

ATLETA PROFISSIONAL
NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO
DURAÇÃO DO TRABALHO E ACRÉSCIMOS REMUNERATÓRIOS

Ricardo Tavares Gehling¹

O direito se desenvolve equilibrando uma dupla exigência, uma de ordem sistemática, a elaboração de uma ordem jurídica coerente, a outra, de ordem pragmática, a busca de soluções aceitáveis pelo meio, porque conformes ao que lhe parece justo e razoável.

(Chaim Perelman)

INTRODUÇÃO

As recentes e substanciais alterações na Lei 9.615/98, a denominada “Lei Pelé”, decorrentes da promulgação da Lei 12.395 em 16 de março de 2011, reacenderam os debates em torno das questões que envolvem o desporto e, mais especificamente, o contrato de trabalho de atleta profissional.

Muitos são os encontros acadêmicos, congressos e seminários em que novos e antigos temas são debatidos com ávido interesse, não só em face do diploma legal agora aprovado, mas também porque divergências doutrinárias e jurisprudenciais que já existiam na vigência dos regramentos anteriores não chegaram a ser totalmente superadas. Toma vulto, assim, a disciplina jurídica do Direito Desportivo.

Este breve estudo, focado na duração do trabalho do atleta profissional e acréscimos remuneratórios previstos em lei, enfrenta também o tormentoso tema da natureza jurídica do contrato especial de trabalho em que se assentam estas e

¹ Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul. rgehling@trt4.jus.br

outras obrigações, confrontando os dispositivos pertinentes da legislação específica, da Consolidação das Leis do Trabalho e da Constituição da República, com apoio da doutrina e da jurisprudência.

1 A LEI 12.395/11 E AS INCERTEZAS DO TEXTO APROVADO

A Lei 12.395/11 "*condensa uma peculiaridade que a torna diferente e ímpar: foi objeto de três aprovações na Câmara Federal e duas aprovações no Senado Federal*", conforme salienta o Prof. Álvaro de Melo Filho², relator do anteprojeto e respectiva exposição de motivos do Ministério dos Esportes, encaminhados ao Legislativo e que redundaram no conhecido PL 5.186/05. Lembra, com propriedade, o Prof. Álvaro Filho³:

No seu percurso legislativo, foi – como PL nº 5.186/05 – aprovada em fevereiro de 2010, na Câmara, e em julho de 2010, no Senado. Contudo, em face de nove (9) emendas na casa revisora, retornou à apreciação da Câmara Federal. E, enquanto aguardava oportunidade de inclusão em pauta, trancada por medidas provisórias, teve todo o seu conteúdo inserido como emenda na MP nº 502/2010, obtendo mais uma vez aprovação, já em 2011, na Câmara Federal. Em pó, seguiu para o Senado Federal que, novamente, aprovou a matéria com uma única emenda, obrigando a nova apreciação pela Câmara Federal. Esta casa legislativa ratificou a emenda do Senado Federal e a novel *lex sportiva* foi sancionada, transfundindo-se na lei nº 12.395/11, com repercussões estruturais na lei nº 9.615/98.

Uma tramitação com tantas intercorrências, se por um lado deixa transparecer intensa participação, com audiências públicas, propostas, emendas e exaustivos debates, por outro dificulta sobremaneira conhecer a vontade do legislador, o que de resto está longe de ser decisivo no ato de interpretação da lei⁴.

Obviamente, se o processo legislativo foi tão intrincado, muitos foram os pontos de choque, a partir de interesses conflitantes levados ao parlamento ou nascidos do próprio debate. Não é demais supor que muitos desses impasses – e nisso o parlamento brasileiro é próspero – somente tenham sido superados com a

² MELO FILHO, Álvaro. *Nova Lei Pelé: avanços e impactos*. Rio de Janeiro: Maquinaria, 2011, p. 15.

³ MELO FILHO, *Ibid.*

⁴ "A vontade do legislador é com frequência incognoscível; muitos antecedentes do texto não são públicos ou não são suscetíveis de prova. Noutros casos há uma intervenção de várias pessoas na feitura da lei: qual das intenções, que podem ser inteiramente divergentes, deve ser considerada a intenção do legislador? Se há um projecto, que é dado a conhecer e sujeito a discussão pública, que é emendado, que é debatido pelas Câmaras, alterado e enfim aprovado, que é promulgado pelo Chefe de Estado, onde se encontra a vontade do legislador? Como será possível, no meio de tantos intervenientes, determinar qual é a intenção decisiva?" (ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1977, p. 352)

aprovação de um texto minimamente claro e suficientemente dúbio a ponto de os defensores das diversas correntes em disputa se sentirem de alguma forma albergados.

O parágrafo 4º do artigo 28 da Lei 9.615/98, com a redação dada pela Lei 12.395/11, passou a dispor:

§ 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.

Afinal, o texto aprovado permite a conclusão segura de que os atletas profissionais estejam submetidos a limite e controle de duração do trabalho? O que seria mesmo “*jornada* desportiva normal de 44 (quarenta e quatro) horas semanais”? Devem estar previstos no contrato apenas os valores dos acréscimos remuneratórios em razão de períodos de concentração, viagens, pré-temporada e participação do atleta em partida, ou o próprio direito a esses acréscimos?

As respostas a estas e outras indagações, infelizmente, talvez só venham após muitos litígios judiciais. No Judiciário é que se dará o *round* final de conflitos políticos que só foram superados no processo legislativo de forma insatisfatória ou pouco clara. É um dos traços do fenômeno da *judicialização da política* de que trata Werneck Vianna⁵. Se, em alguma medida, toda interpretação é criativa e sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional,

⁵ *Apud* NETO, André Perin Schmidt. A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil (Resenha dos textos de Luiz Werneck Vianna). *Revista da Faculdade de Direito UniRitter*, Porto Alegre, n. 10, p. 83-96, 2009.

especialmente na área dos direitos sociais, "quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais. Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes (CAPPELLETTI) ⁶.

2 NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO DE ATLETA PROFISSIONAL

A história dos clubes de futebol no Brasil remonta ao limiar do século XX⁷. Mas o profissionalismo nessa modalidade esportiva – proeminente em nosso país e, conseqüentemente, neste estudo – surgiu na década de 30, "quando sete clubes do Rio de Janeiro – Fluminense, Vasco, América, Bangu, Botafogo, Flamengo e São Cristóvão – decidiram em Assembléia, com um placar apertado (4 x 3), oficializar o contrato de seus atletas, pagando-lhes uma remuneração mensal" (SOARES)⁸.

Não obstante, apenas com o advento da Lei 6.354/76 o atleta adquiriu formal e expressamente o *status* de trabalhador, com direitos e deveres inseridos num "contrato de trabalho"⁹, regido pela lei especial e pelas "normas gerais da legislação do trabalho"¹⁰. Nesse interregno, acirrados foram os debates sobre a natureza jurídica da relação entre atleta e clube, pois ela não estava especificamente prevista nem no Código Civil nem na Consolidação das Leis do Trabalho, restando-lhe "um certo limbo jurídico"¹¹.

Merece realce a circunstância sintomática de que o Decreto-lei nº 5.342, de 25 de março de 1943, elaborado no âmbito do Ministério da Educação e Saúde,

⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 42.

⁷ O clube dedicado exclusivamente ao futebol mais antigo do Brasil, ainda em atividade, é o Sport Club Rio Grande, da cidade de Rio Grande - Rio Grande do Sul, também conhecido por Vovô, fundado em 19 de julho de 1900. Sua primeira derrota só veio a acontecer nove anos depois da fundação, no dia 24 de outubro de 1909, para o Sport Clube Pelotas, no estádio que veio a ser conhecido como Boca do Lobo.

⁸ SOARES, Jorge Miguel Acosta. *Direito de Imagem e Direito de Arena no Contrato do Atleta Profissional*. São Paulo: LTr, 2008, p. 51.

⁹ Artigos 1º, 2º e 3º da Lei 6.354/76.

¹⁰ Art. 28 da Lei 6.354/76.

¹¹ JORGE MIGUEL ACOSTA SOARES – Mestre em Direito do Trabalho, Historiador e Jornalista – faz uma excelente resenha dessa polêmica pré-normativa (op. cit., págs. 51 e seguintes): "Os juristas interessados nos problemas desportivos dividiam-se entre várias teses, que a rigor poderiam ser sintetizadas em três posições. Para alguns se tratava de um contrato inominado, de natureza civil. Outros entendiam que a relação clube-atleta estaria inserida em um novo ramo do direito, o Direito Desportivo, com especificidades e peculiaridades que o distinguiam. Já um terceiro grupo enxergava claros contornos trabalhistas, colocando os atletas ao lado de todo o conjunto de trabalhadores. Todos

estabelecia que os desportos e a sua regulamentação fossem de competência exclusiva daquela Pasta. No seu art. 5, dispunha: *As relações entre atletas profissionais ou auxiliares especializados e as entidades desportivas, regular-se-ão pelos contratos que celebrarem, submetendo-se estes às disposições legais, às recomendações do Conselho Nacional de Desportos e às normas desportivas internacionais*¹².

Pouco mais de um mês depois, em 1º de maio de 1943, foi aprovada a Consolidação das Leis do Trabalho que, no parágrafo primeiro do seu art. 2º, definiu: *Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.*¹³

Na realidade, se por um lado a condição de empregado do atleta profissional foi-se firmando na doutrina e na jurisprudência desde o advento da CLT, até se tornar clara e expressa na Lei 6.354/76, dúvidas persistiram quanto à qualificação desses empregados, seus direitos e deveres diante das disposições gerais das normas trabalhistas. Exemplo evidente de incompatibilidade era a característica intrínseca da temporariedade da atividade profissional junto ao clube frente à estabilidade decenal assegurada na Consolidação. A respeito desta matéria, Evaristo de Moraes Filho¹⁴ aponta como *leading case* o litígio “Batatais x Fluminense”, no qual o Supremo Tribunal Federal firmou o seguinte entendimento que acabou prevalecendo na jurisprudência e na doutrina:

O atleta profissional é um empregado assalariado, sendo o clube desportivo o seu empregador, para todos os efeitos trabalhistas aplicáveis à espécie. Para isso, foi o jogador equiparado aos artistas de teatro, como congêneres, sucedendo-se sempre os seus contratos como de prazo determinado, por mais que se repitam. Ainda que contem mais de 10 anos de serviços prestados, os atletas profissionais não se beneficiarão com a estabilidade (1ª. Turma do

se embasavam em argumentos respeitáveis, com fundamentos jurídicos sólidos, mas inconciliáveis. A solução somente foi dada pela lei, que fez prevalecer a terceira aceção”.

¹²“Evitava-se dar a natureza jurídica desses contratos, de propósito deixados sem adjetivação, mas inequivocamente tidos pela doutrina da lei como não de trabalho. O seu registro, a carteira profissional, tudo, enfim, girava em torno do Conselho e do Ministério da Educação, sem qualquer referência, em momento algum, ao seu vizinho de sede principal, o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio.” (MORAES FILHO, Evaristo de. *Temas Atuais de Trabalho e Previdência*. São Paulo: LTr, 1976, p. 148).

¹³ “Assim, no mesmo ano, através de leis emanadas do mesmo poder e da mesma fonte, logo se constituíram as duas correntes definitivas e decisivas sobre a natureza jurídica do vínculo que prende o atleta profissional ao clube. Ainda que sem a intenção de admiti-lo como empregado assalariado, não pôde o Decreto-lei 5.432 deixar de determinar que os contratos (art. 5º) se submeteriam às disposições legais. Talvez pensasse o autor do diploma em disposições legais de outra índole que não as trabalhistas propriamente ditas” (MORAES FILHO, op. cit., p. 150)

¹⁴ MORAES FILHO, op. cit., p. 151-2.

STF, 18 de setembro de 1950, Rec. Extr. N. 15.932, in Revista do TST, set/out de 1950, p. 38).

Na época tinha vigência o parágrafo único do art. 507 da CLT (*Não se aplicam ao trabalho de artistas os dispositivos dos arts. 451 e 452 que se referem à prorrogação ou renovação do contrato de trabalho*), o qual veio a ser revogado, em fase ainda expansionista do Direito do Trabalho, pela Lei 6.533/78, regulamentadora das profissões de Artistas e de Técnico em Espetáculos de Diversões.

Sem embargo dessa revogação, a transição da figura jurídica do atleta profissional para o *status* de empregado nunca deixou de ser alvo de incertezas, pois a Lei 6.354/76 já fazia uma importante ressalva restritiva da aplicabilidade plena das normas trabalhistas consolidadas: *Aplicam-se ao atleta profissional de futebol as normas gerais da legislação do trabalho e da previdência social, exceto naquilo que forem incompatíveis com as disposições desta lei* (Art. 28). A Lei 9.615/98 (Lei Pelé) a manteve: *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*” (art. 28, § 1º). E a Lei 12.395/11 a acentuou, ao destacar peculiaridades especialmente ressalvadas no seu art. 28, § 4º, a ponto de se afirmar na doutrina que, *“objetivamente, a regulação especial da lei desportiva quanto aos atletas profissionais é de incidência principal, ficando os ditames gerais da legislação trabalhista e da seguridade social como de incidência subsidiária”*¹⁵.

O legislador equiparou o empregador à empresa (art. 2º da CLT) – definida sob o ponto de vista econômico *“como a organização objetiva dos fatores da produção (natureza, capital e trabalho), com a finalidade de lucro, através da venda no mercado, assumindo por isso mesmo, os riscos da operação”*¹⁶ –, considerando como tal quem admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço (art. 3º). A empresa visa primordialmente o lucro, por isso que o empregador assume os riscos da atividade econômica.

A entidade de prática desportiva, embora cada vez mais dependa de acumulação de recursos, não tem sua atividade voltada à obtenção de lucro. Enquanto na economia se busca eliminar o concorrente, no desporto os concorrentes, ou adversários, se complementam. A lógica é diferente, pois “os

¹⁵ MELO FILHO, op. cit., p. 201.

¹⁶ MORAES FILHO, Evaristo de. *Estudos de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1971, p. 30.

*competidores desportivos necessitam uns dos outros para produzirem o que eles vendem, e estão sempre 'separadamente juntos'. São naturalmente adversários no plano desportivo e parceiros no plano econômico, tudo sob o manto da gloriosa incerteza do resultado*¹⁷. No plano interno, o trabalho coletivo do atleta estabelece uma simbiose em que a sua valorização profissional depende do sucesso do clube que o emprega e vice-versa. Supera-se o conceito clássico de "trabalho realizado no interior do modo de produção capitalista, no qual a força de trabalho que é vendida pelo trabalhador através do salário, torna-se mercadoria, concentrado e realizado sob as determinações do processo de produção"¹⁸.

Embora a *alteridade*¹⁹ se aplique também a empregadores que não exerçam atividade econômica em senso estrito, para os quais não desponta o trabalho como fator de produção, não há como desconsiderar nessas especiais circunstâncias que o espectro de normas gerais trabalhistas tem sua aplicabilidade subsidiária afetada, em extensão e intensidade, pelo prisma próprio das relações laborais desportivas.

Esta natureza peculiar, em alguns casos, torna difícil definir a parte hipossuficiente. Noutros distorce o foco da tutela normativa. Por exemplo, para os empregados comuns paira como verdadeira *espada de Dâmocles* a possibilidade de despedida por justa causa, face à perda de inúmeros direitos rescisórios. No caso do atleta profissional a equação se inverte, pois a rescisão por justa causa determina, via de regra, prejuízo maior ao empregador, em virtude da perda dos direitos econômicos que detenha sobre o respectivo contrato.

A aplicabilidade mitigada das normas gerais trabalhistas justifica-se plenamente, portanto, dada a natureza singular do desporto, regido por princípios próprios erigidos ao patamar constitucional²⁰.

Desta forma, se o pano de fundo de toda interpretação é sempre o ordenamento legal em seu conjunto²¹, maior cautela requer o processo

¹⁷ CARVALHO, Maria José, *apud* MELO FILHO, Álvaro – op. cit., p. 17-8.

¹⁸ GENRO, Tarso Fernando. *Direito Individual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1985, p. 25.

¹⁹ "A presente diretriz é também conhecida pela denominação *alteridade* (alter:outro; – i –; dade: qualidade – isto é, qualidade do outro ou que está no outro). Sugere a expressão que o contrato de trabalho transfere a uma única das partes todos os riscos a ele inerentes e sobre ele incidentes: os riscos do empreendimento empresarial e os derivados do próprio trabalho prestado" (DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de Direito Individual e Coletivo de Trabalho*. São Paulo: LTr, 2001, p. 69-70)

²⁰ Art. 217 da Constituição da República.

²¹ "A interpretação parte pois dum elemento determinado, duma fonte, e procura exprimir a regra que daquela é conteúdo. Mas isto não nos pode fazer esquecer que a interpretação é necessariamente uma tarefa de conjunto: pano de fundo da interpretação é sempre o ordenamento em globo. O sentido de

interpretativo quando envolve esse tipo de relação jurídica, dada a possibilidade de refração ou distorção das normas gerais ante as especificidades destacadas.

3 DURAÇÃO DO TRABALHO

No que diz respeito à duração do trabalho do atleta profissional, não era pacífica a doutrina antes das alterações introduzidas pela Lei 12.395/11. Destacava-se, numa das correntes, o entendimento de Alice Monteiro de Barros²²:

Disponha o art. 6º da Lei n. 6.354, de 1976, que o horário normal de trabalho do atleta seria organizado de forma a bem servir o seu adestramento e exibição, não podendo exceder, porém, 48 horas semanais, hoje, 44 horas semanais, em face da alteração constitucional, tempo em que o empregador poderia exigir que o empregado permanecesse à sua disposição. Lembre-se, entretanto, que esse dispositivo vigorou apenas até 25.3.2001, quando foi revogado pelos arts. 93 e 36 da Lei n. 9.615/98. Em consequência, e dadas as peculiaridades que envolvem esta função, entendendo que as normas a respeito de limitação de horas semanais, a partir de 26 de março de 2001, não mais serão aplicadas ao profissional de futebol.

Fábio Menezes de Sá Filho²³, citando Zainaghi²⁴ e Martins²⁵ sintetiza a posição divergente:

Na verdade, trata-se de um direito garantido pela CF/1988, pelo qual o empregado não deve laborar por período superior a 8 (oito) horas diárias e a 44 (quarenta e quatro) horas semanais. É a saúde do trabalhador que estaria sendo prejudicada, caso assim não se entendesse. Portanto, por já haver previsão constitucional, desnecessária seria a previsão em lei ordinária, motivo pelo qual o legislador revogou o art.6º da Lei n. 6.354/1976.

Volta o legislador ordinário, contudo, a regular a matéria. E o faz cometendo uma impropriedade técnica, ao referir “jornada” de trabalho desportiva normal de 44 (quarenta e quatro) horas semanais, pois a expressão jornada tem o sentido etimológico e jurídico vinculado à unidade de tempo dia, e não semana.

Não há dúvida, porém, que pretendeu estabelecer limite apenas para a duração semanal do trabalho, face à expressa referência a 44 horas por semana. A

cada fonte está em necessária conexão com o de todas as outras, pelo que será adulterado se o pretendermos tomar isoladamente.” (ASCENSÃO, op. cit., p. 124)

²² BARROS, Alice Monteiro de. *Contratos e Regulamentações Especiais de Trabalho: Peculiaridades, Aspectos Controvertidos e Tendências*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002, p. 87-8.

²³ SÁ FILHO, Fábio de Menezes. *Contrato de Trabalho Desportivo*. São Paulo:LTr, 2010, p. 79.

²⁴ ZAINAGHI, Domingos Sávio. *Nova legislação desportiva: aspectos trabalhistas*. 2. ed. São Paulo:LTr, 2004, p. 24.

²⁵ MARTINS, José Pinto. O atleta profissional de futebol e os seus direitos trabalhistas. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 26, n. 98, p. 142-149, abr./jun. 2000, p. 146.

primeira indagação, assim, renova de certa forma o debate anterior, pois se poderá cogitar da aplicabilidade direta do art. 7º, XIII, da Constituição da República no que diz respeito à limitação diária²⁶.

Sem pretender esgotar este debate que, como vimos, não é novo, é relevante assinalar que o preceito constitucional em foco não se aplica, necessária e indiscriminadamente, a qualquer trabalhador. Por exemplo, aos empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, ou aos gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, cumpridos os demais requisitos estabelecidos nos incisos I e II do art. 62 da CLT, não se assegura limite máximo de jornada ou de duração semanal. É minoritária a corrente jurisprudencial que sustenta a inconstitucionalidade destes dispositivos da Consolidação²⁷, contrária ao que restou pacificado pelo Supremo Tribunal Federal:

Cargo de gestão. Ausência de controle da jornada de trabalho. Possibilidade. Art. 62, II, da CLT. Decisão mantida. Não afronta o art. 7º, XIII, da Constituição da República, a decisão que excepciona os ocupantes de cargos de gestão do controle de jornada de trabalho.“(RE 563.851-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 26-2-2008, Segunda Turma, DJE de 28-3-2008.)

Na mesma diretriz, por se tratar também de relação de trabalho marcada por singularidades é que o legislador ordinário estabeleceu regra diferenciada para o trabalho do atleta profissional.

Sabe-se que lei ordinária não pode restringir eficácia de norma constitucional, especialmente quando se tratam de direitos fundamentais. Mas também é certo afirmar, com amparo em Canotilho²⁸, que "*palavras e expressões do texto da norma constitucional (e de qualquer texto normativo) não têm significado autônomo, ou seja, um significado «em si», se não se tomar em conta o momento de decisão dos juristas e o carácter procedimental da concretização das*

²⁶ “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XIII – duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho”.

²⁷ HORAS EXTRAS VENDEDOR E GERENTE - EXCEÇÕES DO ART. 62 DA CLT - CONSTITUCIONALIDADE FRENTE AO ART. 7º, XIII, DA CF. A tese da inconstitucionalidade do art. 62, I e II, da CLT, frente ao art. 7º, XIII, da CF, carece absolutamente de embasamento, pois a Carta Política previu apenas a regra geral da jornada de trabalho (8 horas diárias e 44 semanais). Tanto é assim que o art. 7º, XVI, da CF contempla a jornada extraordinária como exceção. E, pela natureza dos serviços, algumas categorias de trabalhadores continuam com jornadas especiais, como é o caso dos aeronautas (11 a 20 horas, conforme o v.o. Lei nº 7.183/84), razão pela qual, pela natureza da atividade (serviços externos ou sem controle de jornada), alguns trabalhadores não fazem jus, em princípio, a horas extras. Recurso de revista não conhecido. (TST-AIRR e RR-34.983/2002-900-05-00.4, 4ª Turma, Rel. Min. IVES GANDRA MARTINS FILHO, D.J. de 6/5/2005)

²⁸ CANOTILHO, José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 1203.

normas”. Complementa o festejado constitucionalista português, ao analisar a função pragmática do texto da norma:

*Daí que: (1) a decisão dos «casos» não seja uma «paráfrase» do texto da norma, pois o texto possui sempre uma dimensão comunicativa (pragmática) que é inseparável dos sujeitos utilizadores das expressões linguísticas, da sua compreensão da realidade, dos seus conhecimentos privados (neste sentido falam também as correntes hermenêuticas do efeito criador da «pré-compreensão»); (2) o texto da norma aponta para um referente, o que quer dizer constituir o texto um sinal linguístico cujo significado aponta para um universo de realidade exterior ao texto.*²⁹

Nessa linha, não era inconstitucional a norma revogada que deixara de prever qualquer limite de jornada para o atleta profissional – analogamente ao que ocorria com outros trabalhadores –, como também não o é a atual, que assegura limite de 44 (quarenta e quatro) horas à duração semanal.

Houve, é inegável, um avanço em benefício do trabalhador, dosada agora a densidade da norma infraconstitucional com o tempero singular do fenômeno desportivo, em face do qual não há, ao contrário do que ocorre nas relações normais entre empregado e empregador³⁰, uma vinculação muito ostensiva entre o salário e o horário de serviço. Os interesses são convergentes, voltados ao melhor rendimento do atleta e isto, por si só, já é uma proteção natural – e muito mais eficaz do que a lei – ao limite de trabalho diário. O empregador comum, ao impor jornada maior a seus empregados, em tese terá seu lucro aumentado; a entidade de prática desportiva que o fizer em relação aos seus atletas terá o rendimento de cada um afetado, comprometendo o da equipe e, conseqüentemente, o objetivo maior da agremiação.

A “não incidência de adicional noturno, quando o atleta participar de partida, prova ou equivalente, concluída no período noturno – que constava do PL 5.186/05 e foi suprimida no Plenário da Câmara Federal³¹ – parece evidenciar verdadeiro *silêncio eloquente da lei*³² que não abre espaço à aplicabilidade direta do preceito contido no art. 7º, inciso IX, da CF³³. Neste aspecto, continua pertinente a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, representada pelo seguinte precedente:

²⁹ CANOTILHO, op. cit., p. 1.203.

³⁰ RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1974. p. 308.

³¹ MELO FILHO, op. cit., p. 204.

³² A diferença entre *lacuna* e *silêncio eloquente* da lei está bem destacada na jurisprudência do STF: RE 135637 - MOREIRA ALVES - 25/06/1991; RMS 24334 - GILMAR MENDES - 31/05/2005.

As condições peculiares do contrato do atleta profissional de futebol não toleram incursão no adicional noturno, em louvor dos critérios universalmente consagrados na exibição profissional do atleta. Esse tipo de prestação noturna participa visceralmente do contrato e se há de tê-la como abrangida na remuneração estipulada. (TST - RR-3.866/82 - Ac. 1a T., 3.854/83, 16.12.83 - Rel. Min. Ildélio Martins.)

A proibição de trabalho noturno ao menor de 18 anos (art. 7º, XXXIII, da CF) é outra norma de difícil compatibilização. Aplicação literal da lei, desconsiderada a singularidade do universo desportivo – em que atletas com 16 ou 17 anos já se destacam profissionalmente, alguns com nível salarial até pouco tempo inimagináveis – culminaria, a pretexto de beneficiá-los, por inviabilizar suas carreiras, na medida em que os jogos à noite terminam quase sempre depois das 22 horas. É tão desconectado da realidade supor que esta vedação possa vir em benefício do atleta quanto esperar que os horários das partidas deixem de depender de outras programações televisivas.

4 CÔMPUTO DA DURAÇÃO SEMANAL DO TRABALHO E HORAS EXTRAS

Interpretação lógico-sistemática do artigo 28 (parágrafo 4º e seus incisos) da Lei 9.615/98, com a redação dada pela Lei 12.395/11, leva a concluir que o legislador definiu por exclusão o que deve ser considerado para o cômputo do limite semanal de 44 horas da duração normal do trabalho do atleta.

No inciso III arrolou exaustivamente os períodos que podem gerar direito a acréscimos remuneratórios, conforme previsão contratual: concentração, viagens, pré-temporada e participação do atleta em partida, prova ou equivalente.

No inciso VI do mesmo parágrafo definiu limite para a duração semanal do trabalho.

Logicamente, assim, o que pode gerar direito a acréscimo remuneratório não pode ser considerado, simultaneamente, pelo mesmo fato gerador (tempo trabalhado ou à disposição) para cômputo de horas normais e, eventualmente, extraordinárias.

As atividades previstas no inciso III *podem* ensejar direito a acréscimos se (e no valor que) for pactuado. Tudo o que sobejar, como atividades de treinamento e outras desenvolvidas durante a semana por ordem ou à disposição do

³³ Em sentido contrário: MELO FILHO, Álvaro, op. cit., p. 204.

empregador, serão contadas para o limite da duração semanal, o qual, extrapolado, dará direito à remuneração extraordinária correspondente.

É importante salientar que *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* (inciso I), o que implica computar na duração do trabalho prevista no inciso VI o tempo excedente àquele limite, ou não vinculado a programação de partida, prova ou equivalente.

5 ACRÉSCIMOS REMUNERATÓRIOS

Antes da vigência da Lei 12.395/11 já se pacificara que os períodos de concentração do atleta, em qualquer hipótese, não se considerariam para efeito de horas extras, por se tratar de uma característica especialíssima dos contratos desse profissional, jamais se podendo confundir também com horas de prontidão, ou sobreaviso. É paradigmático e representativo desse entendimento o seguinte julgado do Tribunal Superior do Trabalho:

HORAS EXTRAS. JOGADOR DE FUTEBOL. PERÍODO DE CONCENTRAÇÃO. 'A concentração é obrigação contratual e legalmente admitida, não integrando a jornada de trabalho, para efeito de pagamento de hora extras, desde que não exceda de 3 dias por semana'. Recurso de revista a que nega provimento. (RR-405.769/97.7, 4ª Turma, Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen, DJ 05/05/2000)

Embora durante a tramitação do PL 5.186/05 se tenha cogitado estipular que não haveria direito a acréscimos remuneratórios por períodos de concentração, o texto aprovado, bem ao espírito do que se referiu no início deste trabalho, adota posição intermediária e sem muita clareza: prevê a possibilidade de acréscimos, *conforme previsão contratual*.

Não obstante seja plausível e razoável interpretar – considerada a evolução histórica do ordenamento jurídico e da tramitação legislativa, a sistematização da norma aprovada e as particularidades da atividade – que o legislador prestigiou o contrato de trabalho do atleta profissional, remetendo à esfera negocial o direito (e não apenas a fixação de valores) a acréscimos remuneratórios em virtude de períodos de concentração e outros especificamente arrolados, não é preciso maior esforço de imaginação para antever que muito se debaterá em juízo até se suprir, pela jurisprudência, a falta de clareza e de convicção do legislador.

Deve-se atentar ao fato de que também depende de estipulação contratual a contraprestação por viagens, pré-temporada e participação do atleta em partida,

prova ou equivalente. Se por um lado pode ser considerado um avanço a previsão de acréscimo por período de concentração, na medida em que, antes, nenhum direito havia, por outro seria ingênuo presumir que este ajuste possa se constituir em regra geral na realidade das contratações. Insere-se numa ótica de aparente retrocesso, também, a exclusão do tempo de participação do atleta em partida do cômputo da duração do trabalho semanal.

Havendo pagamento efetivo dos acréscimos previstos no inciso III, integram-se os valores na remuneração, independentemente do que for pactuado, face ao princípio da primazia da realidade. Em qualquer hipótese, a natureza jurídica da cláusula é de parcela que integra a remuneração para todos os efeitos, e não de salário básico *stricto sensu*.

Não havendo pactuação específica, nem efetivo pagamento de acréscimos remuneratórios, o salário básico ajustado corresponde, na comutatividade do contrato de trabalho, aos serviços prestados e aos períodos de concentração, viagens, pré-temporada e participação do atleta em partida, prova ou equivalente.

Embora seja rara a negociação coletiva nessa área, devido à falta de simetria nas estruturas sindicais profissional e econômica, teoricamente os acréscimos remuneratórios podem ser previstos em norma coletiva.

Se o contrato individual for omissivo, ou nele houver pactuação negativa, o acréscimo será devido se for estabelecido em norma coletiva, face ao princípio da hierarquia das fontes. Por outro lado, prevalecerá o contrato individual que contiver previsão da cláusula frente a ajuste coletivo negativo, por força do princípio da inversão das fontes formais do direito em benefício do trabalhador.

A entidade de prática desportiva pode pactuar acréscimos remuneratórios com alguns atletas e não fazê-lo com outros, sem que isso gere direito a tratamento isonômico, face às peculiaridades da relação de trabalho desportivo, realçadas no § 4º do art. 28 da Lei 12.395/11, que também impedem, segundo pacífica doutrina e iterativa jurisprudência, a equiparação de salários *stricto sensu*.

CONCLUSÕES

Por força das singularidades do trabalho do atleta, fundamentalmente na modalidade de futebol profissional, assume especial relevância o contrato individual de trabalho, como instrumento regulador da relação jurídica que vincula o atleta à entidade de prática desportiva. Esta relevância - realçada pela Lei 12.395, de 16 de

março de 2011 - é afetada pelo dirigismo da lei especial e, em caráter subsidiário, no que for compatível, pelas normas gerais trabalhistas.

A Lei 12.395/11, a par de significar avanço em termos de racionalidade e sistematização da normatividade jusdesportiva, fruto de qualificadas reflexões e de profundos debates, deixa transparecer ainda alguns pontos de incerteza e dubiedade, fruto do próprio processo parlamentar, o que poderá fomentar litígios judiciais.

A nova lei assegura limite de duração semanal de 44 horas para o atleta profissional, pressupondo-se que os interesses convergentes, voltados ao melhor rendimento do atleta e, conseqüentemente, ao da equipe, constituem proteção natural ao limite de trabalho diário.

Incluem-se no cômputo do limite semanal quaisquer períodos de trabalho ou à disposição do empregador, excluídos os previstos no inciso III do parágrafo 4º do artigo 28 da Lei 9.615/98: concentração (não excedente a três dias consecutivos por semana, desde que esteja programada qualquer partida, prova ou equivalente, amistosa ou oficial), viagens, pré-temporada e participação do atleta em partida, prova ou equivalente.

Os períodos previstos no inciso III podem gerar direito a acréscimos remuneratórios, conforme previsão contratual. Estes acréscimos, pactuados expressa ou tacitamente ou, ainda, devidos por força de norma coletiva, integram-se na remuneração para todos os efeitos, sem que isso gere direito a equiparação com base no princípio da isonomia.

Não havendo pactuação específica, nem efetivo pagamento de acréscimos remuneratórios, o salário básico ajustado corresponde aos serviços prestados e aos períodos de concentração, viagens, pré-temporada e participação do atleta em partida, prova ou equivalente.

As condições peculiares do contrato do atleta profissional e o silêncio eloquente da lei desautorizam reconhecer direito a adicional por trabalho noturno nessa atividade.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1977.

BARROS, Alice Monteiro de. *Contratos e regulamentações especiais de trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002.

CANOTILHO, José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo de trabalho*. São Paulo: LTr, 2001.

SÁ FILHO, Fábio Menezes de. *Contrato de trabalho desportivo*. São Paulo: LTr, 2010.

GENRO, Tarso Fernando. *Direito Individual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1985.

MARTINS, José Pinto. O atleta profissional de futebol e os seus direitos trabalhistas. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v 26, n. 98, p. 142-149, abr./jun. 2000.

MELO FILHO, Álvaro de. *Nova Lei Pelé: avanços e impactos*. Rio de Janeiro: Maquinaria, 2011.

MORAES FILHO, Evaristo de. *Temas atuais de trabalho e previdência*. São Paulo: LTr, 1976.

SCHMIDT NETO, André Perin. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil: resenha dos textos de Luiz Werneck Vianna. *Revista da Faculdade de Direito UniRitter*, Porto Alegre, v. 1, n. 10, 2009.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1974.

SOARES, Jorge Miguel Acosta. *Direito de imagem e direito de arena no contrato do atleta profissional*. São Paulo: LTr, 2008.

ZAINAGHI, Domingos Sávio. *Nova legislação desportiva: aspectos trabalhistas*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.