um dia inteiro, sem abarcar a todos. Contudo vale a pena fazer referência aos mais excrescentes: banco de horas; lei do contrato a prazo determinado; cooperativas de trabalho; comissão de conciliação prévia.

E o mais preocupante é que a ação não vem apenas do poder legislativo. Em sua grande maioria o poder judiciário agasalha estas alterações "recepcionando" leis flagrantemente inconstitucionais, sem fazer uma análise crítica e voltada aos princípios de proteção ao trabalho e direitos humanos.

Também pudera. O modelo ou projeto de estado que se tem hoje é aquele voltado ao econômico. O falso discurso do custo Brasil, que efetivamente prejudica micro e pequenas empresas, é estendido aos grandes conglomerados, detentores de poder, que se beneficiam com normas econômicas e voltadas apenas aos seus interesses e que deixam de lado o trabalho, o trabalhador e a dignidade do outro.

Não é diferente quando se trata de atleta profissional. Aqui, antes da análise, cabe um alerta: 90% dos atletas profissionais de futebol são pessoas humildes e que trabalham de dia para comer a noite⁴. A realidade dos grandes clubes, como o nome já diz, envolve apenas eles e seus grupos de jogadores. No mais, os atletas recebem salários baixos, muitas vezes sem qualquer recolhimento de FGTS ou proteção previdenciária.

É para estes, em especial, que se dirige este pequeno ensaio.

Até a vigência da lei 12.395/11 o artigo 28 da lei 9615/98 (lei Pelé) dizia que:

Art. 28. A atividade do atleta profissional, de todas as modalidades desportivas, é caracterizada por remuneração pactuada em contrato formal

² CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*. Porto Alegre: Síntese, 2003. p. 125.

³ *IBID.*, p. 125.

⁴ A CBF evita prestar informações, mas em uma única oportunidade informou que dados para o TST informou que 44,91% recebia um salário mínimo, 41,63% recebia 2 salários mínimos e somente 3,35 recebiam acima de 20 salários mínimos, dado de 2000, fornecido pela CBF ao TST.

de trabalho firmado com entidade de prática desportiva, pessoa jurídica de direito privado, que deverá conter, obrigatoriamente, cláusula penal para as hipóteses de descumprimento, rompimento ou rescisão unilateral. § 1º Aplicam-se ao atleta profissional as normas gerais da legislação trabalhista e da seguridade social, ressalvadas as peculiaridades expressas nesta Lei ou integrantes do respectivo contrato de trabalho. § 2º O vínculo desportivo do atleta com a entidade desportiva contratante tem natureza acessória ao respectivo vínculo trabalhista, dissolvendo-se, para todos os efeitos legais: (...); II - com o pagamento da cláusula penal nos termos do caput deste artigo; (...).

Pela leitura simples do preceito legal anterior, se pode constatar que não há qualquer referência, no parágrafo segundo, inciso II, à cláusula penal em razão do rompimento do contrato ser destinada apenas ao atleta. Também pudera. O legislador, com a edição da lei 9.615/98, buscou libertar o atleta da escravidão do passe. Buscou também garantir ao clube a permanência do atleta. A linha de análise do legislador, neste caso, foi não apenas privilegiar as equipes de futebol, mas também o jogador, a fim de dar a ele maior garantia após a assinatura de um contrato⁵. O legislador levou em consideração não apenas a indenização prevista no artigo 479 da CLT, indenização pelo rompimento de contrato, mas também a pena por este rompimento, a fim de fazer com que a parte cumpra, de fato, o que foi anteriormente acertado.

Inadvertidamente, entretanto, não era esta a opinião dos tribunais, em especial do tribunal superior do trabalho. De forma quase que unânime os ministros vinham entendendo que a cláusula penal aplica-se apenas ao atleta profissional em caso de rompimento do contrato, não sendo devida pelo clube nas mesmas condições de terminação do pacto⁶.

Justificava suas decisões pelo fato de já haver, no parágrafo primeiro do artigo 28 da lei 9.615/98, norma prevendo a aplicação de indenização em caso de rompimento do contrato a prazo determinado por parte do clube, no caso, a do artigo 479 da CLT. Ainda, entendia que esta cláusula penal substituíra a perda do direito ao passe e indenizava o período de formação dos atletas.

E foi com base nesta jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho que houve a alteração legislativa. Hoje o artigo 28 da lei 9.615/98 preceitua que:

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. I - cláusula indenizatória desportiva, devida exclusivamente à entidade de prática desportiva à qual está vinculado o atleta, nas seguintes hipóteses: a) transferência do atleta para outra entidade, nacional ou estrangeira, durante a vigência do contrato especial de trabalho desportivo; ou b) por ocasião do retorno do atleta às atividades profissionais em outra entidade de prática

⁵ O que a FIFA defende é a manutenção da estabilidade contratual.

⁶ ATLETA PROFISSIONAL DE FUTEBOL. RESCISÃO INDIRETA. CLÁUSULA PENAL. INDEVIDA. A cláusula penal prevista no artigo 28 da Lei nº 9.615/98 tem sua aplicabilidade restrita às hipóteses em que o rompimento antecipado do contrato de trabalho dá-se por iniciativa do atleta. Precedentes da SBDI-1. Incidência do artigo 896, § 4º, da CLT e da Súmula nº 333. TST-RR-17700-89.2008.5.10.0103.

desportiva, no prazo de até 30 (trinta) meses; e II - cláusula compensatória desportiva, devida pela entidade de prática desportiva ao atleta, nas hipóteses dos incisos III a V do § 5o. § 1º O valor da cláusula indenizatória desportiva a que se refere o inciso I do caput deste artigo será livremente pactuado pelas partes e expressamente quantificado no instrumento contratual: I - até o limite máximo de 2.000 (duas mil) vezes o valor médio do salário contratual, para as transferências nacionais; e II - sem qualquer limitação, para as transferências internacionais. § 2º São solidariamente responsáveis pelo pagamento da cláusula indenizatória desportiva de que trata o inciso I do caput deste artigo o atleta e a nova entidade de prática desportiva empregadora. § 3º O valor da cláusula compensatória desportiva a que se refere o inciso II do caput deste artigo será livremente pactuado entre as partes e formalizado no contrato especial de trabalho desportivo, observando-se, como limite máximo, 400 (quatrocentas) vezes o valor do salário mensal no momento da rescisão e, como limite mínimo, o valor total de salários mensais a que teria direito o atleta até o término do referido contrato. § 4º Aplicam-se ao atleta profissional as normas gerais da legislação trabalhista e da Seguridade Social, ressalvadas as peculiaridades constantes desta Lei, especialmente as seguintes: I - se conveniente à entidade de prática desportiva, a concentração não poderá ser superior a 3 (três) dias consecutivos por semana, desde que esteja programada qualquer partida, prova ou equivalente, amistosa ou oficial, devendo o atleta ficar à disposição do empregador por ocasião da realização de competição fora da localidade onde tenha sua sede; II - o prazo de concentração poderá ser ampliado, independentemente de qualquer pagamento adicional, quando o atleta estiver à disposição da entidade de administração do desporto; III - acréscimos remuneratórios em razão de períodos de concentração, viagens, pré-temporada e participação do atleta em partida, prova ou equivalente, conforme previsão contratual; IV - repouso semanal remunerado de 24 (vinte e quatro) horas ininterruptas, preferentemente em dia subsequente à participação do atleta na partida, prova ou equivalente, quando realizada no final de semana; V - férias anuais remuneradas de 30 (trinta) dias, acrescidas do abono de férias, coincidentes com o recesso das atividades desportivas; VI - jornada de trabalho desportiva normal de 44 (quarenta e quatro) horas semanais. § 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: I - com o término da vigência do contrato ou o seu distrato; II - com o pagamento da cláusula indenizatória desportiva ou da cláusula compensatória desportiva; III - com a rescisão decorrente do inadimplemento salarial, de responsabilidade da entidade de prática desportiva empregadora, nos termos desta Lei; IV - com a rescisão indireta, nas demais hipóteses previstas na legislação trabalhista; e V - com a dispensa imotivada do atleta. § 7º A entidade de prática desportiva poderá suspender o contrato especial de trabalho desportivo do atleta profissional, ficando dispensada do pagamento da remuneração nesse período, quando o

atleta for impedido de atuar, por prazo ininterrupto superior a 90 (noventa) dias, em decorrência de ato ou evento de sua exclusiva responsabilidade, desvinculado da atividade profissional, conforme previsto no referido contrato. § 8º O contrato especial de trabalho desportivo deverá conter cláusula expressa reguladora de sua prorrogação automática na ocorrência da hipótese prevista no § 7º deste artigo. § 9º Quando o contrato especial de trabalho desportivo for por prazo inferior a 12 (doze) meses, o atleta profissional terá direito, por ocasião da rescisão contratual por culpa da entidade de prática desportiva empregadora, a tantos doze avos da remuneração mensal quantos forem os meses da vigência do contrato, referentes a férias, abono de férias e 13º (décimo terceiro) salário. § 10. Não se aplicam ao contrato especial de trabalho desportivo os arts. 479 e 480 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943.

A antiga cláusula penal, agora nominada cláusula indenizatória desportiva, está dirigida apenas ao atleta profissional, com valor estipulado em duas mil vezes o salário médio do atleta no clube para transferências nacionais, sem redução pelo tempo de execução do contrato, não havendo limite para o caso de saída para o exterior, ao passo que, para os clubes, há a previsão de uma cláusula compensatória, em caso de despedida sem justa causa, rescisão indireta ou inadimplemento salarial, limitada a quatrocentas vezes o salário do atleta, e como mínimo o que falta a ser cumprido⁷.

O fato de haver uma pena também para o tomador do trabalho, que não havia antes segundo a jurisprudência, não altera a situação dos atletas. Continuam eles sendo espécie de escravos dos clubes. Na grande maioria das vezes não possuem dinheiro para pagar a cláusula indenizatória, estipulada em grande parte dos casos sobre o valor máximo, devendo permanecer na equipe, mesmo sem jogar, muitas vezes treinando em separado, até o final do contrato.

Deve o atleta seguir “trabalhando” para quem não quer. Deve seguir vinculado a um contrato que não é mais seu. Um trabalhador regido pela CLT pode demitir-se. O jogador de futebol, por exemplo, não. Deve cumprir o contrato. Que tipo de trabalho é este? Que tipo de trabalho deixa o trabalhador exclusivamente ao dispor de seu tomador de trabalho? O nome, embora forte, é escravidão.

Note-se que as normas internacionais impedem que o trabalhador seja tratado como mercadoria. Esta legislação brasileira nada mais faz do que aproximar o trabalhador atleta a peça negociável no mercado. A mercadoria, com um preço definido, valor da cláusula indenizatória, sem o qual deve permanecer por longos anos “prestando trabalho” em um local que não mais lhe pertence.

Registro que há inúmeros atletas nestas condições. Mesmo de equipes pequenas, no interior do Rio Grande do Sul, em que o salário é pequeno, um mil reais, a cláusula penas é de dois milhões de reais. E o pior é que a justiça do trabalho, pela sua jurisprudência, acaba por consagrar este mal.

A falácia de que deve-se pensar na formação do atleta não se sustenta. Hoje as equipes formadoras recebem valores, 5% por transferência do atleta por elas formado, o que não justifica

⁷ O que está sendo fixado na grande maioria dos contratos.

uma norma extrema de limitação do direito ao trabalho que impeça que o trabalhador altere, por conta própria, seu empregador.

De outro lado, no Rio Grande do Sul, a Companhia Estadual de Energia Elétrica forma profissionais para a área de energia todas as semanas. Após a formação, dada pela melhor das escolas, as empresas privadas vêm e oferecem salários superiores aos que o poder público pode pagar, aliciando o trabalhador sem qualquer indenização à CEEE. A esta realidade não se opõe o poder público em especial o judicial.

Por fim, a cláusula compensatória, a que deve ser paga pelos clubes, substitui a indenização prevista na CLT e está limitada a quatrocentos salários do atleta. A situação é tão absurda que em o clube não mais querendo o atleta, pode deixá-lo fora do grupo principal de jogadores, treinando em separado (com flagrantes prejuízos aos atletas), apenas para não pagar o valor da cláusula. O jogador, contudo, não pode rescindir o contrato. Se assim o fizer terá que pagar uma multa cinco vezes superior a que teria direito nas mesmas circunstâncias.

3 PROPOSTA DE SOLUÇÃO

Não basta fazer a crítica. Cabe ao crítico apresentar uma solução. É por isso que, antes, há referência ao princípio da tutela. Sempre que houver dúvida, a interpretação a ser utilizada é a mais favorável ao empregado. Mas não é só isso. A regra do artigo 7º, cabeça, da CF/88, além de cláusula de não-retrocesso, determina a forma como deve o interprete pautar-se em matéria trabalhista. Faz referência a todos os trabalhadores, de onde se conclui também os atletas.

Esta cláusula preceitua que não poderá haver retrocesso em matéria legislativa. Não poderá, igualmente, haver retrocesso interpretativo, por parte dos tribunais, em temas ligados ao direito do trabalho. No caso em estudo, mais importante, é que ela não permite, nem de longe, a consagração da escravidão, como aliás, faz todo o sistema jurídico.

Uma vez que o artigo 7º, caput, e inciso I, da CF/88 preceituam como direitos dos trabalhadores além de outros que visem à melhoria de sua condição social, a relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, dá ao empregado o poder de rescindir o contrato. Não há regra constitucional que dê este mesmo poder ao empregador, ou seja, de não permitir a rescisão. Os críticos desta tese poderão dizer que o empregado pode rescindir o pacto. Até pode, mas vai pagar como uma multa de dois milhões de reais, quando recebe um mil reais ao mês?

A norma deve ser vista no mundo fático. Os efeitos que ela traz e/ou impõe à vida das pessoas. No caso o empregado atleta pode romper o contrato. Mas o fará, se deve pagar uma multa absurda? Claro que não, vinculando-se pelo período acertado no contrato mesmo sem que este contrato não seja mais seu.

De outro lado, se a multa pelo rompimento do contrato fosse de valor razoável, com limitação legislativa razoável: dez vezes o salário do atleta por exemplo, poder-se-ia aplicá-la. Aliás, os parâmetros da CLT, em se tratando do atleta, seriam bem razoáveis, podendo, em havendo litígio judicial, o magistrado afastar em parte os valores da cláusula indenizatória desportiva e fixar um valor mais razoável para o rompimento do contrato ou ainda, permitir a rescisão conforme as regras da CLT, mesmo havendo impedimento no parágrafo 10 do artigo 28 da lei 9.615/96, isso em razão

do que preceitua o artigo 852-I, parágrafo primeiro, da CLT, que diz que o juiz decidirá o caso concreto de forma mais justa⁸.

Assim, tendo por base o que preceituam os artigos 1º, IV, 6º e 170 da CLT, não há como permitir que a cláusula indenizatória desportiva limite o direito do atleta de transferir-se a outro clube. Não se está dizendo que é ela inconstitucional e sim que se pode, no caso concreto, limitar o seu valor à realidade presente, a fim de não prejudicar aos atletas permitindo que possam livremente exercer seu trabalho.

CONCLUSÃO

Conclui-se este breve ensaio com a esperança de se ter contribuído. As críticas havidas não são pessoais e sim à estrutura da justiça do trabalho que tem, como se pode ver, um papel fundamental na formação da legislação laboral.

É por isso que, uma vez havendo cláusula indenizatória que fixe valor exorbitante, cabe ao magistrado limitá-la a padrões razoáveis, utilizando-se critérios de proporcionalidade, ou mesmo de critérios indenizatórios já previstos no sistema como o do artigo 479 da CLT.

O que não se pode é repetir a regra do artigo 28, I e parágrafo primeiro, I, da lei 9.615/98, impedindo que o trabalhador troque de empregador e siga exercendo seu mister, seu trabalho da forma que melhor lhe convenha. Da forma que sua história e sua vida lhe ensinou. Da forma que possa ser inteiro e justificar, plenamente, sua existência.

REFERÊNCIAS

CAMINO, Carmen, Direito individual do trabalho. Porto Alegre: Síntese, 2003.

⁸ Por este artigo os critérios de justiça deixam de ser forma de integração da norma trabalhista para ser fonte formal do direito.