

UNIVERSIDADE CESUMAR - UNICESUMAR
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

JEFFERSON ALEX PONTES PEREIRA

**O FIM DO PASSE E O CONTRATO DE TRABALHO DO ATLETA PROFISSIONAL DE
FUTEBOL: A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE**

MARINGÁ

2022

JEFFERSON ALEX PONTES PEREIRA

**O FIM DO PASSE E O CONTRATO DE TRABALHO DO ATLETA PROFISSIONAL DE
FUTEBOL: A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE**

Dissertação apresentada à Universidade Cesumar (UNICESUMAR), como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídicas.

Linha de pesquisa: Direitos da Personalidade e o seu alcance na contemporaneidade.

Orientador: Prof. Dr. Cleber Sanfelici Otero.

MARINGÁ

2022

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

P436f Pereira, Jefferson Alex Pontes.

O fim do passe e o contrato de trabalho do atleta profissional de futebol: a responsabilidade civil pela perda de uma chance / Jefferson Alex Pontes Pereira. Maringá-PR: UNICESUMAR, 2022.
188 f. ; 30 cm.

Orientador: Prof. Dr. Cleber Sanfelici Otero.

Dissertação (mestrado) – Universidade Cesumar - UNICESUMAR, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Maringá, 2022.

1. Cláusula penal. 2. Dignidade. 3. Passe. 4. Personalidade. 5. Trabalho. I. Título.

CDD – 341.6

Roseni Soares – Bibliotecária – CRB 9/1796
Biblioteca Central UniCesumar

Ficha catalográfica elaborada de acordo com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

JEFFERSON ALEX PONTES PEREIRA

**O FIM DO PASSE E O CONTRATO DE TRABALHO DO ATLETA PROFISSIONAL DE
FUTEBOL: A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em
Ciências Jurídicas da Universidade Cesumar, como
requisito para a obtenção do título de Mestre em
Ciências Jurídicas.

Aprovada em: ____/____/2022.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Cleber Sanfelici Otero
Orientadora - UNICESUMAR

Prof. Dr. Marcelo Negri Soares
Membro interno - UNICESUMAR

Prof. Dr. Sérgio Tibiriça Amaral
Membro convidado – (ITE- Bauru)

Maringá, ____ de ____ de 2022.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por todas as bênçãos, por ter me dado saúde e proteção em um dos momentos mais difíceis que a humanidade já passou e pela oportunidade de realizar o sonho de concluir o mestrado.

Ao Prof. Dr. Carlos Alexandre Moraes (*in memoriam*) pelo período em que foi meu orientador no mestrado. Talentoso escritor, advogado, professor, homem temente a Deus, sempre me incentivou a não parar, quando eu pensava em desistir. Serei grato eternamente ao meu querido amigo, que deixou um legado para todos nós com seus ensinamentos e humildade.

A meu querido orientador e magistrado Prof. Dr. Cleber Sanfelici Otero, pela paciência e pelo carinho de ter aceitado dar continuidade na minha tese, e que com muita maestria me mostrou todos os caminhos para que eu pudesse concluir o mestrado. Gratidão por tudo, sou um privilegiado, pelos ensinamentos que adquiri durante o mestrado, não só como professor, mas como orientador, que com certeza contribuiu com o meu crescimento como pessoa e profissional.

Agradeço minha esposa, Paula Denise de Oliveira Martins Pontes, pela paciência e pelo incentivo, pois sempre quando eu precisei esteve presente, dando apoio e carinho.

Agradeço a minha mãe, Benedita Lúcia Briolli Pontes Pereira, e meu pai, Nelson Pereira da Costa, pela minha educação e por terem priorizado meus estudos, mesmo diante das dificuldades financeiras.

Agradeço ainda a minha irmã, Joice Elaine Pontes Pereira, pela inspiração na busca de suas realizações.

RESUMO

O principal objetivo do presente trabalho é desenvolver o tema referente ao fim do passe e a cláusula penal no contrato de trabalho do atleta profissional de futebol e a perda de uma chance, em especial, demonstrar que, apesar da tutela ao princípio da dignidade da pessoa humana, o passe impedia o atleta ao término do contrato de trabalho desportivo de exercer a sua liberdade de trabalho, o que para muitos era considerado uma forma de escravidão no futebol brasileiro. A problemática surge com o fim do passe, criando o legislador uma nova roupagem a este, com as limitações impostas pela cláusula penal, inserida nos contratos de trabalho desportivo, típico contrato de adesão, com valores exorbitantes admissíveis no quadro de uma relação de trabalho e que violam os direitos da personalidade, isso porque, antes do término do prazo contratual, o atleta não poderá se desvincular do clube, uma vez que os valores estipulados ficam distantes da realidade econômica dos atletas. Dentre os ativos do clube-empresa, destacam-se a contratação de atletas, por meio de oferta e procura, fixando valores exorbitantes na “compra” dos atletas nacionais, tal como ocorria com os escravos no passado. Assim, o futebol trata-se de um verdadeiro produto comercial, enquanto o atleta encontra-se desprezado em sua dignidade humana, já que é tratado como *res* diante da cláusula penal exorbitante, pois somente poderá ser rescindido o contrato antes do término caso seja realizado o pagamento. O presente trabalho, abordará o instituto da responsabilidade civil, com foco no cabimento da perda de uma chance nas relações de trabalho entre atleta profissional de futebol e clube, por um dano causado pelo clube, privando o atleta de determinada oportunidade, de resilir o contrato antes do término, e trabalhar em outro clube com melhores salários, condições de trabalho, decorrente de uma “blindagem” contratual, com a inserção da cláusula penal com valores exorbitantes e prazo longos previstos nos contratos, típicos de adesão. Com a coleta de dados, buscou-se demonstrar a análise legislativa, doutrinária e jurisprudencial tanto de elementos relacionados com o Direito do Trabalho (contrato de trabalho) como com o Direito do Desporto, Civil e Constitucional, visando a estabelecer elos entre eles e, assim, lograr a obtenção de respostas. Nesse sentido, por meio de pesquisa jurídico-teórica, disserta-se sobre o tema proposto, destacando-se implicações legais e doutrinárias, buscando a demonstração de solução viável capaz de conformar a atuação judicial com os postulados que possam garantir a dignidade humana nos contratos de trabalho desportivo. A pesquisa adota o método de abordagem hipotético-dedutivo, já que busca a comprovação ou não das hipóteses inicialmente levantadas, servindo-se também do método dialético, na medida em que objetiva buscar possíveis sínteses para as divergências, por meio de pesquisa documental e bibliográfica, a partir do conteúdo de livros e artigos científicos. Quanto ao procedimento, são adotados o método histórico, já que os dados da pesquisa são analisados sob uma perspectiva histórica, e o comparativo, tendo em vista que o estudo confronta os elementos do instituto do passe com as características da cláusula penal nos contratos dos atletas profissionais de futebol. A partir da pesquisa elaborada foi possível situar os problemas que serão confrontados, antes do fim do passe e depois, com a inclusão da nova roupagem da cláusula penal, procurando demonstrar qual é a solução ideal que poderá ser tomada pelo atleta que efetivamente tem seus direitos de personalidade desrespeitados, ferindo a sua dignidade, quando estando impedido de exercer a sua liberdade de trabalho e transferir para outro clube antes do término do contrato, diante da impossibilidade de pagar o valor exorbitante da cláusula penal instituída de forma unilateral, constituindo flagrante abuso de direito, podendo ensejar indenização pelo dano sofrido, independente de certeza de êxito e prejuízo final, se ficar demonstrado a perda de uma chance, diante da perda concreta de uma oportunidade nova de trabalho, ante a impossibilidade de

desligar do clube. Com referência à problemática, o presente estudo visa a contribuir para demonstrar qual caminho poderá trilhar o atleta que se vê impedido de exercer sua liberdade de trabalho, uma vez que, mesmo após o fim do passe, o legislador trouxe uma nova roupagem. Contudo, a escravidão do atleta profissional de futebol não pode ser tolerada pela Justiça do Trabalho.

Palavras-chave: Cláusula Penal; Dignidade; Passe; Personalidade; Trabalho.

ABSTRACT

The main objective of the present work is to analyze the end of the pass and a penal clause in the employment contract of the professional football athlete, a context that increases the loss of a chance, in particular, demonstrate the protection of the human dignity's principle, since the pass prevent the athlete until the end of the contract of exercise his freedom of work, contracting with another club, which for many authors could be considered a form of modern slavery in the brazilian football. The problem arises with the end of the pass, because the legislator created a new guise, with imposed limitations by a penal clause, inserted in the sports contract, usually a adhesion contract, with exorbitant values and that violate the personality rights, since until the end of the contract the athlete can not leave the club, especially because he can not afford the values, that are distant from his economic reality. One of the assets of the club-company is the hiring of athletes, through the offer and search, thus, the football is a true commercial product and the athlete has his human dignity offended, because is treated as *res* before the penal clause. The present work will exam the institute of the civil responsability, focusing on the possibility of losing a chance in the work relations between the professional football athlete and the club, in the face of the damage caused due to the deprovation of the athlete of the opportunity of break the contract before the term and working in another club, with better salary, work conditions, scenario based on a contractual shielding with the penal clause. With the collection of data, the work soughts to demonstrate the legislative, doctrinal and jurisprudential analysis of the elements related to Labor Law (employment contract) and Sports Law, civil and constitutional, aiming to establish links between them and, thus, achieves answers. Through legal-theoretical research, the proposed theme is discussed, highlighting the legal and doctrinal implications, seeking to demonstrate a viable solution capable of conforming judicial action with the postulates that can guarantee the human dignity in sports contracts. The research adopts the hypothetical-deductive method of approach, since it seeks to prove or not the hypotheses initially raised, also using the dialectical method, because aims to seek possible syntheses for the divergences, through documental and bibliographic research on books and scientific articles. As for the procedure, the historical method is adopted, since the research data are analyzed from a historical perspective, and the comparative, considering that the study confronts the elements of the pass with the characteristics of the penal clause in the athletes' contracts. With the elaborated research it was possible to situate the problems that will be confronted before and after the end of the pass institute, with the inclusion of the new guise of the penal clause, trying to demonstrat what is the ideal solution that can be taken by the athlete who effectively has his right of personality disrespected and his dignity injured, when prevented from exercising his freedom of work and transferring to another club before the end of the contract, given the impossibility of paying the exorbitant amount of the penal clause instituted unilaterally, which constitutes flagrant abuse of right, and may give rise to compensation for the damage suffered, regardless of certainty of success and final loss, if it remains demonstrated the loss of a chance, of a concrete job opportunity, given the impossibility of leaving the club. The study aims to contribute to demonstrate which path can take the athlete who is prevented from exercising his freedom of work, since even after the end of the pass, the legislator brought a new guise. The slavery of the professional soccer athlete can not be tolerate by the brazilian labor courts.

Keywords: Penal Clause; Dignity; Pass; Personality; Work.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITOS DA PERSONALIDADE	15
1.1 ANTECEDENTES	16
1.2 CONCEITO.....	22
1.3 CARACTERÍSTICAS.....	26
1.4 DIGNIDADE E CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	31
1.5 DIREITOS DA PERSONALIDADE COMO FORMA DE GARANTIA DA DIGNIDADE DO ATLETA PROFISSIONAL DE FUTEBOL.....	35
1.6 DIREITOS DA PERSONALIDADE NO AMBIENTE DE TRABALHO DOS ATLETAS PROFISSIONAIS DE FUTEBOL	38
1.6.1 O trabalho	38
1.6.2 O trabalho como um direito fundamental	40
1.6.3 Meio ambiente de trabalho saudável.....	42
1.6.4 Os direitos fundamentais e as relações de trabalho	44
1.7 PRINCÍPIOS GERAIS E DO DIREITO DO TRABALHO APLICÁVEIS NO CONTRATO DE TRABALHO DEPORTIVO	45
1.8 O ATLETA HIPOSSUFICIENTE	50
2 CONTRATO DE TRABALHO DESPORTIVO E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE	54
2.1 CONCEITO.....	54
2.2 EMPREGADOR-CLUBE.....	57
2.3 EMPREGADO-ATLETA	60
2.4 FORMA.....	62
2.5 DURAÇÃO	64
2.6 VÍNCULO	67
2.6.1 Vínculo de emprego e vínculo de trabalho.....	68
2.6.2 Vínculo desportivo.....	69
2.7 EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO DESPORTIVO	72
2.8 O PASSE: HISTÓRIA E EXTINÇÃO	75
2.9 CONCEITO E PECULIARIDADES DO PASSE	90
2.9.1 Titular do passe e os “investidores particulares”	91
2.9.2 Reflexões pós-modernas sobre o fim do passe: escravismo	93
2.10 SUBSTITUIÇÃO NA LEI PELÉ: SAI O PASSE, ENTRA A CLÁUSULA PENAL... ..	98
3 DOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS E A CLÁUSULA INDENIZATÓRIA DESPORTIVA.....	102
3.1 PRINCÍPIOS CONTRATUAIS	102

3.1.1	Princípio da autonomia da vontade e a função social dos contratos	103
3.1.2	Princípio da obrigatoriedade	104
3.1.3	Dirigismo contratual	105
3.1.4	Princípio da boa-fé	106
3.2	CLÁUSULA PENAL	106
3.3	CONTRATO DE ADESÃO	112
3.4	CLÁUSULAS ABUSIVAS	114
3.5	DO CONTROLE JUDICIAL DO VALOR DA CLÁUSULA PENAL: DA POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO	117
3.6	A CLÁUSULA PENAL DESPORTIVA: SUA APLICABILIDADE UNILATERAL COMO RESTRIÇÃO DE LIBERDADE	123
3.7	LIBERDADE DE EXERCÍCIO DE PROFISSÃO DO ATLETA PROFISSIONAL DE FUTEBOL	126
4	DA RESPONSABILIDADE CIVIL E A PERDA DE UMA CHANCE	129
4.1	RESPONSABILIDADE CIVIL	129
4.2	REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	132
4.2.1	Ação, dano, nexo causal e culpa	136
4.3	RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL	143
4.4	ABUSO DE DIREITO	144
4.5	A PERDA DE UMA CHANCE	148
4.5.1	Crítérios de aplicação da perda de uma chance	154
4.6	DIFERENÇA ENTRE PERDA DE UM CHANCE, DANO EMERGENTE E LUCRO CESSANTE	157
4.7	ACEITAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE PELO DIREITO BRASILEIRO	158
4.8	DA REPARAÇÃO PELA PERDA DE UM CHANCE NOS CONTRATOS DESPORTIVOS	162
	CONCLUSÃO	166
	REFERÊNCIAS	170

INTRODUÇÃO

O futebol é reconhecidamente uma paixão nacional, esporte apaixonante e valioso para a cultura, já que o Brasil é o maior vencedor de Copas do Mundo, acumulando cinco títulos no esporte profissional.

Até 1930, o futebol era praticado por atletas amadores e, apesar do progresso com o profissionalismo, os jogadores até os dias atuais não são tratados como verdadeiros profissionais por grande parte dos dirigentes dos clubes. Hoje, o desporto profissional é uma atividade econômica altamente lucrativa e o futebol um verdadeiro comércio para os clubes, cuja maior fonte de receita é oriunda das negociações dos atletas. As expressões “compra”, “venda” e “empréstimo” são termos corriqueiros utilizados por torcedores e pela imprensa para se referir às transações realizadas entre os clubes, como se os atletas profissionais de futebol fossem sujeitos a contratos de compra e venda ou comodato.

O passe, instituto utilizado por esse esporte em todo mundo por praticamente um século, é certamente o que mais gerou discussões na relação laboral, desde a sua criação, extinção e seus aspectos polêmicos, tendo em vista que para muitos era considerado uma forma de escravidão no futebol brasileiro.

Mesmo com o fim do passe do atleta profissional de futebol, trazido pela Lei nº 9.615/1998, permanecem os resquícios deste instituto, comumente utilizado na gíria futebolística para dizer que o atleta era uma propriedade do clube. O passe nada mais era que o grilhão que atrelava o atleta a uma entidade de prática desportiva, tornando-o escravo desse clube, e não um empregado, simplesmente porque, mesmo após o encerramento do período do contrato de trabalho, o atleta continuava aprisionado ao clube, não podendo pedir transferência para outro clube, ou seja, não tinha a liberdade de escolher outro empregador para o qual trabalhar.

Não se pode olvidar, contudo, que as transações envolvendo a transferência de atletas de um clube para outro configuram, claramente, um ato de comércio. Negocia-se o passe do atleta, quando este não interessa mais à entidade, como se negocia um bem de consumo, um veículo, um terreno. Leva o atleta o clube que pagar mais.

Muitos poderiam entender como desproporcional e exagerado comparar o fim do passe, com a chegada da Lei Pelé (Lei nº 9615/98), com o fim da escravidão e a chegada da Lei Áurea; longe de querer ofender a memória de todos que sofreram as amarras da escravatura, o intuito é

demonstrar no futebol mundial e, quiçá, brasileiro, o papel de *res* que os atletas de futebol representam até os dias de hoje, diante da restrição na sua liberdade de trabalho.

O escravo tinha um valor de mercado pelo trabalho que podia exercer na sua produção, assim como o atleta de futebol é “vendido” como se fosse coisa, pelo valor estipulado que seu passe possuía. Nessa perspectiva da relação de trabalho existente entre o atleta e o clube, por meio do contrato de trabalho com prazo determinado e suas peculiaridades, o trabalho analisará se o passe realmente foi extinto do futebol brasileiro e se o atleta profissional de futebol tem sua liberdade de trabalho respeitada pelos clubes.

Do ponto de vista jurídico, é importante analisar se o passe realmente foi banido do futebol brasileiro e se a cláusula indenizatória desportiva, utilizada pelos clubes nos contratos de trabalho desportivo, configura uma nova roupagem do passe.

O passe era o mecanismo mais atrasado do Direito do Trabalho brasileiro. O regime instituído pela Lei Pelé, que estabeleceu o fim do passe, não concedeu ao jogador de futebol as mesmas condições de um trabalhador urbano. A Lei Pelé regulamentou a cláusula penal, que “é uma multa contratual para as hipóteses de descumprimento, rompimento ou rescisão unilateral de todos os contratos de atletas profissionais de todas as modalidades esportivas” (art. 18, Lei nº 9615/98). A cláusula penal tem sido utilizada como mecanismo para prender o jogador profissional ao clube, na era pós-Lei Pelé.

Inicialmente, o trabalho abordará o contexto histórico do surgimento do futebol, o profissionalismo e o passe, até a chegada da Lei nº 9615/1998. Ainda, serão apresentadas as particularidades do contrato de trabalho desportivo e a suas formas de extinção. Procurar-se-á, posteriormente, compreender que efeito tem a cláusula indenizatória desportiva no contrato e realizar uma análise quanto aos princípios do Direito do Trabalho, como forma de proteção ao atleta.

O passe sempre foi um grande suporte financeiro dos clubes brasileiros, reflexo do caso Bosman, que revolucionou o sistema de transferência no futebol europeu a partir de 1995.

Ao longo da dissertação serão apontados alguns problemas que têm surgido com o crescimento do universo desportivo, nomeadamente, a forma abusiva com que as entidades desportivas têm utilizado essa cláusula penal, de forma a fazer com que os seus atletas cumpram estritamente o contrato de trabalho e, caso isso não ocorra, retirar o melhor proveito financeiro com a sua perda, na hipótese de resilir o contrato antes do término.

Nesse contexto laboral, na rotina dos clubes de futebol, visando blindar os contratos de trabalho com o propósito de fazer cumprir todo o prazo contratual, o atleta busca evitar a extinção do contrato de trabalho, antes do término do prazo estipulado, diante da cláusula penal exorbitante inserida, com valores astronômicos.

O trabalho tem por intuito investigar em que medida o fim do passe assegurou o princípio da liberdade, reorganizando as relações de trabalho, e se a cláusula penal acabou substituindo o passe, bem como verificar os impactos do fim do passe no sistema de transferência dos jogadores e se o atleta adquiriu a sua liberdade de trabalho.

Desta forma, o problema de pesquisa encontra-se atrelado às seguintes questões: a vigência da Lei nº 9.615/98, que estabeleceu o fim do passe, representou um avanço no sistema de transferência de jogadores de futebol, assegurando o princípio da liberdade de trabalho? O fim do passe significou realmente liberdade de trabalho? A cláusula penal trata-se de uma nova “roupagem”, um valor elevado, que o atleta não pode pagar, com o fim de evitar o rompimento do contrato, mesmo quando recebe outras propostas? O atleta poderá resilir o contrato na Justiça do Trabalho, tendo em vista a ofensa aos seus direitos de personalidade, podendo responsabilizar o clube pela perda de uma chance, já que está impedido de transferir para outro clube, mesmo diante de proposta de melhor salário?

Com este estudo busca-se encontrar uma solução que melhor se enquadra para combater o abuso cometido pelos clubes diante da restrição da liberdade de trabalho e a ofensa à dignidade humana e aos direitos da personalidade do atleta, já que o passe é inconstitucional, na medida em que priva o atleta do direito de livre locomoção e do direito de livre exercício do trabalho.

Com referência à problemática, o presente estudo visa contribuir para demonstrar qual caminho poderá trilhar o atleta que se vê impedido de exercer sua liberdade de trabalho, uma vez que, mesmo após o fim do passe, o legislador trouxe uma nova roupagem, contudo, a escravidão do atleta profissional de futebol não pode ser tolerada pela Justiça do Trabalho.

Será analisada a temática da responsabilidade civil pela perda de uma chance no âmbito trabalhista, juridicamente falando, por meio do exame de obras, artigos, legislação e jurisprudência. Serão delineados os contornos da violação desse direito, com o objetivo de ressarcimento em favor do atleta profissional de futebol, diante do contrato de trabalho desportivo, celebrado com o clube, e que o mantém impedido de transferir antes do término do

prazo determinado do contrato, diante da impossibilidade de pagamento do valor da cláusula penal estipulada de forma unilateral, com valores exorbitantes pelos clubes.

A pesquisa adota o método de abordagem hipotético-dedutivo, já que busca a comprovação ou não das hipóteses inicialmente levantadas pela pesquisa, servindo-se também do método dialético, na medida em que objetiva buscar possíveis sínteses para as divergências levantadas, por meio de pesquisa documental e bibliográfica, a partir do conteúdo de livros e artigos científicos. Quanto ao procedimento, são adotados o método histórico, já que os dados da pesquisa são analisados sob uma perspectiva histórica, e o comparativo, tendo em vista que o estudo confronta os elementos do instituto do passe com as características da cláusula penal nos contratos dos atletas profissionais de futebol.

A dissertação será apresentada sob a égide do Direito do Trabalho e do Direito Desportivo, no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Cesumar (UNICESUMAR), com base na Linha de Pesquisa 1, qual seja: “Os direitos da personalidade e o seu alcance na contemporaneidade”, no grupo de pesquisa “Proteção integral da pessoa: interações dos direitos humanos, dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade”, sob a orientação do Prof. Dr. Cleber Sanfelici Otero.

Nas conclusões finais, resumem-se os principais resultados da investigação, buscando evidenciar a complexidade e os impactos do fim do passe no futebol brasileiro em uma era de globalização do futebol e se realmente o atleta adquiriu a sua liberdade de trabalho.

1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITOS DA PERSONALIDADE

Primeiramente, é necessário realizar uma investigação acerca do contexto histórico dos direitos da personalidade, especialmente no âmbito do Direito Civil e do Direito do Trabalho, com o fim de apurar se ocorre o respeito à dignidade da pessoa humana, sobretudo diante do fim do passe do atleta profissional de futebol e o contrato de trabalho desportivo, com a inclusão da cláusula penal, para que se possa averiguar se há restrição na liberdade de trabalho do atleta diante do longo período contratual previsto na Lei nº 9.615/1998.

Historicamente, a condição de escravo era o caso mais comum de perda da personalidade. Na realidade, a escravidão acompanhou o desenvolvimento da sociedade com objetivos e formas diferentes e persiste na contemporaneidade, como, por exemplo, com a degradação das condições de trabalho, o trabalho forçado e a jornada de trabalho exaustiva, em desrespeito aos direitos humanos. O Código Penal brasileiro prevê como crime a escravidão ou a situação análoga a esta no artigo 149, por meio da Lei nº 10.803, de 11 de dezembro de 2003 (BRASIL, 2003).

Inicialmente, para investigar o tema proposto é necessário fazer um levantamento histórico e um paralelo entre a condição de escravo e as semelhanças com a situação dos atletas profissionais de futebol diante da vigência do passe, que, para muitos autores, constituía uma forma de escravidão no futebol brasileiro, até o seu término, com a Lei Pelé (Lei nº 9615/1998), já que, com o término do vínculo trabalhista, o vínculo desportivo permanecia, ficando o atleta na condição de *res*.

Ainda, neste capítulo serão analisados alguns comentários acerca das características dos direitos de personalidade: são irrenunciáveis, intransmissíveis e ilimitados, entretanto, no âmbito do direito desportivo é possível o atleta celebrar um contrato autorizando o uso de imagem, situação excepcional. São necessárias algumas considerações sobre a dignidade da pessoa humana, afinal, é daqui que decorrem os direitos da personalidade, já que, com o fim do passe, criou-se a cláusula penal, que impede a liberdade de trabalho, circunstância que afeta diretamente a dignidade do atleta na condição de hipossuficiente na relação laboral.

Por fim, o trabalho realizará uma breve exposição quanto aos princípios gerais do direito e os princípios especiais que denominam núcleo basilar dos princípios especiais do Direito do Trabalho.

1.1 ANTECEDENTES

A personalidade é uma característica do indivíduo e basta nascer com vida para ter personalidade, conforme o Código Civil de 2002. Historicamente, nem toda pessoa era dotada de personalidade, a exemplo dos escravos, tratados como *res* no Direito Romano.

Os direitos da personalidade tiveram uma lenta trajetória de reconhecimento. Elimar Szaniawski (2005, p. 23) identifica a *hybris* grega e a *iniura* romana como os primeiros institutos, ainda que de forma isolada, a proteger o direito de personalidade. Fernanda Borghetti Cantali (2009) explica que a maior contribuição para a construção da teoria dos direitos da personalidade foi dada pela filosofia grega, já que:

Embora já existente mecanismo de tutela da personalidade humana, a *hybris* grega era uma ação de natureza exclusivamente penal. Afora essa tutela na seara penal, a maior contribuição para a construção da teoria dos direitos da personalidade foi dada pela filosofia grega, na medida em que, aceitando a vida social e jurídica como um dado cósmico, abriu-se espaço para um pensamento reflexivo e crítico que autonomizou a natureza humana das demais contribuições realizadas (CANTALI, 2009, p. 28).

Por influência da obra de Aristóteles, passou-se a conceber a igualdade entre as pessoas e a ideia de ter a lei o dever de buscar a regulamentação das relações humanas em sociedade, objetivando sempre o bem comum (SZANIAWSKI, 2005, p. 23).

A doutrina, embora não seja unânime em considerar o pensamento grego, atribui a elaboração da teoria jurídica da personalidade ao Direito Romano, cujo instrumento era a *actio injuriarum*. Na lição de Gustavo Tepedino (1999, p. 24), o Direito Romano “concebeu apenas a *actio injuriarum*, a ação contra a injúria que, no espírito prático dos romanos, abrangia qualquer atentado a pessoa física ou moral do cidadão, hoje associado à tutela de personalidade humana”.

Para o pensamento jusfilosófico grego a pessoa era a origem e a finalidade do Direito, de modo que a *hybris* grega e a *iniuria* romana constituem o embrião do direito geral de personalidade.

A condição de escravo era o caso mais comum de perda da personalidade, pois a escravização era responsável pela grande massa de mão de obra. Elimar Szaniawski explica que:

Para o direito romano, a expressão personalidade restringia-se aos indivíduos que reunissem os três *status*, a saber: *status libertatis*, o *status civitatis* e o *status familiae*. Quem não possuísse liberdade, não possuía nenhum outro status, a exemplo dos escravos que, não possuindo liberdade, não sendo cidadãos e nem podendo constituir família por

meio das justas núpcias, não tinham personalidade, apesar de serem humanos. O direito justiniano nos revela ser o escravo em ser humano que perdeu a liberdade. Deixando de ser livre, passava o indivíduo a ser objeto de propriedade de qualquer cidadão, podendo, conseqüentemente, ser libertado, negociado ou até morto (SZANIAWSKI, 2005, p. 25-26).

Na Idade Média, surgiu a ideia de pessoa e o homem passou a ser a personificação e a imagem do seu Criador. Explica Fernanda Borghetti Cantali que:

Nesse período histórico, por meio do pensamento de Santo Tomás de Aquino, é que o germe da ideia de dignidade humana abrolhou. Foi ele quem pela primeira vez utilizou a expressão *dignitas humana*, afirmando que a noção de dignidade encontra “fundamento na circunstância de que o ser humano foi feito à imagem e semelhança de Deus, mas também radica na capacidade de autodeterminação inerente à natureza humana (CANTALI, 2009, p. 28).

Os primeiros passos efetivos para o desenvolvimento e a noção de pessoa e dos direitos da personalidade, diante da ideia de dignidade humana e de valorização do indivíduo, ocorreram na Idade Média, com o cristianismo, já que a pessoa passou a ser concebida como personificação da imagem de Deus.

Francisco Amaral descreve que:

Na Idade Média, a Magna Carta (1215) já assegurava algumas garantias legais contra a violação de direitos e em favor da assistência e amparo a necessitados, principalmente no que diz respeito à garantia de acesso à justiça, mas é principalmente com o Renascimento e o Humanismo, do século XVI, e o Iluminismo nos séculos XVII e XVIII, que se reconhece o indivíduo como valor central do direito e se desenvolve a teoria dos direitos subjetivos com tutela dos interesses e dos valores fundamentais da pessoa, admitindo-se, como objeto desses direitos, a própria pessoa humana (*ius in se ipsum*) (AMARAL, 2017, p. 360).

A escravidão já existia ao longo da história da humanidade em diferentes contextos. No âmbito desportivo, no período em que o passe teve sua vigência no Brasil, até o ano de 1998, o atleta era tratado como fonte de renda dos clubes, visto como bem patrimonial, com características de escravo, período em que o país passava por um regime militar, que suprimiu alguns direitos fundamentais, a exemplo da legislação mencionada, que restringia o acesso à justiça e a liberdade de trabalho.

A partir do século XVI surgiu o direito geral da personalidade como um *ius in se ipsum* (CANTALI, 2009, p. 38), que dizia respeito ao direito da pessoa sobre seu próprio corpo (SZANIAWSKI, 2005, p. 38), até a chegada da doutrina do Direito Natural, a partir do século

XVII, com destaque ao pensamento de Thomas Hobbes, com a ideia de que os direitos naturais seriam inalienáveis e a concepção de submissão às autoridades.

No contexto dos direitos individuais e inatos, bem como do desenvolvimento da ideia de dignidade humana, revela-se importante o pensamento de Immanuel Kant.

Fernanda Borghetti Cantali (2009, p. 28) afirma que a ideia de dignidade da pessoa humana também é contemplada na obra de Immanuel Kant, “para quem a dignidade tem como fundamento a autonomia ética do ser humano, que engloba a liberdade de que dispõe a pessoa humana de optar de acordo com a razão e de agir conforme o seu entendimento e opção”.

Kant (2007) contribuiu para uma compreensão ética de dignidade, inerente, inata a toda e qualquer pessoa humana. A partir daí, os direitos naturais inatos foram incorporados em diversas Constituições como direitos fundamentais individuais.

Os direitos da personalidade, direitos inatos ou naturais, mais tarde passaram a ser positivados nos textos constitucionais, reconhecidos como direitos fundamentais, com o objeto de especial garantia do indivíduo em face do Estado.

Carlos Alberto Bittar assevera que:

A construção da teoria dos direitos da personalidade humana deve-se, principalmente: a) ao cristianismo, em que se assentou a ideia de dignidade do homem; b) à Escola de Direito Natural, que firmou a noção de direitos naturais ou inatos ao homem correspondente à natureza humana, a ela unidos indissolivelmente e preexistentes ao reconhecimento do Estado; e c) aos filósofos e pensadores do iluminismo, em que se passou a valorizar o indivíduo perante o Estado (BITTAR, 2015, p. 51).

A teoria dos direitos inatos trouxe um sentimento de reivindicação, que, com a Revolução Francesa, contribuiu para a construção do constitucionalismo moderno e do Estado de Direito.

Nos séculos XVII e XVIII, o capitalismo propiciou o surgimento da burguesia como um poder econômico, com destaque na França e na Inglaterra, de forma que passou a existir uma dicotomia entre o Direito Público e o Privado, sendo que o Direito Civil clássico se identifica com o Código de Napoleão, ao passo que a proteção humana reconhecida pelo Estado encontra origens no liberalismo, que se desenvolveu na Inglaterra no final de século XVII.

Fernanda Borghetti Cantali destaca que:

A emergência da burguesia caracterizou-se pela separação dos interesses econômicos-privados dos interesses político-públicos. Estruturação e o funcionamento do Estado cabiam do Direito Público, enquanto a sociedade civil era disciplinada pelo Direito Privado. Havia uma acirrada dicotomia entre as duas esferas (CANTALI, 2009, p. 27).

Essas ideias liberais foram transportadas para a América do Norte e ali adotadas, primeiramente, pela Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, em 1776, e, depois, pelas demais ex-colônias inglesas, nas quais foram igualmente inseridos os princípios de liberdade e a proteção da pessoa humana com a Declaração de Independência das treze colônias, em 1776, e, posteriormente, na Constituição de 1787 (SZANIAWSKI, 2005, p. 39).

Foi nos séculos XVII a XIX que o tema passou a ganhar mais importância, com as Declarações de Direitos. Dessas ideias liberais surgiram textos fundamentais, como o *Bill of Rights* inglês (1689); a Declaração de Independência das Colônias Inglesas na América do Norte, primeiramente a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia (1776); a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789), proclamada com a Revolução Francesa; e a Declaração de Direitos (1793), que considerava direitos naturais os de igualdade, liberdade, segurança e propriedade (SZANIAWSKI, 2005).

A emergência do direito geral de personalidade se verificou no século XX, com o marco da consagração dos direitos de personalidade, com a modificação dos sistemas jurídicos pós-guerra do século XX, no qual a personalidade passou a ser considerada como um valor da própria pessoa, ligada à dignidade.

Os direitos humanos são o resultado de acontecimentos históricos que proporcionaram esse estágio de reconhecimento do ser humano, entre eles, a Declaração dos Direitos Humanos (1948), a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (1959), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), o Tratado de Helsinki (1975) e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000), todos marcos fundamentais e históricos da elaboração teórica dos direitos do ser humano e que foram reconhecidos no plano internacional (SZANIAWSKI, 2005), muitos dos quais também foram inseridos e reconhecidos como direitos fundamentais nas constituições dos Estados, assim como os direitos da personalidade na legislação interna de alguns países.

O direito geral da personalidade se desenvolveu na pandectista alemã do começo do século XX, com Regelsberger e von Gierke, e foi depois retomado, em meados do mesmo século, pela jurisprudência formada a partir da aplicação do Código Civil (BGB) alemão.

Contrariamente ao reconhecimento do instituto dos direitos da personalidade, a Escola Histórica do Direito e o Positivismo Jurídico acabaram por permitir a proteção jurídica de bens jurídicos essenciais para o ser humano apenas no âmbito do Direito Público, com a inserção deles como direitos fundamentais nas Constituições ou de forma esparsa e apenas se positivados em normas de Direito Privado.

Com muita precisão, Elimar Szaniawski pontua que:

[...] de um lado a Escola Histórica do Direito, negando a existência de uma categoria jurídica destinada à proteção da personalidade da pessoa, qualificada como um direito subjetivo e, de outra parte, o positivismo jurídico, que mediante expurgo de tudo o que dizia respeito aos juízos de valor e de noções metafísicas da ciência jurídica e reconhecendo como fonte única do direito aquela dada pelo Estado, contribuíram decisivamente para a estagnação da evolução da tutela da personalidade humana e do declínio do direito geral de personalidade. A nova ordem constituída e a sistematização fechada do direito, conduziu o direito geral de personalidade a passar um estado de dormência, até meados do século XX, havendo neste curto período, a proteção do homem conta os atentados do poder público, através da atuação dos direitos fundamentais, contidos nas declarações internacionais, e positivados nas constituições. Sob o aspecto privado, a tutela se dava a partir de alguns poucos direitos de personalidade fracionados e tipificados em lei (SZANIAWSKI, 2005, p. 44).

Carlos Alberto Bittar assevera que:

Assim é que foi, principalmente no âmbito público, que os direitos da personalidade ganharam sagração legislativa, a começar pela Declaração norte-americana, que refletia a tradição puritana das antigas colônias, de liberdade de consciência frente ao Estado – pois formadas, como se sabe por cidadãos ingleses que fugiram de perseguições religiosas em sua terra – e o acentuado liberalismo do povo inglês, demonstrado, deste tempos antigos, (Magna Carta, 1215, e, mais tarde, Bill of Rights, 1689), através de ações e documentos em que se contém restrições à Coroa e reforço ao Parlamento. O documento seguinte foi a Declaração Francesa, em se defendia o respeito ao indivíduo frente ao absolutismo do Estado, representando a opressão do poder e os privilégios de classes em períodos anteriores [...]. Mas, a evolução da sociedade a partir da revolução Industrial (meados do século XIX) e, mais recentemente, o progresso das comunicações (meados do nosso século) fizeram surgir inúmeros outros direitos para a defesa da personalidade humana, inclusive em nível constitucional (BITTAR, 2015, p. 51-52).

As duas guerras mundiais provocaram um profundo processo de transformação econômica e social dos povos, vindo essa mutação a abalar o sistema jurídico idealizado pelos pandectistas e pelos codificadores do Direito Civil (SZANIAWSKI, 2005, p. 55-56).

Fernanda Borghetti Cantali explica que:

Pode-se dizer assim que a construção da teoria dos direitos da personalidade se confunde com a construção relativa aos direitos fundamentais, mas adquire força a partir da

consagração da dignidade da pessoa humana com valor fundante dos Estados Democráticos, o que coloca o ser humano como centro referencial dos ordenamentos jurídicos (CANTALI, 2009, p. 61).

A noção de direito geral da personalidade ganhou destaque em Portugal, sob o ponto de vista positivo, em especial quando o Código Civil português de 1966 consagrou, em seu artigo 70, n. 1, a tutela genérica da personalidade física e moral do indivíduo, seguindo a previsão da Constituição de 1976, em seu artigo 26, 1, que garantia o livre desenvolvimento da personalidade.

O Código Civil brasileiro disciplina os direitos de personalidade dentro da Parte Geral, no Livro I, Título I, Capítulo II, sendo distribuídos entre os arts. 11 a 21 (CANTALI, 2009). Referido Código consagrou expressamente alguns direitos da personalidade e veiculou no artigo 12 uma cláusula geral protetiva, que abrange a esfera ressarcitória e preventiva contra violações aos direitos da personalidade.

Os direitos da personalidade devem ser entendidos como uma especificação analítica da cláusula geral da tutela da dignidade da pessoa humana, prevista na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que, embora não faça uma menção clara à personalidade jurídica, seus fundamentos levam a uma pura interpretação do tema, como exemplo, os incisos II e III do art. 1º, que assim estabelecem:

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:

[...]

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988).

O que se nota nesse primeiro momento é o princípio básico da dignidade da pessoa humana, que nada mais é do que uma cláusula geral de proteção do instituto da personalidade humana, o que fica ainda mais evidente quando na mesma Constituição são enumerados, no art. 5º, os direitos e as garantias fundamentais individuais da pessoa humana (BRASIL, 1988).

Após uma breve análise do contexto histórico, é possível compreender que os direitos da personalidade tiveram seu reconhecimento e sua proteção em diversos países.

Quanto à exposição histórica dos direitos da personalidade, dispensando um estudo mais aprofundado, somente para a melhor compreensão dos direitos de personalidade, no que tange à

restrição de liberdade de trabalho decorrente da figura do futebol brasileiro, o instituto do passe, que guardadas as proporções, apresenta características e semelhanças com a escravidão presente em toda a história das civilizações, passar-se-á à definição de direitos da personalidade, apresentada pela doutrina e a legislação brasileira.

1.2 CONCEITO

Os direitos da personalidade pressupõem a ideia de direitos inerentes à pessoa humana. Buscar uma definição na doutrina não é tarefa simples, diante das diferentes definições.

Elimar Szaniawski explica que:

a designação dessa categoria de direitos com o nome direitos da personalidade não era, até pouco tempo, unânime na doutrina, nem na jurisprudência. Vamos encontrar diversas denominações, variando a terminologia utilizada pelos autores, originando, desta forma, inúmeras controvérsias sobre a natureza desses direitos. Apesar de ser predominantemente a denominação direitos da personalidade, consagrada por Gierke, Windscheid e Campo Grande denominam-nos de direitos sobre a própria pessoa, Koehles, de direitos individuais; Rotondi, de direitos personalíssimos, Gandi e De Cupis, de direitos essenciais da pessoa ou fundamentais da pessoa (SZANIAWSKI, 2005, p. 71).

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Com essa assertiva, a Declaração Universal dos Direitos Humanos abre o rol de direitos com destaque¹. Assim, quando o homem sofre agressões que afetam a sua incolumidade física ou mental, está sendo afetada a sua dignidade. Para a proteção da pessoa, diante dessas agressões, é necessário um conjunto de direitos que coloque a salvo a dignidade humana. A esses direitos especiais dá-se o nome de “direitos humanos”.

Esses direitos, presentes em ordenamentos internos, são direitos fundamentais (se estiverem na Constituição) ou direitos da personalidade (se previstos na legislação infraconstitucional), embora sejam, na maioria das vezes, os mesmos direitos, quando voltados à proteção do ser humano em seus elementos essenciais e atributos necessários para o seu desenvolvimento.

Destacam-se os ensinamentos de Carlos Alberto Bittar:

¹ O artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem assim estabelece: “Artigo 1º – Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade” (ONU, 1948).

Consideram-se da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, o segredo, o respeito, a honra, a intelectualidade e outros tantos (BITTAR, 2015, p. 29).

Por direitos do homem ou da personalidade deve-se entender aqueles que o ser humano tem em face de sua própria condição, tema de grande valia para a formação humana.

A Segunda Guerra Mundial e o Holocausto trouxeram novos desafios à humanidade, de modo que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 elevou o tema da dignidade da pessoa humana à categoria fundamental. Foi nesse contexto histórico da segunda metade do século XIX, marcado por injustiças e revoltas, que surgiram as primeiras construções em torno dos direitos da personalidade. No Brasil, tal reconhecimento se deu de forma mais tarde, com desdobramentos recentes.

Em resposta, a Constituição Federal de 1988, na linha dos tratados e convenções internacionais que se sucederam após as duas guerras mundiais ocorridas no século passado, colocou o homem e sua dignidade no centro de sua normatividade.

Anderson Schreiber explica que:

A ampla variedade de termos não deve gerar confusões. Todas essas diferentes designações destinam-se a contemplar atributos da personalidade humana merecedores de proteção jurídica. O que muda é tão somente o plano em que a personalidade humana se manifesta. Assim, a expressão direitos humanos é mais utilizada no plano internacional, independentemente, portanto, do modo como cada Estado nacional regula a matéria. Direitos fundamentais, por sua vez, é o termo normalmente empregado para designar “direitos positivados numa constituição de um determinado Estado”.²⁸ É, por isso mesmo, a terminologia que tem sido preferida para tratar da proteção da pessoa humana no campo do direito público, em face da atuação do poder estatal. Já a expressão direitos da personalidade é empregada na alusão aos atributos humanos que exigem especial proteção no campo das relações privadas, ou seja, na interação entre particulares, sem embargo de encontrarem também fundamento constitucional e proteção nos planos nacional e internacional (SCHREIBER, 2014, p. 13).

Os direitos de personalidade decorrem da proibição de “coisificação” do ser humano. A ideia de personalidade está intimamente ligada à de pessoa, pois exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair deveres, porém, nem sempre isso aconteceu.

Nessa linha de entendimento, do que vem a ser direitos da personalidade, como bem aponta Schreiber:

Mais importante que a conceituação é a compreensão do propósito da sua incorporação ao ordenamento jurídico: proteger a condição humana, em seus mais genuínos aspectos e manifestações, tomando a pessoa “sempre como um fim e nunca como um meio”. Nesse sentido é que se revela “contrário à dignidade humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto”. Foi o que se viu, por exemplo, no caso do lançamento de anão. No entender do Conselho de Estado francês, aquela estranha prática reduzia o sujeito Manuel Wackenheim a objeto do lazer alheio, afrontando, desse modo, a sua dignidade humana (SCHREIBER, 2014, p. 8).

Destaca-se na história da humanidade, ainda presente atualmente, a escravidão ou a redução da pessoa à condição análoga a de escravo², que implica coisificar o ser humano, o que é inadmissível e contrário à ideia de dignidade humana.

Rubens Limongi França (1977, p.144) conceituou os direitos da personalidade como as “faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim as suas emanações e prolongamentos. Consideram-se aspectos da personalidade o físico, intelectual, moral e psíquico”.

Flávio Tartuce pontua que:

observa-se que os direitos da personalidade têm por objeto os modos de ser, físicos ou morais do indivíduo e o que se busca proteger com eles são, exatamente, os atributos específicos da personalidade, sendo personalidade a qualidade do ente considerado pessoa. Na sua especificação, a proteção envolve os aspectos psíquicos do indivíduo, além de sua integridade física, moral e intelectual, desde a sua concepção até sua morte (TARTUCE, 2018, p. 173).

Na lição de Pablo Stolze Gagliano:

Conceituam-se os *direitos da personalidade* como *aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais*. A ideia a nortear a disciplina dos direitos da personalidade é a de uma esfera extrapatrimonial do indivíduo, em que o sujeito tem reconhecidamente tutelada pela ordem jurídica uma série indeterminada de valores não redutíveis pecuniariamente, como a vida, a integridade física, a intimidade, a honra, entre outros (GAGLIANO, 2020, p. 69).

Oportuna a lição de Elimar Szaniawski:

A personalidade se resume no conjunto de caracteres do próprio indivíduo; consiste na parte intrínseca da pessoa humana. Trata-se de um bem, no sentido jurídico, sendo o primeiro bem pertencente à pessoa, sua primeira utilidade. Através da personalidade, a pessoa poderá adquirir e defender demais bens. Tradicionalmente, os bens do homem vêm sendo protegidos tanto pelos efeitos reflexos do direito objetivo como pelo direito subjetivo, sendo suas naturezas diversas. Os bens que aqui nos interessam, são aqueles

² O artigo 149 do Código Penal brasileiro (Decreto Lei 2.848 de 07 de dezembro de 1940) tipifica como crime “reduzir alguém a condição análoga à de escravo” (BRASIL, 1940).

inerentes à pessoa humana, a saber: a vida, a liberdade e a honra, entre outros. A proteção que se dá a esses bens primeiros do indivíduo denomina-se direitos da personalidade (SZANIAWSKI, 2005, p. 70).

Adriano de Cupis ensina que:

Todos os direitos, na medida em que destinados a dar conteúdo à personalidade, poderiam chamar-se “direitos da personalidade”. No entanto, na linguagem jurídica, esta designação é reservada aos direitos subjetivos, cuja função, relativamente à personalidade, é especial, constituindo o minimum necessário e imprescindível ao seu conteúdo. Por outras palavras, existem certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade, completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo – o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal. São esses os chamados “direitos essenciais” com os quais se identificam precisamente os direitos da personalidade. Que a denominação de direitos da personalidade seja reservada aos direitos essenciais justifica-se plenamente pela razão de que eles constituem a medula da personalidade (CUPIS, 2008, p. 23-24).

Há ligação entre a qualidade de ser pessoa e direitos de personalidade e, portanto, não existe dignidade sem direitos da personalidade. Elimar Szaniawski (2005, p. 111) explica que “os direitos fundamentais servem de fio condutor para a formulação e explicação da noção de direito geral de personalidade”. Por isso, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana é aquele que “[...] representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar” (BARROSO, 2009, p. 252).

Oportuna a lição de Nehemias Domingos de Melo:

Outro aspecto que releva comentar é que, colidência entre outra norma Constitucional e o princípio da dignidade humana, este deverá prevalecer, tendo em vista seu significado dentro do sistema de direitos e garantias individuais e sociais elencados na Carta Constitucional. Repise-se que o princípio em referência constitui a “base antropológica” do Estado Democrático de Direito. Assim, o Estado só poderá agir considerando a pessoa e sua dignidade, de outro lado, centraliza e unifica todos os demais direitos e garantias arrolados no texto constitucional, já que não pode falar em liberdade, igualdade ou qualquer outra garantia sem esteja diretamente relacionada à dignidade da pessoa humana (MELO, 2015, p. 128).

O Direito Civil é insuficiente para a construção da doutrina sob o direito geral da personalidade, sendo imprescindível a ligação de direitos da personalidade aos direitos fundamentais, cuja vinculação essencial está no princípio da dignidade da pessoa humana (CANTALI, 2009, p. 130).

O Código Civil de 2002 introduziu um capítulo dedicado aos direitos da personalidade, pela primeira vez, o que denota a nova feição que assume o Direito Privado nesta pós-modernidade. O Código Civil trata desses direitos no Capítulo II (arts. 11 a 21). Os princípios dos direitos da personalidade estão expressos de forma genérica em dois níveis. Na Constituição Federal, que aponta a sua base, com complementação no Código Civil brasileiro, que os enuncia de forma mais específica.

E isso já é suficiente para que os demais princípios constitucionais estejam em conformidade com esse princípio, que garante aos cidadãos condições mínimas de vida com dignidade, não se limitando à atuação do Estado.

Diante do fato de a Constituição e o Código Civil terem expressamente positivado alguns direitos de personalidade, sem excluir outros decorrentes dos princípios, do regime e dos tratados internacionais firmados pelo Brasil (CF, art. 5º, § 2º), a discussão sobre a sua natureza jurídica dos direitos da personalidade perde importância prática, porquanto adverte Gustavo Tepedino (2003, p. 11): “a rigor, a lógica fundante dos direitos da personalidade é a tutela da dignidade da pessoa humana”.

É necessária a análise acerca dos direitos da personalidade, uma vez que estão intimamente ligados à dignidade do trabalhador. Nesse caso, o atleta no meio ambiente de trabalho do clube de futebol, mesmo com o fim do passe, devido à criação da cláusula penal nos contratos de trabalho desportivo, acaba por sofrer uma restrição à liberdade de trabalho, tudo isso tendo como consequência a violação de direitos da personalidade. Feitas essas considerações acerca da definição dos direitos da personalidade, passar-se-á à análise de suas características.

1.3 CARACTERÍSTICAS

Quanto aos direitos da personalidade cumpre, nesse ponto, tecer alguns comentários acerca de suas características. Inovando substancialmente em relação ao pretérito sistema de Direito Privado, o Código Civil brasileiro de 2002 dedicou especificamente os arts. 11 a 21 aos direitos da personalidade, nos seguintes termos:

Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.

Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome.

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma (BRASIL, 2002).

Em suas características gerais e principiológicas, são direitos inatos (originários), absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis *erga omnes*, como tem assentado a melhor doutrina e como leciona, aliás, o art. 11 do novo Código (BITTAR, 2015, p. 43).

Orlando Gomes explica que:

Os direitos de personalidade são absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, [irrenunciáveis] imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios e necessários, [não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária]. Por sua própria natureza, opõem-se *erga omnes*, implicando o dever geral de abstenção. Os bens jurídicos nos quais incidem não são suscetíveis de avaliação pecuniária, embora possam alguns constituir objeto de negócio jurídico patrimonial e a ofensa ilícita a qualquer deles se tenha como pressuposto de fato do nascimento da obrigação de indenizar, ainda quando se trate de puro dano moral. Dizem-se inalienáveis no sentido de que o titular não pode transmiti-los a outrem, privando-se de seu gozo, por isso que nascem e se extinguem *ope legis* com a pessoa. Não se transmite sequer *mortis causa*, embora gozem de proteção depois da morte do titular, sendo legitimados a requerê-la o cônjuge sobrevivente ou qualquer

parente próximo, e não os herdeiros chamados à sucessão. Do seu teor extrapatrimonial decorre a impossibilidade de cumprimento e execução coativa. Impenhoráveis e imprescritíveis, não se extinguem, quer pelo não uso, quer pela inércia na sua defesa. A vitaliciedade e a necessidade são caracteres que denotam seus traços distintivos. São necessários no sentido de que não podem faltar, o que não ocorre com qualquer dos outros direitos. Em consequência, jamais se perdem, enquanto viver o titular, sobrevivendo-lhe, em algumas espécies, a proteção legal (GOMES, 2019, p. 109).

O Código Civil inicia o capítulo dos direitos da personalidade no art. 11, que aponta suas características fundamentais: são irrenunciáveis, intransmissíveis e ilimitados. Os direitos da personalidade não podem ser objeto de transação, nem são transmissíveis a qualquer título aos sucessores do seu detentor, que também a eles não pode renunciar nem estabelecer limites voluntários. Na mesma medida, são direitos vitalícios e necessários. Vitalícios porque acompanham o ser humano por toda a sua existência, inclusive, transcendendo a ideia de vida, já que a proteção começa antes do nascimento e continua após morte (CANTALI, 2009, p. 132).

Por serem direitos ínsitos à pessoa, em suas projeções física, mental e moral, os direitos da personalidade são dotados de certas características particulares, que lhes conferem posição singular no cenário dos direitos privados. O direito da personalidade oponível *erga omnes*, vale dizer, deve ser respeitado por todos e pelo Estado, que tem que garantir a proteção dos direitos da personalidade.

A extrapatrimonialidade também é uma característica dos direitos da personalidade e significa dizer que eles são insuscetíveis de valoração econômica, ou seja, não possuem conteúdo econômico auferível, muito embora a violação desses direitos possa gerar indenização por dano moral. A generalidade é outra característica e se refere à titularidade do direito. Isso porque, a todo e qualquer ser humano, apenas por ter reconhecida a qualidade de pessoa, são atribuídos os direitos de personalidade (CANTALI, 2009, p. 131), ou seja, basta o fato de estar vivo, basta “ser”. Todas essas características alcançam sua finalidade, que é a dignidade da pessoa humana.

Outra característica é que os direitos de personalidade são intransmissíveis, entretanto, no âmbito do direito desportivo, é possível o atleta celebrar um contrato autorizando o uso de imagem, situação excepcional.

Neste sentido, oportuna a lição de Eduardo Augusto Viana da Silva, já que o atleta profissional de futebol, muitas vezes, é considerado um artista pela sociedade:

Não foge ao sentido a analogia formulada entre jogador de futebol e o artista, embora, em nossa opinião, não possa ser o atleta comparado em igualdade de condições

profissionais ao artista, pois a sua atividade está mais voltada para a competição, para a prova, do que para o espetáculo, na essência do seu significado. Apesar disso, no imaginário social, a posição de ambos não se distancia tanto (SILVA, 2006, p. 515).

O direito do uso de imagem do atleta não se confunde com o direito de arena.

Zainaghi (2020, p. 120) explica que “arena é a palavra latina que significa areia. O termo é usado no meio esportivo, tendo em vista que, na Antiguidade, no local onde os gladiadores se enfrentavam, entre si ou com animais ferozes, o piso era coberto de areia”, pois facilitava “a limpeza do sangue que ficava no solo após as contendias”.

No âmbito do Direito Desportivo, a Lei nº 8.672/1993, em seu art. 24, *caput* e §§1º e 2º³, tutelou pela primeira vez o direito de arena, tratando-se de lei específica. Posteriormente, a Lei de Direitos Autorais deixou de tutelar o instituto do direito de arena, que atualmente está previsto no artigo 42, *caput*, e §§1º e 2º da Lei nº 9.615/1998⁴ (BRASIL, 1993; BRASIL, 1998).

O direito de arena trata-se de 5% (cinco por cento) da receita proveniente da exploração de direitos desportivos audiovisuais, valor que é repassado aos sindicatos de atletas profissionais, e estes o distribuem, em partes iguais, aos atletas profissionais participantes do espetáculo, como parcela de natureza civil.

O direito de arena é devido em espetáculos com entradas pagas ou gratuitas, pois a Constituição não estabelece exceções (MARTINS, 2016, p. 96).

³ “Art. 24. Às entidades de prática desportiva pertence o direito de autorizar a fixação, transmissão ou retransmissão de imagem de espetáculo desportivo de que participem.

§ 1º Salvo convenção em contrário, vinte por cento do preço da autorização serão distribuídos, em partes iguais, aos atletas participantes do espetáculo.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica a flagrantes do espetáculo desportivo para fins exclusivamente jornalísticos ou educativos, cuja duração, no conjunto, não exceda de três minutos” (BRASIL, 1993).

⁴ “Art. 42. Pertence às entidades de prática desportiva o direito de arena, consistente na prerrogativa exclusiva de negociar, autorizar ou proibir a captação, a fixação, a emissão, a transmissão, a retransmissão ou a reprodução de imagens, por qualquer meio ou processo, de espetáculo desportivo de que participem. (Redação dada pela Lei nº 12.395, de 2011).

§ 1º Salvo convenção coletiva de trabalho em contrário, 5% (cinco por cento) da receita proveniente da exploração de direitos desportivos audiovisuais serão repassados aos sindicatos de atletas profissionais, e estes distribuirão, em partes iguais, aos atletas profissionais participantes do espetáculo, como parcela de natureza civil (Redação dada pela Lei nº 12.395, de 2011).

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica à exibição de flagrantes de espetáculo ou evento desportivo para fins exclusivamente jornalísticos, desportivos ou educativos ou para a captação de apostas legalmente autorizadas, respeitadas as seguintes condições (Redação dada pela Lei nº 13.155, de 2015)” (BRASIL, 1998).

A natureza jurídica do direito de arena no campo do Direito do Trabalho é a de remuneração (ZAINAGHI, 2020, p. 120). Portanto, é valor integrante da remuneração, que se equipara à gorjeta⁵.

Com observa Sérgio Pinto Martins:

O direito de arena é um direito peculiar do atleta. Diz respeito ao atleta. Não se pode fazer direito de arena com pessoa jurídica que é criada pelo atleta. Pessoa jurídica não joga futebol, mas a pessoa física que é o jogador. É decorrente do contrato de trabalho o direito de arena, pelo fato de o atleta jogar futebol, que é a sua prestação de serviços para o clube. Tem natureza trabalhista. O pagamento do direito de arena é decorrente do fato de que o atleta é obrigado a participar do jogo televisionado por força do contrato de trabalho mantido com o clube. Sua imagem está sendo mostrada para várias pessoas (MARTINS, 2016, p. 96).

Já com relação ao uso do direito de imagem, é celebrado em um contrato entre o clube e o atleta profissional ou pessoa jurídica por este constituída, ou seja, que trabalhará com a imagem do atleta.

Alice Monteiro de Barros (2002, p. 85) obtempera dizendo que o direito de arena é reconhecido pela doutrina como um “direito conexo”, “vizinho” dos direitos autorais e também ligado ao direito à imagem do atleta”.

É direito decorrente da proteção constitucional conferida também ao atleta profissional de futebol, conforme artigo 5º, inciso XXVIII, alínea “a”⁶ (BRASIL, 1988). Logo, trata-se de um direito da personalidade. Dignos de destaque os ensinamentos precisos de Zulmar Antonio Fachin quanto à proteção da obra coletiva:

[...] protege, ainda, a Carta Magna a imagem da pessoa que participa da obra coletiva. É o chamado direito de arena. Estabelece no art. 5º, inciso XXVIII, alínea “a”, que são assegurados, nos termos da lei, a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas (FACHIN, 1999, p. 83).

Dessa forma, não se podem confundir os conceitos de direito de imagem e direito de arena, já que o primeiro está inserido no artigo 42, *caput*, da Lei Pelé (nº 9.615/1998) e inc.

⁵ Fábio Menezes de Sá Filho (2010, p. 117) explica que: “sendo assim, o direito de arena encaixa-se, equiparadamente, nas características vistas, uma vez que também é fruto de parceria recebida a título de retribuição, cujo pagamento é realizado por terceiros, a exemplo da Rede Globo de Televisão (Rede Globo), alheia a relação jurídica de emprego entre o empregador (clube) e o empregado (atleta)”.

⁶ “XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

XXVIII, alínea “a” da Constituição Federal, enquanto o segundo está previsto no art. 5º, incs. V e X, da Constituição e art. 87-A da Lei nº 9.615/1998 (BRASIL, 1988; BRASIL, 1998).

O valor do direito de arena é muito mais fácil de ser apurado do que o das gorjetas, pois estas, às vezes, são dadas diretamente pelo cliente ao empregado e não passam pelo caixa do empregador. O direito de arena pode ser verificado pelo valor do contrato entre o clube e a emissora de televisão que transmitirá o jogo (MARTINS, 2016, p. 99).

Acertou, dessa forma, o legislador brasileiro, ao atribuir às entidades de prática desportiva a tutela da imagem de seus atletas, pois, em última análise, é a imagem da própria entidade que está sendo tutelada (OLIVEIRA, 2009, p. 70). A expressão “salvo convenção em contrário”, determinada no §1º do artigo 42 da Lei nº 9.615/1998, indica que pode ser estabelecido um percentual superior diante de acordo entre os interessados (BRASIL, 1998).

Sergio Pinto Martins (2016, p. 98) explica que a lei faz referência ao pagamento em relação aos atletas que participam do evento, pois os que não participam não fazem jus ao pagamento. Quem é relacionado para a partida, mas dela não participa, não faz jus ao pagamento do direito de arena, pois não há exposição do atleta ao jogo. Todos os que participam do jogo recebem o mesmo valor, independentemente do tempo que jogam dentro dos 90 minutos.

Sá Filho (2010, p. 126), ao se referir ao direito de arena, afirma que “trata-se de uma forma de permitir ao atleta profissional, como trabalhador, o direito de se exigir uma redistribuição pela exposição da sua voz e imagem”, pois algumas empresas de televisão “as utilizam para fins comerciais, como, por exemplo, os pacotes de jogos dos diversos campeonatos nacionais de futebol negociados com os assinantes de TV a cabo”.

Ainda que ocorra a participação de atleta não profissional na partida, este não fará jus ao direito de arena, já que o clube não tem contrato de trabalho desportivo com esse atleta.

1.4 DIGNIDADE E CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O princípio da dignidade da pessoa humana tem por característica ser a grande base dos direitos fundamentais. A CF/1988, no seu art. 1º, incs. III e IV, consagra a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho como fundamentos da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988).

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;” (BRASIL, 1988).

A dignidade da pessoa humana, consoante lição de Ricardo Maurício Freire Soares, é o princípio ético-jurídico que importa o reconhecimento e a tutela de um espaço de integridade físico-moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua existência ontológica no mundo, que impede toda e qualquer forma de degradação, aviltamento ou coisificação da condição humana (SOARES, 2010, p. 128).

Digressão interessante apresenta Fachin:

Nesse âmbito, a Constituição Federal de 1988 erigiu como fundamento da República a dignidade da pessoa humana. Tal opção colocou a pessoa como centro das preocupações do ordenamento jurídico, de modo que todo o sistema, que tem na Constituição sua orientação e seu fundamento, se direciona para a sua proteção. As normas constitucionais (compostas de princípios e regras), centradas nessa perspectiva, conferem unidade sistemática a todo o ordenamento jurídico. Operou-se, pois, em relação ao Direito dogmático tradicional uma inversão do alvo de preocupações, fazendo com que o Direito tenha como fim último a proteção da pessoa humana como instrumento para seu pleno desenvolvimento. Faz-se imprescindível blindar esse texto constitucional (FACHIN, 2008, p. 6).

A dignidade do ser humano é um valor axiológico superior a todos os demais valores, no âmbito espiritual e moral; é um princípio nato a todo ser na sua autodeterminação, formatando sua existência e o meio em que está inserido (SARLET, 2007, p. 368).

Ao longo da história, a dignidade era reconhecida entre os povos, em sua minoria, somente aos que tinham posição social. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2009) remete-se aos tempos bíblicos, já que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus:

[...] a ideia do valor intrínseco da pessoa humana deita raízes já no pensamento clássico e no ideário cristão [...] tanto no Antigo quanto no Novo Testamento podemos encontrar referências no sentido de que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus [...] de que o ser humano – e não apenas os cristãos – é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento (SARLET, 2009, p. 32).

Na Antiguidade clássica, a dignidade (*dignitas*) era verificada com a posição social do indivíduo, que determinava o quão digna era a pessoa humana. Por outro lado, no pensamento estoico, os homens eram iguais em dignidade.

Ainda, segundo informa Ingo Wolfgang Sarlet:

em relação a Roma – notadamente a partir das formulações de Cícero, que desenvolveu uma compreensão de dignidade desvinculada do cargo ou posição social – é possível

reconhecer a coexistência de um sentido moral (seja no que diz às virtudes pessoais de mérito, integridade, lealdade, entre outras, seja, na acepção estoíca referida) e sociopolítico de dignidade (aqui no sentido da posição social e política ocupada pelo indivíduo) (SARLET, 2009, p. 33).

O mencionado autor informa ainda que o espanhol Francisco de Vitoria trouxe contribuição importante para a afirmação da ideia de dignidade da pessoa humana:

Para a afirmação da ideia de dignidade da pessoa humana, foi especialmente preciosa a contribuição do espanhol Francisco de Vitoria, quando no século XVI, no limiar da expansão colonial espanhola, sustentou, relativamente ao processo de aniquilação, exploração e escravização dos habitantes dos índios e baseados no pensamento estoico e cristão, que os indígenas, em função do direito natural e de sua natureza humana – e pelo fato de não serem cristãos, católicos ou protestantes – eram em princípio livres e iguais (SARLET, 2009, p. 34).

Antes da Segunda Guerra Mundial, a Constituição de Weimar (1919), a Constituição portuguesa de 1933, a Constituição da Irlanda (1937) e a Constituição brasileira de 1934 já haviam feito expressa referência à dignidade da pessoa, muito embora tardou a ser reconhecida no Brasil. Logo após a guerra, o conceito foi incorporado a importantes documentos internacionais, como a Carta das Nações Unidas (1945) e a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), bem como a numerosos tratados e pactos. Contudo, somente em meados do século XX, com as Constituições do pós-guerra, o princípio chegou ao direito constitucional.

Leda Maria Messias da Silva (2020, p. 27-28) destaca que a humanidade foi marcada por atrocidades nazistas e crimes durante a Primeira Guerra Mundial (1914-1918) e a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), além do lançamento da bomba atômica em Hiroshima e Nagasaki (respectivamente, em 6 e 9 de agosto de 1945); depois de vivenciados tais horrores, formulou-se um documento para que essas tragédias nunca mais voltassem a acontecer. Derivou-se, destarte, a defesa da dignidade da pessoa humana.

Na condição de princípio geral e fundamental, a dignidade da pessoa humana no Brasil passou a ser reconhecida como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1.º, III, da CF/1988), valor fundante e inspirador da atuação de todos os poderes do Estado e do agir de cada pessoa. Tal valor está presente, de modo expresso ou implícito, em todas as partes da Constituição (FACHIN, 2019, p. 208). O princípio da dignidade da pessoa humana é considerado o princípio dos princípios, o maior entre eles, e todos os demais devem ser interpretados a partir dele (MORAES, 2019, p. 17).

Oportunas são as palavras de Luiz Edson Fachin:

a dignidade da pessoa é o princípio estruturante constitutivo e indicativo das ideias diretivas básicas de toda a ordem. Tal princípio ganha concretização por meio de outros princípios e regras constitucionais formando um sistema interno harmônico, e afasta, de pronto, a ideia de predomínio do individualismo atomista do Direito. Aplica-se como leme a todo ordenamento jurídico nacional compondo-lhe o sentido e fulminando de inconstitucionalidade todo preceito que com ele conflitar. É de um princípio emancipatório que se trata (FACHIN, 2001, p. 191).

A dignidade, a vida, a liberdade e os direitos fundamentais estão previstos e devem ser assegurados para a proteção e a existência do ser humano; as leis infraconstitucionais não podem servir de objeto arbitrário e de injustiças e atender, apenas, a uma pequena parte de empresários em detrimento da degradação das condições de trabalho de milhões de trabalhadores (SARLET, 2007, p. 381).

Para Nelson Nery Junior (2006, p. 118), a dignidade da pessoa humana é “o fundamento axiológico do Direito, é a razão de ser da proteção fundamental do valor da pessoa e, por conseguinte, da humanidade do ser e da responsabilidade que cada homem tem pelo outro”.

Rafael da Silva Marques faz importante observação quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana:

E essa situação não é diferente no ambiente de trabalho. O empregado não se despe de seus direitos fundamentais e de sua dignidade quanto entra na fábrica. Antes pelo contrário, o trabalho subordinado, que retira dele a “mais valia”, que o aliena, é regulado para que o trabalhador não seja apenas um meio dentro da linha de produção. No momento em que trabalha o empregado aliena sua existência ao empregador. Sua vontade passa a ser a vontade do empregador. Se o trabalhador está sujeito às ordens por vinculação de contrato, cabe à norma legal limitar esta subordinação e esta alienação da existência a fim de que, mesmo neste pacto tipicamente privado, possa ser observada a dignidade de quem presta serviços a um tomador de trabalho (MARQUES, 2016, p. 63).

E arremata:

Estão, portanto, ligados à dignidade da pessoa humana o direito ao trabalho e o direito do trabalho. Ao trabalho como forma de suprir suas demandas e continuar sua história e do trabalho em razão de haver um limitador à exploração da “mais valia” e alienação, equilíbrio este que foi objeto da Constituição Federal e que tem como centro o conceito de reconhecimento no outro do próprio eu, de forma que este reconhecimento se insira coletivamente, em especial como norma de emancipação e descentração do “eu” individual (MARQUES, 2016, p. 64).

A situação mencionada não é diferente no ambiente dos clubes, tendo em vista que o atleta, ao exercer o trabalho subordinado, não pode ser tratado como um meio dentro do clube, já que enquanto trabalha, seja nos treinos ou nos jogos, o atleta aliena sua existência ao empregador, e, nesse pacto, tipicamente privado, deve ser observada a dignidade de quem presta serviços, respeitando-se a personalidade, isto é, o atleta não pode ser tratado como “coisa”.

Quanto ao passe do atleta profissional de futebol, tal instituto, além de desproporcional, também não era razoável, isso porque, impedia um trabalhador de exercer sua profissão, já que não recebia qualquer remuneração no período em que permanecia parado, além de que não poderia transferir para outro clube. Como será demonstrado nesse trabalho, mesmo com o fim do passe, com a chegada da Lei Pelé, o legislador se preocupou com o clube, já que não compensaria fazer investimento na formação com as categorias de base dos atletas. Assim, criou-se a cláusula penal, uma nova roupagem do passe, com contratos profissionais longos e valores altíssimos, estipulados pelos clubes de forma unilateral, o que impede a liberdade de trabalho do atleta, afetando diretamente a sua dignidade.

1.5 DIREITOS DA PERSONALIDADE COMO FORMA DE GARANTIA DA DIGNIDADE DO ATLETA PROFISSIONAL DE FUTEBOL

É preciso fazer algumas considerações sobre a dignidade da pessoa humana, afinal, é daqui que decorrem os direitos da personalidade. Sendo assim, pode-se dizer que a dignidade da pessoa humana está intrinsecamente ligada ao bem-estar social e, conseqüentemente, ao bem-estar no meio ambiente de trabalho (SILVA, 2020, p. 94).

Nas palavras do saudoso professor Carlos Alexandre Moraes (2019, p. 17), a verdade é que a humanidade se desviou da sua própria finalidade. O homem foi criado para ter vida e vida em abundância, contudo, se tornou capaz de condutas brutais contra o seu semelhante, tais como a tortura, a escravidão e o Holocausto. E foi por situações como essas, de desrespeito, injustiça e brutalidade, que as nações se preocuparam em garantir a tutela da pessoa humana, em especial o direito à vida e a dignidade.

Na mesma toada, a doutrinadora Leda Maria Messias da Silva (2020, p. 94-95) afirma que falar de dignidade da pessoa humana é falar de valores que permeiam a sociedade e de algum tipo de moral que seja comum a todos os seres humanos. É tentar estabelecer direitos e princípios

básicos para a boa convivência e a harmonia entre as pessoas, principalmente quando estabelecidas as condições de trabalho. Alexandre de Moraes pontua que:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparece como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (MORAES, 2021, p. 47).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu de forma expressa a proteção da dignidade da pessoa humana, elevando-a a princípio fundamental, uma vez que proclama no seu art. 1º, III, que: “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: [...] III – a dignidade da pessoa humana” (BRASIL, 1988).

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, em 1945, ganhou força a ideia de que todas as pessoas possuíam uma qualidade inerente e essencial que as tornava detentoras de um conjunto de direitos básicos e indispensáveis, bem como de dignidade humana.

Para Immanuel Kant, a pessoa jamais poderia ser utilizada como meio para a concretização de outros fins (KANT, 2007, p. 69). O filósofo destaca que:

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade [...]. Esta apreciação dá, pois, a conhecer como dignidade o valor de uma forma de disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir a sua santidade (KANT, 2007, p. 69).

No âmbito do direito desportivo, com o fim do passe, o clube de futebol não pode mais restringir a liberdade de trabalho, devendo respeitar a dignidade do atleta.

Percebe-se, então, que o termo dignidade aponta para, pelo menos, dois aspectos análogos, mas distintos: aquele que é inerente à pessoa, pelo simples fato de ser, nascer pessoa humana; e outro dirigido à vida das pessoas, à possibilidade e ao direito que têm as pessoas de viver uma vida digna (NUNES, 2018, p. 73).

A Constituição de 1988, por sua vez, valoriza o direito ao trabalho e a noção de trabalho digno, assegurando ao obreiro direitos fundamentais trabalhistas.

No século XX, surgiu a verdadeira consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, em decorrência da Segunda Guerra Mundial. Segundo Flavia Piovesan:

A necessidade de uma ação internacional mais eficaz para a proteção dos direitos humanos impulsionou o processo de internacionalização desses direitos, culminando na criação da sistemática normativa de proteção internacional, que faz possível a responsabilização do Estado no domínio internacional quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na tarefa de proteger os direitos humanos (PIOVESAN, 2018, p. 212).

A dignidade deve ter sua proteção no aspecto global, inclusive no que tange ao passe, isso porque os atletas, mesmo com o fim do contrato, não tinham a liberdade de trabalhar em outro clube, pois eram tratados como “coisas”. De acordo com o disposto no art. 5º, inc. XIII da Constituição Federal “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer” (BRASIL, 1988).

Talvez o grande erro da criação do instituto do passe tenha sido focar única e exclusivamente na garantia dos direitos do clube, sem analisar o outro sujeito envolvido, o atleta profissional de futebol (SPINELLI, 2011, p. 33). No meio futebolístico, a dignidade também deve ser tratada em nível internacional entre todos os países que estão vinculados às regras da FIFA. Oportunas são as palavras de Rodrigo Spinelli:

A dignidade deve ser encarada como um conceito global, não abstrato, apenas para servir de formação dos outros. Deve-se proporcionar dignidade a todos os envolvidos em todas as atividades. No caso específico do passe, não basta tratar com respeito os consumidores do esporte sem proporcionar aos atletas uma condição digna. Ou seja, obrigá-los, mesmo após o término de um contrato, a ficarem atrelados a um clube ao longo de diversos anos, até conseguirem a sua autonomia de trabalho, depois de esgotadas todas as instâncias da justiça desportiva (SPINELLI, 2011, p. 36).

Apesar da positivação do princípio da dignidade humana em nível internacional e na Constituição brasileira, o atleta ser impedido de trabalhar, até que alguém comprasse seu passe, feria a sua dignidade, o que foi reconhecido tardiamente pelo legislador brasileiro.

Conforme será demonstrado adiante, mesmo com o fim do passe, criou-se a nova roupagem, com a cláusula penal exagerada, restringindo a liberdade de exercício de profissão, antes do término do prazo contratual e que impede o atleta de resilir o contrato, a menos que

pague a multa contratual em elevadas cifras, o que efetivamente está em desacordo com o princípio da dignidade da pessoa humana e acarreta prejuízos aos direitos da personalidade do atleta, restringindo a liberdade de profissão.

1.6 DIREITOS DA PERSONALIDADE NO AMBIENTE DE TRABALHO DOS ATLETAS PROFISSIONAIS DE FUTEBOL

1.6.1 O trabalho

Desde a Antiguidade, o homem se relacionou com o trabalho em várias condições: escravo, servo, artesão e trabalhador assalariado.

Diante das peculiaridades relativas ao atleta profissional, a ele também se estende o disposto na Constituição Federal de 1988 e, portanto, não existe meio de realizar qualquer tipo de análise do contrato de trabalho de atleta de profissional de futebol e direitos da personalidade sem que seja feita uma relação sistemática com o constante na norma maior do ordenamento pátrio.

A professora Aldacy Rachid Coutinho realizou incursão etimológica por meio da qual é possível verificar a origem da expressão “trabalho”:

Nas mais variadas línguas, a expressão trabalho trouxe acorrentado o significado da dor. De um lado, o português trabalho, o francês *travail* e o espanhol *trabajo*, remontam à sua origem latina no vocábulo *trepalium* ou *tripalium*, um instrumento de tortura composto de três paus ferrados ou, ainda, um aparelho que servia para prender grandes animais domésticos enquanto eram ferrados. Por denotação, do seu emprego na forma verbal — *tripaliare* —, passa a representar qualquer ato que represente dor e sofrimento. [...]. De outro lado, a expressão italiana *lavoro* e a inglesa *labour* derivam de labor, que em latim significava dor, sofrimento, esforço, fadiga, atividade penosa. Seu correspondente grego era *ponos*, que deu origem à palavra pena (COUTINHO, 1999, p. 7).

Evaristo de Moraes Filho (2014, p. 11), no mesmo sentido, ensina que o trabalho na Antiguidade era um castigo, dando a ideia de pena, fadiga, tarefa penosa e pesada. Daí a expressão “trabalho”, originada de *tripalium*, instrumento composto de três paus (estacas) e usado para torturar escravos. Dessa concepção passou-se, por assimilação, à palavra *trapaliare*, que designa toda e qualquer atividade humana, manual, técnica ou intelectual.

A resignificação da palavra “trabalho”, como atributo de dignidade e de valor, decorreu de um novo sentido que lhe foi outorgado por aqueles que, sendo submissos (escravos e servos),

encontravam nele a chave para a liberdade e, por aqueles que, sendo livres, atribuíam a ele o valor de lazer e de aperfeiçoamento do espírito (MARTINEZ, 2021, p. 29).

Nas palavras da doutrinadora e professora Leda Maria Messias da Silva:

O trabalho está implícito à dignidade e à liberdade do trabalhador, a um ambiente no qual o homem passa, aproximadamente, 1/3 da sua vida exercendo atividade remunerada para a empresa, agregando renda e lucro para os empregados. Com isso, a reciprocidade pela venda de mão de obra é o recebimento de um salário, que deveria atender ao mínimo previsto no art. 7º, IV, da CF: “[...] salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social (SILVA, 2020, p. 22).

O trabalho é reconhecido internacionalmente como um direito humano, como se infere do art. 23 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, sendo também reconhecido no Brasil como um valor estruturante do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, IV) e um direito fundamental social (CF, art. 6º) (ONU, 1948; BRASIL, 1988).

Carlos Henrique Bezerra Leite faz uma breve divisão histórica, afirmando que, no plano internacional, o Direito do Trabalho se divide em período pré-histórico e período histórico:

No período pré-histórico ou pré-industrial, encontraremos três fases distintas: a) vinculação do homem ao homem (escravidão); b) vinculação do homem à terra (servidão); c) vinculação do homem à profissão (corporações). Surgia, ainda, nesse período, outro tipo de relação de trabalho: a locação (locatio operis e locatio operarum). Alguns sustentam ser a locatio operarum precedente da relação de emprego moderna, objeto do direito do trabalho. Nesse período não existia ainda o direito do trabalho tal como o conhecemos hoje. No período histórico propriamente dito é que surge o direito do trabalho. Três foram as principais causas: econômica (revolução industrial), política (transformação do Estado Liberal – Revolução Francesa – em Estado Social – intervenção estatal na autonomia dos sujeitos da relação de emprego) e jurídica (justa reivindicação dos trabalhadores no sentido de se implantar um sistema de direito destinado à proteção, como o direito de união, do qual resultou o sindicalismo, o direito de contratação individual e coletiva). Somando-se a essas causas, contribuíram decisivamente para o surgimento do direito do trabalho a ideia da justiça social preconizada, principalmente, pela Igreja Católica, através das Encíclicas Rerum Novarum e Laborem Exercens, e o marxismo, preconizando a união do proletariado e a ascensão dos trabalhadores, pela luta de classes, ao poder político (LEITE, 2021, p. 18).

No Brasil, a história do Direito do Trabalho pode ser dividida em três fases: a primeira, do descobrimento à abolição da escravatura; a segunda, da Proclamação da República à campanha política da Aliança Liberal; e a terceira, da Revolução de Trinta até os dias atuais.

A Consolidação das Leis do Trabalho, instituída por meio do Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, somente entrou em vigor em 10.11.1943 e sistematizou as leis esparsas então existentes. Ressalta-se que a primeira Constituição brasileira a versar sobre direitos trabalhistas foi a de 1934, já a Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova página na história dos direitos sociais no Brasil, repercutindo diretamente no Direito do Trabalho o paradigma do Estado Democrático de Direito.

Arnaldo Süssekind (1995, p. 595) pontua com precisão que o cotidiano do contrato de trabalho, “com o relacionamento pessoal entre o empregado e o empregador, ou aqueles a quem este delegou o poder de comando, possibilita, sem dúvida, o desrespeito dos direitos da personalidade por parte dos contratantes”. A tendência predominante é que o contrato de trabalho subsista enquanto se conserve o trabalho, porque é cada vez mais firme e ampla a convicção de que a relação de emprego somente deve poder ser dissolvida validamente quando existe algum motivo justificado. O atleta profissional de futebol possui relação de trabalho com o clube, assim como as demais atividades profissionais. Nas palavras de João Leal Amado:

Nenhuma razão válida se vislumbra, portanto, para excluir semelhante contrato no âmbito do Direito do Trabalho, havendo mesmo quem entenda que as condições de trabalho do praticante desportivo se assemelham cada vez mais às de um trabalhador fabril, em matérias como o stress, os acidentes de trabalho e as doenças profissionais, as ofensas à saúde (dopagem), a fadiga física e mental, a intensificação paroxística do trabalho, a hierarquia, os prêmios de rendimento, a produtividade etc. (AMADO, 2002, p. 44).

Nesse contexto, não restam dúvidas de que ao atleta profissional de futebol também se estende o disposto na Constituição Federal e sua proteção, já que ainda que a sua profissão pareça uma atividade de lazer, ele efetivamente está trabalhando.

1.6.2 O trabalho como um direito fundamental

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, inc. III, erigiu a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento da República Federativa do Brasil, tutelando os direitos do trabalho como direitos fundamentais (BRASIL, 1988).

Os direitos dos trabalhadores garantidos constitucionalmente, como já referido, se encontram, em sua maioria, no artigo 7º, que está incluso no Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” da Constituição. Logo, por uma simples análise da disposição dos direitos

trabalhistas dentro da Lei maior, fica clara a posição destes como direitos fundamentais (BRASIL, 1988).

Na sociedade contemporânea, o trabalho passou a ser um direito humano e fundamental. É direito humano porque reconhecido solenemente nos documentos internacionais, desde o Tratado de Versalhes, de 1919. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, reconhece, em seu art. 23, n. 1, que: “toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego” (ONU, 1948).

O Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, ratificado pelo Brasil (Decreto Legislativo 226, de 12.12.1991, e Decreto 591, de 06.07.1992), consagra, em seu art. 6º, itens 1 e 2, que:

1. Os estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito ao trabalho, que compreende o direito que têm todas as pessoas de assegurar a possibilidade de ganhar a sua vida por meio de um trabalho livremente escolhido ou aceito, e tomarão medidas apropriadas para salvaguardar esse direito.
2. As medidas que cada um dos estados-partes no presente Pacto tomará com vista a assegurar o pleno exercício deste direito devem incluir programas de orientação técnica e profissional, a elaboração de políticas e de técnicas capazes de garantir um desenvolvimento econômico, social e cultural constante e um pleno emprego produtivo em condições que garantam o gozo das liberdades políticas e econômicas fundamentais de cada indivíduo (BRASIL, 1992).

O direito ao trabalho, além de direito humano, é também direito fundamental, mormente em no sistema jurídico brasileiro, porquanto positivado na Constituição Federal, sendo, portanto, tutelado pelo direito constitucional, ora como princípio (e valor) fundamental do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, incs. II, III e IV); ora como direito social (CF, arts. 6º e 7º); ora como valor fundante da ordem econômica, que tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, observado, dentre outros, o princípio da busca do pleno emprego (CF, art. 170, VIII) (BRASIL, 1988).

De outra parte, não se pode ignorar que o “valor social do trabalho”, na acepção mais ampla do termo, constitui postulado básico da dignidade da pessoa humana e corolário da própria cidadania (CF, art. 1º, incs. II, III e IV), na medida em que é exatamente o trabalho produtivo que evita, em última análise, que a pessoa humana venha a carecer daquelas prestações estatais positivas (LEITE, 2021, p. 26).

Fica evidente, diante disso, que o artigo 7º da Constituição Federal é um reflexo do disposto na Declaração Universal dos Direitos Humanos e em outros documentos internacionais

de direitos humanos, como forma de garantir ao trabalhador condições justas e favoráveis de trabalho, efetivando-se da melhor forma o princípio da dignidade da pessoa humana.

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, 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 (RODRIGUEZ, 2000, p. 36).

A tutela oferecida principalmente pelo art. 5º da Constituição de 1988 inquestionavelmente compreende os direitos da personalidade como direitos fundamentais, alcançando nessas relações caráter de Direito Público e de Direito Privado. Portanto, os direitos fundamentais e os direitos da personalidade caminham juntos na defesa da dignidade da pessoa humana.

1.6.3 Meio ambiente de trabalho saudável

O meio ambiente do trabalho adequado e seguro é um dos mais importantes e fundamentais direitos do cidadão trabalhador, o qual, se desrespeitado, representa uma agressão a toda sociedade, que custeia a Previdência Social.

É preciso, portanto, criar uma cultura em todas as esferas sociais voltada à prevenção dos riscos no ambiente de trabalho. Dessa forma, é importante discutir e refletir sobre a reponsabilidade civil dos clubes de futebol, pelas consequências advindas dos danos ao meio ambiente de trabalho.

A expressão meio ambiente deriva do latim “*ambiens*”, “*entis*”, referindo-se àquilo que “gira em torno de”, que “envolve”, contemplando um lugar, recinto, um espaço habitado por animais e vegetais, bem como pelo desenvolvimento de atividades humanas (ROCHA, 2002, p. 24). O ambiente de trabalho é o local em que o trabalhador passa a maior parte de seu tempo desenvolvendo suas atividades laborais.

O atleta profissional de futebol, além de realizar treinos e participar dos jogos, realiza viagens constantes para diversas cidades, locais em que realizará as partidas.

A proteção ao meio ambiente laboral encontra guarida no ordenamento jurídico pátrio, seguindo Tratados e Convenções Internacionais, tais como: a Conferência das Nações Unidas sobre Ambiente Humano de Estocolmo⁷, em 1972, e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos e Culturais⁸, de 1966. A Constituição Federal de 1988 erigiu o meio ambiente equilibrado e saudável à condição de direito fundamental (arts. 200, VIII e 225) (PIOVESAN, 2018; BRASIL, 1988).

O fato de o contrato de trabalho ser *intuitu personae*, com referência ao trabalhador, deriva do caráter personalíssimo da prestação, que converte este em infungível, isto é, não substituível por outro. Deve-se levar em conta que a obrigação principal que o trabalhador contrai, como consequência da celebração do contrato, é a de colocar sua energia pessoal a serviço do empregador. Por conseguinte, a este não pode ser indiferente a pessoa cujas energias são colocadas à sua disposição, dado que a quantidade, a qualidade e a modalidade dessa energia podem variar de uma pessoa para outra (RODRIGUEZ, 2000, p. 126).

Para que o trabalhador possa ter condições dignas de desenvolver o seu trabalho é preciso que o empregador possa garantir um ambiente de trabalho saudável.

Leda Maria Messias da Silva (2020, p. 20) ressalva que o meio ambiente de trabalho compreende, desse modo, todo o conjunto que envolve a condição de ser vivo, do espaço e dos instrumentos que proporcionam o incremento da atividade laboral humana.

A Constituição Federal dispõe sobre o direito ao meio ambiente de trabalho ecologicamente equilibrado e impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de preservá-lo. A Política Nacional do Meio Ambiente, em seu art. 3º, inc. I, conceitua 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” (SILVA, 2020, p. 20; BRASIL, 1988).

Além dos direitos fundamentais laborais específicos ou inespecíficos previstos no Título II da CF/1988, podem ser identificados direitos fundamentais aplicados às relações de trabalho em outras partes da Constituição, o direito ao meio ambiente do trabalho saudável (arts. 200, VIII, e 225) (BRASIL, 1988).

⁷ Em seu princípio 1º, prevê como direito fundamental o “desfrute de condições de vida adequadas, em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna, gozar de bem-estar e é portador solene de obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente, para as gerações presentes e futuras” (ONU, 1972).

⁸ O texto assegura: “condições de trabalho seguras e higiênicas” (art.7º) e impõe aos Estados Signatários o dever de assegurar “o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental através da melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e meio ambiente” (art.12) (ONU, 1966).

A dignidade da pessoa humana garante que a vida, a integridade física e moral, assim como os outros direitos fundamentais do indivíduo trabalhador sejam respeitados e preservados em um meio ambiente laboral sadio e harmônico.

No âmbito do contrato de trabalho desportivo, os longos prazos no contrato por prazo determinado, estipulados de forma unilateral pelo clube, juntamente com a cláusula penal com valores exorbitantes, impedem que o atleta tenha a sua liberdade de trabalho.

Nesse cenário, os atletas acabam tendo que aguardar o término do prazo contratual para ter a sua liberdade, o que efetivamente faz com que tenham que continuar trabalhando em um ambiente que compromete a incolumidade físico-psíquica, sem a qualidade que permite levar uma vida digna e de bem-estar.

1.6.4 Os direitos fundamentais e as relações de trabalho

Os direitos fundamentais podem ser conceituados, conforme lição de George Marmelstein, como “normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito”, que, “por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo ordenamento jurídico” (MARMELESTEIN, 2018, p. 18).

A CF/1988, fundada na cidadania (art. 1º, II), na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e na valorização social do labor (art. 1º, IV), consagra o direito fundamental ao trabalho como seu núcleo ético-jurídico (arts. 6º e 7º) e pilar estruturante da ordem econômica (art. 170) e social (art. 193). Com efeito, a Constituição reconhece a centralidade do labor humano e a sua essencialidade na afirmação democrática, tendo como base o primado do trabalho e da justiça social. Além de consolidar o direito ao trabalho como um direito fundamental social, a Constituição Federal de 1988 reconhece o trabalho como princípio, fundamento e valor da ordem jurídico-cultural brasileira (DELGADO, 2007, p. 11-39). O tratamento constitucional especial conferido ao direito do trabalho também pode ser vislumbrado na enumeração de diversos direitos fundamentais do art. 7º ao art. 11 da Constituição Federal, ainda incorporando o princípio da progressividade dos direitos humanos, presente em diversos diplomas normativos internacionais⁹.

⁹ A título de exemplo, pode-se citar: Pacto Internacional dos Direitos Econômicos e Sociais (art. 2º), Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 26) e Protocolo de San Salvador (art. 1º).

Os direitos humanos, como bem ensina Valerio Mazzuoli (2014, p. 22) são direitos protegidos pela “ordem internacional (especialmente por meio de tratados multilaterais, globais ou regionais) contra as violações e arbitrariedades que um Estado possa cometer às pessoas sujeitas à sua jurisdição”.

Nesse contexto, a Constituição Federal reconheceu expressamente a possibilidade de expansão e melhoria dos direitos juslaborais:

[...] os direitos fundamentais são plenamente aplicados às relações de trabalho. Destarte, podem ser identificados dois grupos: a) direitos fundamentais laborais específicos (indivíduo na condição de trabalhador); e b) direitos fundamentais laborais inespecíficos (indivíduo na condição de cidadão). Os direitos fundamentais laborais específicos consistem em direitos de cunho trabalhista reconhecidos normativamente em nível constitucional, por exemplo, os direitos enumerados nos arts. 7º, 8º, 9º, 10 e 11 da Carta Magna. Por outro lado, os direitos fundamentais laborais inespecíficos são inerentes ao trabalhador na condição de pessoa e cidadão, como, v.g., os direitos de personalidade, de liberdade de expressão, de liberdade religiosa, de proteção contra discriminação, entre outros (PAMPLONA FILHO; SANTOS, 2020, p. 43).

Atualmente, a dignidade humana, da maneira que está inserida na Constituição Federal, é uma afirmação e não mais uma norma positivada. Ela existe muito antes das leis constitucionais e tem como objetivo principal constituí-la como ponto central do Estado para o qual devem concentrar todas as atividades mediante os poderes estatais (SILVA, 2014, p. 37).

Considerando a força normativa e a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, além da ampla proteção conferida pelo texto constitucional ao direito do trabalho e à aplicação dos direitos fundamentais nas relações de trabalho desportivo, a cláusula penal abusiva viola diversos direitos fundamentais do trabalhador.

1.7 PRINCÍPIOS GERAIS E DO DIREITO DO TRABALHO APLICÁVEIS NO CONTRATO DE TRABALHO DEPORTIVO

Princípio vem do latim *principium*, *principi*, com o significado de “origem”, “começo” e “base”. Princípio é, portanto, o começo, o alicerce, o ponto de partida, a origem e a base. Para Miguel Reale (1980, p. 299) princípios “são verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional”, isto é, “como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis”.

No Direito do Trabalho, há princípios universais e princípios nacionais. Estes quase que se confundem com notas características de um certo país. Aqueles aproximam-se das regras, que emanam do direito comparado ou são admitidas como de direito natural (NASCIMENTO, 2009, p. 381). Há princípios do Direito Civil aplicáveis ao Direito do Trabalho. São válidos para ambos os ramos do direito, embora em alguns casos possam ter um aspecto especial no Direito do Trabalho (NASCIMENTO, 2009, p. 381), são os princípios gerais de direito que não se podem identificar com os princípios próprios de uma disciplina.

Os princípios gerais do Direito são aplicáveis por força do art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que autoriza o intérprete a utilizar-se da analogia, da equidade, dos princípios gerais do Direito, principalmente do Direito do Trabalho, dos usos e costumes, na falta de disposições legais ou contratuais específicas, porém desde que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Maurício Goldinho Delgado explica que:

Há três princípios gerais do Direito, conceitualmente relacionados entre si, que, seja no conjunto sistemático que representam, seja na identidade ideal singular de cada um, assume inquestionável importância na área trabalhista. Trata-se dos princípios da lealdade e boa-fé, da não alegação de torpeza e, ainda, do princípio do efeito lícito do exercício regular do próprio direito – este incorporando seu contrário, consubstanciado na vedação à prática do abuso de direito (DELGADO, 2014, p. 191).

Nehemias Domingos de Melo (2015, p. 112) faz importante observação quanto ao princípio da boa-fé, afirmando que esse princípio tem especial relevância nos contratos “reguladores da relação de trabalho, tendo em vista as especificidades de tal relação, que inicia mesmo antes do contrato firmado e se renova todo o dia e tende à perpetuidade, devendo ter como base principal a confiança, a lealdade e a reciprocidade”.

Nas palavras do Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires, o Código Civil de 2002 trouxe novo enfoque às relações jurídico-contratuais. Segundo essa nova concepção civilista, o Estado não deve assegurar somente o cumprimento da livre manifestação das partes, mas também reger o comportamento dos envolvidos pelo princípio da boa-fé objetiva, impondo aos contratantes o dever de honestidade, lealdade e confiança, visando com isso à manutenção do equilíbrio contratual (BRASIL, 2010)¹⁰.

¹⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 42500-56.2006.5.15.0090**. Rel.: Min Horácio Raymundo de Senna Pires, 12 de novembro de 2010.

Além do princípio do boa-fé, Sergio Pinto Martins enfatiza o princípio da proibição do abuso de direito:

O princípio da proibição do abuso de direito ou do lícito exercício regular do próprio direito é fundamental no Direito. O inciso I do art.188 do Código Civil mostra que não constituem atos ilícitos os praticados no exercício regular de um direito reconhecido. Logo, se o ato é praticado mediante seu exercício irregular, estar-se-á diante de um ato ilícito (MARTINS, 2014, p. 70).

Para Martins (2014, p. 70) tal princípio “veda também o Direito o enriquecimento sem causa. Uma pessoa não poderá locupletar-se de outra, enriquecendo às custas dela, sem que haja causa para tanto”. Como decorrência do princípio da boa-fé, Claudia Lima Marques (2002, p. 184-203) trouxe da jurisprudência alemã e nominou de deveres anexos, o que significa dizer que, além da obrigação contratual em si mesma (obrigação principal), outras obrigações decorrem automaticamente do pactuado, em razão destes chamados deveres de conduta (obrigações secundárias).

Mauricio Godinho Delgado (2012, p. 192) destaca ainda o princípio da razoabilidade, de larga aplicação em qualquer segmento jurídico, e que também claramente atua no ramo trabalhista.

Américo Plá Rodriguez (2000) diz que várias são as fórmulas propostas para conceituar o que é razoável ou conforme a regra do equilíbrio conveniente, entre outras, podem ser citadas como exemplos as seguintes:

a) é a comparação e o equilíbrio das vantagens que um ato do Estado traz à comunidade, com os encargos que lhe causa; b) é a adequação entre o meio empregado pelo ato e a finalidade que ele colima; e c) é a conformidade do ato com uma série de princípios, aos quais se considera ligada a existência da sociedade (RODRIGUEZ, 2000, p. 166).

Mauricio Godinho Delgado, ainda em sua obra intitulada “Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho, afirma que:

Dispõe o princípio da razoabilidade que as condutas humanas devem ser avaliadas segundo um critério associativo de verossimilhança, sensatez e ponderação. Não apenas verossimilhança, viabilidade aparente, probabilidade média; mas também, ao mesmo tempo, sensatez, prudência, ponderação. Há, como se vê, um claro comando positivo no princípio da razoabilidade: ele determina que se obedeça a um juízo de verossimilhança como também de ponderação, sensatez e prudência na avaliação das condutas das pessoas. Há, por outro lado, um indubitável comando negativo no mesmo princípio: ele sugere que se tenha incredulidade, ceticismo quanto as condutas inverossímeis, assim

como no tocante a condutas que, embora verossímeis, mostrem-se insensatas”. (DELGADO, 2001, p. 143-144).

Sergio Pinto Martins (2014, p. 69) destaca ainda que o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana “é hoje encontrado até mesmo na Constituição (art. 1º, III) como um dos objetivos da República Federativa do Brasil, como um Estado Democrático do Direito. Há de se respeitar a personalidade humana como um direito fundamental”.

Feita uma breve exposição quanto aos princípios gerais do direito, Mauricio Godinho Delgado (2014) apresenta um grupo de nove princípios especiais, que denomina núcleo basilar dos princípios especiais do Direito do Trabalho:

Os mais importantes princípios especiais justralhistas indicados pela doutrina são: a) princípio da proteção (conhecido também como princípio tutelar ou tuitivo ou protetivo ou, ainda, tutelar-protetivo e denominações congêneres); b) princípio da norma mais favorável; c) princípio da imperatividade das normas trabalhistas; d) princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas (conhecido ainda como princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas); e) princípio da condição mais benéfica (ou da cláusula mais benéfica); f) princípio da inalterabilidade contratual lesiva (mais conhecido simplesmente como princípio da inalterabilidade contratual; merece ainda certos epítetos particularizados, como princípio da intangibilidade contratual objetiva); g) princípio da intangibilidade salarial (chamado também integralidade salarial, tendo ainda como correlato o princípio da irredutibilidade salarial); h) princípio da primazia da realidade sobre a forma; i) princípio da continuidade da relação de emprego. (DELGADO, 2014, p. 195).

Américo Plá Rodríguez (2000, p. 35) destaca ainda que o princípio de proteção se refere ao critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho, pois esse, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador.

O renomado autor uruguaio destaca que este princípio se expressa sob três formas distintas:

a) a regra *in dubio, pro operario*. Critério que deve utilizar o juiz ou o intérprete para escolher, entre vários sentidos possíveis de uma norma, aquele que seja mais favorável ao trabalhador; b) a regra da norma mais favorável determina que, no caso de haver mais de uma norma aplicável, deve-se optar por aquela que seja mais favorável, ainda que não seja a que corresponda aos critérios clássicos de hierarquia das normas; e c) a regra da condição mais benéfica. Critério pelo qual a aplicação de uma nova norma trabalhista nunca deve servir para diminuir as condições mais favoráveis em que se encontrava um trabalhador (RODRIGUEZ, 2000, p. 45).

Para lograr a igualdade substancial entre as partes, requer o fortalecimento do contratante mais fraco, ou seja, do trabalhador (atleta).

O princípio da primazia da realidade significa que, em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, *deve-se* dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos (RODRIGUEZ, 2000, p. 144). Na prática jurisprudencial é frequente utilizar a expressão contrato-realidade. Rodriguez explica que:

A primeira é que para pretender a proteção do Direito do Trabalho não basta o contrato, mas requer-se a prestação efetiva da tarefa, a qual determina aquela proteção, ainda que o contrato seja nulo ou inexistente. Esta é a ideia básica encerrada na noção de relação de trabalho. Estreitamente ligada a esse sentido, porém enfocando-o de ângulo diverso, está a explicação que vincula esta característica com a classificação dos contratos, dado que o contrato de trabalho deixaria de ser consensual a partir do momento em que, para surgir, não bastasse o simples acordo de vontades. Uma segunda idéia é a de que, em matéria trabalhista, há de primar sempre a verdade dos fatos sobre os acordos formais. Este segundo sentido fica especialmente manifesto na frase que considera "errôneo pretender julgar a natureza de uma relação de acordo com o que as partes tenham pactuado, uma vez que, se as estipulações consignadas não correspondem à realidade, carecerão de qualquer valor (RODRIGUEZ, 2000, p. 145).

Quanto ao significado atribuído ao princípio da primazia, dos fatos sobre as formas, as formalidades ou as aparências, Rodriguez (2000, p.147) diz que em matéria de trabalho importa o “que ocorre na prática, mais do que aquilo que as partes hajam pactuado de forma mais ou menos solene, ou expressa, ou aquilo que conste em documentos, formulários e instrumentos de controle”. Esse desajuste entre os fatos e a forma pode ter diferentes procedências, segundo o renomado autor uruguaio:

1) resultar de uma intenção deliberada de fingir ou simular uma situação jurídica distinta da real. É o que se costuma chamar de simulação. É muito difícil conceber casos de simulação absoluta na qual se pretenda apresentar um contrato de trabalho, quando na realidade não exista nada. Ao contrário, o mais frequente é o caso das simulações relativas, nas quais se dissimula o contrato real, substituindo-o ficticiamente por um contrato diverso. As diferenças entre o contrato simulado e o efetivo podem versar sobre todos os aspectos: as partes, as tarefas, os horários, as retribuições, etc. Nesta categoria se pode fazer outra grande distinção entre as simulações acordadas bilateralmente e as impostas ou dispostas unilateralmente por uma parte, com toda a variadíssima gama de matizes intermediários; 2) provir de um erro. Esse erro geralmente recai na qualificação do trabalhador e pode estar mais ou menos contaminado de elementos intencionais derivados da falta de consulta adequada ou oportuna. Também essa situação equívoca se pode atribuir a erro imputável a ambas as partes ou a uma só delas; 3) derivar de uma falta de atualização dos dados. O contrato de trabalho é um contrato dinâmico no qual vão constantemente mudando as condições da prestação dos serviços. Para que os documentos reflitam fielmente todas as modificações produzidas, devem ser permanentemente atualizadas. Qualquer omissão ou atraso determina um desajuste entre

o que surge dos elementos formais e o que resulta da realidade; e 4) originar-se da falta de cumprimento de requisitos formais. Algumas vezes, para ingressar ou ter acesso a um estabelecimento, requer-se a formalidade da nomeação por parte de determinado órgão da empresa ou o cumprimento de qualquer outro requisito que se haja omitido. Em tais casos, também o que ocorre na prática importa mais do que a formalidade. (RODRIGUEZ, 2000, p. 145).

A realidade reflete sempre e necessariamente a verdade. A documentação pode refletir a verdade, porém pode representar ficção destinada a dissimular ou a esconder a verdade, com o objetivo de impedir o cumprimento de obrigações legais ou de obter um proveito ilícito (RODRIGUEZ, 2000, p. 151).

Os princípios que protegem a pessoa humana e o trabalho fazem parte do sustentáculo da Constituição Federal, daí ser essencialmente importante o tratamento a eles dispensado, afinal, a valorização do trabalho possibilita a edificação do ser humano (SILVA, 2020, p. 27). Nesse contexto, os clubes de futebol, no momento da celebração do contrato de trabalho desportivo com o atleta profissional de futebol, especialmente ao estipular o prazo contratual e a cláusula penal exorbitante, como forma de “blindar” o contrato e impedir que o atleta rescinda o contrato antes do término do prazo, agem em desconformidade com os princípios acima elencados.

1.8 O ATLETA HIPOSSUFICIENTE

É amplamente conhecida a situação de desigualdade econômica e cultural que normalmente separa as partes no contrato de trabalho desportivo.

Apesar desses mecanismos que se destinam a equilibrar as forças, para fins da elaboração das normas gerais, na prática, há possibilidade de abuso em nível individual, já que o trabalhador não costuma ter independência para discutir de igual para igual com seu empregador para que os documentos que reflitam o conteúdo do contrato se ajustem plenamente à realidade (RODRIGUEZ, 2021, p. 151).

O Direito do Trabalho, observando que a parte mais frágil dentro da relação que a envolve é o empregado, tem por principal finalidade proteger o hipossuficiente. Conforme analisado acima, no campo trabalhista os princípios são considerados mandamentos nucleares que resguardam os trabalhadores.

Nessa relação, o empregado (atleta) fica em uma posição desproporcional se comparado ao empregador (clubes), pois o trabalhador é considerado dependente e economicamente mais

vulnerável, isso porque, conforme será analisado adiante, na maioria dos casos, os clubes, com o fim do passe, visando a impedir a liberdade de trabalho do atleta, inserem cláusula penal abusiva nos contratos de trabalhos, típicos contratos de adesão.

Antes da reforma trabalhista não existia a figura do empregado hipersuficiente, falava-se apenas da figura do empregado hipossuficiente, que, na relação de emprego, tem como principal característica a hipossuficiência, uma vez que ele é parte vulnerável na relação de emprego.

Os hipersuficientes são aqueles que não dependem mais de sindicato para a negociação de suas condições de trabalho, sendo que, a partir da nova norma trabalhista, o empregado que se enquadrar nessa categoria poderá negociar grande parte das condições de seu contrato de trabalho diretamente com o empregador, afastando inclusive normas coletivas definidas em acordos ou convenções coletivas. Sob a alegação de modernizar as leis trabalhistas, o advento da Lei nº 13.467/2017 trouxe umas das criações da Reforma Trabalhista, que é o empregado hipersuficiente, tendo previsão no parágrafo único do artigo 444 da CLT:

Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (BRASIL, 2017).

Leda Maria Messias da Silva, em sua festejada obra “Reforma Trabalhista: análise do direito material à luz dos direitos da personalidade”, comentando de forma brilhante o dispositivo acima, afirma com propriedade que:

Os trabalhadores com diploma de nível superior e com salário superior a duas vezes o limite do teto da previdência social, cujo valor hoje está em R\$ 5.531,31, podem negociar cláusulas e condições de trabalho previstas no art.611-A da CLT. A vontade das partes irá se sobrepor à lei, porém, cabe argumentar se sobreporá à vontade das partes ou a vontade do empregador. Devem-se observar as matérias protegidas pela Constituição e aquelas que são objeto de alteração apenas por negociação coletiva, como a redução temporária de jornada e salário e jornada de trabalho (SILVA, 2020, p. 70).

E mais adiante arremata:

O artigo em evidência ignora a vulnerabilidade jurídica e econômica do empregado, e o coloca pareado ao empregador para negociar, individualmente suas condições de trabalho. A submissão do empregado não muda com o valor do salário recebido; ele continua hipossuficiente em relação ao patrão, contrariando a igualdade material do art.5º da Constituição, especialmente, porque presente a dependência econômica (SILVA, 2020, p. 70).

A mencionada lei disciplina que essas pessoas são capazes de negociar direitos, tais como: plano de cargo, salário e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, modalidade de registro de jornada de trabalho, troca do dia de feriado, dentre outras garantias essenciais ao bem-estar do empregado. Ressalte-se que os temas trazidos nos incisos do artigo 611-A da CLT serão passíveis de ajuste individual entre o interessado, no caso, o empregado e empregador, dispensando a realização de acordos ou convenções coletivas:

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;

II - banco de horas anual;

III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;

IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei no 13.189, de 19 de novembro de 2015;

V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;

VI - regulamento empresarial;

VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho;

VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;

IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;

X - modalidade de registro de jornada de trabalho;

XI - troca do dia de feriado;

XII - enquadramento do grau de insalubridade;

XII - enquadramento do grau de insalubridade e prorrogação de jornada em locais insalubres, incluída a possibilidade de contratação de perícia, afastada a licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho, desde que respeitadas, na integralidade, as normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho;

XII - enquadramento do grau de insalubridade;

XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;

XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;

XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;

XV - participação nos lucros ou resultados da empresa (BRASIL, 2017).

No que diz respeito ao contrato de trabalho do atleta profissional de futebol, os atletas são considerados parte hipossuficiente, isso porque, em sua grande maioria, não possuem diploma de curso superior. Ademais, depois que o passe foi extinto, na prática do mundo esportivo, o empregador (clube), como forma de blindar o contrato de trabalho e impedir a saída prematura do atleta, antes do término do prazo contratual, insere de forma unilateral, além da cláusula penal abusiva, prazo máximo de 05 anos no contrato, o que restringe a liberdade de trabalho, ficando o atleta obrigado a cumprir todo o prazo contratual, já que não possui condições para arcar com o pagamento da multa contratual abusiva.

Na prática, o atleta acaba aceitando as condições contratuais previamente redigidas pelo clube, que comete excessos e arbitrariedades, assinando o contrato sem estipular as condições.

Nesse sentido, cabe destaque a argumentação de Leda Maria Messias da Silva:

O trabalhador assinará o contrato sem estipular suas condições de trabalho, aceitando o que lhe for imposto, na prática, apenas questionará o que lhe foi imposto na rescisão contratual, alegando estado de necessidade, erro ou qualquer outro vício de consentimento. O empregador deverá negociar as cláusulas sem cometer excessos ou arbitrariedades, pois, no futuro, podem causar mais prejuízo para o empregador, do que se permanecessem na regra atual, pois a justiça do Trabalho, certamente, não ignorará as fraudes (SILVA, 2020, p. 70-71).

Sobre os novos tempos das relações empregatícias, a proteção ao trabalhador hipossuficiente continua sendo um dos princípios que norteiam a Justiça do Trabalho, a fim de equilibrar certa desigualdade entre as partes. Desse modo, o empregado hipersuficiente é o oposto do hipossuficiente, isto é, trata-se de pessoa que detém conhecimento e/ou capacidade técnica/financeira para acertar igualitariamente a relação trabalhista com o seu empregador, fato esse reconhecido pelo legislador.

O parágrafo único do artigo 444 da CLT traz a ideia de que, sendo o empregado portador de diploma de nível superior, possui a capacidade de impor sua vontade na relação empregatícia, o que não acontece com a maioria dos atletas profissionais de futebol, já que a maioria não possui formação no ensino médio concluída e nem mesmo curso superior, restando, portanto, o atleta na condição de hipossuficiente na relação laboral.

2 CONTRATO DE TRABALHO DESPORTIVO E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Para demarcar o estudo, nesse capítulo a pesquisa situou o problema na legislação trabalhista, especialmente aplicável ao contrato de trabalho desportivo, para demonstrar que o prazo de contrato de trabalho desportivo traz reflexos aos direitos da personalidade, em razão da forma como os clubes estipulam o prazo no contrato, na tentativa de impedir a saída prematura do atleta para outra agremiação.

É preciso analisar, ainda nesse capítulo, os dois vínculos que o atleta profissional tem com seu empregador: o vínculo de emprego e o vínculo desportivo, sendo que este só poderá existir se houver entre o clube e o atleta o vínculo de emprego.

Na vigência do passe, mesmo quando o vínculo de trabalho era dissolvido, o vínculo desportivo permanecia, ou seja, o atleta ficava vinculada ao clube e não poderia buscar outro para trabalhar. Com a Lei Pelé, o passe foi extinto, portanto, agora o vínculo desportivo se dissolve quando o vínculo de trabalho chega ao fim.

O âmbito em que surge esta temática é o da legislação laboral, bem como a própria relação desportiva, que possui especificidades próprias, que divergem das relações laborais comuns, sendo certo que o contrato de trabalho desportivo possui peculiaridades, que são significativas para compreender as implicações no contexto dos direitos da personalidade dos atletas profissionais de futebol violados diante da cláusula penal trazida pela Lei Pelé.

Ainda nesse capítulo serão analisadas as formas de extinção do contrato de trabalho, pois, conforme será examinado adiante, aplica-se a cláusula penal, que é uma multa contratual, às hipóteses de descumprimento, rompimento ou rescisão unilateral do contrato, bem como uma breve consideração acerca da chegada do futebol no Brasil, o início da profissionalização do esporte e o surgimento e o objetivo do passe na legislação brasileira, que, para alguns autores, possui características comuns com a escravidão, chegando ao fim com a Lei Pelé, que instituiu a cláusula penal, que substituiu o passe.

2.1 CONCEITO

A aptidão para a prática do futebol iniciou-se de forma amadora, sem qualquer tipo de remuneração, uma vez que o esporte era praticado como diversão, voltado exclusivamente para o

lazer, como forma de demonstrar a agilidade de seus praticantes, até chegar no profissionalismo, convertendo-se em uma atividade econômica e dando lugar a um contrato de trabalho. Não há dúvidas de que o atleta profissional de futebol é um empregado¹¹, já que se dedica a uma atividade profissional de forma remunerada e subordinada, ainda que exerça uma atividade desenvolvida por muitos apenas voltada para o lazer (AIDAR, 2003).

Nas palavras de Amauri Mascaro Nascimento (1999, p. 433), o que distingue o atleta profissional do atleta amador é a intenção com que o esporte é praticado: no primeiro caso, o esporte é a profissão do atleta; no segundo – como trabalho espontâneo e sem fins lucrativos – o esporte é uma diversão, uma distração, uma íntima e profunda alegria, em resumo, paixão, “paixão pura”. O atleta amador¹² não é abrangido pelo Direito do Trabalho porque não é um profissional (MELO FILHO, 1998).

¹¹ Neste sentido, Domingos Sávio Zainaghi explica que “há pessoas que calçam tênis, chuteiras, calções, vestem abrigo, camiseta e por incrível que possa parecer estão trabalhando” (ZAINAGHI *apud* AIDAR, 2003, p. 33).

¹² Álvaro Melo Filho (1998, p. 38) fazendo referência ao atleta amador: “estão os desportistas de qualquer idade que, com liberdade, se entregam à prática de qualquer modalidade sem “qualquer forma de remuneração ou incentivos materiais”, ou seja, aqueles que não recebem nenhuma compensação econômica como consequência da prática desportiva e não têm nenhum outro interesse que não seja o do simples revigoração físico, euforia da saúde ou passatempo higiênico”.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) traz a definição do contrato individual de trabalho em seu artigo 442, sendo o “acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”. Em outras palavras, haverá contrato de emprego¹³ (vínculo de trabalho) quando numa relação jurídica estiverem presentes os elementos fáticos jurídicos dos artigos 2º e 3º do texto consolidado (BARROS, 2009).

A FIFA (*Fédération Internationale de Football Association* - Federação Internacional de Futebol), conforme a Circular 1171/2208¹⁴, deixa claro a natureza trabalhista desta relação, da mesma forma o Regulamento Nacional de Registro e Transferência do Atleta Profissional de Futebol¹⁵, que dispõe ser o trabalho desportivo a relação jurídica profissional entre o clube e o atleta.

O contrato de trabalho desportivo tem algumas particularidades (ZAINAGHI, 2004, p. 16). Nas palavras de Luiz Fernando Aleixo Marcondes (2016, p. 47) a natureza jurídica da “relação profissional existente entre o clube e jogador de futebol é de trabalho desportivo. De forma mais específica, a relação jurídica profissional é de emprego desportivo, com coexistência dos vínculos trabalhista (principal) e desportivo (acessório)”.

A Lei Pelé, alterada pela Lei nº 12.395/2011, dispõe que a atividade do atleta profissional é caracterizada pelo contrato de labor desportivo, fazendo menção ao “contrato especial de trabalho desportivo”. A lei brasileira utiliza o vocábulo especial para o contrato, porque ele é regido por leis trabalhistas, pelas leis desportivas e pelos regulamentos da FIFA¹⁶.

Diversos doutrinadores e juristas propuseram conceitos sobre o contrato de trabalho. Sergio Pinto Martins (2016, p. 30) traz o seguinte: o “contrato de trabalho do jogador de futebol é o negócio jurídico entre uma pessoa física (atleta) e o clube sobre condições de trabalho, mediante remuneração e sob direção do último”.

¹³ Pode-se, portanto, utilizar a expressão contrato de trabalho – ou contrato individual de trabalho, como dispõe o artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho – como sinônimo de contrato de emprego, ou mesmo como sinônimo de relação de emprego (BARROS, 2009, p. 194).

¹⁴ Circular 1171/08, artículo 3º: *Relación de las partes contratantes. 3.1. Este contrato constituye un contrato laboral para un futbolista profesional*” (FIFA, 2008).

¹⁵ Regulamento Nacional de Registro e Transferência de Atletas de Futebol 2021. “Art. 1º - Os atletas de futebol no Brasil desdobram-se em duas categorias: profissionais e não profissionais. §1º - É considerado profissional o atleta de futebol que exerce a sua atividade desportiva em cumprimento a um contrato formal de trabalho desportivo firmado e regularmente registrado na CBF com um clube” (CBF, 2021, p. 6).

¹⁶ “Como ocorre com todos os contratos especiais de trabalho, nesse caso, o atleta profissional é regido por duas ordens de normas, que se sobrepõem: ao lado das normas genéricas – comuns a todos os trabalhadores – existem as normas específicas, exigidas pelas peculiaridades do trabalho esportivo e que apenas se aplicam aos que realizam. Estas, as normas genéricas, se aplicam aos trabalhadores desportistas enquanto não contradigam os preceitos peculiares ao contrato especial de trabalho” (NASCIMENTO, 1999, p. 433).

Ainda, nas palavras de Luiz Fernando Aleixo Marcondes:

o contrato de trabalho desportivo possui como características principais: ser de direito privado e consensual, por ter por base o consentimento das partes; ser intuitu personae, com a obrigação principal infungível das partes; ser sinalagmático, por obrigar reciprocamente os contratantes; de trato sucessivo, por ser composto de obrigações sucessivas; ser oneroso, por haver necessidade de remuneração do trabalho; ser subordinado, por subordinar o empregado e o empregador; e ser bilateral, pela celebração entre o empregado e o empregador, compondo lei entre as partes. (MARCONDES, 2016, p. 30).

Para José Martins Catharino (1969, p. 9), o contrato de trabalho desportivo é “aquele pelo qual uma (ou mais) pessoa natural se obriga, mediante remuneração, a prestar serviços desportivos à outra (natural ou jurídica), sob a direção desta”. Maria Helena Diniz (1994, p. 279) diz que “a sua natureza jurídica mais se aproxima da prestação de serviços profissionais às entidades desportivas, sobrevivendo nesta configuração jurídica”, não obstante “possam ser lhes aplicadas analogicamente normas de direito do trabalho e de seguridade social. É contrato típico do direito desportivo”.

É possível afirmar que a definição do contrato de trabalho do atleta profissional de futebol não pode assumir um conceito único e absoluto, sendo de grande relevância para o estudo que o contrato de trabalho é um contrato de adesão, segundo informa Sergio Pinto Martins (2016, p. 30), “a maioria dos empregados não tem o que negociar com o empregador. Ou aceitam as cláusulas por estes impostas, ou não têm emprego”. Entretanto, “no âmbito desportivo os grandes jogadores é que estabelecem as cláusulas e os clubes têm de aceitá-las se querem manter aquele jogador”.

Na maioria dos clubes grandes, “há a figura do empresário do jogador, que vai discutir com o clube as cláusulas do contrato de trabalho”, o que restringe a liberdade de trabalho do atleta, considerando que os clubes, com o fim do passe, como forma de prender o atleta, inserem no contrato cláusulas contratuais leoninas, que impedem, na maioria das vezes, o atleta de rescindir o contrato antes de findar o prazo.

2.2 EMPREGADOR-CLUBE

A tarefa de conceituar o que vem a ser o clube deve ser exercida com cautela, pois, dispondo ele de inúmeras formulações, as definições precipitadas poderiam resultar em uma

conceituação superficial. O primeiro ponto a se considerar é que o clube advém de sucessivas mudanças no transcorrer da história, amoldando-se às exigências sociais de cada momento. Assim, suas características apresentam a sua evolução histórica, desde a fundação do primeiro clube de futebol no Brasil¹⁷, antes do profissionalismo¹⁸, até os dias atuais.

Somente na década de 1930¹⁹ é que os clubes começaram a remunerar os atletas, ainda que sem legislação específica, tendo em vista que o futebol amador passava a ser profissional e, portanto, um negócio. Em 1976, foi promulgada uma lei específica para o futebol, a chamada Lei do Passe (BRASIL, 1976), que trouxe o conceito de empregador no artigo 1º, atualmente revogado: “considera-se empregador a associação desportiva que, mediante qualquer modalidade de remuneração, se utilize dos serviços de atletas profissionais de futebol, na forma definida nesta Lei” (BRASIL, 1976).

O art. 2º da CLT define o empregador com a seguinte redação: “considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços” (BRASIL, 1943).

O empregador só pode ser pessoa jurídica, ou seja, a associação civil, o clube. Não pode, portanto, ser pessoa física. O clube deve ser inscrito na federação estadual e na Confederação Brasileira de Futebol²⁰, mas segundo Sergio Pinto Martins (2016, p. 31) o fato de o clube não estar devidamente registrado no órgão de registro de entidades civis não pode trazer nenhum prejuízo ao atleta.

¹⁷ “Em 1898 foi fundado o primeiro clube de futebol brasileiro e para atletas brasileiros: o Mackenzie de São Paulo” (SOUZA, 2010, p. 49).

¹⁸ “São Paulo, naquela época, era a cidade brasileira que contava com o maior número de times: São Paulo Athletic Club, Universidade Mackenzie, Clube Atlético Paulistano e Sport Clube Germânia. A Ponte Preta, de Campinas (SP), e o Rio Grande, time gaúcho que leva o nome cidade, foram outros precursores do futebol. Curiosamente, esses clubes da capital paulista desfizeram suas equipes antes do profissionalismo” (BRUNORO; AFIF, 1999, p. 14).

¹⁹ “A FIFA passou a ter 41 associações nacionais em 1930, ano da primeira Copa do Mundo. Em 1931, alguns atletas brasileiros foram jogar na Itália, atraídos pela remuneração dos serviços desportivos, porém os clubes não foram recompensados pelas perdas. Então, em 1933, na tentativa de evitar a saída de mais jogadores do país, foram criadas a Liga Paulista de Futebol e a Liga Carioca de Football. Somente nesta década a prática profissional de futebol passou a ser admitida no Brasil, com os jogadores sendo remunerados pelo trabalho desportivo, ainda que sem regulamentação específica” (MARCONDES, 2016, p. 29).

²⁰ Nesse sentido Domingos Sávio Zainaghi (1998, p. 44) explica que o “empregador só poderá ser uma pessoa jurídica, uma associação. E esta como entidade de prática desportiva deverá revestir das formalidades exigidas pela legislação específica, como, por exemplo, seu registro na Federação Estadual e na Confederação Brasileira de Futebol”.

Conforme a Lei nº 9615/1998, só poderá receber a classificação de empregadora a pessoa jurídica de direito privado inscrita no Sistema Nacional do Desporto²¹.

Na concepção de Amauri Mascaro Nascimento (2009, p. 432-433), o clube esportivo, por sua vez, “é uma pessoa jurídica que organiza as equipes, submetendo-as a um regime efetivo de treinamento, tendo em vista não somente a prática do esporte pelo esporte, mas, por meio dele, a realização de um espetáculo público, com fins lucrativos”. Para o autor, o clube esportivo – mesmo “quando tenha como alvo o aperfeiçoamento físico –, desde que atue no plano do profissionalismo, é empregador do atleta, respondendo por seus direitos”, da mesma forma que “é responsável pelos direitos trabalhistas de outros empregados: o zelador do estádio, o massagista etc.”.

É oportuno transcrever o conceito apresentado por Felipe Ferreira Silva (2009, p. 43) ao se referir às entidades desportivas de prática profissional e não profissional: são pessoas jurídicas de “direito privado constituídas pelo interesse comum daqueles que praticam determinada atividade desportiva. Cumpre dizer que esta liberdade de associação decorre do artigo 217, I, da Constituição Federal, onde está plasmado o princípio da autonomia desportiva”.

A Lei Pelé, em sua redação original, por meio do artigo 27²², passou a obrigar²³ os clubes brasileiros a se transformar em empresas,²⁴ muito embora seja defendido por muitos juristas

²¹ “Art. 13. O Sistema Nacional do Desporto tem por finalidade promover e aprimorar as práticas desportivas de rendimento. Parágrafo único. O Sistema Nacional do Desporto congrega as pessoas físicas e jurídicas de direito privado, com ou sem fins lucrativos, encarregadas da coordenação, administração, normatização, apoio e prática do desporto, bem como as incumbidas da Justiça Desportiva e, especialmente:

I - o Comitê Olímpico Brasileiro-COB;

II - o Comitê Paraolímpico Brasileiro;

III - as entidades nacionais de administração do desporto;

IV - as entidades regionais de administração do desporto;

V - as ligas regionais e nacionais; VI - as entidades de prática desportiva filiadas ou não àquelas referidas nos incisos anteriores;

VII – o Comitê Brasileiro de Clubes (CBC); e

VIII – o Comitê Brasileiro de Clubes Paraolímpicos (CBCP)” (BRASIL, 1998; BRASIL, 2020).

²² “Art. 27. As atividades relacionadas a competições de atletas profissionais são privativas de:

I - sociedades civis de fins econômicos;

II - sociedades comerciais admitidas na legislação em vigor;

III - entidades de prática desportiva que constituírem sociedades comerciais para administração das atividades de que trata este artigo.

Parágrafo único. As entidades de que tratam os incisos I, II e III que infringirem qualquer dispositivo desta Lei terão suas atividades suspensas, enquanto perdurar a violação” (BRASIL, 1998).

²³ Álvaro Melo Filho (1998, p. 95) faz o oportuno comentário: “Coagir o clube a se transformar em sociedade comercial ou sociedade civil de fins comerciais é estimular a desregrada mercantilização de suas paixões e tradições, além de levar a quase totalidade dos clubes a se afastar dos campeonatos profissionais por não atraírem investimentos. Ao revés do que se propaga, o modelo fixado pelo art. 27 não é receita para salvar os clubes, mas poderá leva-los ao fechamento”.

como inconstitucional, mais tarde sendo revogado com a edição da Lei nº 9.981/2000, passando o artigo 27²⁵ a considerar uma faculdade, e não uma obrigação, a transformação dos clubes de futebol e das associações desportivas em empresas com fins lucrativos. Em 2003, o artigo 27²⁶ da Lei Pelé, teve nova alteração com a Lei nº 10672/2003, em consonância com o novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), mantendo a disposição da não obrigatoriedade da transformação dos clubes de futebol em empresas, tendo, dentre as principais alterações, a possibilidade de aplicação da teoria da despersonalização da pessoa jurídica²⁷, além das sanções e responsabilidades previstas no *caput* do artigo 1.017 do Código Civil, na hipótese de aplicarem créditos ou bens sociais da entidade desportiva em proveito próprio ou de terceiros (BRASIL, 2003; BRASIL, 2002).

A faculdade dada a estas entidades, em verdade, representa quase uma imposição, porquanto outro dispositivo da mesma lei deixa claro que, se não houver a transformação em sociedade empresária, tais entidades ficarão sujeitas ao regime das sociedades comuns (SILVA, 2009, p. 135-136) e os sócios responderão solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais.

2.3 EMPREGADO-ATLETA

A Lei nº 6.354/1976, em seus artigos 1º e 2º, ambos revogados, dá a definição dos sujeitos do contrato de trabalho do jogador de futebol.

O conceito de empregado está explícito no artigo 2º da mencionada lei: considera-se empregado, para os efeitos desta Lei, “o atleta que praticar o futebol, sob a subordinação de

²⁴ Segundo informa Jaime Barreiros Neto (2010, p. 35): “ficou claro o objetivo do legislador ao querer obrigar a transformação dos clubes em empresas, com fins lucrativos, evitar a sonegação fiscal e tornar públicos os atos de administração dos clubes de futebol, de forma a evitar o enriquecimento ilícito de dirigentes esportivos às custas de dilapidação do patrimônio das associações desportivas, entidades que sempre foram consideradas pessoas jurídicas sem finalidades lucrativas, que não remuneram seus dirigentes, nem distribuem lucros a qualquer título, aplicando integralmente seus recursos na manutenção e desenvolvimento de seus objetivos sociais”.

²⁵ “Art. 27. É facultado à entidade de prática desportiva participante de competições profissionais:

I - transformar-se em sociedade civil de fins econômicos;

II - transformar-se em sociedade comercial;

III - constituir ou contratar sociedade comercial para administrar suas atividades profissionais” (BRASIL, 2000).

²⁶ “Art. 27. As entidades de prática desportiva participantes de competições profissionais e as entidades de administração de desporto ou ligas em que se organizarem, independentemente da forma jurídica adotada, sujeitam os bens particulares de seus dirigentes ao disposto no art. 50 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, além das sanções e responsabilidades previstas no *caput* do art. 1.017 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, na hipótese de aplicarem créditos ou bens sociais da entidade desportiva em proveito próprio ou de terceiros” (BRASIL, 2003).

²⁷ Pela teoria da despersonalização, não somente os sócios atuais, mas os anteriores também responderão pelos créditos dos empregados que o eram ao tempo em que tais ex-sócios ainda estavam no contrato social da empresa, portanto, se beneficiando do trabalho daqueles empregados (ZAINAGHI, 2021).

empregador, como tal definido no artigo 1º mediante remuneração e contrato, na forma do artigo seguinte” (BRASIL, 1976).

Domingos Sávio Zainaghi (2020, p. 48) alerta que é “imprecisa a definição legal face ao que prevê a CLT, em seu art. 3º. Falta ao artigo transcrito a não eventualidade que é prevista no texto consolidado”. A subordinação, por si só, “não caracteriza a existência de vínculo de emprego, uma vez que se pode imaginar um atleta que jogue uma partida, tendo de obedecer às determinações do técnico (empregado do clube)” e não se estará diante de “um contrato de trabalho”. Arremata o renomado jurista: “portanto, o elemento caracterizador do empregado-atleta é a prática continuada do futebol”.

Na mesma trilha de entendimento, Ralph Cândia pontua que:

deverá ser considerada igualmente, como condição substancial, a prática continuada do futebol, por parte do atleta, afastando-se a possibilidade de participação eventual que, embora remunerada, não configure um contrato, ainda que o jogador se apresente, de forma intermitente, num prazo mínimo de três meses, aludido no art.3º. A subordinação, no caso de esporádicas competições, desapareceria por completo, e a contratação para apresentações em uma ou algumas partidas afigurar-se-ia ajuste com nítido caráter de autonomia, regido pelas regras de direito civil. A reiterada participação nos jogos, a serviço do empregador, afigura-se, pois, requisito fundamental para o surgimento da imagem do empregado amparado pelo disciplinamento sob estudo (CÂNDIA, 1978, p. 12).

O empregado é um dos participantes da relação de emprego. Sua definição está no art. 3º da CLT, que estabelece que “considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”. O mencionado artigo traz os elementos caracterizadores do empregado, são eles: trabalho pessoal de forma não eventual, sob dependência e mediante salário (BRASIL, 1943). Prescreve que é exercido em caráter pessoal, ou seja, *intuitu personae*, pois só a pessoa física é que pode ser empregado, e este não pode se fazer substituir por outrem na execução dos serviços.

O atleta de futebol é uma pessoa física, já que a pessoa jurídica não joga futebol (MARTINS, 2016, p. 32), o que é corroborado pela Circular 1171/2008 da FIFA²⁸, que pontua que isso se dá pelo caráter pessoal inerente à prestação do serviço (MARCONDES, 2016, p. 55).

Não eventual é o serviço prestado de forma contínua dentro do avençado pelas partes. O outro elemento do contrato de trabalho é a onerosidade, tendo em vista que não há contrato de

²⁸ Circular 1171/08 - “Artículo 1º: Contrato y contratantes [...]. 1.3 [...] El jugador debe ser una persona física” (FIFA, 2008).

trabalho se esse for gratuito. Já o termo dependência, utilizado pela lei, indica a subordinação, que se exterioriza quando o empregador toma decisões quanto ao funcionamento de sua empresa.

Os atletas profissionais de futebol obedecem às regras da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e o regime especial de regulamentação é a Lei nº 9615/1998²⁹.

2.4 FORMA

Conforme disposto no art. 442 da CLT, o “contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego” (BRASIL, 1943). Quanto à forma, o contrato de trabalho pode ser avençado tácita ou expressamente (verbal ou por escrito), conforme preceitua o artigo 443 da CLT³⁰. Portanto, a lei não exige, como se vê, que o contrato seja escrito para que tenha validade. Tal regra, contudo, não é seguida pelo contrato de trabalho do atleta profissional de futebol, que é formal e solene (OLIVEIRA, 2009, p. 58), isso porque é *sui generis*, contendo diversas particularidades (MARCONDES, 2016, p. 57) e, portanto, deverá ser obrigatoriamente escrito, restando vedada a estipulação verbal³¹.

Em sua redação original, o artigo 28³² da Lei Pelé fazia menção ao “contrato formal de trabalho”, sendo alterado o artigo com a nova redação dada pela Lei nº 12.395, de 2011³³, que trouxe a expressão “contrato especial de trabalho desportivo” (BRASIL, 2011). Domingos Savio Zainaghi (2004, p. 15) esclarece que “quando a lei fala em “contrato formal” deve-se entender “contrato escrito”. Nesse sentido, a obrigação é infungível. Não se pode “substituir um jogador por outro. Não há como mandar alguém para jogar no lugar de Pelé e de Garrincha” (MARTINS, 2016, p. 35).

²⁹ “Deflui-se desse elenco que o trabalho desportivo sujeita-se a um regime jurídico-contratual ou a um estatuto *sui generis* resultante das especificidades e peculiaridades expressas nesta lei ou em contrato de trabalho que outorgam natureza e fisionomia próprias ao vínculo laboral-desportivo, recorrendo-se às normas gerais das legislações trabalhistas e previdenciária, enquanto regime subsidiário” (MELO FILHO, 1998, p. 99).

³⁰ “Art. 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente” (BRASIL, 1943).

³¹ Sérgio Pinto Martins (2016, p. 35) justifica a necessidade de que o contrato seja por escrito, em suas palavras: “Objetiva-se evitar dúvidas sobre o que foi contratado, além de não permitir alterações prejudiciais ao trabalhador”.

³² “Art. 28. A atividade do atleta profissional, de todas as modalidades desportivas, é caracterizada por remuneração pactuada em contrato formal 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” (BRASIL, 1998).

³³ “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:” (BRASIL, 2011).

Quanto a essa obrigatoriedade, ainda dentro das particularidades, é dever do clube registrar o contrato especial de trabalho desportivo do atleta profissional na entidade de administração da respectiva modalidade desportiva (artigo 34, II, da Lei nº 9615/1998), ou seja, na Federação Estadual e na Confederação Brasileira de Futebol (BRASIL, 1998).

Vale dizer que o contrato do atleta deverá ser obrigatoriamente por escrito para os efeitos do vínculo esportivo, ou seja, para que o atleta possa ter a condição de jogo³⁴ e participar das competições oficiais, deverá o contrato ser registrado na Federação e na Confederação Brasileira de Futebol, mas, para efeitos trabalhistas, poderá existir um contrato verbal, para que o atleta possa participar de jogos não oficiais e treinos³⁵, o que, porém, é muito difícil de acontecer, porque o objetivo maior do clube no cenário esportivo é a conquista de títulos, de modo que dificilmente manteria um atleta em seu elenco sem condições de vestir a camisa do clube em uma competição oficial.

Embora a maioria da doutrina de direito desportivo mencione que o contrato deve ser obrigatoriamente por escrito, na mesma trilha de entendimento, quanto à possibilidade de um contrato verbal, com efeitos apenas trabalhista, é a lição de Domingos Sávio Zainaghi:

O contrato de trabalho do atleta deverá ser celebrado obrigatoriamente por escrito, sendo, pois, vedado o verbal, mas isso para os chamados efeitos federativos, ou seja, para o registro na federação/CBF, pois a FIFA determinou que só tenha condições de jogo o atleta que tiver seu contrato de trabalho devidamente registrado nesses órgãos. Portanto, para efeitos trabalhistas, poderá existir um contrato de trabalho verbal. O princípio protetor do Direito do Trabalho e o da Primazia da Realidade impedem que se adote a tese de que, se não formalizado por escrito, o contrato não exista. Imaginemos que um clube contrate verbalmente um atleta para que este permaneça durante um semestre entre seus atletas formalmente contratados e com contratos registrados. Esse atleta participa de treinos, concentra-se com o grupo, viaja e acompanha todas as partidas, e até mesmo recebe um valor financeiro mensalmente. Como afirmamos, para efeitos desportivos, não existe o vínculo federativo, não podendo tal atleta participar de competições oficiais. Por outro lado, vejamos, existe a pessoalidade, a não eventualidade, a dependência em face do empregador e o recebimento de salários. Enfim, estão preenchidos todos os elementos previstos na CLT para a existência de um contrato de trabalho. O fato de não existir um contrato escrito não descaracteriza a relação de emprego (ZAINAGHI, 2020, p. 49).

³⁴ “A condição de jogo é o atestado expedido pela entidade nacional de administração de desporto, concedido à entidade de prática desportiva. Atesta que atleta está apto a jogar por encontrar-se legalmente registrado naquela entidade através de contrato de trabalho” (SANTOS, 2001, p. 45).

³⁵ “De se ressaltar que é permitida a participação de atletas sem vínculo de trabalho com o clube em partidas de futebol tão somente quando estas partidas forem de caráter amistoso, não oficial, sendo proibida a participação do jogador em competições oficiais sem que haja esse vínculo, caracterizado com a assinatura e registro do contrato de trabalho nos órgãos de administração desportiva” (BARREIROS NETO, 2010, p. 122).

O Regulamento sobre o Estatuto e a Transferência de Jogadores (RSTJ)³⁶ e a Circular 1171³⁷, ambos da FIFA, fazem a mesma menção. Ainda, o Regulamento Nacional de Registro e Transferência de Atletas de Futebol (RNRTAF)³⁸ disciplina os elementos do contrato com padrão mínimo do instrumento.

Os contratos de trabalho serão numerados pelas associações empregadoras, em ordem sucessiva e cronológica, datados e assinados de próprio punho pelo atleta ou responsável legal, sob pena de nulidade. Deverão ser previstos também no contrato de trabalho a carga horária semanal de trabalho e o regime de concentração (BARREIROS NETO, 2010, p. 119).

Além das cláusulas mínimas já predeterminadas, as partes podem acrescentar outras cláusulas. O contrato deverá conter obrigatoriamente a remuneração e a cláusula penal, para evitar que seja rescindido prematuramente, uma vez que o passe foi extinto. Portanto, quanto maior o valor da cláusula penal, maiores são as chances de o atleta permanecer com o vínculo trabalhista e desportivo até o final do contrato.

2.5 DURAÇÃO

Américo Plá Rodriguez ensina que os contratos de trabalho podem ser classificados, em relação ao tempo, em duas grandes categorias: de duração indeterminada e de duração determinada:

Os primeiros são aqueles que se celebram sem estabelecer quando terminarão. Não quer dizer que vigorem eternamente, porque o trabalhador, cujo consentimento se requer sempre durante o contrato, pode desvincular-se a qualquer momento. Em alguns países exige-se dele o aviso prévio. Em outros, não. Porém o certo é que, enquanto o trabalhador não manifesta a vontade de rescindi-lo, o contrato perdura. É de duração indefinida, indeterminada. Os segundos são aqueles cuja duração se estabelece no

³⁶ *Reglamento sobre el Estatuto y la transferencia de Jugadores 2015*. “2. Um jugador profesional es aquel que tiene un contrato escrito con un club [...]” (FIFA, 2005).

³⁷ Circular 1171/08 - “Artículo 1º: Contrato y contratantes [...]. 1.1 El contrato debe formalizarse por escrito [...]” (FIFA, 2008).

³⁸ “Art. 5º - Quando da solicitação de registro de contrato especial de trabalho desportivo, o clube deve preencher o contrato padrão do qual constará, necessariamente, a qualificação completa do atleta, data de nascimento, dados do documento de identidade, CTPS e CPF, fazendo-se, ainda, a juntada ou atualização, no Sistema de Registro da CBF, de cópia dos respectivos documentos, incluindo comprovante de quitação do serviço militar (se brasileiro maior de 18 anos), passaporte (se estrangeiro), além da CTPS, certidão de nascimento e do atestado médico de liberação do atleta, no qual deverá constar o CRM do médico atestante.

§1º - Em caso de atleta profissional estrangeiro a ser registrado como refugiado, deve-se juntar, também, a comprovação da situação de refúgio através da CRNM, do DPRNM ou do protocolo provisório de identificação emitido pelo Departamento de Polícia Federal, incluída a solicitação de refúgio nos termos da lei nº 9.474/97” (CBF, 2021).

momento de celebrar-se o contrato. Não vigorarão indefinidamente, pois prevêem expressamente que somente perdurarão por certo tempo. São suscetíveis, por sua vez, de várias subclassificações, em razão da forma pela qual se preveja a terminação do contrato. Geralmente se distingue, segundo seja por um prazo certo, ou pela natureza do trabalho a realizar, ou por estar sujeito a uma condição (RODRIGUEZ, 2000, p. 105).

Com efeito, no contrato de duração determinada, o trabalhador não pode romper o contrato sem incorrer em responsabilidade civil. No contrato de duração indeterminada, o trabalhador pode, a qualquer momento, interrompê-lo, dando ou não aviso prévio, segundo a exigência da lei respectiva.

Quanto à duração, o contrato de trabalho do atleta profissional de futebol terá vigência por prazo determinado. No caso do atleta, o contrato por prazo determinado foi pensado como regra em razão da curta carreira, diretamente dependente da condição física.

O inciso II do artigo 3º da Lei nº 6.354/1976³⁹ estabelece que o prazo de vigência do contrato de trabalho do atleta não pode ser inferior a 3 (três) meses ou superior a 2 (dois) anos (BRASIL, 1976).

Ralph Cândia (1978, p. 14) explica que “o tempo não inferior a três meses [...] procura garantir um mínimo necessário para o jogador demonstrar suas qualidades, considerando que o número reduzido de apresentações, e mesmo de treinos, seria insuficiente”. O prazo máximo de dois anos “apoia-se no princípio geral dos contratos a termo, estabelecido no art. 455 da CLT”. O prazo mínimo de três meses serve para que o jogador mostre sua habilidade e técnica, e demonstra a necessidade de o atleta ser testado na posição, de mostrar seu futebol e de verificar se estabelece relacionamento com os demais colegas (MARTINS, 2016, p. 38).

O artigo 23 da Lei nº 8672/1993⁴⁰ (Lei Zico) alterou o prazo máximo para 36 (trinta e seis) meses, desprezando a previsão e a influência da norma celetizada (ZAINAGHI, 2020, p. 51). O artigo 30 da Lei nº 9615/1998⁴¹ (Lei Pelé) em sua versão original não trouxe expresso o prazo máximo, apresentando sua vigência nunca inferior a três meses. Ao se referir ao contrato

³⁹ “Art. 3º O contrato de trabalho do atleta, celebrado por escrito, deverá conter:

I - os nomes das partes contratantes devidamente individualizadas e caracterizadas;

II - o prazo de vigência, que, em nenhuma hipótese, poderá ser inferior a 3 (três) meses ou superior a 2 (dois) anos” (BRASIL, 1976).

⁴⁰ “Art. 23. O contrato de trabalho do atleta profissional terá prazo determinado, com vigência não inferior a três meses e não superior trinta e seis meses” (BRASIL, 1993).

⁴¹ “Art. 30. O contrato de trabalho do atleta profissional terá prazo determinado, com vigência nunca inferior a três meses” (BRASIL, 1998).

por prazo determinado, o dispositivo remete-se ao artigo 445 da CLT⁴², não podendo o contrato ser estipulado por mais de 2 (dois) anos (BRASIL, 1998).

Álvaro Melo Filho explica que:

em resumo, o que o art. 30 da Lei Pelé não possibilita são contratos que excedam de 2 anos, por exemplo, contrato por 10 anos entre o atleta profissional e o clube, mas não obsta que, ao longo desse prazo, sejam firmados 5 (cinco) contratos autônomos e distintos de 2 (dois) anos. A propósito, esta delimitação temporal ao máximo de 2 (dois) anos, em cada contrato, é salutar e benéfica também para os clubes, pois seria muito arriscado fazer um contrato por 8 (oito) anos com uma atleta profissional que, já no final do primeiro ano, poderia estar viciado em bebida ou com baixo rendimento técnico, ficando o clube obrigado a pagar-lhe salário pelos remanescentes 7 (sete) anos ou rescindir o contrato com os ônus decorrentes de multa rescisória (§3º do art. 31 desta Lei) (MELO FILHO, 1998, p. 105).

Segundo informa Antônio Sérgio Figueiredo Santos (2001, p. 33-34) os dirigentes ficaram atônitos com o fim da “lei do passe”. “Era importante que o contrato garantisse a permanência do atleta no clube por um período bem mais longo que aquele de apenas dois anos, do texto original do artigo 30”. Neste aspecto, tinham suas razões, pois o contrato de apenas dois anos “facultava ao atleta a efêmera permanência no clube. E, em consequência, não vislumbravam a possibilidade de manter uma boa equipe de futebol devido à carência de seus mais importantes ídolos”.

Diante desse cenário, com o fim do passe, o que os clubes almejavam era tentar manter o atleta por mais tempo diante de melhores propostas salariais de outros clubes⁴³. Assim sendo, após exaustivos debates, chegaram à conclusão de que o contrato por prazo determinado de no máximo 5 (cinco) anos e no mínimo de 3 (três) meses seria o ideal, o que foi aprovado conforme alteração no artigo 30 pela Lei nº 9.981, de 14.07.2000 (SANTOS, 2000, p. 34).

A Lei nº 9615/1998, com a atual redação trazida pela Lei nº 9.981/2000, assim determina: “Art. 30. O contrato de trabalho do atleta profissional terá prazo determinado, com vigência nunca inferior a três meses nem superior a cinco anos”. Ainda, o seu parágrafo único acrescenta: “Não se aplica ao contrato de trabalho do atleta profissional o disposto no art. 445 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT” (BRASIL, 1998; BRASIL, 2000).

⁴² “Art. 445 - O contrato de trabalho por prazo determinado não poderá ser estipulado por mais de 2 (dois) anos, observada a regra do art. 451” (BRASIL, 1943).

⁴³ Domingo Sávio Zainaghi (2020, p. 52) explicando a alteração do prazo contratual justifica que: “o prazo máximo de 5 (cinco) anos faz que o clube possa ter a garantia de que o atleta fique para ele trabalhando, e não saia rapidamente de seu clube para um outro que lhe pague mais”.

No mesmo sentido é a previsão do artigo 7º do Regulamento Nacional de Registro e Transferência de Atletas de Futebol, de 2021, da CBF: “Art. 7º - O contrato especial de trabalho desportivo, facultado a partir dos 16 (dezesesseis) anos de idade do atleta, terá prazo determinado, com duração mínima de 3 (três) meses e máxima de 5 (cinco) anos” (CBF, 2021). O prazo mínimo de três meses foi fixado para evitar os contratos de ocasião, que vão contra os princípios da boa-fé desportiva, e evitar que o atleta seja contratado para disputar uma única partida ou um curto torneio.

Diante das consequências do fim do passe, trazido pela Lei Pelé, acreditaram os clubes que perderiam a sua maior fonte de receita, que era exatamente o passe; ao que tudo indica, esse aumento do prazo máximo de 5 (cinco) anos veio para amenizar os prejuízos. Corroborar-se com o pensamento de Sergio Pinto Martins (2016, p. 38) que explica que “o prazo de cinco anos é justificado para efeitos de o clube poder ter o retorno do investimento feito no atleta, que às vezes demora em apresentar resultados”. É o que ocorreria com um contrato de curta duração, em que o atleta “fosse reconhecido no meio futebolístico e logo no primeiro ano se transferisse para outro clube da mesma cidade ou até do exterior, sem que houvesse algum pagamento ao clube que formou o atleta”.

Transcorrido o prazo do contrato de trabalho do atleta profissional de futebol, ele não se transforma em contrato por prazo indeterminado, sendo que o atleta tem a faculdade de renovar a relação por prazo de determinado por quantas vezes quiser ou assinar um novo contrato com qualquer clube, sem que haja a obrigatoriedade de indenização, estando dissolvido o vínculo trabalhista e desportivo.

2.6 VÍNCULO

O atleta é o único profissional que possui dois vínculos com seu empregador: o vínculo de emprego e o vínculo desportivo. O foco deste trabalho é tratar acerca dos atletas profissionais de futebol, entretanto, faz-se necessário abordar informações em relação ao atleta não profissional.

Segundo Álvaro de Melo Filho:

[...] nas relações jurídico-desportivas de atletas/clubes não se pode olvidar a Constituição Federal que impõe, no art. 217, III, um tratamento diferenciado e uma clara conceituação de praticantes desportivos profissionais e não profissionais, a Lei n. 6354/76, vigente ainda em parte, que trata das relações dos atletas profissionais da modalidade futebol, a

Lei 9615/98 condensando inúmeros ditames legais incidentes sobre os vínculos trabalhistas e desportivos entre atletas e clubes e também as normas de transferências internacionais promanadas da FIFA (MELO FILHO, 2006, p. 124).

Muitos operadores do direito têm utilizado o termo atleta amador⁴⁴ como sinônimo de atleta não profissional de forma equivocada.

Felipe Ferreira Silva traz a diferença entre o atleta amador, não profissional, e profissional:

[...] O primeiro é chamado “atleta amador” porque pratica atividade desportiva sem qualquer tipo de remuneração, incentivo material ou patrocínio. Desta forma, são amadores aqueles que praticam qualquer modalidade desportiva no âmbito de competições regulares ou eventuais organizadas pelos sistemas desportivos estaduais, distritais e municipais sem qualquer tipo de contraprestação em dinheiro, ou recebimento de incentivo material ou patrocínio. O segundo, “atleta não-profissional” é aquele que pratica atividade desportiva mediante o recebimento de patrocínio ou incentivo material, previsto em contrato ou não, mas sem o vínculo estabelecido em contrato de trabalho formal. Por fim, “atleta profissional” é o desportista que desempenha a sua atividade em razão de um contrato de trabalho formal firmado entre ele e uma entidade de prática desportiva, pessoa jurídica de direito privado (SILVA, 2009, p. 43).

Por outro lado, é necessário apresentar a diferença entre o vínculo de emprego ou de trabalho e o vínculo esportivo, conceitos importantes para compreender a diferença que será traçada adiante quanto aos direitos econômicos, direitos federativos e o passe.

2.6.1 Vínculo de emprego e vínculo de trabalho

A Lei nº 9615/1998, com a edição da Lei nº 12.395/2011⁴⁵, em seu §5º do artigo 28, dispõe que 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. O

⁴⁴ Amador vem de *amare*, que significa dar-se por inteiro, sem nada exigir em troca (MARTINS, 2016, p. 47).

⁴⁵ “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:

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

vínculo empregatício surgirá mediante a celebração do contrato de trabalho assinado pelo clube e o atleta profissional⁴⁶ (BRASIL, 2011).

Já no vínculo de trabalho, o atleta não profissional, maior de 14 (quatorze) anos e menor de 20 (vinte) anos, pode firmar o contrato de formação com o seu clube formador, com o recebimento de bolsa de aprendizagem, nos termos do artigo 29, §4º da Lei 9615/1998, redação dada pela Lei nº 10672/2003⁴⁷ (BRASIL, 1998; BRASIL, 2003). Esse contrato não se equipara a um contrato de emprego, pois não há vínculo de emprego.

2.6.2 Vínculo desportivo

A figura do vínculo desportivo só poderá existir se há entre o clube e o atleta vínculo de emprego, em relação aos atletas profissionais, ou vínculo de trabalho, no que tange aos atletas em formação (SÁ FILHO, 2010, p. 61).

Luiz Fernando Aleixo Marcondes (2016, p. 58) explica que “o contrato do jogador de futebol profissional só produzirá efeitos desportivos com o reconhecimento deste pelo sistema federativo pela FIFA”. A solicitação do reconhecimento “se dá por meio de registro do instrumento de contrato na associação nacional. É o mesmo ato da solicitação da inscrição do jogador profissional no sistema”. O vínculo desportivo surgirá com a inscrição do atleta por seu clube em determinada federação local ou confederação nacional a qual é filiado, a fim de que o jogado se torne apto a disputar competições organizadas por aquelas entidades federativas (SÁ FILHO, 2010, p. 61).

A obrigatoriedade do registro do contrato na CBF⁴⁸ para fins de inscrição do atleta profissional de futebol é um dever do clube contratante⁴⁹ e o requerimento de inscrição será

V - com a dispensa imotivada do atleta” (BRASIL, 2011).

⁴⁶ “Art. 6º - O contrato especial de trabalho desportivo padrão deve conter o nome do atleta e do clube, com os respectivos números de inscrição, dados da CTPS e CPF do atleta, além do período de vigência contratual, remuneração, cláusulas indenizatória e compensatória desportiva pactuadas nas hipóteses de transferência nacional e internacional e cláusulas extras, se houver, desde que não colidentes com as normas da FIFA e da legislação nacional. [...] §2º O contrato especial de trabalho desportivo deve ser assinado, obrigatoriamente, de próprio punho pelo atleta ou por assinatura digital, eletrônica ou biométrica” (CBF, 2021).

⁴⁷ “Art. 29. A entidade de prática desportiva formadora do atleta terá o direito de assinar com esse, a partir de dezesesseis anos de idade, o primeiro contrato de trabalho profissional, cujo prazo não poderá ser superior a cinco anos [...]. § 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” (BRASIL, 2003).

⁴⁸ “Art. 13 - O registro do atleta na CBF é requisito indispensável para a sua participação em competições oficiais organizadas, reconhecidas ou coordenadas pela CBF, por Federação, pela CONMEBOL e/ou pela FIFA”.

obrigatoriamente instruído com uma cópia do contrato de trabalho e demais documentos⁵⁰, sendo que o registro se dará com o pagamento das taxas da CBF, da Federação⁵¹ e da Federação das Associações dos Atletas Profissionais (FAAP). Portanto, o atleta profissional somente poderá participar das competições após se inscrever na federação a qual esteja organizando a competição que disputará, ressaltando, ainda, que, no Brasil, quanto ao período de inscrição de atleta oriundo de transferência internacional, a CBF institui dois prazos, conhecidos por janelas de transferências internacionais.

O registro do atleta na CBF é requisito indispensável para a sua participação em competições oficiais organizadas, reconhecidas ou coordenadas por ela, devendo ser limitado a um único clube.

Nesse sentido, o artigo 13, §§1º, 2º e 3º, incs. I e II do Regulamento Nacional de Registro e Transferência de Atletas de Futebol 2021 da CBF dispõem que:

Art. 13 - O registro do atleta na CBF é requisito indispensável para a sua participação em competições oficiais organizadas, reconhecidas ou coordenadas pela CBF, por Federação, pela CONMEBOL e/ou pela FIFA.

§1º - Mediante o ato de registro, cada atleta se compromete a aderir e respeitar os estatutos e todos os regulamentos da FIFA, da CONMEBOL, da CBF, da Agência Mundial Antidopagem e demais entidades nacionais e internacionais de administração do desporto.

§2º - O registro do atleta é limitado a um único clube, exceto no caso do futsal ou de cessão temporária, submetendo-se, em qualquer hipótese, aos Estatutos e Regulamentos da FIFA, da CONMEBOL, da CBF e da respectiva Federação.

§3º - O registro e a atuação do atleta submetem-se às seguintes limitações:

I) o atleta somente pode ser registrado por 3 (três) clubes durante uma temporada;

“Art. 14 - A solicitação do registro do atleta deve ser obrigatoriamente instruída com o respectivo vínculo não profissional ou contrato especial de trabalho desportivo e outros documentos exigidos na legislação nacional, neste Regulamento e demais atos normativos da CBF” (CBF, 2021).

⁴⁹ Art. 34. “São deveres da entidade de prática desportiva empregadora, em especial:

I - registrar o contrato especial de trabalho desportivo do atleta profissional na entidade de administração da respectiva modalidade desportiva” (BRASIL, 2011).

⁵⁰ “Art. 5º - Quando da solicitação de registro de contrato especial de trabalho desportivo, o clube deve preencher o contrato padrão do qual constará, necessariamente, a qualificação completa do atleta, data de nascimento, dados do documento de identidade, CTPS e CPF, fazendo-se, ainda, a juntada ou atualização, no Sistema de Registro da CBF, de cópia dos respectivos documentos, incluindo comprovante de quitação do serviço militar (se brasileiro maior de 18 anos), passaporte (se estrangeiro), além da CTPS, certidão de nascimento e do atestado médico de liberação do atleta, no qual deverá constar o CRM do médico atestante” (CBF, 2021).

“§1º - Em caso de atleta profissional estrangeiro a ser registrado como refugiado, deve-se juntar, também, a comprovação da situação de refúgio através da CRNM, do DPRNM ou do protocolo provisório de identificação emitido pelo Departamento de Polícia Federal, incluída a solicitação de refúgio nos termos da lei nº 9.474/97” (CBF, 2011).

⁵¹ Federação é o órgão responsável pela organização de alguma competição. No Brasil, cada Estado tem uma federação de Futebol, a qual organiza as competições Estaduais, e, por outro lado, em nível nacional, existe a Confederação Brasileira de Futebol, responsável pela organização dos campeonatos nacionais, nas quatro divisões (Séries A, B, C, D) (SÁ FILHO, 2010, p. 64).

II) o atleta que já tenha atuado por 2 (dois) clubes durante uma temporada, em quaisquer das competições nacionais do calendário anual coordenadas pela CBF, não pode atuar por um terceiro clube, mesmo que esteja regularmente registrado (CBF, 2021).

O registro do atleta somente ocorre com a publicação do seu nome no BID (Boletim Informativo Diário) da CBF. Com a publicação nascem os chamados direitos federativos, que decorrentes do direito de um clube registrar o contrato de trabalho do atleta profissional de futebol na federação ou confederação nacional, com vistas a permitir o atleta de participar pelo clube, de forma exclusiva, nas competições oficiais.

Álvaro Melo Filho (2007) entende que “de fato, os “direitos federativos” (um neologismo surgido após o fim do passe para determinar quem teria a titularidade desportiva registral sobre o atleta frente a uma Confederação ou Federação)” decorrem “do registro do contrato de trabalho desportivo atleta/clube na entidade desportiva diretiva da modalidade respectiva, gerando um vínculo desportivo”.

Com a publicação o atleta adquire a chamada condição de jogo. Nas palavras de Antônio Sérgio Figueiredo Santos (2001, p. 45) “a condição de jogo é o atestado expedido pela entidade nacional de administração do desporto, concedido à entidade de prática desportiva”, que atesta que o atleta “está apto a jogar por encontrar-se legalmente registrado naquela entidade através de contrato de trabalho”. Ainda, o §4º do artigo 13 do citado Regulamento dispõe que a participação em partida oficial de atleta não registrado pelo respectivo clube é ilegal, sujeitando o atleta e/ou o clube infrator às sanções previstas no Regulamento Geral das Competições (RGC), no Regulamento Específico da Competição (REC) em que vier a atuar e no Código Brasileiro de Justiça Desportiva (CBJD).

A desatenção quanto ao prazo estabelecido para a regularização da condição de jogo do atleta poderá acarretar sérios prejuízos ao clube, e a leitura do BID, para qualquer clube em atividade e participante de competições filiadas à CBF, é imprescindível.

Havendo mais de um pedido de registro em relação ao mesmo atleta, será aplicado o princípio da prioridade, acolhendo-se apenas o que tiver sido recebido em primeiro lugar na CBF (art. 18) (CBF, 2021, p. 11). Os direitos federativos pertencem exclusivamente ao clube e subsistirão na sua esfera jurídica enquanto perdurar o contrato de trabalho desportivo. Assim, extinguindo-se o contrato de trabalho desportivo extingue-se o vínculo desportivo.

2.7 EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO DESPORTIVO

Algumas formas de extinção do contrato de trabalho desportivo possuem profunda relação com temas já tratados anteriormente, especialmente as questões do prazo do contrato, as cláusulas indenizatória e compensatória, conforme será demonstrando adiante. Assim, necessário nesse momento fazer uma breve exposição acerca das formas de extinção do contrato de trabalho desportivo.

As hipóteses de extinção do contrato de trabalho desportivo estão previstas no artigo 28, §5º da Lei Pelé (Lei nº 9615/98) (BRASIL, 1998), redação dada pela Lei nº 12.395, de 2011:

§ 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;

V - com a dispensa imotivada do atleta (BRASIL, 2011).

O contrato de trabalho desportivo, conforme já exposto, deve ser realizado obrigatoriamente por prazo determinado, desta forma, o advento do termo prefixado é a forma “normal” de extinção do contrato, uma vez que esta ocorre pelo implemento do termo que já havia sido previsto quando da sua formação, dissolvendo-se tanto o vínculo desportivo como o trabalhista.

A segunda forma de extinção do contrato é o distrato, também conhecido como “acordo”, trata-se de uma forma bilateral de extinção do contrato de trabalho desportivo em que empregado e empregador acordam com a finalização do contrato.

A terceira forma de extinção do contrato de trabalho desportivo de forma antecipada e sem justa causa por iniciativa do empregado traduz-se no término do contrato antes do seu termo pela vontade unilateral do atleta. Nesse caso, trata-se da transferência definitiva do trabalhador como “venda do atleta”, termo usualmente utilizado de forma equivocada no meio esportivo, já que o atleta não é “coisa”. Esta vontade do atleta pode derivar de dois fatores: sua transferência

para outro clube ou por interesses pessoais, como, por exemplo, o intuito de terminar sua carreira como jogador de futebol.

Sendo assim, desejando o atleta transferir para outro clube, deverá haver o pagamento da cláusula indenizatória desportiva prevista no contrato de trabalho, ressaltando-se que, por força do artigo 28, §2º, da Lei Pelé “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” (BRASIL, 1998).

A quarta forma de extinção do contrato de trabalho desportivo está prevista nos incisos II e V do §5º do artigo 28 da Lei Pelé; trata-se de uma dispensa sem justa causa do empregado durante a vigência do contrato. Sendo dispensado o atleta antes do termo previsto no contrato de trabalho este fará jus ao recebimento do valor estipulado referente à cláusula compensatória desportiva, a qual, conforme já referido, possui como limite máximo 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 (BRASIL, 1998).

A cessão ou transferência pode ser temporária, nesse caso, tem-se uma modalidade de contrato denominada contrato de empréstimo. Este contrato deverá ser celebrado pelo prazo inferior ou igual ao firmado pelo atleta com a entidade. O contrato inicial fica suspenso, ficando o novo contratante, em regra, responsável pelo pagamento dos salários. O contrato deverá concordar com a sua transferência.

A quinta forma de extinção está prevista nos incisos III e IV do §5º do artigo 28 da Lei Pelé e diz respeito à possibilidade de rescisão indireta do contrato de trabalho desportivo (BRASIL, 1998). É a chamada rescisão indireta.

No caso do atleta profissional de futebol, portanto, são aplicáveis os motivos para a rescisão indireta previstos no artigo 483 CLT⁵², em conformidade com o exposto supra. O trabalho não adentrará em todas as modalidades ligadas a esta forma de extinção, atendo-se às

⁵² Art. 483 - O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:

- a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato;
- b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo;
- c) correr perigo manifesto de mal considerável;
- d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato;
- e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama;
- f) o empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;

formas especiais relativas ao contrato de trabalho desportivo. Além do previsto na CLT, o atleta poderá considerar rescindido o seu contrato de trabalho com o clube na hipótese prevista no art. 31 da Lei Pelé (BRASIL, 1998).

Estando o clube em atraso por três meses ou mais com o pagamento de salário, verbas de direito de imagem, abono de férias, 13º salário, gratificações, prêmios (luvas e bichos), FGTS, contribuições previdenciárias ou outras verbas previstas no contrato de trabalho, o atleta poderá requerer a rescisão indireta do seu contrato de trabalho, adquirindo o direito de transferência para outro clube e fazendo jus a receber todas as verbas rescisórias como se tivesse sido dispensado sem justa causa, inclusive os valores referentes à cláusula compensatória desportiva.

Na última forma de extinção do contrato de trabalho desportivo, o atleta pode ser demitido com justa causa quando ocorrer razão suficiente de natureza disciplinar em virtude de violação dos deveres contratuais do empregado, contexto que cria um abalo na confiança existente entre as partes, tratando-se da punição mais severa que pode ser aplicada pelo empregador, que rompe o vínculo empregatício sem quaisquer ônus para o clube. Restam, portanto, os motivos previstos na CLT em seu artigo 482⁵³.

A cláusula penal prevista no art. 28 da Lei nº 9.615/1998 para os casos de descumprimento, rompimento ou rescisão unilateral, é dirigida apenas ao atleta profissional⁵⁴

g) o empregador reduzir o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários (BRASIL, 1943).

⁵³ Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

- a) ato de improbidade;
- b) incontinência de conduta ou mau procedimento;
- c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;
- d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;
- e) desídia no desempenho das respectivas funções;
- f) embriaguez habitual ou em serviço;
- g) violação de segredo da empresa;
- h) ato de indisciplina ou de insubordinação;
- i) abandono de emprego;
- j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- l) prática constante de jogos de azar;
- m) perda da habilitação ou dos requisitos estabelecidos em lei para o exercício da profissão, em decorrência de conduta dolosa do empregado (BRASIL, 1943).

⁵⁴ “RECURSO DE REVISTA - CLÁUSULA PENAL - ART. 28 DA LEI Nº 9.615/98 (LEI PELÉ) - OBRIGAÇÃO IMPOSTA APENAS AO ATLETA PROFISSIONAL QUE ROMPE O CONTRATO DE TRABALHO ANTECIPADAMENTE. A Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho consolidou o entendimento de que o caput do art. 28 da Lei nº 9.615/98, ao estabelecer a cláusula penal para os casos

(BRASIL, 1998). No caso de rescisão indireta do contrato de trabalho por mora salarial, aplica-se o art. 31, §3º, do referido diploma legal, cabendo a multa rescisória pela aplicação do art. 479 da CLT⁵⁵.

Não se aplica a citada penalidade ao atleta, uma vez que o objetivo dessa norma foi resguardar o clube, sanando a ruptura contratual promovida unilateralmente pelo atleta que já havia sido formado e treinado às custas do investimento da entidade desportiva. Assim, é indevido o pagamento da multa prevista na referida cláusula penal quando a rescisão contratual ocorrer por iniciativa do clube.

2.8 O PASSE: HISTÓRIA E EXTINÇÃO

Este tópico realizará uma breve consideração acerca da chegada do futebol no Brasil, o início da profissionalização do esporte e o surgimento e objetivo do passe na legislação brasileira.

Nesse contexto, será apresentada, de forma sumária, o instituto do passe, sua evolução, até o seu fim. Historicamente, é difícil identificar o início da prática do futebol pelo homem, pois não se sabe ao certo quando ocorreu, sendo sua origem, portanto, questionada.

Orlando Duarte explica que a organização coube aos ingleses, mas a sua origem perde-se no tempo:

de descumprimento, rompimento ou rescisão contratual, dirige-se somente ao atleta profissional, pois sua finalidade é resguardar a entidade desportiva em caso de ruptura antecipada do contrato de trabalho, em decorrência dos elevados investimentos que são efetuados para a prática dos esportes profissionais competitivos. Entendeu-se que essa penalidade não se aplica às hipóteses de rescisão indireta ou voluntária e antecipada do contrato de trabalho por parte do empregador, cuja indenização devida ao empregado, atleta de qualquer modalidade desportiva, é aquela estabelecida no § 3º do art. 31 da Lei nº 9.615/98, segundo o qual o atleta ficará livre para se transferir para outra agremiação desportiva e poderá exigir a multa rescisória, com expressa referência ao disposto no art. 479 da CLT. Se a questão já se encontrava superada pela iterativa, notória e atualizada jurisprudência desta Corte, a nova redação do art. 28 da Lei nº 9.615/98, conferida pela Lei nº 12.395/2011, estabelece nítida distinção entre cláusula indenizatória - devida exclusivamente às entidades desportivas quando há a transferência do atleta para outra entidade ou por ocasião do retorno do atleta às atividades profissionais em outra entidade de prática desportiva - e cláusula compensatória - devida aos atletas na hipótese de dissolução do vínculo desportivo por rescisão indireta, como decorrência do inadimplemento salarial, e por dispensa imotivada. Recurso de revista não conhecido" (TST - RR-102.700-43.2009.5.06.0003) (BRASIL, 2012).

⁵⁵"RECURSO DE REVISTA. ATLETA PROFISSIONAL. RESCISÃO INDIRETA. CLÁUSULA PENAL. APLICAÇÃO DO ART. 28 DA LEI Nº 9.615/1998. Conforme precedentes da SBDI-1 desta Corte Superior, a cláusula penal prevista no art. 28 da Lei nº 9.615/1998, para os casos de descumprimento, rompimento ou rescisão unilateral, é dirigida apenas ao atleta profissional. No caso de rescisão indireta do contrato de trabalho, por mora salarial, aplica-se o art. 31, § 3º, do referido diploma legal, cabendo a multa rescisória pela aplicação do art. 479 da CLT. Tendo em vista o princípio da "nom reformatio in pejus", não há que se cogitar de reforma do acórdão regional quanto à condenação do reclamado ao pagamento da cláusula penal, restando prejudicada, entretanto, a questão da possibilidade de redução da referida penalidade pela aplicação do art. 413 do Código Civil. Recurso de revista não conhecido" (TST - RR-238800-39.2003.5.16.0002) (BRASIL, 2009).

Voemos par trás e vamos até o ano 2600 a.C. O país é China. O Sr. Yang-Tsé inventa e Kemari. Oito jogadores de cada lado, campo quadrado de 14 m, duas estancas fincadas no chão, ligadas por um fio de seda, bola redonda, com 22 cm de diâmetro, dentro dela cabelos por um fio de seda, bola redonda, com 22 cm de diâmetro, dentro dela cabelos para que ficasse cheias. Os jogadores, sem deixar a bola cair, e com os pés, tentam passa-la além das estacas. Aí começa a ideia do futebol... Há muita polêmica, controvérsias e discussões sobre o assunto. Chegamos à Grécia Antiga e encontramos um jogo disputado com uma bola que era feita de bexiga de boi, coberta com uma capa de couro. Para os gregos, era o epyskiros, com regras desconhecidas, perdidas no tempo. Os romanos adotam a bola e detalhes do jogo e fazem o harpastum (DUARTE, 1996, p. 87).

Na Idade Média, tratava-se de uma prática esportiva violenta. Segundo informa Domingos Sávio Zainaghi:

Na Bretanha e na Normandia praticava-se um esporte com bola de couro; os participantes desse jogo golpeavam a esfera com os pés e as mãos, sendo permitidos socos e rasteiras, ocasionando até mesmo mortes. Na Idade Média também, na Itália, uma prática esportiva denominada cálcio, mais precisamente em Florença. Esse jogo era disputado por 27 pessoas, com a utilização das mãos e pés, e o objetivo era levar uma bola até dois postes localizados nas extremidades do campo, o qual era, por sua vez dividido ao meio; consta-se que desse jogo participavam até papas e monarcas. O harpastum, visto acima, foi levado à Inglaterra, e lá sua prática foi adotada e muito difundida a partir do século XII. Todavia, os governantes não o viam com bons olhos, uma vez que a violência imperava durante as contendas (ZAINAGHI, 2020, p. 34).

O futebol rapidamente se difundiu por todo o Reino Unido, graças à simpatia que tinha entre os estudantes, operários e comerciantes. Logo a sua prática alcançou a Europa continental e, em seguida, chegou à América (ZAINAGHI, 2020, p. 35).

É preciso destacar, sempre, que o fato de ter surgido na Inglaterra, um país que vivenciava um período de grande prosperidade, ajudou o futebol. Foi a época em que os transportes ferroviários se desenvolveram (DUARTE 1996, p. 89).

Em 1904, foi fundada a Federação Internacional de Futebol (FIFA), a qual coube a tarefa de uniformização das regras de futebol e que passou a ser uma federação unificada, no intuito de regulamentar sua prática.

Com a Revolução Industrial, o futebol começou no século XVIII a se organizar como prática desportiva excelente para a educação das pessoas, com seu caráter de disciplina e companheirismo. Enfim, um grande instrumento para a nascente sociedade capitalista inglesa (ZAINAGHI, 2020, p. 35-36).

Desde 1885 existem jogadores profissionais na Inglaterra (ZAINAGHI, 2020, p. 36). Com a sua consolidação histórica no continente europeu seria questão de tempo para que migrasse para o Brasil.

Orlando Duarte pontua que há uma divergência entre os historiadores quanto à chegada do futebol no Brasil:

No Brasil, o futebol chegou (para alguns historiadores) por intermédio de marinheiros de navios ingleses, holandeses e franceses que vinham até nós, na segunda metade do século passado. Eles jogavam em nossas praias, durante as paradas dos seus navios, iam embora e levavam as bolas. Os brasileiros admiravam o jogo e nem sequer sonhavam que esse seria o nosso esporte nacional, a paixão de todos, chegando aos títulos mundiais. Fala-se também (outra ala de historiadores) que o futebol começou a ser jogado em Jundiaí, por funcionários da SPR (São Paulo Railway), em 1882, e, no Rio, por funcionários da Estrada de Ferro Leopoldina, no mesmo ano. Acontece que essas estradas de ferro foram construídas por ingleses, que adoravam o seu esporte e tratava de praticá-lo longe da pátria. O que há de interessante é um registro de um “sensacional jogo de marinheiros ingleses, em 1872, nas praias do Rio”. Esse “jogo” teve lugar onde é hoje o Hotel Glória. O que vale mesmo é que, em 1894, o paulista Charles Miller, nascido no Brasil, em 1874, filho de ingleses e que estudava na Inglaterra, trouxe de lá duas bolas que permitiram a prática de futebol regularmente (DUARTE, 1996, p. 88).

A grande maioria dos estudiosos concorda que o precursor do futebol no país, propriamente dito, foi o brasileiro Charles Miller. O futebol, esporte mais amado pelos brasileiros, chegou ao Brasil em 1894, pelas mãos do paulistano, que após 10 anos de estudo na Inglaterra (SOUZA, 2009, p. 48) trouxe ao país duas bolas e outros materiais de futebol, com a vontade enorme de formar times para a prática de esportes (BRUNORO; AFIF, 1997, p. 13).

Esporte de elite. Assim era definido o futebol quando começou a ser praticado no Brasil. Isso porque, apenas os jovens mais abastados, que estudaram na Europa, é que tinham oportunidade de manter os primeiros contatos com esse esporte, hoje com milhões de adeptos em todo o mundo (BRUNORO; AFIF, 1997, p. 13). A princípio, um esporte praticado somente por cidadãos brancos da alta sociedade, sendo vedada a participação de trabalhadores, pessoas com menores condições financeiras e dos negros (OLIVEIRA, 2009, p. 34).

A postura conservadora de alguns dirigentes e o racismo embutido em grande parte das elites faziam com que o futebol continuasse no amadorismo (BRUNORO; AFIF, 1997, p. 14-15). O que era apenas um esporte amador até a década de 1930, praticado apenas por prazer e não como profissão, após o Brasil participar da Copa do Mundo no Uruguai, foi ganhando campo, chegando ao profissionalismo.

Por essas e por outras é que, no início da década de 1930, em razão da perspectiva de profissionalismo, começou o êxodo dos jogadores brasileiros para o futebol italiano. Além dos jogadores brasileiros, diversos atletas de vários países sul-americanos foram levados para a Europa (RIBEIRO; GÓES; MOTTA, 2007, p. 4).

Em 1931, a hipocrisia do amadorismo começou a ser desmascarada quando os maiores craques da época, como Domingos da Guia e Leônidas da Silva, aos poucos, foram rumando para a Europa, onde passariam a jogar remunerados, dentro de um regime profissional (BRUNORO; AFIF, 1997, p. 16).

Os primeiros tempos de profissionalismo no futebol brasileiro foram marcados por muita discórdia. Muitos eram os contrários à profissionalização do futebol. Clubes como o Paulistano, o mais importante dessa primeira fase da história do futebol no país, por não aderirem ao profissionalismo, fizeram com que o campeonato paulista de futebol se dividisse em dois; um campeonato profissional e um amador. Assim se deu com o campeonato Carioca (BARREIROS NETO, 2010, p. 20). O jornalista Mário Filho, que era uma celebridade no meio esportivo, se empenhou ao máximo na campanha pelo profissionalismo, o que, por si só, já representava um peso considerável em prol da transformação do futebol (BRUNORO; AFIF, 1997, p. 18-19).

Segundo Brunoro e Afif (1997, p. 16) “na prática, os jogadores já estavam sendo remunerados”. Para se ter uma ideia do que acontecia na época, “o futebol estava dividido em dois grupos: os que defendiam o profissionalismo e os que insistiam em que ele se conservasse amador, apesar das gratificações que os clubes davam aos jogadores”, sendo que, nas décadas seguintes, o profissionalismo foi consolidado, mas os dirigentes se dividiram. A Confederação Brasileira de Desporto (CBD), principal instituição que regia o esporte no Brasil, era contrária à tese do profissionalismo. Por isso, no mesmo ano, foi criada a Federação Brasileira de Futebol (RIBEIRO; GÓES; MOTTA, 2007, p. 5).

Com o passar do tempo, o futebol foi deixando os resquícios de um esporte amador e passou a incorporar características profissionais. Fato esse que tornou necessária a criação de normas para disciplinar as relações de trabalho em face da profissionalização do esporte (SÁ FILHO, 2010, p. 23). Apesar do progresso verificado no futebol, os jogadores ainda não eram tratados como verdadeiros profissionais pelos dirigentes, que mantinham atitudes exageradamente paternalistas, mas impunham sua vontade nos contratos com seus atletas. Poucos tinham consciência dos seus direitos e obrigações. Havia até certo conformismo com a situação

(BRUNORO; AFIF, 1997, p. 18-19). Apenas em 1933 é que foi iniciada a profissionalização do futebol, que se manteve amador até então (SPINELLI, 2011, p. 18).

Os atletas brasileiros começavam a chamar atenção dos clubes europeus e, seduzidos por altos salários, foram jogar na Europa. Segundo Rodrigo Spinelli (2011, p. 18-19) há casos de jogadores que se naturalizaram italianos e foram campeões do mundo em 1934, pela “esquadra azurra”. O mais famoso é do jogador Filó (*Amphilogino Guarisi*), campeão paulista pelo Paulistano e Corinthians, transferido para Lazio, em 1932, naturalizando-se italiano.

O passe foi criado com a profissionalização do futebol, em 1933 (SPINELLI, 2011, p. 18). O futebol passava a ser um grande negócio. Comprava-se um jogador por uma quantia considerada astronômica para a época, mas, com a bilheteria de alguns clássicos, a conta estava paga e lucro garantido para o clube (RIBEIRO; GÓES; MOTTA, 2007, p. 6). O futebol brasileiro começou a ter uma vitrine internacional e os principais jogadores a serem cobiçados por clubes europeus.

Orlando Soarez informa que o passe foi criado no período do regime militar e explica que:

Quanto ao Brasil, foi a partir da Copa Mundial de 1970, que o regime militar se decidiu a empresariar o futebol, para explorá-lo politicamente, a partir do que passou a construir um pasto fértil, que possibilitou manipulações de toda ordem, tráfico de influência, esbanjamentos de recursos públicos e privados, captação de contribuições e apostas no sistema de loterias, fraudes, corrupção, propostas milionárias para a contratação de jogadores e venda dos mesmos – como se fossem mercadoria ou escravos -, em suma, ocorreu aquilo que se convencionou denominar de “futebol milionário”, fator de alienação, sobretudo de jovens (SOAREZ, 2006, p. 911).

José Martins Catharino ressalta que o passe não é um instituto novo no direito brasileiro:

O passe, ou atestado liberatório, não é um instituto novo no direito brasileiro, nem exclusivamente desportivo. As Ordenações Filipinas, de 1603, Quarto Livro, Título XXX, vigentes até o advento do Código Civil (1916) previam a licença de quem o criado fosse acostado. Isso no tempo dos contratos por vida e quando alguém poderia ser compelido a fazer algo contra a sua vontade. Mas, já então, estava bem clara uma das finalidades do atual atestado liberatório: a de coibir o aliciamento de alguém que está sob contrato (CATHARINO, 1969, p. 48).

Segundo André Ribeiro, Denise Góes e Lais Duarte Motta, Fausto foi um dos primeiros jogadores a reivindicar o passe livre no futebol brasileiro, já em 1937, mas não obteve sucesso na Justiça:

Mesmo com o profissionalismo implantando, somente em 1937 houve uma “pacificação” entre os dirigentes políticos, que passaram a aceitar plenamente o regime profissional no futebol brasileiro. Jogadores considerados estrelas em suas equipes começavam a pleitear novos direitos, como foi o caso de Fausto, chamado de “A Maravilha Negra”, que chegava em 1937 para vestir a camisa do Flamengo. Fausto foi um dos primeiros jogadores a reivindicar o passe livre no futebol brasileiro. O jogador decidiu entrar na Justiça por se julgar prejudicado pelo técnico rubro-negro, o húngaro Dori Kruschner, que o deslocara do meio campo para a defesa. O craque rubro-negro recusava-se a atuar na posição e o caso foi parar nas mãos do presidente do clube, Bastos Padilha, que decidiu puni-lo, primeiro com o afastamento do time e, mais tarde, multando-o em 60% dos seus vencimentos. Fausto contratou o advogado Geisa Bôscoli, mas de nada adiantou, após algumas semanas de polêmica, a decisão do juiz da Primeira Vara Cível do Rio de Janeiro, Nem de Vasconcelos Reis, era favorável ao clube. (RIBEIRO; GÓES; MOTTA, 2007, p. 5).

A partir de 1943, com o advento da CLT, as relações entre clubes e atletas foram disciplinadas por ela.

Bons ventos pareciam soprar sobre o Brasil na década de 1950, o qual sediou a Copa do Mundo daquele ano. Tudo era novidade, uma nova República, um novo governo de Getúlio Vargas, era um começo, um mundo novo após a Segunda Guerra Mundial.

Um caso emblemático desse período é do goleiro Batatais, do Fluminense, que após ser despedido pelo clube das Laranjeiras, ingressou na Justiça para reivindicar o pagamento de metade da remuneração que lhe seria devida até o final do contrato, a teor do previsto no art. 479 da CLT (ZAINAGHI, 2020, p. 44); o STF reverteu a decisão do Tribunal Superior do Trabalho (TST), declarando a inexistência de relação de emprego⁵⁶.

Os sacrifícios exigiam ter outra fonte de renda além do futebol. O salário não era lá essas coisas e, na maioria dos casos, para compensar essa distorção, os dirigentes dos principais clubes preferiram seduzir seus atletas com premiações extras (RIBEIRO; GÓES; MOTTA, 2007, p. 5). Nascia aqui o chamado “bicho”.

⁵⁶ “Profissional de futebol e sua atividade congênere à exercida pelos artistas. Inexistência de relação de emprego no sentido comum. Peculiaridades da matéria. Impossibilidade de adquirir estabilidade. Situação vinculativa do jogador ao clube” (STF-RE. n. 15.932) (BRASIL, 1950).

Mas o passe nasceu oficialmente com o Decreto nº 53.820, de 24 de março de 1964, como uma forma de regular a transferência dos atletas profissionais de futebol entre as entidades desportivas. Conforme dispõe o artigo 2º, §§1º e 2º do referido Decreto:

Art. 2º Na cessão de atleta profissional de futebol, a associação desportiva empregadora cedente poderá exigir da associação desportiva cessionária o pagamento de uma indenização ou "passe", estipulado na forma das normas desportivas internacionais, dentro dos limites e nas condições que venham a ser estabelecidas pelo Conselho Nacional de Desportos.

§ 1º O preço da indenização ou "passe" não será objeto de qualquer limitação, quando se tratar de cessão de atleta profissional de futebol para associação desportiva sediada no estrangeiro.

§ 2º O atleta profissional cedido terá direito a 15% (quinze por cento) do preço da indenização ou "passe", devidos e pagos pela associação desportiva cedente (BRASIL, 1964).

Segundo André Ribeiro, Denise Góes e Lais Duarte Motta, na década de 1970, Afonsinho, um jogador que começou a carreira no XV de Jaú, no interior de São Paulo, foi o pioneiro no futebol brasileiro a ter o passe livre:

Em 1965, Afonsinho chegou ao futebol carioca para jogar pelo Botafogo, time grande, que, como tantos outros, enxergava os jogadores apenas como matéria primas para a conquista de títulos, e não como funcionários com direitos trabalhistas. Salário em dia não era prioridade. Por sua insistente cobrança, Afonsinho acabou impedido de treinar. O jogador moveu uma ação na Justiça contra o clube, pleiteando o “passe livre”. Na justiça carioca, perdeu o direito. Em 1971 recorreu ao Superior Tribunal de Justiça Desportiva e venceu por unanimidade. Conquistou o sonhado passe livre. Sem ainda se dar conta do tamanho da encrenca na qual estava se envolvendo, Afonsinho lavava ali a alma de milhares de atletas gloriosos injustiçados. Talvez o próprio Afonsinho tenha decidido envolver-se em tamanha polêmica não por causa do sofrimento de milhares de companheiros de profissão, mas muito mais pelos problemas que enfrentava como os dirigentes esportivos por conta de sua rebeldia. O que não se pode negar é que sua atitude, mesmo que individual, abriu não só uma jurisprudência, mas em sentido moralizante nas relações entre patrão e jogador (RIBIERO; GÓES; MOTTA, 2007, p. 22).

O romantismo do futebol começou a ser substituído por uma consciência profissional mais séria em 1976, quando a profissão do atleta profissional de futebol foi regulamentada pela Lei nº 6354. Pela primeira vez na história do futebol brasileiro todos os jogadores profissionais passariam a ter carteira de trabalho e os benefícios da CLT, tais como férias e Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). Essa lei deu aos jogadores o direito de possuir seu próprio passe depois dos 32 anos de idade (BRUNORO; AFIF, 1997, p. 18).

No tocante ao “passe”, a Lei nº 6.354/76 trouxe grandes avanços: passe é a importância devida por um empregador a outro pela cessão do atleta durante a vigência do contrato ou depois de seu término (art. 11); o passe é exigido de acordo com as normas desportivas, segundo os limites e as condições estabelecidas pelo Conselho Nacional de Desportos (art. 13, *caput*); o montante do passe não pode ser objeto de qualquer limitação, quando se tratar de cessão para empregador sediado no estrangeiro (art. 13, § 1º); o atleta tem direito a parcela de, no mínimo, 15% do montante do passe, devidos e pagos pelo empregador cedente (art. 13, § 1º), mas sob a condição de que não tenha dado causa à rescisão de contrato e não tenha recebido qualquer importância a título de participação no passe nos últimos quatro anos (art. 13, § 3º); caso o clube encerre suas atividades (“dissolução do empregador”), o atleta é considerado com passe livre (art. 17); tem passe livre, ao fim do contrato, o atleta que atinge 32 (trinta e dois) anos de idade, desde que tenha prestado 10 (dez) anos de serviço efetivo ao seu último empregador (art. 26) (BRASIL, 1976).

A Lei nº 6354/76 restringia a liberdade de trabalho, pois o passe vigorava durante o contrato de trabalho e, após isso, o atleta não poderia se desligar do clube sem a anuência, mesmo estando sem contrato de trabalho em vigor. O atleta profissional era proibido de procurar seus direitos imediatamente na Justiça do Trabalho, já que antes deveria esgotar todas as instâncias na Justiça Desportiva⁵⁷.

Segundo Rodrigo Spinelli:

Esse atleta levaria tempo demais para percorrer todas as instâncias na Justiça Desportiva antes de adentrar na esfera trabalhista. Não havia condições de se aventurar, ainda mais se consideramos uma vida profissional útil de no máximo vinte anos, jogando em alto nível por no máximo por oito anos. A parada de um ano poderia acarretar um efeito desastroso na carreira do atleta (SPINELLI, 2011, p. 20).

A referida legislação, apesar de parecer benéfica ao atleta profissional, que passava a ter o direito a 15% do valor pelo qual ele era negociado, embora pudesse optar por se transferir ou não, tratava o jogador como se fosse mercadoria ou escravo, como explica Orlando Soares (2006, p. 911):

⁵⁷ “Art. 29: Somente serão admitidas reclamações à Justiça do Trabalho depois de esgotadas as instâncias da Justiça Desportiva, a que se refere o item III do artigo 42 da Lei número 6.251, de 8 de outubro de 1975, que proferirá decisão final no prazo máximo de 60 (sessenta) dias contados da instauração do processo” (BRASIL, 1976).

Quanto ao Brasil, foi a partir da Copa Mundial de 1970 que o regime militar se decidiu a empresaria o futebol, para explorá-lo politicamente, a partir do que passou a constituir um pasto fértil, que possibilitou manipulações de toda ordem, tráfico de influência, esbanjamentos de recursos públicos e privados, captação de contribuições de apostas no sistema de loterias, fraudes, corrupção, propostas milionárias para a contratação de jogadores e venda dos mesmos – como se fossem mercadoria ou escravos –, em suma, ocorreu aquilo que se convencionou denominar de “futebol milionário” fator de alienação, sobretudo dos jovens (SOARES, 2006, p. 911).

O passe não foi um instituto criado pela legislação brasileira, uma vez que já existia na Europa, segundo afirma Rodrigo Spinelli:

Na Europa, já havia o passe, que consistia no seguinte: independentemente de contrato, o atleta pertencia a seu clube formador. Este tinha o direito de o vender para outra agremiação e assim por diante. Portanto, mesmo o atleta não tendo contrato com outra agremiação e assim por diante. Portanto, mesmo o atleta não tendo contrato com o clube dono do seu passe, ele não poderia assiná-lo com outro, exceto se houvesse interesse de venda do esportista para o clube interessado. Não são poucos os casos de jogadores que ficaram um, dois ou mais anos, sem poder exercer sua profissão devido a esta regra (SPINELLI, 2011, p. 19).

O atleta era tratado como fonte de renda dos clubes, visto como bem patrimonial, com características de escravo, período em que o Brasil passava por um regime militar, que suprimiu direitos fundamentais e restringia o acesso à justiça e a liberdade de trabalho.

Mesmo com a profissão regulamentada e o passe oficializado em 1976, o futebol e o desporto em geral ganharam tratamento constitucional somente em 1988, com o artigo 217⁵⁸, que definiu o desporto como um direito de cada um, cabendo ao Estado fomentar as práticas formais e não formais para o benefício do cidadão. Ainda, o §1^{o59} do mencionado artigo definiu em seu texto a figura da Justiça Desportiva, que no caso do futebol está vinculada às federações e em última instância à Confederação Brasileira de Futebol (CBF) (BRASIL, 1988).

Em 1990, durante o governo de Fernando Collor de Mello, a Secretaria de Desportos desvinculou-se do Ministério de Educação e ficou diretamente subordinada à Presidência da República, com o *status* de Ministério, na qual Arthur Antunes Coimbra, o Zico, assumiu a nova

⁵⁸ 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 (BRASIL, 1988).

pasta. Em 1991, Zico pediu demissão, antes da Lei nº 8672, denominada “Lei Zico”, ser sancionada em 6 de julho de 1993, o que representou um avanço: definia os três modos pelos quais poderia ser organizado e praticado o desporto de rendimento: profissional, semiprofissional e amador (art. 3º, art. 22), ampliava o prazo de vigência do contrato de trabalho de 24 para 36 meses (art. 23), obrigava a constituição de um sistema de seguro específico para os jogadores profissionais (art. 29), vedava a participação de atletas não profissionais com idade superior a vinte anos em competições desportivas de profissionais (art. 27). Não foi aprovada a proposta original de revogação pura e simples da Lei nº 6.354/76 (BRASIL, 1993).

O artigo 23⁶⁰ trazia a previsão de um contrato de trabalho por prazo determinado, com vigência não inferior a três meses e não superior a trinta e seis meses (BRASIL, 1993).

A partir de então, surge uma grande mudança no Direito Desportivo do Trabalho, pois a Lei Zico foi a propulsora da Lei Pelé, a qual objetivava eliminar o instituto que tanto prejudicava os atletas profissionais de futebol (SPINELLI, 2011, p. 35).

Em 1995, já no governo Fernando Henrique Cardoso, a necessidade de mudanças no futebol brasileiro ganhou força política com a criação do Ministério Extraordinário dos Esportes. Édson Arantes do Nascimento era o titular da pasta.

Não se pode negar que mais tarde a Lei Pelé, que extinguiu o passe, teve clara inspiração no “Caso Bosman”, que teve seu passe livre, com base jurídica no acordo que estabeleceu a livre circulação de trabalhadores nos países que integram a Comunidade Europeia.

Oportunas as informações trazidas por Jayme Eduardo Machado:

Não há como negar que o Governo erigiu a questão pertinente à extinção do passe como princípio básico na concepção da Lei Pelé. E nisso teve clara inspiração no “Caso Bosman”. Pelo que se sabe, o jogador belga Jean-Marc Bosman passaria totalmente despercebido no mundo do futebol, não fosse uma ação trabalhista que promoveu em junho de 1990. Atraído por uma namorada francesa, Jean-Marc decidiu trocar o Liège pelo Dunquerque, da segunda divisão gaulesa. Entretanto, a formalização da transferência esbarrou na exigência dos belgas, que condicionaram a sua cessão aos franceses ao oferecimento de garantia bancária para pagamento futuro do valor do passe. E como o Dunquerque não conseguisse que nenhum banco se dispusesse a atendê-lo, o caso foi parar na corte europeia da Justiça, sediada em Luxemburgo, onde Bosman pediu sua liberação do vínculo. A batalha judicial levou cinco longos anos, e somente em 15 de dezembro de 1995, o atleta ganhou passe livre, com base jurídica no acordo que estabelece a livre circulação de trabalhadores nos países que integram a Comunidade

⁵⁹ “Art. 217. § 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” (BRASIL, 1998).

⁶⁰ “Art. 23. O contrato de trabalho do atleta profissional terá prazo determinado, com vigência não inferior a três meses e não superior trinta e seis meses” (BRASIL, 1993).

Europeia. O julgado da Corte considerou indevidos não apenas os valores exigidos pelos clubes europeus para cedê-los a outro ao final dos contratos, como também a limitação do número de jogadores, em cada clube, de atletas de outros países da Comunidade Europeia. A sentença na prática, viria a extinguir o passe pelo menos nos moldes tradicionalmente adotados pelos clubes da Europa (MACHADO, 2000, p. 23).

A movimentação de dirigentes, jogadores e sindicatos foi grande nesse período e cresceram debates em torno da extinção do passe. Em São Paulo, o Sapesp saiu na frente e organizou um seminário com o Departamento de Educação e Esporte da Pontifícia Universidade Católica (PUC-SP). Durante o encontro, foi elaborado um documento encaminhado ao então Deputado Federal Arlindo Chinaglia (RIBEIRO; GÓES; MOTTA, 2007, p. 50), mas o projeto não foi para frente, já que a pressão da chamada “bancada da bola” (deputados ligados aos clubes e federações) era grande.

Em 1996, aproveitando uma brecha no artigo 26⁶¹ da Lei Zico, um dos advogados que assessoravam Pelé no Ministério, o paulista Heraldo Panhoca, ajudou na formulação da Resolução nº 01/96, com o Instituto Nacional de Desenvolvimento do Desporto⁶² (Indesp). O texto foi resultado de um acordo fechado entre Pelé, os sindicatos de jogadores e os presidentes de clubes – um tanto à revelia desses últimos: “a Resolução n. 01/96, do Indesp, pôs fim ao passe aos 30 anos, rescalonou para 27 anos em 98 e 26 em 99. Em 2000 passaram a ser todos que completariam 25 anos” (RIBEIRO; GÓES; MOTTA, 2007, p. 50).

A Folha de São Paulo assim resumiu a situação do passe em 18 de outubro de 1996, com o título da matéria jornalística: “Clubes se rebelam e FHC planeja MP do passe”:

O governo está disposto a extinguir o passe de jogador de futebol por intermédio de medida provisória do presidente da República. Isso ocorrerá se o Clube dos 13, associação que reúne as agremiações de maior peso político do país, se opuser na Justiça à supressão progressiva do passe proposta pelo Ministério dos Esportes. Passe é o direito de um clube ser indenizado quando cede um atleta para outra equipe. O presidente Fernando Henrique Cardoso disse segunda ao ministro dos Esportes, Edson Arantes do Nascimento, o Pelé, que editará medida provisória sobre o passe se Pelé achar necessário. A validade de medida provisória é de 30 dias, mas ela pode ser reeditada indefinidamente. Anteontem, depois de saber da reação de dirigentes de clubes à nova proposição do governo sobre passe, anunciada na terça-feira, FHC enviou recado a Pelé reafirmando sua disposição de editar medida provisória. O governo quer passe livre (direito de trabalhar onde quiser) para atletas de todas as idades, com carência de dois anos para a entrada em vigor, facilitando a adaptação dos clubes. Os atletas, quando não compram antes o passe, hoje só recebem passe livre quando chegam aos 32 anos. A lei

⁶¹ Art. 26. Caberá ao Conselho Superior de Desportos fixar o valor, os critérios e condições para o pagamento da importância denominada passe (BRASIL, 1993).

⁶² O INDESP é uma autarquia federal, instituída com a finalidade de promover e desenvolver a prática do desporto.

do passe foi aprovada em 1976 pelo Congresso. Até o fim do ano, o governo apresentará projeto de lei extinguindo o passe, com carência. Antes, o Indesp (Instituto Nacional de Desenvolvimento do Desporto) vai publicar no "Diário Oficial" da União resolução concedendo passe livre para atletas de 27 anos, em 1998. Com a aprovação do projeto de lei pelo Congresso, a resolução do Indesp seria extinta. Ilegalidade. O presidente do Clube dos 13, Fábio Koff, disse que os clubes prejudicados recorrerão à Justiça defendendo a ilegalidade da resolução. Segundo ele, a legislação atual só pode ser alterada pelo Congresso. Na terça-feira, o deputado Eurico Miranda (PPB-RJ) apresentou projeto de lei concedendo o passe livre para jogadores de 28 anos, respeitadas certas condições. O projeto amplia o limite do contrato dos atletas com os clubes de três para dez anos. Se virar lei até março, como quer Eurico Miranda, contrário ao passe livre, o texto tornará inválida a resolução que o governo, por meio do Indesp, prepara sobre passe (MAGALHÃES, 1996, online).

A Resolução nº 1, de outubro de 1996, foi a base da Lei Pelé. Gerou polêmica entre os clubes, em especial com o chamado clube dos Treze; alguns foram à Justiça contestar a decisão. O então Deputado Eurico Miranda, vice-presidente do Vasco da Gama, chegou a apresentar um projeto para tentar barrar a resolução e impedir o fim do passe. Muitos jogadores temeram pelo futuro. Verdadeiro medo da alforria prevista pelo fim do passe, resquício paternalista de leis anteriores (RIBEIRO; GÓES; MOTTA, 2007, p. 51-52).

Ainda outro fato marcaria as relações de trabalho entre clubes e atletas de futebol no Brasil: o caso do jogador Claudio Alexandre de Oliveira, o Claudinho. Em setembro daquele ano, de 1996, o atleta obteve uma liminar na Justiça do Trabalho suspendendo sua ligação com a AA Ponte Preta, clube do interior de São Paulo, que o liberou para assinar novo contrato com qualquer outro clube. Uma decisão inédita no país, que ficou conhecido como o “caso Bosman brasileiro”. A juíza Célia A. Cassiano Diaz, que concedeu a liminar, fundamentou a medida no artigo 5º, XIII da Constituição Federal de 1988. “O direito ao trabalho é quase tão sagrado quanto o direito à vida. No caso do atleta desportivo, esse direito se torna ainda mais contundente”, escreveu a juíza em sua decisão. E completou: “não se pode perder de vista, ademais, que nossa Carta Magna impõe liberdade para o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, elencado dentre os direitos sociais, por elas assegurados, o trabalho (art. 6º)”. Esta ação tornou Claudinho a cópia perfeita de Bosman. Em 1995, o atacante belga obteve na Suprema Corte europeia decisão que o liberava para jogar onde quisesse (DAMATO, 1996).

Cinco anos depois o atleta conseguiu, em ação transitada em julgado – definitivamente, a confirmação de sua liberação (SINDICATO DE ATLETAS, 1996). O advogado Heraldo Panhoca defendeu o atleta, sendo a decisão inédita no futebol brasileiro.

No mesmo ano, o advogado Heraldo Panhoca defendeu o meia Claudio Alexandre de Oliveira (caso Claudinho). O atleta obteve liminar na Justiça do Trabalho suspendendo sua ligação pelo passe com a Ponte Preta, permitindo que assinasse com outro clube.

Em novembro de 1996, o Sindicato de Atletas SP trouxe Jean Marc Bosman para o Brasil e, no dia 11 daquele mês, organizou no auditório do jornal O Estado de São Paulo um seminário para dar visibilidade ao que representava o passe na vida dos jogadores. Além de Bosman, participaram o então ministro Pelé, o presidente do Sindicato de Atletas SP, Rinaldo Martorelli, e o atleta Claudinho, o primeiro jogador a conseguir sua liberação na justiça trabalhista, depois de ter negada a possibilidade de trabalho pela Ponte Preta (SINDICATO DE ATLETAS, 1996).

Os defensores da extinção pura e simples do instituto o viam como uma forma irrefletida de escravidão, que transformava o atleta em “mercadoria”.

Nasceu um movimento no Estado de São Paulo na tentativa de mudança dessa situação.

Diante desse contexto tumultuado, influenciado pelo caso Bosman, a movimentação sindical questionando a situação do atleta profissional, tentando extinguir o passe, o então Presidente Fernando Henrique Cardoso convidou Édson Arantes do Nascimento, o Pelé, para assumir o Ministério dos Esportes.

Assim foi que, ao encaminhar à consideração do Sr. Presidente da República o projeto que viria a se transformar na Lei nº 9615, de 24 de março de 1998, o então Ministro de Estado Extraordinário dos Esportes, Edson Arantes do Nascimento, assim expôs os motivos pelos quais recomendava a extinção do passe:

[...] A extinção do ‘passe’ é uma necessidade peremptória e inadiável para os atletas profissionais. O referido vínculo desportivo escraviza o atleta, não possuindo qualquer amparo jurídico, ético ou moral. Com efeito, a Constituição Federal, no art.5º, 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 (MACHADO, 2000 *apud* PRADO, 2020, online).

Os dirigentes ficaram atônitos com o fim da “lei do passe” (SANTOS, 2001, p. 33), já que era importante que o contrato garantisse a permanência do atleta no clube por um período mais longo que aquele apenas de dois anos, do texto original do artigo 30⁶³. Contudo, o artigo cuja

⁶³ Art. 30. O contrato de trabalho do atleta profissional terá prazo determinado, com vigência nunca inferior a três meses (BRASIL, 1998).

redação determinou o fim do passe é o de nº 28⁶⁴, da Lei nº 9615, de 1998, também conhecida como Lei Pelé, publicada no Diário Oficial de 25 de março de 1998, que somente entrou em vigor em 26 de março de 2001⁶⁵, pois os clubes e os atletas precisavam se estruturar diante da mudança, já que bastava chegar ao término um contrato de trabalho para o atleta poder escolher livremente com quem celebraria novo contrato de trabalho.

Referido artigo extinguiu o passe, de modo que começou a valer um novo instituto nos contratos laborais dos atletas profissionais de futebol, a chamada cláusula penal.

O acórdão do caso Bosman⁶⁶ inspirou o legislador brasileiro a editar a Lei nº 9.615/1998, cujo texto original do artigo 28, §2º estabeleceu que o vínculo desportivo do atleta com a entidade contratante “tem natureza acessória ao respectivo vínculo empregatício, dissolvendo-se, para todos os efeitos legais, com o término da vigência do contrato de trabalho, salvo na hipótese prevista no §3º, II, do art. 29 desta Lei” (BRASIL, 1998).

O tratamento da relação contratual entre o atleta e a entidade de prática desportiva, a partir da Lei nº 9.615/1998, alterou-se por completo. O vínculo desportivo, efetivamente, passou a ter natureza acessória quanto ao vínculo empregatício na medida em que, terminado este, aquele não mais existia. Consequentemente, o instituto do passe teve o seu fim no Brasil com a Lei nº 9615/1998. Vale lembrar que tal dispositivo somente passou a produzir efeitos jurídicos, de acordo com o artigo 93, a partir de 26 de março de 2001, restando o malsinado artigo 11 da Lei nº 6.354/1976 expressamente revogado pelo artigo 96 do novo diploma (BRASIL, 1976; BRASIL, 1998).

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

I - com o término da vigência do contrato de trabalho desportivo;

II - com o pagamento da cláusula penal nos termos do caput deste artigo; ou ainda

III - com a rescisão decorrente do inadimplemento salarial de responsabilidade da entidade desportiva empregadora prevista nesta Lei (BRASIL, 1998).

⁶⁵ Art. 93. O disposto no § 2º do art. 28 somente entrará em vigor após três anos a partir da vigência desta Lei (BRASIL, 1998).

⁶⁶ Rafael Teixeira Ramos (2010, p. 164) explica que “o acórdão Bosman representa indiscutivelmente uma demarcação extraordinária de fronteiras, um divisor de águas e, para os mais entusiastas, “a verdadeira separação entre a semente e a polpa degustável do cacau” no mundo do desporto profissional, desencadeando mudanças normativas ímpares no contrato de trabalho desportivo”.

Após exaustivos debates, chegaram à conclusão de que o contrato por prazo determinado de no máximo cinco anos e no mínimo de três meses seria o ideal, o que foi aprovado, conforme alteração no artigo 30 pela Lei nº 9.981 de 14 de julho de 2000 (BRASIL, 2000).

A Lei nº 9.981, de 14 de julho de 2000 alterou ainda os dispositivos da Lei nº 9.615/98, dando nova redação ao §3º do art. 28: “o valor da cláusula penal a que se refere o caput será livremente estabelecido pelos contratantes até o limite máximo de cem vezes o montante da remuneração anual pactuada” (BRASIL, 2000). Essa multa sofre um redutor, conforme o §4º, da Lei nº 9.981/2000⁶⁷, que, nas palavras de Domingos Sávio Zainaghi (2003, p. 35), “parece [...] que a multa continua pesada; acabou o passe, mas ele continua de outra forma e a multa, pelo menos no momento, acaba sendo prejudicial para o atleta”.

Posteriormente, a Lei nº 9.615/1998 foi alterada pela Lei nº 12.395/2011, com o aumento de forma exorbitante do valor da cláusula indenizatória desportiva, ante a previsão de uma multa a ser paga pelo atleta profissional de futebol em caso de rescisão do contrato. A previsão estampada no artigo 28, §1º, dispõe que 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 (BRASIL, 2011).

A Lei nº 12.395/2011 manteve a inconstitucionalidade do vínculo desportivo, especificamente em seu art. 28, §5º, inciso II, ou seja, a previsão legal é que o vínculo desportivo se desfaz também com o pagamento da cláusula indenizatória desportiva. Ainda, acrescentou a cláusula compensatória desportiva (devida pelo clube ao atleta) (BRASIL, 2011). Para os desportistas e juristas, o fim do passe é uma vitória legislativa de todo o percurso histórico de nosso esporte.

⁶⁷ §4º Em quaisquer das hipóteses previstas no § 3o deste artigo, haverá a redução automática do valor da cláusula penal apurada, aplicando-se, para cada ano integralizado do vigente contrato de trabalho desportivo, os seguintes percentuais progressivos e não-cumulativos:

- a) dez por cento após o primeiro ano;
- b) vinte por cento após o segundo ano;
- c) quarenta por cento após o terceiro ano;
- d) oitenta por cento após o quarto ano (BRASIL, 2000).

2.9 CONCEITO E PECULIARIDADES DO PASSE

Nesse contexto, com o profissionalismo, o passe surgiu com o Decreto nº 53.820, regulamentado pela Lei nº 6354/1976, que traz a sua definição no artigo 11: “entende-se por passe a importância devida por um empregador a outro, pela cessão do atleta durante a vigência do contrato ou depois de seu término, observadas as normas desportivas pertinentes” (BRASIL, 1976). O “passe” era uma espécie de licença e permissão que o clube dava ao atleta profissional para jogar em outro clube, em outras palavras, o atleta profissional não tinha direito de mudar de clube e escolher outro para jogar, o que ocorria somente com a autorização do clube, e, portanto, esse tinha a sua liberdade de trabalho tolhida.

O “passe”, no sentido literal da língua portuguesa, significa permissão para ir de um lugar para o outro (SANTOS, 2000, p. 29) e era o termo utilizado para designar o vínculo desportivo existente entre o atleta profissional de futebol e o clube, o que não se confunde com o vínculo trabalhista.

No sentido gramatical, o passe correspondia à licença, autorização, bilhete ou permissão para ir de um lugar a outro. No plano desportivo, o passe era definido com a importância devida por um empregador a outro pela cessão ou transferência. O passe, como era chamado, era o instrumento que habilitava o atleta a passar de uma entidade de prática desportiva para outra, e não a importância paga pela anterior à posterior. O preço do passe como elemento quantitativo e monetário não deveria ser confundido com ele próprio. Vale dizer, a quantia recebida pela entidade desportiva cedente constituía a compra do direito de aproveitamento do trabalho do atleta profissional e não a compra deste, como pejorativamente se alardeava para justificar a necessidade de outorga da carta de alforria desportiva (MELO FILHO, 1995, p. 155).

Muito embora o objetivo do legislador era dar uma suposta proteção ao atleta profissional de futebol, cedendo ao menos 15%⁶⁸ (quinze por cento) do preço da indenização devida e paga pela associação desportiva cedente, diante da necessidade de melhor ampará-lo financeiramente, a realidade fática era que o trabalhador não tinha autonomia para escolher livremente um novo empregador.

Mesmo que não houvesse no texto tal disposição de forma direta, o trabalhador não tinha autonomia para escolher livremente um novo empregador. Nas palavras de Tupinambá Miguel

⁶⁸ § 2º O atleta terá direito a parcela de, no mínimo, 15% (quinze por cento) do montante do passe, devidos e pagos pelo empregador cedente (BRASIL, 1976).

Castro do Nascimento (1975, p. 19) o Decreto nº 53.820, de 24 de março de 1964 identificava o passe com a indenização pela cessão de um atleta, “a ser paga pela associação cessionária à cedente. Para nós, portanto, tal instituto é legal, embora marcadamente desumano e com resquícios de servidão, visto que se vende o trabalho humano de terceiro”.

É importante ressaltar que o vínculo de trabalho não se confunde com o vínculo desportivo, este ocorria por meio da figura do “passe”, já que, ainda que encerrado o vínculo de trabalho, o atleta era uma “propriedade” do clube, de modo que somente ocorria a liberação por meio de atestado liberatório, após o pagamento de uma indenização pelo clube interessado na transferência do atleta.

A importância que corresponde ao passe era exigida para que o clube liberasse o atleta durante o contrato ou ao seu término, ou seja, o vínculo desportivo sobrevivia ao pacto laboral e dele é independente.

Explica Jayme Eduardo Machado que a importância a que a lei se refere significa necessariamente dinheiro em espécie:

Trata-se, pois de criação típica do profissionalismo, o que não implica que a importância a que a lei se refere signifique necessariamente dinheiro em espécie. Em tempos de crise, a criatividade dos dirigentes esportivos já urdiu formas curiosas de obter atestado liberatório de craques que viriam a se tornar famosos, como no caso dos trinta pares de chuteiras que o Botafogo carioca pagou a um clube do Mato Grosso para adquirir o passe do jogador Beto, ou o histórico pavilhão de madeira de seu velho estádio, que o Grêmio Porto Alegre entregou ao Clube Esportivo Força e Luz – hoje amador – para adquirir o vínculo de Airton, o melhor e mais famoso zagueiro de toda a sua história. Enfim, a crônica dessas prosaicas transações incluiria refletores, postes de iluminação e outros utensílios esportivos “aproveitáveis, utilizados especialmente por grandes clubes como moeda de troca para adquirir craques à beira da fama, formados por clubes de menor expressão (MACHADO, 2000, p. 17).

A figura do “passe” consubstanciava um verdadeiro ativo dos clubes, já que lhes garantia subsistência, com a contratação de jogadores e a venda como se fossem mercadorias.

2.9.1 Titular do passe e os “investidores particulares”

O legislador, ao trazer a definição de passe como a importância devida por um empregador a outro, traz de forma clara que o titular do vínculo esportivo sempre será uma pessoa jurídica e nunca pessoa física.

No mesmo sentido é o artigo 28 da Lei Pelé, alterado pela Lei nº 12395 de 2011, que dispõe que a atividade do atleta profissional é caracterizada por remuneração pactuada em contrato especial de trabalho desportivo, firmado com entidade de prática desportiva (BRASIL, 2011). A chamada Lei do Passe (Lei nº 6354/76) trouxe o conceito de empregador no artigo 1º, atualmente revogado: “considera-se empregador a associação desportiva que, mediante qualquer modalidade de remuneração, se utilize dos serviços de atletas profissionais de futebol, na forma definida nesta Lei” (BRASIL, 1976).

O instituto do vínculo desportivo surgirá com a inscrição do atleta por seu clube em determinada federação local ou confederação nacional a qual é filiado, a fim de que o jogador se torne apto a disputar competições organizadas por aquelas entidades federativas.

Embora o clube fosse o “dono” do passe do atleta, diante do vínculo desportivo, já que somente o clube pode constar o registro do contrato de trabalho com o atleta no órgão de administração do desporto (federação ou confederação), havia os chamados direitos federativos.

Nas palavras de Luiz Fernando Aleixo Marcondes (2016, p. 107) lucrar com as transferências de jogadores era uma prática comum desde o início da era do passe, mas até então quase restrita aos clubes; a extinção deste instituto concedeu ao futebol o *status* de ser uma das melhores plataformas de investimento do mercado econômico. Tornar-se dono do jogador de futebol virou a grande jogada do mundo da bola.

Em regra, os principais clubes do futebol profissional brasileiros não sobrevivem com receitas de bilheterias nem com a receita social ordinária (MACHADO, 2000, p. 20), tendo que se socorrer, na maioria dos casos, junto aos investidores.

Durante a vigência do passe não era diferente, já que os clubes realizavam a cessão a terceiros dos direitos sobre o valor do passe dos jogadores.

Em contrapartida, o investidor, além de, na maioria dos casos, receber aluguel pela cessão ao clube do direito de usá-lo – evidentemente que proporcional à parcela do passe que adquiriu –, tem a vantagem de manter o jogador na vitrine da agremiação, o que se traduz, quanto mais destacado for o clube, em garantia de permanente valorização futura.

Diante do fim do passe, os novos protagonistas do mercado, os investidores, mantêm a prática da venda de jogadores viva, isso porque, o clube, titular dos direitos federativos, celebra com investidores os mais variados tipos de contrato e cede parte dos direitos econômicos aos investidores.

Com o fim do passe, surge agora a nomenclatura: “direitos econômicos”; consentâneo com o surgimento da participação de terceiros investidores numa parte (ou em toda) do valor da venda do atleta de um clube para outro. Portanto, somente o clube poderá ser titular dos direitos federativos, e que antes era titular do passe, mas sempre existiu a figura do investidor, quem efetivamente lucra com a venda dos jogadores, por possuir direitos cedidos pelos clubes.

Oportunos os apontamentos quanto à diferença entre direitos econômicos e direitos federativos, apresentados por Álvaro Melo Filho:

Aprofundando a diferença entre “direitos federativos” e “direitos econômicos” note-se que os direitos federativos são privativos dos clubes e só podem ser ostentados por eles perante a respectiva Confederação, proibido a terceiros serem titulares desses direitos. Já os direitos econômicos que derivam dos direitos federativos, de fato, podem ser exercidos tanto pelos clubes, como podem ser adquiridos por empresários ou por empresas que realizam uma operação de risco buscando o lucro futuro quando da transferência dos direitos federativos do atleta para outro clube. Vale dizer, “los derechos económicos, representan el porcentaje que adquiere un tercero (Club, Sociedad o persona física) sobre la utilidad de una futura venta de los derechos federativos”. Esclareça-se que, tais direitos econômicos que correspondem ao conteúdo patrimonial dos direitos federativos, não raro submetem-se a um “fatiamento” ou rateio entre clube (detentor dos direitos federativos) e empresários (detentores dos direitos econômicos), e, por ocasião da cessão onerosa do atleta o empresário (e não mais o jogador) é quem embolsa de 10% a 20% do valor auferido pelo clube de origem. Em suma, os 15% que antes beneficiavam os atletas, hoje, como consequência da Lei Pelé, constituem ganho dos empresários (MELO FILHO, 2007, online).

Há quem entenda serem nulos tais ajustes, por duas razões básicas: por ilicitude de objeto, porque às pessoas físicas ou jurídicas não é lícito pactuar acerca de direitos em torno de vínculos desportivos de atletas profissionais; e por depender, qualquer cessão ou transferência desses mesmos direitos, da anuência expressa do jogador, o que, em regra, não ocorre (MACHADO, 2000, p. 20-21).

2.9.2 Reflexões pós-modernas sobre o fim do passe: escravidão

A escravidão é a primeira forma de trabalho conhecida. Os escravos não possuíam direitos. A escravidão, como um sistema social, apresentava os seres humanos divididos em duas classes: senhores e escravos. Para os escravos não se concedia o reconhecimento da personalidade jurídica; equiparavam-se às coisas, sendo objetos de uma relação jurídica (alienados como qualquer outro bem jurídico), não tendo direitos ou liberdades; eram obrigados a

trabalhar, sem qualquer tipo de garantia, não percebendo nenhum salário (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2019, p. 2).

Com a evolução das sociedades, surgiram as primeiras formas de trabalho, como a servidão e, em seguida, as corporações de ofício. Na evolução histórica do trabalho humano, havia distinção entre o trabalho escravo e o servil.

O trabalho servil era um trabalho produtivo, mas não poderia ser tido como um trabalho livre, e sim forçado. A essência dessa afirmativa repousa na tese de que o servo está ligado à terra, não podendo eximir-se das obrigações feudais. Não poderia trabalhar para quem quisesse, podendo somente fazê-lo para o senhor feudal, inclusive, havendo vinculação pelos laços hereditários (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2019, p. 7).

A Revolução Industrial do século XVIII determinou também o aparecimento da sociedade industrial e do trabalho assalariado. A burguesia era dona dos clubes e o proletariado⁶⁹ eram os jogadores, que à época recebiam salários bem menores se comparados aos atuais (NASCIMENTO, 1999, p. 12).

Apesar dos progressos verificados no futebol, os jogadores ainda não eram tratados como verdadeiros profissionais pelos dirigentes, que mantinham atitudes exageradamente paternalistas, mas impunham sua vontade nos contratos com seus atletas. Poucos tinham consciência dos seus direitos e suas obrigações. Havia até certo conformismo com a situação (BRUNORO; AFIF, 1997, p. 17-18).

O atleta profissional de futebol não tinha nenhuma diferença em relação ao trabalhador de fábricas. Muitos atletas da época trabalhavam, inclusive, em fábricas.

O primeiro clube brasileiro a ganhar fama como um time de fábrica foi o Bangu, do Rio de Janeiro, mantido pela Companhia Progresso Industrial, conhecida como Fábrica Bangu, do Rio de Janeiro, uma tecelagem brasileira de capital português (ANTUNES, 1994, p. 4).

A relação entre o empregador e o trabalhador não é igualitária, necessitando de uma intervenção estatal para a proteção do trabalhador hipossuficiente (surgimento do princípio protetor), com a edição de leis.

⁶⁹ Segundo Amauri Mascaro Nascimento: “o proletário é um trabalhador que presta serviços em jornadas que variam de 14 a 16 horas, não tem oportunidades de desenvolvimento intelectual, habita em condições subumanas, em geral nas adjacências do próprio local da atividade, tem prole numerosa e ganha salário em troca disso” (NASCIMENTO, 1999, p. 12).

A realidade histórica, porém, demonstrou que o ideal liberal era insuficiente para evitar a exploração desumana do trabalho assalariado.

A evolução dos acontecimentos fez com que o Estado, objetivando atenuar o antagonismo entre o capital e o trabalho, passasse a legislar sobre as condições de trabalho, criando mecanismos normativos visando à equiparação jurídica entre o trabalhador hipossuficiente e o empregador detentor dos meios de produção (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2019, p. 17).

Nesse contexto, o positivismo justifica a existência do instituto do passe. Oportunas as palavras de Rodrigo Spinelli:

então, por mais absurda que parecesse uma lei, se fosse tornada válida, não haveria qualquer objeção a ser efetivada na prática. Assim, uma lei permitir que um trabalhador, mesmo após o fim de seu contrato, seja impedido de atuar e, por isso, não obter qualquer quantia remuneratória, realmente é uma construção da sociedade moderna em que, pelo direito, pela lei, tudo se justifica, por mais absurdo que pareça (SPINELLI, 2011, p. 57).

O passe possui características comuns com a escravidão. Nas palavras de Álvaro de Melo Filho:

Não são poucos os autores que tipificam o passe como “une certaine forme d’esclavage ou de servitude”, e o Prof. Manoel Tubino, a esse respeito, assevera que “a Lei do Passe é a última forma de escravidão existente, uma vez que os clubes são donos dos atletas e ninguém de forma alguma pode ser dono da força de trabalho de alguém”. Contudo, não se pode esquecer que a outra face da moeda – os clubes – conquanto a revogação dessa “slave law” ou a assinatura de Lei Áurea desportiva terá sérias implicações, com efeitos danosos e imagináveis, pois, do mesmo modo que não podemos coisificar os atletas profissionais, igualmente não podemos descurar que o passe, na lição de Aníbal Pellon, é a “garantia efetiva da justa compensação ao clube pelo capital investido na formação e no aprimoramento físico e técnico do atleta (que o valorizou no mercado de trabalho) e o ressarcimento, com reflexos patrimoniais negativos sobre a associação empregadora, em face da mutilação do seu todo harmônico, com a retirada súbita de uma das peças de seu conjunto (MELO FILHO, 1998, p. 100-101).

Ralph Cândia explica que o instituto do passe figura como óbice ao pleno exercício profissional:

A par da sua natureza, importa examinar, em relação a essa taxa, a sua legalidade frente aos preceitos constitucionais vigentes em especial a norma que assegura livre exercício de qualquer trabalho, consoante estabelecido no § 23 do art. 153 da Carta Magna. Este preceito, e bem assim o princípio estabelecido no item II do art. 160, ressaltando a “valorização do trabalho como condição de dignidade humana”, a nosso ver não se compatibilizam com restrição imposta pelo “instituto do passe” que, sem dúvida, se afigura óbice ao pleno exercício profissional, com indiscutível redução e até mesmo eliminação do direito de livre escolha do atleta (CÂNDIA, 1978, p. 21).

Oportunos os apontamentos de Inácio Nunes:

Simplesmente se acaba com o aprisionamento de um atleta profissional a uma entidade de prática desportiva, extinguindo o monstruoso vínculo que se denominava passe. O passe nada mais era que o grilhão que atrelava o atleta a uma entidade de prática desportiva, digamos, a um clube, tornando-se escravo desse clube e não um empregado, simplesmente porque, mesmo após o encerramento do período de contrato, o atleta continuava aprisionado ao clube, não se pode transferir para outro, ou seja, sem ter a liberdade de escolher outro empregador para o qual trabalhar. O atleta se tornava, com o instituto do passe, um trabalhador que não tinha direito de mudar de emprego, que não podia discutir bilateralmente seu contrato de trabalho, que se via obrigado a aceitar as condições impostas por seu empregador, sob pena de não poder exercer sua profissão (NUNES, 1998, p. 36-37).

Rodrigo Spinelli destaca que:

Outro ponto que nos traz a ideia de escravidão era o fato de o atleta ser comprado. A palavra “compra” nos remete a mercadoria, o que fere peremptoriamente a dignidade do atleta. Embora o empregado devesse aceitar a transferência, o fato de colocar o homem como mercadoria nos leva a refletir (SPINELLI, 2011, p. 58).

Alexandre Bueno Cateb alerta que:

não se pode olvidar, contudo, que transações envolvendo a transferência de atletas de um clube para outro configuram, claramente, um ato de comércio”. Negocia-se “o passe do atleta, quando não interessa mais à entidade, como se negocia um bem de consumo, um veículo, um terreno. Leva o atleta o clube que pagar mais (CATEB, 2004, p. 99).

Sua existência vinha sendo combatida há muito por jogadores e pela imprensa, de modo geral, sob a argumentação de se tratar de instrumento de conteúdo escravagista, já que equiparava o trabalhador a uma coisa ou mercadoria, cerceando o seu direito de liberdade de trabalho, indo contra a Constituição e aos direitos universais do homem e do cidadão (BARREIROS NETO, 2010, p. 142).

A maior semelhança do passe com a escravidão era que o atleta era negociado com outro clube e, muitas vezes, tinha que trabalhar em locais que não concordava, diferentemente da escravidão, recebia 15% do valor referente à transação.

A liberdade é consagrada no art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, nos seguintes termos:

a liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudicar outrem; assim o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites senão os que garantem aos demais membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Estes limites só podem ser determinados pela lei (FRANÇA, 1789).

Com efeito, de acordo com o festejado constitucionalista alemão Konrad Hesse (1995, p. 181), no que diz respeito a sua dimensão pessoal, a liberdade de profissão é sempre um aspecto essencial da livre formatação da própria existência, sem a qual o livre desenvolvimento da personalidade não seria sequer concebível; por outro lado, na perspectiva econômica, a liberdade de profissão constitui elemento essencial de uma ordem social e econômica livre.

Um olhar para a história da humanidade permite constatar que a figura do escravo já existia desde a Grécia antiga. Segundo Elimar Szaniawski:

a proteção da personalidade humana se assentava sobre três ideias centrais”. A primeira formulava a noção de repúdio à “injustiça; a segunda vedava toda e qualquer prática de atos de excesso de uma pessoa contra a outra e a última proibía a prática de atos de insolvência. A tutela da personalidade da pessoa humana era exercida através da *hybris* (SZANIAWSKI, 2005, p. 24-25).

No Brasil, mesmo após a libertação dos escravos em 13 de maio de 1888, com a assinatura da Lei Áurea, pela Princesa Isabel, é possível observar que, nos dias hodiernos, o passe trata-se de um instituto que restringe o atleta à condição de coisa, assim como ocorria no passado, mas, agora, de forma camuflada. Diante disso, soa natural ouvir no noticiário esportivo que determinado atleta foi vendido por um clube a outro, como se fosse um bem ou um objeto.

Vale destacar que enquanto o atleta for tratado como fonte de renda dos clubes jamais deixará de ter características de escravo, uma vez que continuará a ser visto como se bem patrimonial fosse. Aliás, o Tratado de Versalhes dispõe claramente ser um dos princípios fundamentais da OIT (Organização Internacional do Trabalho) no item I, “a”, que o trabalhador não é uma mercadoria (SÁ FILHO, 2010, p. 70).

Nas palavras de Tupinambá Miguel Castro do Nascimento (1975, p. 19), “a instituição do passe, portanto, em qualquer de suas facetas, é um expediente favorável às associações, eis que de cunho evidentemente patronal”. Principalmente “como arma de coação, amplamente usada e decantada pelas entidades desportivas empregadoras, quando das tratativas de renovação contratual”. Havendo “qualquer negativa por parte do atleta, estipula-se o passe no máximo previsto, sem qualquer proporção com o ordenado que se propõe para o novo contrato, e se deixa

o tempo passar. Há em verdade, possibilidade de o passe ser depreciado”. No entanto, durante esse período, “fica o atleta sem possibilidade de trabalhar e perceber seus vencimentos. Em pouco tempo, ele se rende diante de suas necessidades e de sua família. É sem dúvida uma coação com roupagem de legalidade”.

Com o fim do passe houve um crescimento na saída de jogadores para o exterior, especialmente para a Europa, aumentando a maior competitividade dos clubes mais ricos, já que contratam jogadores brasileiros, ao término do contrato, favorecendo os grandes jogadores que são minoria, com altíssimos salários.

Para combater essa saída precoce do atleta, antes do fim do término do contrato, os clubes passaram a utilizar contratos mais longos, para impedir o livre mercado.

Por outro lado, diferentemente do que aconteceu na Europa, os clubes brasileiros continuaram a investir nas categorias de base, pois a crise financeira que afeta a maioria dos clubes brasileiros faz com que a formação do atleta seja uma alternativa, já que este não dispõe de dinheiro para contratar atletas no mercado.

A título de ilustração, o *Santos Futebol Clube*, um dos times brasileiros que mais revelam atletas e “exportam” para clubes europeus, como exemplo Robinho, Neymar e Rodrigo, todos atletas formados nas categorias de base do clube, a previsão orçamentária para o ano de 2022, em investimentos nas categorias de base é de R\$27.088.344,00 (vinte e sete milhões oitenta e oito mil trezentos e quarenta e quatro reais) (SANTOS FUTEBOL CLUBE, 2022). Dessa forma, a entidade de prática desportiva formadora do atleta terá o direito de assinar com ele, a partir de 16 (dezesesseis) anos de idade, o primeiro contrato especial de trabalho desportivo, cujo prazo não poderá ser superior a 5 (cinco) anos.

Com o fim do passe, a cláusula penal acabou “blindando” o contrato do atleta profissional de futebol, de modo que criou o legislador uma nova roupagem de proteção, com o valor abusivo inserido pelo clube, de forma unilateral. O passe prejudicava claramente a liberdade do atleta, pois ao término do seu contrato era obrigado, por conta até mesmo de uma necessidade financeira, a aceitar uma nova proposta ou transferir para um clube que não era seu objetivo.

2.10 SUBSTITUIÇÃO NA LEI PELÉ: SAI O PASSE, ENTRA A CLÁUSULA PENAL

É sabido que o Brasil é um exportador de talentos, já que a maior parte da receita dos clubes vem justamente dos valores relativos a negociações de atletas, principalmente com o

exterior⁷⁰. Dessa forma, com o fim do passe, houve grande desconfiança dos clubes e uma visível reprovação da Lei Pelé (Lei nº 9615/98) (BRASIL, 1998).

Já por parte dos atletas profissionais houve um processo contrário. Como eles se sentiram livres para negociar seus contratos, usando principalmente a impotência dos clubes na elaboração, passaram a explorar o fim do passe para restabelecer relações muito mais financeiras que emocionais, potencializando os conflitos e as críticas em relação ao fim do instituto (SPINELLI, 2011, p. 63).

Para Álvaro de Melo Filho, o atleta ficou livre do passe, mas refém de procurador no futebol; recorrendo quanto às consequências do fim do passe, entende que foi algo prejudicial para os clubes e atletas:

A decantada implosão do “passe” dos atletas profissionais de futebol, na prática, resultou na “posse” dos empresários, pois a tutela mudou apenas de “proprietário” ou “feitor”. O atleta livrou-se do “passe” que o vinculava ao clube, mas ficou refém de “procurador”, submetido aos efeitos perversos de contratos leoninos, como consequência da “libertária” Lei Pelé (Lei nº 9.615/98), tão irresponsável, quanto mistificadora, jogando os clubes profissionais na mais grave crise financeira de sua história [...]. Na verdade, a grande hecatombe que caiu sobre o futebol brasileiro, desestruturando os orçamentos semi-equilibrados dos nossos clubes, foi a extinção de seu mais valioso e “maior ativo”: o passe. Em consequência, os torcedores diminuíram nos estádios, murcharam os patrocínios, minguaram os investimentos e reduziram-se os direitos de TV. Impõe-se lembrar aos artífices e defensores do fim da “escravidão desportiva”, que os próprios atletas, exceto as grandes “estrelas”, foram os mais prejudicados, pois, além de perderem os 15% quando seu passe era negociado, tiveram brusca queda salarial, pois hoje apenas 3,64% dos jogadores no Brasil recebem mais de 20 salários mínimos (MELO FILHO, 2021, online).

Antônio Sérgio Figueiredo Santos corrobora o entendimento acima, dizendo que:

Inobstante candentes as marcas do aristocratismo estampado na “lei do passe”, decorrentes do domínio sobre os destinos profissionais do atleta de futebol, este ainda permanecerá dependente dos empresários. A experiência e os costumes levam a crer que, em razão da natureza da profissão, o futebolista não se encontra, suficientemente, preparado para administrar sua própria carreira, e, em decorrência de tais circunstâncias, sua transferência para outra entidade de prática desportiva sempre será objeto de intermediação de terceiros (SANTOS, 2001, p. 30).

⁷⁰ De 1º de janeiro a 31 de dezembro de 2020, a CBF registrou 2.870 negociações, sendo 162 com valores. No caminho do exterior para o Brasil, 25 empréstimos e 33 compras alcançaram R\$ 531.566.271,00. Já do Brasil para o exterior foram 33 empréstimos e 82 vendas totalizando R\$ 1.682.658.442,00. Entre clubes nacionais, houve 40 transferências movimentando R\$ 291.618.000,00 (CBF, 2021).

O renomado jurista Valed Perry aponta o desemprego dos atletas em sua maioria com o fim do passe:

[...] o Legislador da “Lei Áurea” esquece-se, também, de que os excepcionais jogadores poderão ser por ela favorecidos – um grupo diminuto – mas estatísticas demonstram que 75% dos contratos registrados na Confederação Brasileira de Futebol revelam de um a três salários mínimos pactuados como remuneração. E a situação desses? Pelas normas vigentes, terminando o contrato, o clube é obrigado a fazer proposta para a sua renovação, sob pena de ficar livre o jogador. Por isso o clube cumpre a norma. Se o jogador aceitar a proposta, continuará empregado, se recusar, fazendo ou não contra proposta, o clube fixará o “passe”, em importância proporcional a proposta, em obediência a tabela existente. Cedido o jogador em direito de receber 15% do valor da indenização, o que para o jogador sem maior projeção, é altamente compensatório. Com a vigência do mencionado dispositivo, que se dará três anos após, terminado o contrato do jogador estará livre. O clube, se estiver encerrado o campeonato de que participa, não fará proposta alguma, desinteressado, até porque não poderá obter qualquer vantagem na cessão. O jogador estará livre...e desempregado (PERRY, 1999, p. 20-21).

Jayme Eduardo Machado explica que:

[...] não existindo mais o instituto do passe, será inevitável que os clubes passem a contratar os jogadores de menor expressão, que constituem a esmagadora maioria disponível, apenas pelo prazo necessário à disputa de determinado campeonato – que poderá ser limitado a três meses apenas. E findo o torneio, se o clube não quiser renovar-lhe o contrato, o jogador estará desempregado assim que extinto o vínculo trabalhista, sem a proteção salarial assegurada pelas regras atinentes à preservação do vínculo desportivo, ao término daquele (MACHADO, 2000, p. 23).

Neste momento, o futebol brasileiro atravessa uma fase de transição. A nova Lei do Passe deverá fazer com que clubes e jogadores adotem nova postura, mais profissional, inclusive incrementando ações de *marketing* (BRUNORO; AFIF, 1997, p. 20).

Com o fim do passe, para os clubes não havia mais motivos para investir na formação dos atletas com as categorias de base, diante do alto custo com moradia, alimentação, educação, assistência médica e odontológica, isso porque, com o passe, os atletas que se destacavam trariam o retorno do investimento, quando negociados, principalmente, para clubes do exterior.

Conforme será demonstrado adiante, mesmo com o fim do passe, criou-se uma nova roupagem, com a cláusula penal exagerada, que restringe a liberdade de exercício de profissão antes do término do prazo contratual, impedindo o atleta de resilir o contrato, a menos que pague a multa contratual, em sua maioria, em elevadas cifras, o que efetivamente está em desacordo com o princípio da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, acarreta prejuízos aos direitos da personalidade do atleta, restringindo a liberdade de profissão.

Feitas estas considerações dentro do tema proposto em análise, passar-se-á à definição do conceito de cláusula penal, ou seja, um valor mediante o pagamento do qual o atleta pode se desvincular do clube, com efeitos imediatos e sem necessidade de invocação de justa causa, presente nos contratos celebrados entre clubes e atletas profissionais de futebol.

3 DOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS E A CLÁUSULA INDENIZATÓRIA DESPORTIVA

Nesse capítulo serão analisados os princípios contratuais, com especial destaque para os princípios que orientam a formação dos contratos: princípio da autonomia da vontade e a função social dos contratos, princípio da obrigatoriedade, dirigismo contratual e princípio da boa-fé.

No contrato de trabalho desportivo há liberdade contratual, de modo que as partes têm ampla liberdade para estipular as cláusulas que lhe interessam, tornando o contrato verdadeira norma jurídica, fazendo lei entre as partes. Entretanto, há necessidade de o Estado intervir nas disposições dos negócios e reduzir a liberdade contratual, impedindo a celebração de determinadas obrigações quando há cláusulas com objetivos leoninos, que, na maioria dos casos, são inseridas pelos clubes no contrato de trabalho de forma impositiva e unilateral, visando uma blindagem do contrato, por meio de contraprestações que restringem a liberdade de trabalho, em desconformidade com a dignidade da pessoa humana.

Assim, torna-se necessário analisar, ainda, o instituto da cláusula penal, porque essa efetivamente assume o caráter de garantia da obrigação principal, especialmente tendo em vista que a cláusula penal desportiva seria do tipo liberatória, uma vez que tem por objetivo conceder ao atleta o direito de, ao romper seu contrato, buscar um novo clube para jogar.

É necessário apurar nesse momento se o contrato de trabalho desportivo é um contrato de adesão e se coloca o atleta profissional de futebol em extrema inferioridade e desvantagem, sendo, portanto, parte hipossuficiente. Por fim, demonstrar a possibilidade de se buscar o Poder Judiciário para a redução da cláusula penal em caso de abusividades, visando impedir a restrição da liberdade de trabalho.

3.1 PRINCÍPIOS CONTRATUAIS

Os princípios sempre estiveram presentes nos contratos, de forma a regular a relação daqueles que se vinculam e assumem obrigações. O direito contratual é regido por diversos princípios, que têm a função de estabelecer o equilíbrio nos contratos, evitando abusos de direitos, cláusulas abusivas, o enriquecimento ilícito, dentre outros.

Neste capítulo é fundamental examinar os principais princípios contratuais: princípio da autonomia da vontade e a função social dos contratos, princípio da obrigatoriedade, dirigismo contratual e obrigatoriedade.

3.1.1 Princípio da autonomia da vontade e a função social dos contratos

Desde o surgimento, passando pelo Direito Romano e pelas várias correntes filosóficas e jurídicas da história, o princípio da autonomia da vontade sempre foi consagrado.

Arnaldo Rizzardo explica essa evolução da autonomia da vontade:

[...] é o contrato considerado como o acordo de vontades livres e soberanas, insuscetível de modificações trazidas por qualquer outra força que não derive das partes envolvidas. Induziu a tão alto grau a liberdade de pactuar, que afastou quase completamente a interferência estatal. Assim pontificou na doutrina de J. J. Rousseau, na qual prepondera a vontade geral, e não a individual, com o menor envolvimento possível do Estado, formada pelo livre consentimento das vontades individuais, vindo a constituir o contrato social. O individualismo firmou-se soberano, acompanhando o evoluir do contrato. Acentuou-se com o Código de Napoleão e se expandiu com a filosofia dos fisiocratas, tornando-se instrumento eficaz da economia capitalista (RIZZARDO, 2015, p. 58).

É inderrogável a liberdade contratual, já que as pessoas, em tese, têm ampla liberdade para estipular as cláusulas que lhes interessam. Torna-se o contrato verdadeira norma jurídica, fazendo lei entre as partes.

Oportunas as palavras de Gustavo Tepedino:

[...] tamanha é a amplitude atribuída a essa liberdade que se costuma subdividi-la em liberdade de contratar, abarcando a escolha sobre contratar ou não, e a liberdade contratual, referente à determinação dos termos do contrato. Nesta se incluiriam a possibilidade de escolher o conteúdo do contrato, o tipo contratual (ou elaborar um contrato atípico), a forma do pacto, a estrutura da contratação (unilateral, bilateral, plurilateral, mais de um contrato em coligação, utilização de contrato com fins indiretos), a eficácia do contrato, a sanção aplicável (cláusula penal, limitação do dever de indenizar), cláusula compromissória de arbitragem em caso de conflito, o direito aplicável ao contrato, entre outras cláusulas possíveis (TEPEDINO, 2021, p. 95).

Desde a metade do século passado, o princípio vem sofrendo atenuações, o que se acentuou, no direito brasileiro, com o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 1990), e passou, com o Código Civil de 2002, a se subordinar à função social do contrato, rezando seu

art. 421: “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” (BRASIL, 2002).

A autonomia da vontade está ligada à liberdade de contratar, que se submete, no entanto, a limites, não podendo ofender outros princípios ligados à função social do contrato.

A função social do contrato privilegia o interesse público sobre o privado, de modo a impor o proveito coletivo em detrimento do meramente individual, com o escopo de garantir uma justiça distributiva, mais que meramente retributiva (RIZZARDO, 2015, p. 60).

A função social do contrato decorre da doutrina que se opôs ao liberalismo decorrente da Revolução Industrial e que foi adotada pela Constituição Federal de 1988, a partir do direito de propriedade (art. 170, inc. III) (BRASIL, 1988).

Gustavo Tepedino explica que:

[...] a função consiste em elemento interno e razão justificativa da autonomia contratual. Não para subjugar a iniciativa privada a entidades ou elementos institucionais supraindividuais, mas para instrumentalizar as estruturas jurídicas aos valores do ordenamento, permitindo o controle dinâmico e concreto da atividade privada. O recurso à função revela o mecanismo dinâmico de vinculação das estruturas do direito, em especial dos fatos jurídicos, dos centros de interesse privado e de todas as relações jurídicas aos valores da sociedade consagrados pelo ordenamento, a partir de seu vértice hierárquico, o Texto Constitucional (TEPEDINO, 2021, p. 109-110).

O renomado autor arremata que:

a função social do contrato não é dotada de eficácia jurídica autônoma, sendo espécie de orientação de política legislativa que revela sua importância em diversos institutos que, como expressão da função social, autorizam ou justificam soluções normativas específicas, tais como a resolução por excessiva onerosidade (CC, art. 478), a lesão (CC, art. 157), a conversão do negócio jurídico (CC, art. 170), a simulação como causa de nulidade (CC, art. 167), e assim por diante (TEPEDINO, 2021, p. 110-111).

3.1.2 Princípio da obrigatoriedade

É irreduzível o acordo de vontades, conforme regra consolidada no Direito Canônico, por meio do brocardo *pacta sunt servanda*. Os contratos devem ser cumpridos pela mesma razão que a lei deve ser obedecida. O fundamento da obrigatoriedade está, segundo alguns autores, no dever de veracidade. Ao homem compete manter-se fiel à sua promessa, por determinação da própria lei natural, que o força a dizer a verdade (RIZZARDO, 2015, p. 64-65).

3.1.3 Dirigismo contratual

O processo de intervenção do Estado na economia, projetado nesta seara por meio do chamado dirigismo contratual, acabou por restringir significativamente esses espaços tradicionalmente atribuídos à liberdade de contratar.

A evolução política e econômica da sociedade, desde o final do século XIX, exigiu a interferência do Estado nas relações privadas, mitigando-se a força vinculante da vontade negocial. No Brasil, a intervenção nas atividades contratuais incidiu primeiramente nas relações laborais, por conta da desigualdade intensa verificada no contrato de trabalho, a suscitar a proteção social do empregado.

O direito tende a uma constante socialização de suas normas. Os estipulantes assumem cada vez mais uma posição de igualdade legal, o que importa, com frequência, na intervenção do Estado para refrear a excessiva autonomia da vontade (RIZZARDO, 2015, p. 73).

Há necessidade de o Estado intervir nas disposições dos negócios e reduzir a liberdade contratual, impedindo a celebração de determinadas obrigações, adscrevendo cláusulas diretórias, de modo a negar valor a objetivos leoninos, exigir certas contraprestações e disciplinar as preferências (SIDOU, 1984, p. 168). Esta função é, também, denominada regulamentação legal do contrato e dirige-se a controlar o individualismo contratual.

Prevalecem razões de ordem moral e econômica, com poder para a modificação de cláusulas prejudiciais a um dos contratantes, que está situado num plano de inferioridade perante o outro. No contrato de trabalho desportivo, o atleta encontra-se em situação de hipossuficiência. Em outras palavras, cabe ao Estado refrear a excessiva autonomia da vontade.

Segundo Gustavo Tepedino, há relativização da intangibilidade do conteúdo do contrato:

[...] são exemplos de relativização da intangibilidade do conteúdo do contrato a possibilidade da revisão, rescisão ou da resolução contratual, por lesão ou por excessiva onerosidade, em atendimento ao princípio do equilíbrio contratual, bem como o afastamento de cláusulas reputadas abusivas, o controle do exercício de direitos e a imposição de deveres não previstos pelas partes, com fundamento na boa-fé, na função social do contrato e na proteção dos vulneráveis. Nessa linha, o conteúdo do contrato pode ser determinado, na atividade hermenêutica, por uma conciliação entre fontes autônomas e heterônomas. Em outras palavras, na normativa contratual combinam-se as regras decorrentes do exercício da liberdade criativa das partes, que traduzem a autorregulamentação de seus interesses, com aquelas oriundas da intervenção legislativa e do dirigismo contratual, bem como, de forma mais ampla, direitos e deveres produzidos pela incidência direta da principiologia constitucional, como decorrência da

funcionalização do contrato à realização do projeto constitucional (TEPEDINO, 2021, p. 101).

3.1.4 Princípio da boa-fé

A boa-fé objetiva aparece, assim, a partir de então, como cláusula geral que, assumindo diferentes feições, impõe às partes o dever de colaborarem mutuamente para a consecução dos fins perseguidos com a celebração do contrato (TEPEDINO, 2021, p. 102).

Nessa vertente, previu o Código Civil a boa-fé como princípio incidente sobre todas as relações jurídicas, no âmbito da teoria geral. De acordo com o art. 113 (“os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”); e, especificamente do direito contratual, consoante o art. 422 (“os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”) (BRASIL, 2002), está apto a produzir efeitos na fase pré-contratual, durante o contrato e mesmo após a consumação dos efeitos contratuais (eficácia pós-contratual).

Arnaldo Rizzardo explica que:

a segurança das relações jurídicas depende, em grande parte, da probidade e da boa-fé, isto é, da lealdade, da confiança recíproca, da justiça, da equivalência das prestações e contraprestações, da coerência e clarividência dos direitos e deveres. Impende que haja entre os contratantes um mínimo necessário de credibilidade, sem o qual os negócios não encontrariam ambiente propício para se efetivarem. O conjunto desses valores constitui um pressuposto gerado pela probidade e boa-fé, ou sinceridade das vontades ao firmarem os direitos e obrigações. Sem os princípios, fica viciado o consentimento das partes. Embora a contraposição de interesses, as condutas dos estipulantes subordinam-se a regras comuns e básicas da honestidade, reconhecidas tão só em face da justeza e boa-fé que impregnam as mentes (RIZZARDO, 2015, p. 72).

A boa-fé atua como limite negativo ao exercício de direitos, de modo a impedir, no âmbito dos contratos, o exercício irregular ou abusivo de posições contratuais. Tal função da boa-fé foi incorporada no art. 187 do novo Código Civil, que a inclui como um dos parâmetros do controle de abusividade.

3.2 CLÁUSULA PENAL

A cláusula penal teve seu nascimento no Direito Romano e, nas palavras de Rubens Limogi França:

Começando o estudo da noção romana de pena *convenzionale*, assim se exprime: Diz-se pena convencional a prestação à qual alguém se obriga, na hipótese de não cumprir uma obrigação; esta última pode ser o próprio promitente ou de um terceiro, de se fazer no primeiro caso ao promissário ou a um terceiro, no segundo caso sempre ao promissário. E acrescenta “Por extensão as palavras ‘pena convencional designam a convenção relativa à pena, tendo prevalecido no uso de outra, mais apropriada, ‘convenção penal’” (FRANÇA, 1988, p. 16).

O autor destaca que a cláusula penal possui tríplice finalidade:

É reforço, porque efetivamente assume o caráter de garantia da obrigação principal. É pré-avaliação dos danos porque o seu pagamento é compulsório, independente de prova do prejuízo da inexecução ou da execução inadequada. E ainda mesmo que não haja prejuízo, o pagamento não deixa de ser devido. E, finalmente, é pena, na acepção lata do termo (mas nem por isso menos técnica), porque significa uma punição, infligida àquele que transgride a ordem contratual e, via de consequência, a própria ordem jurídica (FRANÇA, 1988, p. 157).

Não há na lei brasileira o conceito de cláusula penal, motivo pelo qual, para resolver a questão, é necessário recorrer à doutrina.

A cláusula penal é um pacto acessório, em que se estipulam penas ou multas contra aquele que deixa de cumprir o ato ou o fato a que se obrigou ou apenas retardou. Ainda que ela seja mais comum nos contratos, de onde é oriundo o termo pena convencional, também é possível em testamentos para reforçar a obrigação do herdeiro de pagar o legado (BEVILÁQUA, 1977, p. 282).

Álvaro Villaça Azevedo apresenta o conceito de cláusula penal, afirmando que:

trata de uma cláusula fixada por escrito nos limites da lei, de uma pena ou sanção, de natureza econômica, que pode consistir no pagamento de uma soma em dinheiro ou no cumprimento de qualquer outra obrigação, seja de dar um objeto (obrigação de dar) ou de realizar uma atividade (obrigação de fazer), desde que seja possível converter em dinheiro, em caso de descumprimento de uma obrigação assumida (AZEVEDO, 2004, p. 256).

A finalidade da cláusula penal é estimular o devedor a cumprir o contrato. Nesse sentido, Orlando Gomes (1986, p. 189) entendia que a cláusula penal pura não seria uma cláusula penal, já que não teria como objetivo prefixar perdas e danos, mas somente estabelecer uma punição pela infração de certos deveres contratuais. A cláusula penal é um elemento novo nos contratos de trabalho desportivo, surgindo como uma inovação na Lei nº 8.672/1993 (BRASIL, 1993).

Verifica-se, desde os tempos do Império, que a cláusula penal é fixada com o propósito de reforçar o cumprimento da obrigação principal, já que sujeita o devedor inadimplente ao pagamento de certa prestação com repercussão econômica, reforçando assim sua condição assessoria (CASSETARI, 2011, p. 47).

Rubens Limogi França (1988, p. 30) traz o conceito de cláusula penal: “é aquela pela qual uma pessoa, para assegurar a execução de uma convenção, se obriga a alguma coisa em caso de inexecução”. Washington Monteiro de Barros (2003, p. 374) afirma que a cláusula penal é “um pacto secundário e acessório em que se estipula pena ou multa para a parte que se subtrair ao cumprimento da obrigação, a que se obrigara, ou apenas retardá-lo”. E arremata afirmando que é “a estipulação mais comum nos contratos em que recebe o nome de pena convencional, denominação que, aliás, igualmente lhe dá o CC, em vários dispositivos”.

Antonio Pinto Monteiro informa que ela possuía dupla função:

Especialmente vocacionada, conforme a sua origem histórica, para atuar como instrumento de feição compulsória, em ordem de incentivar o rigoroso cumprimento das obrigações, a cláusula penal constitui, ao mesmo tempo, segundo a perspectiva dominante, uma forma de liquidação do dano, dispensando o credor, em caso de inadimplemento, de recorrer à indenização, que ela substitui. É precisamente esta dupla função, tradicionalmente reconhecida da cláusula penal, que está no centro do debate e gera a controversa e dedicada questão de determinar a sua natureza jurídica (MONTEIRO, 1990, p. 5).

A cláusula penal tem por objetivo reforçar, garantir o implemento da obrigação, ou seja, funciona com uma sanção ao devedor pelo inadimplemento da obrigação.

A cláusula penal apresenta definição complexa, que vem se modificando no decorrer da história, mas sempre ficou preservado o seu caráter punitivo. João de Matos Antunes Varela (1997, p. 140) explica que a outra denominação sinônimo de cláusula penal, pena convencional, corresponde às expressões alemãs *Vertragsstrafe* ou *Konventionalstrafe*.

Todo contrato traz uma insegurança quanto ao adimplemento da prestação, o que justifica a inclusão da cláusula penal. Arnaldo Rizzardo (2008, p. 537) afirma que “visa a cláusula penal emprestar garantia e segurança ao cumprimento da obrigação”.

Na lição de Christiano Cassettari:

[...] trata-se de uma convenção assessoria inserida em negócio jurídico unilateral ou bilateral, em que o devedor da obrigação se compromete, para o caso de inexecução completa da obrigação, de inexecução de alguma cláusula especial, ou simplesmente de

mora, a uma sanção de natureza econômica, que pode ser de dar, fazer ou não fazer nos limites fixados em lei (CASSETTARI, 2011, p. 51-52).

Explica, ainda, Rubens Limongi França, que os efeitos da cláusula penal dependem de sua espécie:

[...] punitiva é a cláusula que tem por função estabelecer, tão somente, uma pena, para o caso de inadimplemento [...]. Por outro lado, ao seu turno, compensatória alternativa é aquela que confere ao credor o arbítrio de exigí-la em lugar da obrigação. Compensatória cumulativa é aquela que confere ao credor a faculdade de exigí-la conjuntamente com a obrigação. Liberatória, ou penitencial, ou, ainda, imprópria, é aquela cuja virtude, uma vez paga, o devedor se libera da obrigação (FRANÇA, 1988, p. 199-200).

Carlos Alberto Bittar (2004, p. 170) já afirmava que a cláusula penal objetiva primordialmente reforçar a obrigação assumida e, posteriormente, a prévia estimação das perdas e danos diante do inadimplemento. Christiano Cassettari (2011, p. 61) explica que: além das “perdas e danos, podemos destacar que a cláusula penal terá por objetivo reforçar o cumprimento da obrigação estimulando o seu inadimplemento, já que o devedor irá se sentir compelido a cumprir com a obrigação, sob pena de sofrer um desfalque patrimonial pelo descumprimento”.

Nos contratos de trabalho de atletas profissionais, a cláusula penal será regulada pela Lei Pelé quanto às suas disposições especiais, porém, na sua omissão, deverá ser aplicado o Código Civil de 2002, que permite a aplicação de forma subsidiária do Direito do Trabalho, no que com ele não for incompatível.

Cumprir analisar os dispositivos específicos da cláusula penal desportiva, para entender a sua aplicação. A cláusula penal poderia ser conceituada como uma multa contratual devida nas hipóteses de descumprimento, rompimento ou rescisão pelo atleta unilateralmente de todos os contratos de atletas profissionais (art. 28 da Lei nº 9615/1998) (BRASIL, 1998).

O art. 28 da Lei Pelé, após suas atualizações, estabelece que o contrato de trabalho desportivo deve, obrigatoriamente, conter cláusula penal desportiva, que poderá ser de duas espécies: cláusula indenizatória desportiva, que é aquela devida exclusivamente à entidade de prática desportiva à qual está vinculado o atleta na 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 desportiva no prazo de até 30 (trinta) meses”. Já a cláusula compensatória desportiva é

aquela devida pela entidade de prática desportiva ao atleta, nas seguintes hipóteses: a) “com a rescisão decorrente de inadimplemento salarial, de responsabilidade da entidade de prática desportiva empregadora”; b) “com a rescisão indireta, nas hipóteses previstas na legislação trabalhista”; c) “com a dispensa imotivada do atleta” (art.28, §5º, incs. III a V) (BRASIL, 1998).

A cláusula indenizatória desportiva trata-se de cláusula penal liberatória, também conhecida como multa penitencial, já que tem por objetivo conceder ao atleta o direito de, ao romper seu contrato, buscar um novo clube para jogar.

A pressão dos dirigentes esportivos, diante do fim do passe, sobre o legislador, resultou em alterações da lei para favorecer os clubes, sem a participação dos jogadores e do sindicato na aprovação da Lei nº 9.981/2000, que estabeleceu de início o limite máximo da cláusula penal de 100 vezes o valor da remuneração do atleta (BRASIL, 2000).

Embora o art. 28, §3º, da Lei nº 9615/98, demonstra uma bilateralidade, o entendimento da jurisprudência é de que é unilateral, ou seja, devida pelo atleta ao clube, pois resulta do rompimento unilateral do contrato por vontade do atleta e tem natureza compensatória pelo pacto de permanência.

A preocupação dos clubes era proteger o investimento dispendido na formação dos atletas.

Neste contexto, diante do fato de que o valor era exorbitante a título de multa, a Lei nº 10.672/2003 trouxe modificações e uma nova redação para o art. 28, §4º, da Lei nº 9615/1998, com a previsão de redução progressiva da cláusula penal aplicada a cada ano de vigência do contrato. No primeiro ano havia a redução de 10%, de 20% no segundo ano, de 40% no terceiro e de 80% no quarto ano (BRASIL, 1998; BRASIL, 2003).

Ocorre que diante dos altos valores estabelecidos na cláusula penal estes redutores com o tempo tornaram-se ineficazes para o clube.

Na verdade, sendo tal cláusula inserida no contrato de trabalho desportivo significa que a entidade empregadora aceita, de antemão, que o pagamento da importância nela estipulada, habilitará o praticante a rescindir, legitimamente, o vínculo contratual (AMADO, 2002, p. 341-342). O regime do passe foi substituído pela cláusula penal, que prevê uma multa a ser paga ao time se o jogador rescindir com o clube antes de findo o contrato. O artigo 28, §1º da Lei nº 9615/98, em sua atual redação dispõe que 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 (BRASIL, 1998).

A Lei nº 12.395/2011 inseriu o §2º do art. 28, ao criar uma solidariedade legal, estabelecendo que são solidariamente responsáveis pelo pagamento da cláusula indenizatória desportiva o atleta e a nova entidade de prática desportiva empregadora (BRASIL, 2011).

No caso concreto não se aplica o limite do art. 412 do Código Civil, por disposição legal específica, que permite que o valor da cláusula penal seja superior ao da obrigação principal.

Paulo Luiz Netto Lôbo (2005, p. 303) afirma que a cláusula penal tem caráter convencional e não pode ser imposta por lei. Quanto à natureza jurídica da cláusula penal, há divergência de entendimento na doutrina, porque há quem defenda tratar-se apenas de uma mera multa penitencial ou de uma autêntica cláusula liberatória. A lei possibilita a inserção, no contrato de trabalho desportivo, de uma condição resolutiva nos termos da qual o contrato possa cessar sem motivo justificativo por parte atleta profissional de futebol.

A cláusula penal já tinha previsão nos artigos 916 a 927⁷¹ do Código Civil de 1916 e no Código Civil de 2002, em seus artigos 408 a 416⁷² (BRASIL, 1916; BRASIL, 2002).

⁷¹ Art. 916. A cláusula penal pode ser estipulada conjuntamente com a obrigação ou em ato posterior.

Art. 917. A cláusula penal pode referir-se à inexecução completa da obrigação, à de alguma cláusula especial ou simplesmente à mora.

Art. 918. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor.

Art. 919. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal.

Art. 920. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.

Art. 921. Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que se vença o prazo da obrigação, ou, se o não há, desde que se constitua em mora.

Art. 922. A nulidade da obrigação imporá a da cláusula penal.

Art. 923. Resolvida a obrigação, não tendo culpa o devedor, resolve-se a cláusula penal.

Art. 924. Quando se cumprir em parte a obrigação, poderá o juiz reduzir proporcionalmente a pena estipulada para o caso de mora, ou de inadimplemento.

Art. 925. Sendo indivisível a obrigação, todos os devedores e seus herdeiros, caindo em falta um deles, incorrerão na pena; mas esta só se poderá demandar integralmente do culpado. Cada um dos outros só responde pela sua quota. Parágrafo único. Aos não culpados fica reservada a ação regressiva contra o que deu causa à aplicação da pena.

Art. 926. Quando a obrigação for divisível, só incorre na pena o devedor, ou o herdeiro do devedor que a infringir, e proporcionalmente à sua parte na obrigação.

Art. 927. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo (BRASIL, 1916).

⁷² Art. 408. Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora.

Art. 409. A cláusula penal estipulada conjuntamente com a obrigação, ou em ato posterior, pode referir-se à inexecução completa da obrigação, à de alguma cláusula especial ou simplesmente à mora.

Art. 410. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor.

Não restam dúvidas que a cláusula penal tem importância para garantir os negócios jurídicos diante do eventual descumprimento das obrigações contratuais. Entretanto, na prática, os atletas profissionais de futebol, parte hipossuficiente na maioria dos casos, são submetidos a contratos de adesão, confeccionados de forma unilateral pelos clubes, com cláusula penal abusiva e exorbitante, bem como com a estipulação de prazos longos, que restringem a liberdade de trabalho do atleta.

3.3 CONTRATO DE ADESÃO

Deve-se analisar com muita cautela a cláusula penal que favorece o aderente em contrato de adesão. A liberdade de contratar e não contratar, no plano do Direito Privado, especialmente na esfera do Direito das Obrigações, manifesta-se sob tríplice aspecto.

Conforme ensina Caio Mario Pereira:

Pela faculdade de contratar e não contratar, isto é, pelo arbítrio de decidir, segundo os interesses e conveniências de cada um, se e quando estabelecer com outrem um negócio jurídico contratual; pela escolha da pessoa com quem contratar; pela liberdade de fixar o conteúdo do contrato, restringindo suas cláusulas ao sabor do livre jogo das conveniências dos contratantes (PEREIRA, 1966, p. 19).

A inserção da mencionada cláusula penal no contrato é de responsabilidade das partes, diante dos princípios da autonomia da vontade e da liberdade de fixação do conteúdo contratual, enquanto pilares da autonomia privada. Entretanto, essa questão, na maioria das vezes, não é

Art. 411. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal.

Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.

Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

Art. 414. Sendo indivisível a obrigação, todos os devedores, caindo em falta um deles, incorrerão na pena; mas esta só se poderá demandar integralmente do culpado, respondendo cada um dos outros somente pela sua quota. Parágrafo único. Aos não culpados fica reservada a ação regressiva contra aquele que deu causa à aplicação da pena.

Art. 415. Quando a obrigação for divisível, só incorre na pena o devedor ou o herdeiro do devedor que a infringir, e proporcionalmente à sua parte na obrigação.

Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo. Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente (BRASIL, 2002).

observada na prática futebolística pelos clubes, ou seja, essa vontade negocial é passível de restrições, especialmente no regramento das cláusulas contratuais.

Isso porque, os clubes são quem estipulam de forma antecipada o prazo de duração do contrato e o valor da cláusula penal, ou seja, o atleta, na maioria das vezes, é obrigado a assinar o contrato, típico de adesão, não sendo oportunizado a ele discutir as condições contratuais.

Paulo Luiz Netto Lôbo (2005, p. 309) afirma que existe uma preocupação internacional com os abusos das cláusulas penais, principalmente quanto aos contratos de adesão, demonstrada pela Resolução nº 38/135, de 1983, da Assembleia Geral das Nações Unidas, que procurou estabelecer limites razoáveis à sua utilização, seja como verdadeira *penalty*, seja como mera *compensation*, recomendando a nulidade das penas exageradas.

Uma das peculiaridades da relação laboral entre o atleta profissional e o clube, quanto aos profissionais de alto rendimento, é que estas envolvem a negociação de valores elevados, tanto no nível de transferência quanto de salário.

Seja pela necessidade financeira, seja pelo sonho de jogar em um clube de grande expressão no cenário brasileiro, muitos atletas se vinculavam contratualmente de forma desinformada e pouco esclarecida. Há alguns que chegam a ser analfabetos, sendo que a grande maioria não tem formação no ensino médio e, quiçá, curso superior. Por outro lado, cada atleta possui características específicas, que, muitas vezes, determinam o interesse dos clubes, que não medem esforços no mercado em busca de um jogador de maior valor para atender às necessidades do elenco, o que aumenta a concorrência entre os clubes.

Para Jorge Cesa Ferreira da Silva (2006, p. 244) o caráter coativo da cláusula penal não traz consigo a liberdade de abuso ou a possibilidade de sanção desmedida, já que não se pode admitir que, numa economia centrada na autonomia privada, cometa-se excessos ao estipulá-la.

Diante desse cenário de concorrência, que, muitas vezes, chega a ser desleal, com propostas milionárias para a “compra” do atleta que se destaca na temporada, com o fim do passe, conforme já analisado, surgiu a necessidade de o legislador criar uma compensação pela indenização ao clube, com a inserção no contrato de uma cláusula penal por prazo determinado, diferente do que ocorre no âmbito de uma relação trabalhista comum, cuja regra do contrato é ser por prazo indeterminado.

As cláusulas revestem de caráter de especificidade a relação de trabalho desportivo, ficando as partes vinculadas a sua consignação contratual, já que antes do término do contrato o

atleta só poderá se desvincular do clube se houver o pagamento do valor estipulado em sua saída para outra agremiação.

3.4 CLÁUSULAS ABUSIVAS

Nesse momento, passar-se-á à investigação acerca da excessividade ou abusividade da cláusula penal e de quais os critérios que poderiam ser utilizados pelo Poder Judiciário para fins de delimitar, ou até declarar nula, caso ocorra interesse do atleta resilir o contrato antes do término. O contrato de trabalho é um contrato dinâmico, no sentido de que, ao longo de sua existência, vai sofrendo constantes transformações (RODRIGUEZ, 2000, p. 109).

Conforme já mencionado, no Brasil, os clubes têm tentando blindar seus contratos para evitar a saída do atleta para outro clube antes do término do contrato, inserindo cláusulas rescisórias com cifras elevadas. Ressalte-se que a desvalorização do real frente ao dólar e ao euro aumentou em muito o êxodo dos melhores futebolistas brasileiros para o exterior, porquanto os clubes brasileiros ficaram impotentes para concorrer com os salários pagos pelos rivais estrangeiros.

O ajustamento dos valores a serem fixados a título de cláusula penal, em muitos casos, direta proporcionalidade com o salário do atleta, partindo-se do pressuposto de que os atletas mais reconhecidos e valorizados receberão maior remuneração, sendo por isso também mais valorizados, logo, justifica-se a inserção de cláusula penal de montante superior.

Os clubes costumam convencionar uma cláusula penal com valores elevados pelo fato de que o atleta poderá valorizar-se e, com isso, é preciso impedir a saída do atleta para outros clubes. O que está em questão são as expectativas futuras do clube em face do atleta, fazendo uma projeção quanto ao valor que o mercado lhe irá atribuir.

Do lado do clube empregador, é importante destacar que as transferências dos atletas importam, muitas vezes, o pagamento de aumentadas somas monetárias e, portanto, fixam um valor expressivo e exorbitante há uma garantia para esse quanto à proteção de seus ativos, com a possibilidade de assegurar os direitos federativos e econômicos do atleta.

Os clubes usualmente estipulam na cláusula penal um valor superior àquele que o mercado está disposto a pagar pelo ativo em questão, ou seja, acabam blindando o contrato, não deixando nenhuma brecha para o atleta poder sair antes do prazo contratual. Por outro lado, a inclusão destas cláusulas permite a criação e o desenvolvimento de projetos por parte dos clubes,

protegendo os mais pequenos contratualmente, criando um plano de carreira do atleta, que, muitas vezes, inicia no clube desde as categorias de base e formação, considerando a criação de um plano a longo prazo, sem temer o “assédio” dos clubes de maior envergadura financeira aos seus ativos mais valiosos.

Para o clube, o atleta que fica mais tempo em seu elenco, em tese, trará melhoria no desempenho desportivo, com a concretização de táticas pelos técnicos, já que a tendência é que quanto mais tempo passam com o time maior é o desempenho e o entrosamento tático, aumentando os laços e a identificação com o torcedor, assim como a venda de material esportivo do clube e de ingressos, com a publicidade elevada do atleta.

Mas será que a inclusão de cláusulas desta natureza não representa um desequilíbrio contratual, com vantagens para os clubes e um enfraquecimento da posição contratual para os jogadores? Em regra, quando assina um contrato de trabalho, o trabalhador espera que seja cumprido até o seu final, porém, novas oportunidades de ascensão laboral e, principalmente, financeira, surgem para o atleta no mercado de trabalho.

O atleta de alto rendimento tem carreira curta, considerando o desgaste e as eventuais contusões. Muitas vezes o atleta sabe que aquela oportunidade é única para garantir uma saúde financeira e que a referida cláusula penal o impedirá de sair para contratar com outra agremiação.

Oportuna a observação feita por João Leal Amado:

A configuração do contrato de trabalho desportivo como um contrato a termo tem sido justificada, não raro, pela própria natureza da profissão em causa. Trata-se, com efeito, de uma profissão de desgaste rápido, que requer um apuro físico e uma condição atlética apenas compatíveis com a juventude (a prática desportiva profissional, como é sábio, poderá iniciar-se pouco antes dos 18-20 anos e raramente irá muito além dos 30 anos de idade). As particularidades exigências da competição desportiva profissional implicam que o praticante tenha de abandonar esta atividade laboral ainda relativamente jovem (AMADO, 2002, p. 102-103).

Nesta perspectiva, se o atleta profissional de futebol tiver uma carreira curta, em média de 10 anos, isso significa celebrar dois contratos com prazo de 5 anos e ter que cumpri-los até o final, de modo que dificilmente poderá ter sucesso econômico na carreira, quando surgir interesse na sua aquisição por outros clubes.

Para a análise quanto à abusividade ou excessividade há diversos parâmetros que devem ser observados; mas, como regra, o fator preponderante da abusividade ocorre quando o *quantum* da cláusula impede qualquer outro clube de contratar o atleta, impedindo a mudança de clube e

atuando como um direito de retenção, o que constitui abuso de direito, já que restringe a liberdade de trabalho do atleta.

Nas palavras de Miguel Ángel Limón Luque:

Na minha opinião, o Juiz deverá aplicar a doutrina do abuso de direito quando a cláusula impeça efetivamente o exercício do direito a extinguir o contrato que assiste ao trabalhador. Dito de outra forma, a sua aplicação só teria sentido naqueles casos limite em que estamos perante cláusulas que impeçam a desvinculação do jogador. Ora, tendo em conta o caráter temporal do contrato, haverá que considerar também o período durante o qual o jogador se tenha comprometido, de tal forma que sendo maior a duração do contrato, haverá maior facilidade para entender a cláusula como abusiva (LUQUE, 2000, p. 219).

Além do caráter excessivo da cláusula penal, poderão ser analisados os seguintes critérios: a situação atual do mercado; a valorização de jogadores de características idênticas; a duração do contrato; a idade do atleta; a projeção profissional e a perspectiva de desenvolvimento; e se o valor é excessivo. Deve-se ainda apurar o prejuízo do clube lesado pelo descumprimento contratual; o desembolso efetuado pelo clube para a contratação inicial dos serviços do atleta; se o atleta, por exemplo, foi formado no próprio clube, nesse caso, apurar os gastos na formação pelo clube, já que a saída prematura não leva em conta o investimento; se foram contratados jogadores ajustados às suas especiais características técnicas ou se definidos objetivos desportivos.

Há que se observar ainda que há casos em que os atletas são proprietários de parte ou totalidade de seus direitos econômicos, não podendo o atleta buscar o Poder Judiciário pensando exclusivamente em beneficiar-se com a transferência para outro clube interessado, utilizando-se com fundamento o abuso de direito da cláusula penal abusiva e exorbitante, ou seja, o jogador deverá levar em consideração cada caso, sopesando o valor a ser minorado da cláusula penal, dentro de critérios de razoabilidade. Entretanto, deve-se observar que as cláusulas que inicialmente pareciam de acordo com o mercado foram se convertendo em manifestamente abusivas, o que deu lugar a um desequilíbrio contratual em benefício do clube e em prejuízo do atleta com o passar do tempo, o que também justifica a revisão.

A lei, ao configurar este contrato como um contrato sujeito a uma cláusula penal exorbitante, considerando a realidade brasileira e econômica dos atletas, já que os salários no Brasil são considerados baixos em relação aos clubes europeus, introduziu uma inegável e considerável restrição ao princípio da liberdade de trabalho.

A justa e equitativa fixação da cláusula penal deverá levar em consideração também que na carreira de um atleta de curta duração não pode haver demora no tramite processual, com uma sucessão de recursos e com a incerteza, circunstâncias que podem prejudicar, ou mesmo destruir, a carreira do atleta pelo desgaste psicológico que causam, em nada beneficiando também o clube, que pode intentar o ressarcimento com a maior brevidade possível.

Verifica-se que a cláusula penal, além de significar o agrilhoar dos atletas profissionais de futebol que, com já mencionado anteriormente, são vistos como ativos financeiros e fonte de receita direta não pelo seu trabalho, mas pela sua valorização, está na contramão dos direitos da personalidade do atleta.

3.5 DO CONTROLE JUDICIAL DO VALOR DA CLÁUSULA PENAL: DA POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO

Pretende-se analisar nesse momento qual é o limite da autonomia privada para a fixação da cláusula penal, isso porque o Código Civil de 2002 estabelece no art. 412 que o valor da cláusula penal não poderá ser superior ao da obrigação principal (BRASIL, 2002).

Sem embargo da autorização do parágrafo único do art. 8º da CLT para a aplicação subsidiária do Código Civil de 2002, o certo é que a própria Constituição Federal de 1988, por ser a fonte primária de todo o ordenamento jurídico brasileiro, já é condição suficiente para sanar a lacuna do texto consolidado.

O artigo 412 do Código Civil não pode ser invocado para a redução da multa prevista na Lei nº 9615/98, que estabelece um limite máximo para as negociações dentro do país e não limita as negociações com clubes do exterior. Explica com propriedade Christiano Cassettari (2011, p. 78) que uma norma geral somente é aplicável na inexistência de legislação especial. No Brasil, o Código Civil traz de forma expressa no artigo 413 a possibilidade de redução da penalidade quando for manifestamente excessiva:

Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio (BRASIL, 2002).

Christiano Cassettari explica que:

foi por esse motivo que o artigo 413 do CC/2002 foi duramente criticado por Caio Mário da Silva Pereira, para quem a disposição do art. 412 é inócua, pois o art. 413 permite a redução equitativa pelo juiz, e o parágrafo único do art. 416 admite convencionar a possibilidade de se pleitear indenização suplementar, mesmo que acima do limite descrito no art. 412 (CASSETTARI, 2011, p. 78).

O exercício da autonomia privada pode transparecer em um primeiro momento a liberdade dos contratantes na fixação de seu conteúdo. Entretanto, essa impressão deve ser afastada.

A justificativa no sentido de que o valor exorbitante da cláusula penal garante ao clube reembolso do valor de todo investimento realizado nas categorias de base também não deve prosperar, porque com apenas uma negociação envolvendo um atleta que o clube revelou este pode recuperar todo o investimento realizado em um ano na categoria de base, que ainda é a solução de muitos clubes, já que muitos deles possuem dívidas e precisam montar seus elencos profissionais.

Conforme demonstração financeira do ano de 2022, do *São Paulo Futebol Clube*, um dos times que mais investem nas categorias de base, no ano de 2021, inúmeros atletas formados na base participaram dos jogos profissionais:

O Clube disputou 12 competições com os seguintes resultados: Três títulos: Campeão da Copa do Brasil Sub-17 de 2020/2021 (terminado em 2021); campeão da Super Copa e campeão da Caju's Winter (categoria Sub-15). Além disso, foram obtidos três vice-campeonatos e três terceiros colocados. Foram profissionalizados 24 atletas formados nas categorias de base. Em 2021, 32,48% dos atletas que participaram dos jogos oficiais da equipe principal, foram formados nas categorias de base. Dos 81 jogos realizados em 2021, Igor Liziero participou de 48 jogos, Gabriel Sara participou em 54 jogos, Rodrigo Nestor participou de 56 jogos, Diego Costa participou em 23 jogos, Marcos Vinicius em 24 jogos, Wellington em 31 jogos, Igor Gomes em 62 jogos e Luan Vinicius em 50 jogos (SÃO PAULO FUTEBOL CLUBE, 2022).

Ainda que a legislação dê liberdade aos contratantes para estipular o valor que entenderem para as negociações com o exterior e um valor limite para as realizadas dentro do país, esses valores podem ser reduzidos pela Justiça do Trabalho quando o atleta profissional de futebol entender pela excessividade e restrição da liberdade de trabalho.

Oportuno apresentar os ensinamentos de Bruno Miragem, citando o direito comparado com forma de redução quando a multa for excessiva:

Nesse sentido orienta-se o direito alemão, ao prever a possibilidade de redução judicial no caso da cláusula penal for excessiva ou desproporcional (§ 343 do BGB). No direito português, à semelhança do direito brasileiro, define-se tanto o valor da obrigação principal como limite ao valor da cláusula penal (art. 811, 3, do Código Civil português), quanto a possibilidade de sua redução judicial, no caso em que seja manifestamente excessiva, ou a prestação tiver sido cumprida parcialmente (art. 812 do Código Civil português). Também o art.163 do Código Suíço das Obrigações confere ao juiz o poder para reduzir a cláusula penal considerada excessiva. O Código Civil chileno chega a definir como critério o dobro da prestação devida (art. 1544 do Código Civil). O Código Civil y Comercial argentino de sua vez, também definem a possibilidade de redução da cláusula penal, quando “seu montante excessivo ou a gravidade da falta que sancionam, tendo em conta o valor das prestações e demais circunstâncias do caso, configuram o aproveitamento abusivo da situação do devedor” (art. 794, segunda parte) (MIRAGEM, 2021, p. 327).

O festejado Bruno Miragem explicando a previsão do artigo 413 do Código Civil, afirma que:

Ao contrário do que dispunha o Código Civil de 1916, no qual a redução consistia em espécie de faculdade judicial (“pode o juiz...”, art.924), no direito vigente, o art.413 consagra dever impositivo ao julgador ao consigna que “deve ser reduzida”. A razão da alteração se dá para afastar a interpretação havia no direito anterior, sobre o caráter dispositivo da norma, de modo que as partes convencionassem a impossibilidade de redução do valor, retirando a possibilidade que posteriormente o juízo viesse a promovê-la (MIRAGEM, 2021, p. 328).

A disposição do art. 413 é uma norma de ordem pública, insuscetível de convenção em contrário das partes ao constituírem a obrigação. O art. 413 do Código vigente altera o critério para a redução da cláusula penal, deixando de lado o da proporcionalidade, que estava no Código de 1916, para adotar o da equidade (BRASIL, 1916; BRASIL, 2002).

A equidade é uma das cláusulas gerais mais conhecidas do sistema *civil law*. A cláusula geral é uma janela aberta deixada pelo legislador para que o magistrado possa fazer justiça no caso concreto, haja vista que a subjetividade retira do juiz a rigidez da legislação anterior, em veneração ao princípio da eticidade (CASSETTARI, 2011, p. 89).

Na mesma trilha, ensina Francisco Amaral que:

a equidade é um conceito multissignificativo, uma verdadeira cláusula geral, uma hipótese legal de ampla generalidade que se faz presente em todas as experiências jurídicas do mundo ocidental, interessando à filosofia e à teoria do direito, particularmente no que tange à interpretação jurídica. Excepcional por natureza, pois somente aplicável nas hipóteses legais previamente estabelecidas, tem vários significados, conforme sua imediata função. São elas: a) equidade interpretativa: quando o juiz, perante a dificuldade de estabelecer o sentido e o alcance de um contrato, por exemplo, decide com um justo comedimento; b) equidade corretiva: que contempla o

equilíbrio das prestações, reduzindo, por exemplo, o valor da cláusula penal; c) equidade quantificadora: que atua na hipótese de fixação do quantum indenizatório; d) equidade integrativa: na qual a equidade, é o conjunto de princípios e diretivas que o juiz utiliza de modo alternativo, quando a lei autoriza, ou permite que as partes a requeiram, como ocorre nos casos de arbitragem (AMARAL, 2003, p. 198-199).

A dúvida é se o juiz pode reduzir a cláusula penal em patamares inferiores ao prejuízo causado ao credor. Christiano Cassettari explica que:

Entende-se que não, já que no sistema do Código Civil de 2002 o art. 944 estabelece que a indenização mede-se pela extensão do dano. Dessa forma, ao reduzir a cláusula penal de valor elevado, o magistrado deve tentar chegar ao patamar dos prejuízos sofridos, fazendo justiça no caso concreto, o que demonstra que a mudança do critério da proporcionalidade para equidade foi acertada por ser muito mais justa (CASSETTARI, 2011, p. 92).

Ressalte-se, ainda, que no contrato de trabalho desportivo é muito comum a cláusula penal ser estipulada de forma unilateral pelo clube, um típico contrato de adesão, colocando o atleta profissional de futebol em extrema inferioridade e desvantagem, sendo, portanto, parte hipossuficiente. O princípio que se coaduna com a finalidade do contrato que o Código Civil atribui é o da equidade e da boa-fé objetiva.

Os negócios jurídicos, como realização da autonomia da vontade, criando relações jurídicas, têm um forte conteúdo ético, já que a honestidade, a probidade, a confiança, a lealdade e a boa-fé, devem ser observadas (VELOSO, 2005, p. 347).

A cláusula *sub judice* há de ser submetida à apreciação do julgador para que esse possa analisar se ela é, efetivamente, abusiva e, se entender que a resposta é afirmativa, declarar a sua nulidade. As cláusulas exorbitantes devem ser consideradas nulas se abusivas e, neste caso, caberá ao Juiz a integração do contrato e a determinação da quantia da compensação.

Nas palavras de José María González del Río:

Decisivamente, a moderação judicial da pena é deixada ao prudente arbítrio ou discricionariedade do Juiz, que será quem determinará a quantidade exata, ao revelar-se praticamente impossível fixar critérios matemáticos ou objetivos mais precisos para determiná-la. Sem prejuízo, tal não quer dizer que o Juiz opere com total liberdade para determinar o valor final. A doutrina maioritária afirma que o princípio ou critério que deve utilizar-se para levar a cabo a moderação consiste em reduzir a pena em proporção ao cumprimento realizado (GONZÁLES DEL RÍO, 2008, p. 406-407).

O TST já reconheceu a possibilidade de redução da cláusula penal, conforme recurso interposto pelo Ceará Sporting Club em face do atleta Carlos Augusto Almeida da Silva. No que

concerne ao valor da multa, por outro lado, cabe destacar que a cláusula penal prevista no pacto era no valor de R\$2.500.000,00 (dois milhões e meio de reais), nitidamente absurdo para um jogador que iria receber, conforme os termos do pré-contrato, apenas R\$10.000,00 (dez mil reais) por mês (BRASIL, 2015).

Na hipótese presente, a Turma Regional reduziu o valor da cláusula penal segundo um critério de equidade, por considerar o novo importe mais justo e adequado às circunstâncias. Tal proceder encontra respaldo, inclusive, no art. 413 do CC/02, que diz que a penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio (BRASIL, 2002).

Conforme a decisão proferida pelo TST:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. ATLETA PROFISSIONAL DE FUTEBOL. CONTRATO PRELIMINAR. CLÁUSULA PENAL EXORBITANTE. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. NÃO PROVIDO. O art. 28 da Lei nº 9.615/98 tem por supedâneo assegurar ao clube de futebol a compensação pelos vultosos investimentos necessários à prática desportiva e pela valorização do atleta em decorrência da projeção de sua imagem na condição de jogador do clube. Assim, tratando-se de um pré-contrato, em que sequer foi celebrado o contrato especial de trabalho e o atleta não chegou a integrar o quadro profissional da entidade desportiva, não tem incidência o disposto no art. 28 da Lei nº 9.615/98, mas sim as disposições pertinentes ao contrato preliminar, insculpidas nos arts. 462 e seguintes Código Civil. Destarte, entendendo o Juízo que a importância estipulada à cláusula penal apresenta-se manifestamente excessivo, diante dos termos do contrato e, em especial, da capacidade econômica das partes, não há óbice a sua redução equitativa, nos moldes do art. 413 do Código Civil. A cláusula penal não pode servir para promover enriquecimento sem causa do credor e nem por o devedor em estado de insolvência, devendo guardar proporcionalidade com o objeto e a natureza do contrato, em observância à função social do contrato e a dignidade da pessoa humana. Neste cenário, não se mostra razoável impor ao jogador de futebol o pagamento de uma multa de R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais) por descumprimento do contrato preliminar, enquanto o salário compromissado era tão somente de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Com isso, a redução da penalidade contratual promovida pelo Tribunal Regional, no equivalente a um mês do salário compromissado, apresenta-se consentâneo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, assim como atende a equidade exigida no art. 413 do Código Civil. Portanto, não se divisa afronta, direta e literal, aos arts. 121, 122, 123, 413, 462, 463, 464, 465 e 466 do Código Civil ou ao art. 28 da Lei nº 9.615/98. Agravo de instrumento não provido (TST - AIRR 178-76.2012.5.07.0011) (BRASIL, 2015).

Conforme a fundamentação da decisão:

[...] a cláusula penal não pode servir para promover enriquecimento sem causa do credor e nem por o devedor em estado de insolvência, devendo guardar proporcionalidade com o objeto e a natureza do contrato, em observância à função social do contrato (421 do

Código Civil) e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição da República) (BRASIL, 2015).

No mesmo sentido é o entendimento do TST nos autos de Agravo de Instrumento em Reclamação Correicional nº 717805-89.2000.5.55.5555:

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. 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 sobrepoem-se a qualquer princípio de natureza legal que obstaculize a sua eficácia na ordem jurídica (TST - AG-RC-717.805/2000.7) (BRASIL, 2002).

A primeira sentença a reduzir uma cláusula de rescisão foi a chamada decisão Tellez. O caso é de Oscar Tellez Gómez, que assinou, em maio de 1996, contrato para a prestação de serviços desportivos com o Pontevedra Club de Futebol, válido para as temporadas 1996/1997 e 1997/1998. As partes fixaram cláusula penal no contrato no montante indenizatório de 15 milhões de pesetas. O jogador viria, no final da primeira época, a assinar contrato profissional com o Club Deportivo Alavés, tendo o Pontevedra Club de Futebol solicitado ao jogador o pagamento integral da quantia de indenização acordada contratualmente. Em 23 de setembro de 1998 a sentença considerou que o pacto indenizatório fixado entre as partes constituía cláusula penal e que, nesses termos, podia o Poder Judiciário moderar equitativamente a disposição contratual, de acordo com o art. 1154 do Código Civil Espanhol (PEREIRA, 1998).

Nessa linha de intelecção, a multifuncionalidade dos direitos fundamentais, consubstanciada nas funções irradiante (eficácia irradiante), de defesa, de prestação e de proteção, também é vislumbrada nas relações de labor, “impondo ao Estado a necessidade de proteger o trabalho humano” (PAMPLONA FILHO; WYZYKOWSKI; BARROS, 2016, p. 108). Portanto, havendo cláusula penal inserida de maneira abusiva no contrato de trabalho, de forma unilateral pelo clube, sem que o atleta tivesse a oportunidade de discutir o valor, poderá este buscar a Justiça do Trabalho para readequá-la, caso não ocorra um diálogo extrajudicial na redução amigável pelas partes.

Oportuna a lição de Maurício Avila Prazak, Marcelo Negri Soares e Angelo da Silva Souza quanto à possibilidade de mediação entre as partes, como forma de solução extrajudicial de conflitos:

Pode ensejar a extinção do contrato de trabalho, o descumprimento contratual, tanto por parte do empregador como por parte do empregado. Prevê a CLT, em seus artigos 482, 483 e 484, a justa causa para rescisão do contrato pelo empregado (rescisão indireta), a justa causa para rescisão do contrato pelo empregador e a rescisão por culpa recíproca. Normalmente são encaminhadas ao Judiciário estas hipóteses conflitantes; no entanto, pode ocorrer a tentativa de mediação, sempre com o intento de uma solução consensual e amigável. Na intenção de dirimir um conflito individual, a reunião das partes é uma oportunidade de inserção da mentalidade compositiva, um indicativo de evolução das relações trabalhistas por meio da implementação do diálogo. Na condução das relações laborais, essa importante transformação, deve ser reforçada pelo mediador, que tem como objetivo principal a manutenção dos direitos trabalhistas indisponíveis. Nas relações trabalhistas, o conflito de interesses entre o capital e o trabalho, tanto em nível individual como coletivo, é uma realidade que não pode ser impedida pelo regime jurídico atual (PRAZAK; SOARES; SOUZA, 2020, p. 205).

Ainda, para os autores:

É uma realidade decorrente das exigências da modernidade, a flexibilização das normas trabalhistas, não dependendo somente da flexibilidade da legislação vigente, mas, principalmente, da mudança de pensamento de empresários e trabalhadores, na busca do desfecho nas negociações, e do fim da inflexibilidade nas posturas e posicionamentos nos conflitos (PRAZAK; SOARES; SOUZA, 2020, p. 206).

Não havendo a possibilidade de uma composição no sentido de reduzir a cláusula penal de forma extrajudicial, diante de uma composição amigável entre as partes, caberá ao atleta formular pedido judicial, tendo em vista a nulidade ou a redução do valor fixado a título de cláusula penal. A necessidade de celeridade deve ainda possibilitar pedido liminar, considerando a desvinculação do atleta num determinado momento. De igual modo, verifica-se como possível (embora, não necessariamente, lógico) que o atleta requeira “preventivamente” a apreciação da questão do abuso de direito quando o seu contrato estiver em curso.

3.6 A CLÁUSULA PENAL DESPORTIVA: SUA APLICABILIDADE UNILATERAL COMO RESTRIÇÃO DE LIBERDADE

Dado que o efeito principal do contrato é a prestação da atividade humana, parece claro que esse fato – que, em certo grau, participa da dignidade procedente da natureza humana – deve

primar sobre um elemento puramente intelectual e especulativo, como pode ser o texto de um contrato. Com efeito, não se trata de tirar conclusões ou de deduzir consequências em um plano documental ou formal, senão de regular efetivamente fatos que se produzem na realidade. Parece óbvio, então, que a realidade reclama o papel de protagonista que deriva da própria esfera em que se produz o tema que esta disciplina deve pautar (RODRIGUEZ, 2000, p. 151).

A globalização levou à migração de atletas profissionais de futebol entre países, com a qual buscam melhores condições financeiras, movidos por altíssimos salários, pagos principalmente pelo mercado europeu.

A maior fonte de receita dos clubes vem das negociações realizadas com as transferências de atletas profissionais, principalmente com a negociação com clubes do exterior. Nesse contexto, a realidade é que o desporto é um verdadeiro negócio, prevalecendo sobre a visão do ser humano, que sempre ficou em segundo plano, desde a profissionalização do futebol nos anos 1930.

Com fim do passe, os clubes ficaram desprotegidos com a venda dos atletas e, portanto, não havia mais motivos para investir na formação dos atletas desde as categorias de base, até a profissionalização, uma vez que nada mais impedia o atleta de mudar para outro clube antes do fim do prazo contratual.

Álvaro de Melo Filho menciona que:

De todo modo, as entidades de prática desportiva que, ao fim do contrato, negociavam a cessão ou a transferência do atleta profissional, ressarcindo-se dos salários, luvas e gratificações, e, em muitos casos, obtinham lucros expressivos em face dos valores significativos pagos pelo passe, agora terão de fazê-lo ao longo do contrato, sob pena de não auferir qualquer indenização, salvo nas hipóteses específicas previstas nesta lei (MELO FILHO, 1998, p. 102).

O legislador, pensando no clube, instituiu no artigo 28 da Lei nº 9615/98, a cláusula penal. Nas palavras de Rodrigo Spinelli (2011, p. 81): “nota-se que, embora a cláusula fosse reconhecidamente a substituta do passe, sua evolução não carregava as principais características dele, talvez por isso o grande fator de crescimento do futebol desde a sua profissionalização”.

As cláusulas deverão ser isentas de vício de consentimento, tais como erro, dolo, coação, ignorância ou fraude. No contrato de adesão – realidade do contrato de trabalho – em que o trabalhador apenas assina o contrato com todas as cláusulas previamente escritas, elas têm o condão de tornar a vontade do trabalhador viciada, semelhante ao que ocorre nos contratos

regidos pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC) entre o vendedor o consumidor final (SILVA, 2020, p. 70).

Verifica-se que a cláusula penal apenas concede uma “nova roupagem” ao instituto do passe, já que diante dos prazos longos dos contratos, embora o atleta ganhe a sua liberdade de trabalho ao final do prazo contratual (rompe-se o vínculo desportivo e contratual), antes do término do contrato este não possui a liberdade de trabalho, já que não poderá transferir pra outro clube. Logo, não é um tipo contratual escolhido e pensado para garantir a liberdade do praticante. Pelo contrário, institui uma contrapartida para a liberdade deste; oferece a temporariedade do contrato como moeda de troca legitimadora da liberdade de demissão do praticante desportivo (AMADO, 2002, p. 112).

Essa quantificação pecuniária com valores altíssimos, de alguém, e fixando um preço pela sua liberdade, representa ofensa ao princípio da dignidade humana e trata o atleta como se escravo fosse. Com uma cláusula penal com valor exorbitante os clubes estão protegidos contratualmente, podendo planejar competições e projetos a longo prazo, com o atleta que já está adaptado e entrosado na posição, sem temer o “assédio” dos clubes de maior envergadura financeira em relação aos seus ativos mais valiosos.

Jorge Leite (1990, p. 66 e 89) diante desse tipo de contrato com prazo determinado, afirma que o atleta hipoteca a sua liberdade presente em troca de uma garantia, aliás, muito relativa, de liberdade futura.

João Leal Amado, parafraseando Jorge Leite, afirma que:

Essa hipoteca da liberdade presente do praticante mostra-se também conveniente enquanto forma de garantir aos clubes-empregadores condições adequadas para a elaboração de projectos desportivos de médio/longo prazo. Nos desportos colectivos, os clubes procuram, muitas vezes, construir uma equipa em torno de uma espinha dorsal formada por praticantes contratados por um período determinado e relativamente dilatado. A continuidade desses praticantes no seio da equipa permite cimentar o espírito do grupo, facilita a identificação dos adeptos com aquela, propicia aos seus vários elementos um perfeito conhecimento das características dos respectivos companheiros, possibilita elevados índices de entrosamento e afinamento do conjunto, etc. Ora, é óbvio que esta ideia de projeto desportivo cairia pela base caso ao praticante fosse reconhecido um direito livre desvinculação em termos análogos aos que vigoram para o trabalhador comum (LEITE *apud* AMADO, 2002, p. 113).

A inclusão de cláusulas desta natureza apenas representa vantagem para os clubes e um enfraquecimento da posição contratual para os jogadores, que, muitas vezes, recebem propostas melhores de salário e condições de morar em cidades melhores, o que, inevitavelmente, geraria

uma restrição à liberdade do atleta em escolher um trabalho que melhor atenda aos seus anseios e de sua família.

João Leal Amado tecendo importantes comentários acerca da restrição à liberdade de trabalho, alerta que:

Em todo o caso, os problemas mais complexos poderão residir alhures: mais do que na duração do contrato, mais do que a ilicitude da sua denúncia médio tempore, é sobretudo ao nível das consequências que se liguem à rescisão ilícita do vínculo por banda do praticante desportivo que se poderão registrar violações dos direitos e liberdades do praticante/trabalhador, pois, se tais consequências forem muito gravosas, a liberdade de trabalho deste ver-se-á irrecusável, e porventura intoleravelmente, afectada (AMADO, 2002, p. 116).

Sem perder de vista que o atleta de alto rendimento tem carreira curta e, em média, joga em torno de 12 anos, este tem um prazo curto para salvaguardar a sua saúde financeira futura. Desta forma, a cláusula penal significa, assim como o passe, agrilhoar o atleta profissional de futebol, visto como ativo financeiro e fonte de receita direta dos clubes, diante da restrição à liberdade de trabalho.

3.7 LIBERDADE DE EXERCÍCIO DE PROFISSÃO DO ATLETA PROFISSIONAL DE FUTEBOL

A liberdade é considerada em abstrato como sendo a capacidade potencial que cada ser humano tem de autodeterminar sua conduta, não dependendo da sua efetiva realização no caso da pessoa em concreto.

Há uma ligação implícita entre liberdade e dignidade, visto que a liberdade é a principal exigência da dignidade da pessoa humana: o homem tem que ser livre para ser digno (SARLET, 2007, p. 369). É inevitável a inserção normativa do conteúdo material nas formas previstas, na situação da ordem constitucional democrática.

A liberdade pode ser definida como autonomia da vontade do homem, como o direito de escolha, o livre arbítrio do indivíduo de determinar o caminho a seguir, o direito de ir e vir, transitando, livremente, sem qualquer tipo de restrição: “o que caracteriza a existência é a liberdade, a liberdade é a primeira e a última palavra que conceitua a existência” (LEAL, 1995, p. 67). A liberdade de exercício de profissão é uma das liberdades fundamentais prevista na Constituição brasileira e também no âmbito do direito internacional dos direitos humanos, pela

Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, cujo art. XXIII, nº 1, dispõe que “toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego” (ONU, 1948).

O Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 traz no art. 6º o reconhecimento pelos Estados-Membros do direito de toda pessoa de ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito. É possível afirmar que a liberdade de profissão, tanto na perspectiva negativa quanto positiva, abrange, em termos gerais e não exaustivos: (a) a possibilidade de escolher (ou não) qualquer profissão, trabalho ou ocupação; (b) a garantia do livre exercício da profissão, trabalho ou ocupação escolhido; (c) igualdade de condições de acesso à profissão escolhida, desde que preenchidos os requisitos legais (SARLET, 2021, p. 251).

No século XX houve verdadeira consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, em decorrência da Segunda Guerra Mundial. Segundo Flavia Piovesan:

A necessidade de uma ação internacional mais eficaz para a proteção dos direitos humanos impulsionou o processo de internacionalização desses direitos, culminando na criação da sistemática normativa de proteção internacional, que faz possível a responsabilização do Estado no domínio internacional quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na tarefa de proteger os direitos humanos (PIOVESAN, 2018, p. 212).

A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, de 1981, dispõe, em seu art. 8º, que “a liberdade de consciência, a profissão e a prática livre da religião são garantidas. Sob reserva da ordem pública, ninguém pode ser objeto de medidas de constrangimento que visem restringir a manifestação dessas liberdades” (PIOVESAN, 2018, p. 212).

No âmbito da União Europeia (UE), a Carta de Direitos Humanos (2000) também incorpora a liberdade profissional e o direito de trabalhar, assegurando a todas as pessoas o direito de trabalhar e exercer uma profissão livremente escolhida e, ainda, dispõe que todos os cidadãos da UE têm a liberdade de procurar emprego, de trabalhar, de se estabelecer ou de prestar serviços em qualquer Estado-Membro.

A dignidade deve ter sua proteção no aspecto global, inclusive no que tange ao passe, isso porque os atletas, mesmo com o fim do contrato, não tinham a liberdade de trabalhar em outro clube, pois era tratados como “coisas”. A liberdade de profissão já se fazia presente na primeira Constituição brasileira de 1824, que, no seu art. 179, inc. XXIV, dispunha: “nenhum gênero de

trabalho, de cultura, indústria, ou comércio pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança e à saúde dos Cidadãos” (BRASIL, 1824).

A primeira Constituição da República de 1891, no seu art. 72, §24, preceituava: “é garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial”. Ainda, o art. 113, n. 13, da Carta de 1934, afirmava: “é livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade técnica e outras que a lei estabelecer, ditadas pelo interesse público” (BRASIL, 1934; BRASIL, 1891).

A Constituição Federal de 1946, no seu art. 141, §14, já mencionava ser “livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer”, ao passo que a Constituição de 1967 (art. 150, §23) assegurava ser “livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer” (BRASIL, 1946; BRASIL, 1967).

De acordo com o disposto no art. 5º, inc. XIII, da Constituição Federal de 1988, “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer” (BRASIL, 1988).

Mesmo a liberdade de profissão tendo amparo na Constituição brasileira, somada ainda à proteção internacional, no caso do atleta profissional de futebol, o passe sempre existiu no futebol brasileiro, até a sua extinção com a Lei nº 9615/98, muito embora, conforme será demonstrado em capítulo específico, o passe extinto deu lugar à cláusula penal, ganhando apenas uma nova roupagem.

4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL E A PERDA DE UMA CHANCE

Neste capítulo será analisada a temática da responsabilidade pela perda de uma chance no âmbito trabalhista, mediante o exame das normas, da jurisprudência e do entendimento de doutrinadores. Serão delineados os contornos da violação desse direito e a possibilidade de ressarcimento em favor do atleta profissional de futebol, diante do contrato de trabalho desportivo celebrado com o clube, uma vez que este é impedido antes do término do prazo determinado pelo contrato de sair para outra agremiação, diante da impossibilidade de pagamento do valor da cláusula penal estipulada de forma unilateral, com valores exorbitantes, pelos clubes.

Nos tópicos seguintes serão abordadas as formas de reparação do dano, já que a sua existência é pressuposto para o dever de indenizar; o dano moral, no contexto geral e na área trabalhista, bem como a perda de uma chance, pontuando sobre sua nomenclatura, seus pressupostos, sua natureza jurídica, a definição de chance real e séria e a diferença da chance com outras figuras que têm pontos de contato com ela. A opção pela pesquisa acerca da responsabilidade civil pelo dano moral da perda de uma chance ocorre em função de ser um fenômeno em ascensão, muito embora, no âmbito desportivo, seja pouco explorado na Justiça do Trabalho.

O capítulo torna-se importante na medida em que apresenta o direito material, com a finalidade de embasar as decisões judiciais. A pesquisa deste capítulo deve ser lida em conjunto com as práticas argumentativas e a necessidade de interpretação a partir da nova retórica, que é adequada às relações estabelecidas entre as normas que compõe o sistema jurídico brasileiro, no caso da construção do conceito de dano moral pela perda de uma chance, especialmente diante da restrição da liberdade de trabalho do atleta profissional de futebol, mediante a cláusula penal exorbitante, inserida unilateralmente pelos clubes nos contratos de trabalho, em sua maioria com prazo de 05 anos, como tentativa de blindar o contrato, impedindo que o atleta saia de forma prematura do clube, ou seja, antes do término do prazo contratual.

4.1 RESPONSABILIDADE CIVIL

Existe uma regra universalmente reconhecida no sentido de que todo aquele que causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo. O preâmbulo da Constituição apresenta as diretrizes que devem reger a convivência em sociedade. Defende-se o exercício dos direitos sociais e

individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

A liberdade para exercer os direitos sociais e individuais está inserida dentro de um contexto de não causar danos a outrem. A responsabilidade civil tem a função de regular a atribuição de responsabilidade em casos de danos.

Esclarece Fernando Noronha que:

em sentido lato, a responsabilidade civil é sempre uma obrigação de reparar danos, sendo equivocado, todavia, tomar a dicotomia responsabilidade negocial/extranegocial pelos pares contratual/extracontratual, pelo risco de se ignorar a existência de obrigações nascidas de negócios jurídicos unilaterais cuja existência e validade se aperfeiçoam fora do contrato, mediante a manifestação de vontade de apenas uma das partes, sem que seus efeitos se submetam ao regime da responsabilidade civil em sentido stricto sensu, como uma promessa pública de recompensa ou a subscrição de títulos de crédito. O eventual descumprimento dessas obrigações extracontratuais se subsume ao regime da responsabilidade civil negocial (NORONHA, 2003, p. 432).

O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana pode acarretar o dever de indenizar (VENOSA, 2021, p. 357). Sergio Cavalieri Filho (2021, p. 37) explica que a violação de um dever jurídico configura o ilícito, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano.

Nos primórdios da civilização humana não existia o dever de reparação civil. O que imperava era o sentido de vingança.

Nelson Rosenvald explica que:

Na pré-história da responsabilidade civil, pode-se situar a vingança como a primeira forma de reação contra comportamentos lesivos. Na ausência de um poder central, a vendeta era levada a efeito pela própria vítima ou pelo grupo ao qual pertencia. O passo sucessivo foi a Lei de Talião: olho por olho, dente por dente – típico da tradição bíblica –, a qual, não obstante o seu rigor, tratava-se indubitavelmente de um temperamento dos costumes primitivos, em função da proporcionalidade do castigo. Apenas em um momento posterior a estas primitivas formas de autotutela, deu-se início à compensação pecuniária, um acordo pelo qual a devolução de uma soma em dinheiro substituía tanto a vingança incondicional como a Lei de Talião. Neste ambiente nasce a responsabilidade civil, no sentido moderno da expressão, compreendida como obrigação de restituir ao

ofendido uma soma em pecúnia com a função de sancionar o ofensor e satisfazer o ofendido (ROSENVALD, 2017, p. 35).

Nesse período verifica-se que a solução dos conflitos e a responsabilização se efetivavam por meio da imposição da força e da vingança privada.

De acordo com o entendimento de Diniz:

O vocábulo “responsabilidade” é oriundo do verbo latino *respondere*, designado o fato de ter alguém se constituído garantidor de algo. Tal termo contém, portanto, a raiz latina *spondeo*, fórmula pela qual se vinculava, no direito romano, o devedor nos contratos verbais (DINIZ, 2008, p. 33).

Desde o Direito Romano, nota-se que a responsabilidade era uma forma de garantir a segurança nas relações jurídicas, já que o termo *spondeo* significa “prometo”.

É possível afirmar, portanto, que responsabilidade exprime a ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação e reparação de dano. Sendo múltiplas as atividades humanas, inúmeras são também as espécies de responsabilidade, que abrangem todos os ramos do direito e extravasam os limites da vida jurídica, para se relacionar com todos os domínios da vida social (GONÇALVES, 2021, p. 8).

Essa evolução teve o seu marco histórico quando, ao assumir a função de punir, o Estado se tornou responsável pela ação repressiva, dando origem à ação de indenização.

A maior evolução da responsabilidade civil ocorreu com o advento da *Lex Aquilia*, um marco histórico da responsabilidade civil, que deu origem à denominação da responsabilidade civil delitual ou extracontratual, também chamada responsabilidade aquiliana.

Quanto à responsabilidade aquiliana ou extranegocial, a lei civil brasileira não enumera ou descreve os danos passíveis de reparação. Utiliza-se da fórmula genérica do ato ilícito, contida nos artigos 186 e 187 do Código Civil, além das disposições sobre prescrição do capítulo sobre indenização (arts. 944 a 954), que aponta alguns danos de natureza moral e patrimonial. (NADER, 2016, p. 79).

Alvino Lima retrata que:

É incontestável, entretanto, que a evolução do instituto da responsabilidade extracontratual ou aquiliana se operou, no direito romano, no sentido de se introduzir o elemento subjetivo da culpa, contra o objetivismo do direito primitivo, expurgando-se do direito da ideia de pena, para substituí-la pela reparação do dano sofrido (LIMA, 1998, p. 26).

No campo da responsabilidade civil encontra-se a indagação sobre se o prejuízo experimentado pela vítima deve ou não ser reparado por quem o causou e em que condições e de que maneira deve ser estimado e ressarcido (GONÇALVES, 2021, p. 8).

O instituto da responsabilidade civil é parte integrante do direito obrigacional, pois a principal consequência da prática de um ato ilícito é a obrigação que acarreta, para o seu autor, de reparar o dano; obrigação de natureza pessoal, que se resolve em perdas e danos (GONÇALVES, 2021, p. 8).

Após a Revolução Industrial, com a responsabilidade objetiva, com fundamento na noção de risco, houve uma verdadeira inversão do eixo da responsabilidade civil, antes preocupada em encontrar o caráter culposos da conduta do agente, atualmente voltada para a reparação do dano.

A mudança de paradigma na seara da responsabilidade civil não poderia deixar de influenciar e ampliar, de forma profunda e significativa, o conceito de dano reparável.

O Código Civil de 2002 fez profunda modificação na disciplina da responsabilidade civil estabelecida no Código anterior, que, nas palavras de Sergio Cavalieri Filho:

A responsabilidade subjetiva era a regra no Código Civil de 1916, já que todo o sistema de responsabilidade estava apoiado na culpa provada, tal como prevista na cláusula geral do art. 159 – tão hermética que, a rigor, não abria espaço para responsabilidade outra que não fosse subjetiva. Apenas topicamente o antigo Código admitia a culpa presumida (art. 1.521) e a responsabilidade objetiva (arts. 1.527, 1.528 e 1.529). Em razão disso, a grande evolução ocorrida na área da responsabilidade civil ao longo do século XX – partimos da culpa provada e chegamos à responsabilidade objetiva, em alguns casos fundada no risco integral – teve lugar ao largo do Código de 1916, por meio de leis especiais (CAVALIERI FILHO, 2021, p. 61).

Nota-se que a responsabilidade civil sempre esteve em fase de evolução, de forma que fez surgir o dever de indenizar, inclusive quando não existia culpa do agente causador do dano.

Assim, por necessário, será feita, a seguir, breve análise acerca desses requisitos, para maior perquirição desse trabalho, voltada à responsabilidade civil pela perda de uma chance no contrato de trabalho desportivo.

4.2 REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Importante notar que quando se aborda a responsabilidade civil subjetiva vários são os requisitos para a sua configuração, a saber: dano, nexo de causalidade, ação e omissão do agente

e culpa. Para que seja aplicada a responsabilidade civil, não basta que ocorra apenas um dano. É necessário respeitar alguns requisitos para a sua caracterização da necessidade de reparação.

Sem dano ou interesse violado, patrimonial ou moral, não se corporifica a indenização. A materialização do dano ocorre com a definição do efetivo prejuízo suportado pela vítima (VENOSA, 2021, p. 389). De qualquer forma, como reiterado, o dano é essencial para que ocorra a indenização.

O instituto da responsabilidade civil é parte integrante do direito obrigacional, pois a principal consequência da prática de um ato ilícito é a obrigação que acarreta, para o seu autor, de reparar o dano, obrigação essa de natureza pessoal, que se resolve em perdas e danos (GONÇALVES, 2022, p. 42). A obrigação que surge, em consequência, é a de indenizar ou ressarcir o prejuízo causado.

A responsabilidade civil se assenta, segundo a teoria clássica, em três pressupostos: um dano, a culpa do autor e a relação de causalidade entre o fato culposo e o mesmo dano (GONÇALVES, 2022, p. 43).

Segundo o entendimento de Maria Helena Diniz, os requisitos da responsabilidade civil são:

- a) Existência de uma ação, comissiva ou omissiva, qualificada judicialmente, isto é, que se apresenta como um ato ilícito ou lícito, pois ao lado da culpa, como fundamento da responsabilidade, temos o risco [...]
- b) Ocorrência de um dano moral ou patrimonial causado à vítima por ato comissivo ou omissivo do agente ou de terceiro por quem o imputado responde, ou por um fato de animal ou coisa a ele vinculada.
- c) Nexó de causalidade entre o dano e a ação (fato gerador da responsabilidade), pois a responsabilidade civil não poderá existir sem o vínculo entre a ação e dano [...] (DINIZ, 2008, p. 37-38).

O Código Civil de 1916 filiou-se à teoria subjetiva, que exige prova da culpa ou do dolo do causador do dano para que seja obrigado a repará-lo. Nos últimos tempos, ganhou terreno a chamada teoria do risco, sem substituir a teoria da culpa.

É o que acontece no direito brasileiro, que se manteve fiel à teoria subjetiva nos arts. 186 e 927 do Código Civil (BRASIL, 2002). Para que haja responsabilidade é preciso que haja culpa. A reparação do dano tem como pressuposto a prática de um ato ilícito. Sem prova de culpa inexistente a obrigação de reparar o dano.

A redação do art. 159 do Código Beviláqua, correspondente em parte ao atual art. 186, inicialmente ensejou dúvidas hermenêuticas, pois ao condicionar a obrigação de reparar o dano à conduta dolosa ou culposa de “violar direito, ou causar prejuízo a outrem”, induziu alguns a reconhecer no texto duas causas de reparação: de um lado, a violação do direito e, de outro, a provocação de prejuízo a outrem (NADER, 2016, p. 67).

Diante dessa perspectiva de modificação e evolução do conceito e aplicação dos demais requisitos clássicos da responsabilidade civil, ainda tão pouco estudados se comparados aos trabalhos reservados ao estudo da culpa, verifica-se que a teoria da perda de uma chance constitui o campo de observação mais fértil e sofisticado para essa nova análise dos requisitos da responsabilidade civil (SILVA, 2013, p. 7).

Marcos Bernardini (2017, p. 58) em sua festejada obra intitulada obra “Responsabilidade civil a perda de uma chance no direito do trabalho” explica que para a ocorrência de responsabilidade civil pela perda de uma chance é necessário analisar os requisitos próprios da responsabilidade civil, de modo que, havendo uma conduta e um dano, haja nexo de causalidade, a fim de que se configure o dever de indenizar.

O autor cita em sua obra um julgado (BERNARDINI, 2017, p. 58) demonstrando a não configuração da perda de uma chance ante a falta dos pressupostos da responsabilidade civil:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. DANO NÃO CONFIGURADO. 1. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. O dano, em si, não será imputado ao agente, pois podem haver outras causas; o agente será responsável, isso sim, pela chance perdida, ou seja, a certeza de ganho que foi encerrada por sua conduta. Os elementos que caracterizam a perda de uma chance são: a conduta do agente; um resultado que se perdeu, podendo ser caracterizado como o dano; e o nexo causal entre a conduta e a chance que se perdeu (assim, essa teoria não dispensa o nexo de causalidade, mas o analisa sob uma perspectiva diferente). O nexo causal deverá existir entre o fato interruptivo do processo e o suposto dano, e assim será caracterizado se for suficiente para demonstrar a interrupção do processo que estava em curso, por um fato ilícito, e que, poderia levar ao resultado pretendido [...] (RIO GRANDE DO SUL, 2008).

Já na decisão abaixo não houve a configuração da perda de uma chance diante da falta de comprovação do nexo causal:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ESCOLA DE FUTEBOL. AUTOR EXPOSTO A CONSTRANGIMENTO. ATO ILÍCITO CONFIGURADO. DANO MORAL IN RE IPSA. QUANTUM INDENIZATÓRIO ADEQUADO. PERDA DE UMA CHANCE. NÃO

COMPROVADO O NEXO CAUSAL. 1. Aplicáveis as disposições contidas nos artigos 186 e 927, do Código Civil, no sentido de que, para se configurar o dever de indenizar, devem ser observados os pressupostos legais, quais sejam: a ação do agente, o resultado lesivo e o nexo causal entre o ato danoso e o resultado. Ainda, deve estar presente a culpa, eis que se caracteriza como elemento essencial da responsabilidade civil subjetiva. 2. Resta incontroverso que o autor estava matriculado na escola de futebol demandada “Escola de Futebol de Campo Futuro Craque”, bem como que foi convocado para participar dos jogos das quartas de finais, na categoria sub 11 (fl. 49), os quais ocorreriam nos dias 22.11.2014 e 26.10.2014, tendo a discussão entre a demandada Marilene e o avô do autor ocorrido no jogo do dia 22.11.2014. 3. Cabível a indenização a título de dano moral, pois restou devidamente comprovado o ato ilícito, eis que o menor foi exposto à comportamento agressivo e vexatório por parte da demandada Marilene, não tendo aquela se desincumbido de apresentar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, a teor do disposto no art. 373, II, do CPC. Dano in re ipsa configurado. 4. Quantum indenizatório adequado ao caso em análise, eis que os fatos ocorridos se limitaram à visibilidade das pessoas presentes no local, não sobrevivendo comprovação de maior repercussão na vida do menor, tanto no aspecto familiar quanto social. 5. Não configurado o dever de indenizar por perda de uma chance, uma vez que, do fato do autor não ter participado dos jogos, não decorre, necessariamente, a não participação no processo seletivo por não poder ser avaliado, sendo que tal poderia ocorrer mesmo que não tivesse acontecido o evento danoso, sendo as escolhas dos jogadores que entram ou não no campo realizadas, de regra, pelo técnico ou quem o represente, não sendo garantido que o aluno tivesse chance de ser avaliado. 6. Inexiste amparo legal para a postulação de reembolso dos honorários contratuais, vez que se configura ônus da parte, a fim de restar possibilitado o acesso à justiça, sendo que, na impossibilidade de arcar com os referidos custos, poderia a parte ter se utilizado da Defensoria Pública, a qual oferece orientação jurídica em todos os graus, judicial e extrajudicial, de forma integral e gratuita, às pessoas em situação de vulnerabilidade econômica, social ou jurídica, conforme disposto no art. 134 da Constituição Federal. NEGARAM PROVIMENTO ÀS APELAÇÕES. UNÂNIME (RIO GRANDE DO SUL, 2019).

No mesmo sentido, no julgado abaixo não houve a perda de uma chance diante da configuração da tese de caso fortuito, que rompe o nexo de causalidade:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZATÓRIA. INCÊNDIO EM RESIDÊNCIA. DEMANDA FUNDADA EM ALEGADO DEFEITO DO SERVIÇO ESTATAL E PERDA DE UMA CHANCE, POR CONDUTA OMISSIVA DE DEMORA E INEFICIÊNCIA DOS BOMBEIROS NO COMBATE AO FOGO, DEIXANDO DE EVITAR QUE AS CHAMAS SE ALASTRASSEM DO SEU LOCAL DE ORIGEM E ATINGISSEM A CASA DA FAMÍLIA DEMANDANTE, NOS FUNDOS DO MESMO IMÓVEL. ALEGAÇÃO DE ILÍCITO POR ATRIBUIÇÕES DO CORPO DE BOMBEIROS MILITAR ESTAR A CARGO DE CORPO DE BOMBEIROS VOLUNTÁRIOS DA CIDADE. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE NÃO PERMITE CONCLUIR OMISSÃO DO ENTE PÚBLICO. INVIABILIDADE DE EXIGIR ESTRUTURA DE EXCELÊNCIA NAS CIRCUNSTÂNCIAS EXAMINADAS. TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL. MANTIDA A SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. - A responsabilidade civil do estado é objetiva, consoante dispõe o art. 37, § 6º, da CF, tanto para atos comissivos como omissivos (RE nº 841.526/RS – STF). Para que reste configurado o dever de indenizar, deve ser demonstrado o dano e a causalidade entre este e a atividade do agente público. - Contudo, em casos de omissão, “desde que presente a obrigação legal específica de agir

para impedir a ocorrência do resultado danoso, em sendo possível essa atuação”. Em situações assim, deve-se perquirir se era ou não de se esperar a atuação do Estado, se havia ou não o dever de agir; pois, do contrário, se corre o risco de, na perspectiva da socialização dos prejuízos, elevar o ente público ao patamar de um segurador universal. - As provas dos autos não permitem concluir que houve omissão estatal, porquanto o atendimento ao chamado para apagar incêndio foi dentro de uma presteza e eficiência razoáveis, não se podendo, infelizmente, exigir de todas as localidades municipais níveis de excelência em termos de infraestrutura das corporações de Bombeiros, sejam elas militares ou civis voluntárias, como no caso de São Sebastião do Caí. Teoria da reserva do possível. - A extensão dos danos na unidade familiar que dividia o mesmo imóvel com uma padaria (início do foco de incêndio), situação já de incremento de risco, ter sido a de perda total, não pode ser atribuída à atuação do Corpo de Bombeiros, tratando-se de um fortuito que rompe o nexo de causalidade com o dano. APELAÇÃO DESPROVIDA (RIO GRANDE DO SUL, 2018).

Nestes casos, a princípio, a aplicação literal dos pressupostos clássicos da responsabilidade civil não tutelaria o dano sofrido pela vítima, haja vista a ausência de nexo de causalidade entre a conduta e o dano final. Portanto, para a ocorrência de responsabilidade civil pela perda de uma chance é necessário que sejam analisados os requisitos próprios da responsabilidade civil. Assim, a perda da chance, teoria criada pela jurisprudência francesa, proporciona outra solução.

4.2.1 Ação, dano, nexo causal e culpa

Apenas o homem, portanto, por si ou por meio das pessoas jurídicas que cria, poderá ser civilmente responsabilizado.

Em cada ilícito, negocial ou extranegocial, há sempre um ato ou uma omissão de pessoa física ou jurídica responsável, ainda que não tenha praticado diretamente o dano (NADER, 2016, p.70). Nesse contexto, necessário apresentar os elementos da responsabilidade civil apontados pela doutrina majoritária: ação, dano, nexo causal e culpa.

A jurisprudência entende que é cabível a indenização por perda de uma chance desde que, além dos elementos comuns a toda espécie de responsabilidade civil, quais sejam, a) a prática de um ato ilícito; b) o dano causado por este ato ilícito e c) o nexo de causa e efeito entre o ato e o dano:

[...] RECURSO ORDINÁRIO. INDENIZAÇÃO POR PERDA DE UMA CHANCE. Segundo moderna tendência doutrinária e jurisprudencial, é cabível indenização por perda de uma chance desde que, além dos elementos comuns a toda espécie de responsabilidade civil, quais sejam, a) a prática de um ato ilícito; b) o dano causado por este ato ilícito e c) o nexo de causa e efeito entre o ato e o dano, também se verifique a

ocorrência de: 1) uma alta probabilidade de realização do bem perdido, 2) que a chance esteja irremediavelmente perdida, não sendo mais possível ao ofendido alcançar o bem que lhe havia sido oportunizado. Todavia, a indenização deve ressarcir a perda da chance e não o próprio bem que seria obtido se a chance fosse aproveitada, já que é da essência do próprio conceito de chance o ser aleatório, de modo que nunca se irá saber se, agindo o ofensor de outro modo, o bem teria sido efetivamente alcançado (RIO DE JANEIRO, 2013).

O primeiro elemento da responsabilidade civil é “a ação (ou omissão) humana voluntária é pressuposto necessário para a configuração da responsabilidade civil”. Trata-se, em outras palavras, “da conduta humana, positiva ou negativa (omissão), guiada pela vontade do agente, que desemboca no dano ou prejuízo” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2021, p. 23).

Enquanto a ação constitui um ato positivo do agente, a omissão é, ao contrário, um ato negativo. Ambas só têm lugar quando constituem ilícito civil por ofensa a um dever legal, contratual ou social.

Nesse sentido, escreve Silvio Rodrigues que:

o ato do agente causador do dano impõe-lhe o dever de reparar não só quando há, de sua parte, infringência a um dever, portanto ato praticado contra direito, como também quando do seu ato, embora sem infringir Lei, foge da finalidade social a que ela se destina. Realmente atos há que não colidem diretamente com a norma jurídica, mas com o fim social por ela almejado. São atos praticados com abuso de direito, e se o comportamento abusivo do agente causa dano a outrem, a obrigação de reparar, imposta àquele que se apresenta imprescindível (RODRIGUES, 1975, p. 209).

O núcleo fundamental, portanto, da noção de conduta humana é a voluntariedade, que resulta exatamente da liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho explicam que a ação humana se manifesta nas formas positiva e negativa:

A primeira delas traduz-se pela prática de um comportamento ativo, positivo, a exemplo do dano causado pelo sujeito que, embriagado, arremessa o seu veículo contra o muro do vizinho. A segunda forma de conduta, por sua vez, é de intelecção mais sutil. Trata-se da atuação omissiva ou negativa, geradora de dano. Se, no plano físico, a omissão pode ser interpretada como um “nada”, um “não fazer”, uma “simples abstenção”, no plano jurídico, este tipo de comportamento pode gerar dano atribuível ao omitente, que será responsabilizado pelo mesmo. Observe, aliás, que o art. 186 impõe a obrigação de indenizar a todo aquele que “por ação ou omissão voluntária” causar prejuízo a outrem. É o caso da enfermeira que, violando as suas regras de profissão e o próprio contrato de prestação de serviços que celebrou, deixa de ministrar os medicamentos ao seu patrão, por dolo ou desídia. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2021, p. 23).

Flávio Tartuce discorrendo sobre a conduta humana, explica que:

[...] a conduta humana pode ser causada por uma ação (conduta positiva) ou omissão (conduta negativa) voluntária ou por negligência, imprudência ou imperícia, modelos jurídicos que caracterizam o dolo e a culpa, respectivamente. Pela presença do elemento volitivo, trata-se de um fato jurígeno. Percebe-se que a regra é a ação ou conduta positiva; já para a configuração da omissão, é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado ato (omissão genérica), bem como a prova de que a conduta não foi praticada (omissão específica). Em reforço, para a omissão é necessária ainda a demonstração de que, caso a conduta fosse praticada, o dano poderia ter sido evitado (TARTUCE, 2021, p. 400).

A conduta constitui um dos pressupostos ou elementos da responsabilidade civil, ao lado da culpa ou do risco, do nexo de causalidade e do dano provocado à pessoa física ou jurídica (NADER, 2016, p. 70). Destarte, é necessário estudar a teoria da perda de uma chance como algo integrante da evolução de outro requisito da responsabilidade civil: o dano.

No Brasil, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, não há limitação aos tipos de dano indenizável, salvo diante da impossibilidade de reparação de dano hipotético, que não é o caso da perda de uma chance. É o que se percebe da análise dos arts. 186 e 927 do Código Civil (BRASIL, 2002), que deixam margem a uma larga possibilidade de reparação de danos injustos.

Emana do art. 927 do Código Civil o princípio da reparabilidade integral dos danos, o qual acaba por reforçar a admissibilidade pela perda de uma chance.

Dano, do latim “*dammum*”, significa um mal ou ofensa que uma pessoa causa a outrem e que possa resultar numa deterioração da coisa ou prejuízo do patrimônio (MELO, 2013, p. 293).

Quanto ao elemento dano, Sílvio de Salvo Venosa traz importante conceito:

Dano consiste no prejuízo sofrido pelo agente. Pode ser individual ou coletivo, moral ou material, ou melhor, econômico e não econômico. A noção de dano sempre foi objeto de muita controvérsia. Na noção de dano está sempre presente a noção de prejuízo. Nem sempre a transgressão de uma norma ocasiona dano. Somente haverá possibilidade de indenização, como regra, se o ato ilícito ocasionar dano (VENOSA, 2021, p. 389).

Na linguagem jurídica, dano e prejuízo são termos equivalentes, mas em Roma entendia-se por *damnum* apenas o fato material de destruição total ou parcial da coisa, enquanto o termo *praeiudicium* possuía sentido jurídico (NADER, 2016, p. 77).

Explica Paulo Nader que:

Diversamente da culpa ou do risco, o dano é *conditio sine qua non* para a responsabilidade civil. Não importa se o agente atuou dolosa ou culposamente, nem se positivado o nexo de causalidade entre a conduta e o efeito produzido, se o postulante não lograr a comprovação do dano, seja na relação contratual ou extracontratual. Sem a comprovação do prejuízo o ex adverso não poderá ser condenado a reparações (NADER, 2016, p. 77).

No tocante à perda de uma chance, o dano representado pela paralisação do processo aleatório no qual se encontra a vítima (chance perdida) do prejuízo representado pela perda da vantagem esperada também é considerado dano final.

O princípio da reparabilidade garante o equilíbrio entre o dano e a reparação. Desta forma, o retorno ao *status quo ante*, sempre que possível, será determinado, para que seja assegurado o bem-estar social que deve prevalecer entre os indivíduos de uma sociedade.

O conceito de nexo causal, nexo etiológico ou relação de causalidade deriva das leis naturais. É o liame entre a conduta do agente e o dano. É por meio do exame da relação causal que é possível concluir quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável (VENOSA, 2021, p. 402). O nexo de causalidade ou nexo causal constitui o elemento imaterial ou virtual da responsabilidade civil, constituindo a relação de causa e efeito entre a conduta culposa ou o risco criado e o dano suportado por alguém (TARTUCE, 2021, p. 415).

Superado o conceito, é notório que há várias teorias justificadoras do nexo de causalidade, muitas já amplamente debatidas no âmbito penal.

Flávio Tartuce afirma que três delas merecem destaque e aprofundamento:

a) Teoria da equivalência das condições ou do histórico dos antecedentes (sine qua non) – todos os fatos relativos ao evento danoso geram a responsabilidade civil. Segundo Tepedino, “considera-se, assim, que o dano não teria ocorrido se não fosse a presença de cada uma das condições que, na hipótese concreta, foram identificadas precedentemente ao resultado danoso” (TEPEDINO, Gustavo. *Notas...*, 2006, p. 67). Essa teoria, não adotada no Brasil, tem o grande inconveniente de ampliar em muito o nexo de causalidade, até o infinito. *b) Teoria da causalidade adequada* – teoria desenvolvida por Von Kries, pela qual se deve identificar, na presença de uma possível causa, aquela que, de forma potencial, gerou o evento dano. Na interpretação deste autor, por esta teoria, somente o fato relevante ou causa necessária para o evento danoso gera a responsabilidade civil, devendo a indenização ser adequada aos fatos que a envolvem. *c) Teoria do dano direto e imediato ou teoria da interrupção do nexo causal* – havendo violação do direito por parte do credor ou do terceiro, haverá interrupção do nexo causal com a consequente irresponsabilidade do suposto agente. Desse modo, somente devem ser reparados os danos que decorrem como efeitos necessários da conduta do agente (TARTUCE, 2021, p. 417).

Ao que parece, o Código Civil de 2002 adotou, em melhor sentido, a teoria da causalidade adequada, eis que a indenização deve ser adequada aos fatos que a cercam, conforme arts. 944 e 945 do CC, embora o entendimento não é unânime pela doutrina.

Na mesma linha, pondera Bruno Miragem que:

[...] a rigor, não se pode perder de vista que nenhuma das teorias explicativas do nexo de causalidade, por maior que sejam seus méritos, deixará de ser desafiada por situações da realidade da vida, em que se ponha em dúvidas sua autoridade. Em outros termos, não faltarão situações em que os fatos teimem em desmentir ou desafiar as várias teorias [...] (MIRAGEM, 2015, p. 238).

Conforme Rafael Peteffi da Silva (2013, p. 76) grande parte da doutrina assevera que a teoria da responsabilidade pela perda de uma chance não necessita de noção de nexo de causalidade alternativa para ser validada. Apenas uma maior abertura conceitual em relação ao dano indenizável seria absolutamente suficiente para a aplicação da teoria da perda de uma chance nos diversos ordenamentos jurídicos.

A simples interrupção do processo aleatório no qual se encontrava a vítima é suficiente para caracterizar um dano reparável: a perda de uma chance. Na teoria clássica subjetiva ou aquiliana, outro pressuposto analisado para caracterizar a responsabilidade civil pela reparação do dano é a culpa ou dolo do que causou prejuízo.

Aguiar Dias enuncia que:

a culpa é falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado, não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das consequências eventuais da sua atitude (DIAS, 1994, p. 65).

O ponto de partida é a violação de uma norma preexistente. Haverá, sempre, uma norma de conduta (legal ou contratual).

O art. 159 do Código Civil de 1916 e o art. 186 do Código de 2002 elegeram a culpa como ponto central da responsabilidade subjetiva, que norteia a responsabilidade civil no direito brasileiro, com a nova perspectiva já enfatizada, descrita no art. 927, parágrafo único (BRASIL, 2022). A doutrina concorda que não é fácil estabelecer o conceito de culpa, embora não haja dificuldade em compreendê-la nas relações sociais e no caso concreto.

Em sentido amplo, culpa é a inobservância de um dever que o agente devia conhecer e observar. Não é possível afastar a noção de culpa do conceito de dever (VENOSA, 2021, p. 380).

Sílvio de Salvo Venosa explica que:

A noção de culpa foi perdendo paulatinamente a compreensão decorrente do estado de ânimo do agente para ser entendida como um erro ou desvio de conduta. Há, portanto, na atualidade, forte conceito objetivo na própria noção de culpa. O modelo a ser seguido ainda é o do homem médio, o *bonus pater familias* do direito romano. Mesmo esse conceito sofre, evidentemente, gradações conforme a época. O exame desse desvio de conduta implica em verificar e comparar no caso concreto o comportamento que seria normal e aceitável pela sociedade (VENOSA, 2021, p. 380).

Ainda, o autor afirma que:

A culpa civil em sentido amplo abrange não somente o ato ou conduta intencional, o dolo (delito, na origem semântica e histórica romana), mas também os atos ou condutas evitadas de negligência, imprudência ou imperícia, qual seja, a culpa em sentido estrito (quase delito). Essa distinção entre dolo e culpa ficou conhecida no Direito Romano, e assim foi mantida no Código francês e em muitos outros diplomas, como delitos e quase delitos. Essa distinção, modernamente, já não possui maior importância no campo da responsabilidade. Para fins de indenização, importa verificar se o agente agiu com culpa civil, em sentido lato, pois, como regra, a intensidade do dolo ou da culpa não deve graduar o montante da indenização, embora o presente Código apresente dispositivo nesse sentido (art. 944, parágrafo único). A indenização deve ser balizada pelo efetivo prejuízo (VENOSA, 2021, p. 381).

A primeira conclusão é a de que, tradicionalmente, e em regra, a doutrina continua considerando a culpa genérica ou *lato sensu* como pressuposto do dever de indenizar.

No que se refere à indenização, esta deve ser fixada de acordo com o grau de culpa dos envolvidos, ou seja, segundo a sua contribuição causal (arts. 944 e 945 do CC) (BRASIL, 2002). Dessa forma, havendo dolo, por regra, deverá o agente pagar a indenização integral, sem qualquer redução.

Flávio Tartuce tece as seguintes considerações acerca da realidade atual do direito brasileiro e a classificação quanto ao grau de culpa:

Na culpa lata ou culpa grave, há uma imprudência ou negligência crassa. O agente até que não queria o resultado, mas agiu com tamanha culpa de tal forma que parecia que o quisesse. Em casos tais, o efeito é o mesmo dolo, ou seja, o ofensor deverá pagar indenização integral (a culpa grave equipara-se ao dolo – culpa lata *dolus equiparatur*). Não havendo culpa concorrente, da vítima ou de terceiro, não merecerá aplicação a redução proporcional da indenização (arts. 944, parágrafo único, e 945 do CC). A culpa leve ou culpa média é a culpa intermediária, situação em que a conduta se desenvolve sem a atenção normalmente devida. Utiliza-se como padrão a pessoa humana comum (culpa *in abstracto*) (TARTUCE, 2021, p. 409).

Quanto à culpa *stricto sensu*, Paulo Nader explica que ela se manifesta em caso de negligência, imprudência ou imperícia:

A culpa *stricto sensu*, também denominada quase delitual, se manifesta por negligência, imprudência ou imperícia. Por negligência, quando a atitude é de menoscabo, de incúria, de omissão. O agente deve, por exemplo, pôr óleo na máquina antes de colocá-la em funcionamento e se esquece da providência, provocando prejuízo a outrem. Na imprudência, não observa a cautela necessária, criando riscos, como na hipótese em que, por excesso de velocidade, provoca o capotamento do carro e danos corporais em seu acompanhante. Caracteriza-se a imperícia quando o dano decorre da inobservância de normas técnicas, como no caso em que o motorista provoca abalroamento por golpe errado de direção. Enquanto na conduta dolosa o agente atua conscientemente e deseja o resultado nocivo a outrem, na conduta culposa apenas age determinadamente, sem prever ou desejar, todavia, a prática de dano (NADER, 2016, p. 105).

Em linhas gerais, a negligência é o comportamento omissivo, o não atuar quando se espera do agente uma conduta positiva. A imprudência é o comportamento ativo, positivo e inesperado, já a imperícia se revela na falta de habilidade para exercer ofício ou profissão, condição antecedente para a realização da própria atividade (MERGULHÃO, 2014, p. 97). Autoridades inegáveis acerca do tema, ensinam Direito e Cavalieri Filho que:

[...] para estabelecer a gravidade da culpa o juiz deverá considerar o cenário em que ocorreu a lesão. Importa para o dispositivo a circunstância do agir do causador do dano: a sua intenção, o prévio conhecimento que lhe permitia evitar ter presente as lições da doutrina clássica do direito penal sobre noção de culpa. Assim, poderá admitir-se a existência de uma culpa inconsciente, quando o causador do dano não prevê o resultado, embora seja previsível; da culpa com previsão, culpa consciente, quando o autor do ato lesivo conhece e prevê a possibilidade do resultado, mas espera que com as cautelas que tomou este resultado não ocorra; admitir, em seguida, a existência do chamado dolo eventual, ou seja, quando o autor do ato lesivo conhece, prevê a possibilidade do resultado, mas, apesar disso, pratica o ato; finalmente, o dolo direto em que a vontade do autor é exercitada por causa do resultado. Haveria, em certo sentido, um retorno ao velho estágio da culpa grave, da culpa leve e da culpa levíssima, conforme exista uma falta elementar de atenção, uma falta de atenção correspondente ao homem médio e uma falta de atenção extraordinária. A gravidade da culpa, portanto, estaria na maior ou menor previsibilidade do resultado e na maior ou menor falta de cuidado objetivo por parte do causador do dano [...] (DIREITO; CAVALIERI FILHO, 2004, p. 337-338).

Paulo Nader ressalva a noção de dolo no campo da responsabilidade civil, pontuando que:

Não há de se confundir a noção de dolo no campo da responsabilidade civil com a relativa aos vícios dos atos negociais (arts. 145 a 150, CC). Em matéria de responsabilidade, dolo é sinônimo de intenção, deliberação consciente do espírito, enquanto em matéria contratual constitui manobra ardilosa a fim de induzir alguém a

erro na prática de negócio jurídico. Uma vez caracterizado, provoca a anulabilidade do ato (NADER, 2016, p. 105).

Com o preenchimento dos requisitos da responsabilidade civil e, ainda, com base na análise do caso concreto, é possível verificar a ocorrência de uma chance séria e real, portanto, se é caso de uma perda passível de indenização.

Para a configuração da responsabilização pela perda de uma chance devem estar presentes os elementos básicos da responsabilidade civil, porém, o dano e o nexo causal são analisados mediante uma nova perspectiva, pois, nesse caso, trata-se de uma chance perdida, e que não pode, em hipótese alguma, ser meramente hipotética.

4.3 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL

De início, quanto à origem, a culpa pode ser classificada em culpa contratual (incluindo a culpa ao contratar ou culpa *in contrahendo*) e culpa aquiliana. A classificação está de acordo com o duplo tratamento do tema da responsabilidade civil (contratual x extracontratual).

A primeira, culpa contratual, está presente nos casos de desrespeito a uma norma contratual ou a um dever anexo relacionado com a boa-fé objetiva e que exige uma conduta leal dos contratantes em todas as fases negociais (TARTUCE, 2021, p. 405). Já a culpa extracontratual ou aquiliana é resultante da violação de um dever fundado em norma do ordenamento jurídico ou de um abuso de direito (TARTUCE, 2021, p. 405).

Na responsabilidade civil contratual há um vínculo anterior entre o autor e a vítima e o descumprimento de uma obrigação de norma jurídica preexistente, de modo que para a reparação do dano basta ser provado o seu descumprimento.

Na responsabilidade civil aquiliana, a culpa deve ser sempre provada pela vítima, enquanto na responsabilidade contratual ela é, de regra, presumida, invertendo-se o ônus da prova; cabe à vítima comprovar, apenas, que a obrigação não foi cumprida, restando ao devedor o *onus probandi*, por exemplo, de que não agiu com culpa ou que ocorreu alguma causa excludente do elo de causalidade (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2021, p. 19).

Já a responsabilidade civil extracontratual decorre de um ato ilícito, do descumprimento de um dever legal ou da violação direta de uma norma legal, sem que exista uma relação anterior

entre a vítima e o ofensor. Em outras palavras, é a responsabilidade civil prevista no Código Civil.

4.4 ABUSO DE DIREITO

A doutrina do abuso do direito não exige, para que o agente seja obrigado a indenizar o dano causado, que este tenha infringido culposamente um dever preexistente. Mesmo agindo dentro do seu direito, pode, não obstante, em alguns casos, ser responsabilizado (GONÇALVES, 2021, p. 67). É o que ocorre no campo do direito desportivo, isso porque, ainda que o clube tenha respaldo legal, que autoriza a inserção da cláusula penal no contrato de trabalho, quando se trata de valor abusivo, inserido de forma unilateral, com valores milionários, com o fim de blindar o contrato de trabalho do atleta, impedindo o mesmo sair para outro clube antes do término, constata-se abuso de direito.

Por sua vez, Silvio Rodrigues considera que:

O abuso de direito ocorre quando o agente, atuando dentro das prerrogativas que o ordenamento jurídico lhe concede, deixa de considerar a finalidade social do direito subjetivo e, ao utilizá-lo desconsideradamente, causa dano a outrem. Aquele que exorbita no exercício de seu direito, causando prejuízo a outrem, pratica ato ilícito, ficando obrigado a reparar. Ele não viola os limites objetivos da lei, mas, embora os obedeça, desvia-se dos fins sociais a que esta se destina, do espírito que a norteia (RODRIGUES, 1975, p. 49).

Paulo Nader explica que a hipótese de abuso de direito é uma cláusula aberta:

Com o descumprimento de qualquer um destes parâmetros, surge a figura do abuso de direito, que sujeita o agente à responsabilidade civil. O ato ilícito pode caracterizar-se quando o agente, ao exercer o seu direito, visa precipuamente a causar danos a outrem, constituindo estes o grande móvel de sua conduta. O abuso de direito não requer a adequação da conduta a um tipo prescrito em lei. Fundamental é que se constate a existência de um direito subjetivo e o seu exercício irregular. Não há um critério objetivo de aferição da abusividade. Trata-se mesmo de uma cláusula aberta, sujeita à variação temporal, pois de diversos modos a ilicitude pode se caracterizar, bastando dizer que a noção de bons costumes é variável no tempo e no espaço (NADER, 2016, p. 138).

Mesmo sendo consectário da autonomia privada, há limites objetivamente impostos pelo Código Civil, já que a multa não pode ultrapassar o valor da obrigação principal (CC, art. 412), podendo ser reduzida, caso haja o excesso, conforme previsão do art. 413 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Os defensores dessa teoria assumem que uma cláusula de rescisão que ultrapasse o limite imposto pelo preceito jurídico terá que ser considerada inválida por violar o princípio do regime mais favorável ao trabalhador.

Na prática, os clubes desportivos têm inserido as cláusulas de rescisão com uma finalidade totalmente diferente daquela que foi pensada inicialmente. Como enuncia João Leal Amado (2002, p. 315) o objetivo atual por parte dos clubes ao inserir as aludidas cláusulas nos contratos é a “blindagem do contrato”.

Ao desvirtuar a natureza das cláusulas de rescisão, os clubes procuram uma forma de se proteger do assédio financeiro de outros clubes, restringindo a liberdade de trabalho do atleta, forçando-o a cumprir o contrato até o seu termo.

A “blindagem do contrato”, em aposição de valores exagerados na cláusula penal como obstáculo à liberdade de circulação do atleta e de trabalho, é uma forma de abuso do direito por parte do clube, que age na contramão do princípio da dignidade humana.

A I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, aprovou o Enunciado nº 37, pelo qual se interpreta que o abuso de direito prescinde do elemento culpa: “a responsabilidade civil decorrente do abuso de direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico” (CJF, 2002).

A teoria do abuso de direito ganhou autonomia e se aplica a todos os campos do direito, extravasando, pois, o campo da responsabilidade civil e gerando consequências outras que não apenas a obrigação de reparar, pecuniariamente, o prejuízo experimentado pela vítima. O critério usualmente adotado é o de que a ilicitude do ato abusivo se caracteriza sempre que o titular do direito se desvia da finalidade social para a qual o direito subjetivo foi concedido (GONÇALVES, 2021, p. 69).

O Direito Civil parece ser a solução mais plausível para contrariar a tendência atual do panorama desportivo: nomeadamente fazer cessar esse tipo de comportamento pelos clubes que restringe a liberdade de trabalho com cláusulas com valores exorbitantes, situação diante da qual o atleta dificilmente se libertará do clube.

É importante não perder de vista que a Lei Pelé tinha por objetivo acabar com o passe, que para muitos era a última forma de escravidão. Constata-se que cláusula penal criada pelo legislador veio com o intuito de substituir um passe; criou-se, portanto, uma nova roupagem.

O conceito de abuso de direito está expresso no art. 187 do Código Civil: pratica ato ilícito quem, ao exercer o seu direito, não respeita os limites ditados “pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (BRASIL, 2002). Com o descumprimento de qualquer um destes parâmetros, surge a figura do abuso de direito, que sujeita o agente à responsabilidade civil.

De acordo com o art. 187 do Código Civil, inovador em termos legislativos e cuja inspiração é o art. 334 do Código Civil português, pratica ato ilícito quem, ao exercer o seu direito, não respeita os limites ditados “pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (BRASIL, 2022).

Conforme mencionado acima, a cláusula penal inserida no contrato, se o valor for fixado pelo clube com cifra elevada e exagerada, constituiu um obstáculo à liberdade do atleta de futebol, isso porque não poderá resilir o contrato antes do término, diante da impossibilidade de arcar com o pagamento da multa com valor abusivo.

Não se pode negar a relevância do abuso de direito na órbita trabalhista, máxime nas situações em que o empregador extrapola o seu direito de comando. O *jus variandi* patronal, quando exercido de forma ilegítima e divorciado da real necessidade de serviço ou mesmo em confronto com os limites sociais e éticos do contrato, caracteriza abuso de direito reparável mediante ação trabalhista (DALLEGRAVE NETO, 2008, p. 141).

O ato ilícito pode caracterizar-se quando o agente, ao exercitar o seu direito, visa precipuamente causar danos a outrem, constituindo este o grande móvel de sua conduta.

Paulo Nader (2015, p. 139) destaca que é possível, em matéria contratual, a prática abusiva de direito. Esta pode ocorrer no período anterior ao contrato, durante a celebração ou na fase pós-contratual:

Abuso na celebração do contrato ocorre, com maior frequência, nos contratos de adesão, quando uma das partes impõe cláusulas leoninas ao aderente. A fim de combater tais práticas a ordem jurídica dispõe de princípios e normas. O Código Civil impõe a boa-fé objetiva aos negócios jurídicos em geral, vedando, destarte, a deslealdade, o engodo, a desonestidade entre os pactuantes. Ao interpretar os atos negociais, cumpre ao juiz levar em consideração a boa-fé objetiva, além dos usos do lugar da celebração. É a dicção do art. 113 do Códex que, pelo art. 422, exige das partes a observância dos princípios de probidade e boa-fé. Embora o texto se refira apenas às fases de conclusão e de execução do contrato, é fora de dúvida que a orientação se impõe, igualmente, no período pré-contratual, consoante as boas fontes doutrinárias (NADER, 2015, p. 139).

Para Nader:

Pertinente à execução, o art. 413 da Lei Civil determina ao juiz a redução equitativa do valor da cláusula penal compensatória, quando esta for excessiva ou a obrigação principal tiver sido cumprida parcialmente. A intervenção do julgador terá o sentido de evitar a prática de um abuso de direito [...]. O Código Civil, pelo do art. 421, reprime ainda as práticas abusivas, ao conferir função social aos contratos. O princípio da autonomia da vontade não é absoluto, pois a ordem jurídica não permite toda modalidade de acordo; este, forçosamente, deve atender ao interesse da sociedade, contribuindo de algum modo para o seu desenvolvimento ou aprimoramento das relações sociais (NADER, 2015, p. 140).

O art. 187 do CC/2002 pode ser aplicado ao contrato pela menção ao fim social. Sendo assim, se a parte contratual viola a sua função social, comete abuso de direito e, portanto, ato ilícito, o que faz com que o negócio jurídico possa ser nulificado, pois o seu conteúdo é ilícito (art. 166, inc. II do CC) (TARTUCE, 2020, p. 356).

Na verdade, “violar” o fim econômico ou social do direito acaba por ser uma violação da boa-fé. Quanto à referência aos bons costumes, estes referem-se a regras de moral social. Assim, o ponto principal deste preceito está na referência ao princípio da boa-fé. É este o princípio no qual se deve basear o instituto do abuso de direito (DALLEGRAVE NETO, 2008, p. 141).

A cláusula geral de boa-fé objetiva, introduzida pelo art. 422 do Código Civil e de inspiração nitidamente constitucional, contribui para o conceito de abuso de direito ao proporcionar uma visão exata de relação jurídica complexa, como aquela que emerge deveres de conduta às partes pautados em valores metajurídicos: lealdade, probidade, proteção, informação e colaboração (BRASIL, 2002).

Na verdade, a inclusão ao contrato de cláusula penal com valores exorbitantes, manifestamente desproporcionais, com nenhuma possibilidade de o atleta pagar ao clube, pode constituir um abuso de direito no momento da celebração do contrato, tendo, necessariamente, grande impacto na liberdade de trabalho do atleta. Dessa forma, o atleta, diante do abuso de direito, parte prejudicada, poderá buscar a Justiça do Trabalho para declarar nula a cláusula penal ou pleitear a redução do valor, dentro da razoabilidade, já que não há capacidade financeira para o pagamento. Tal medida visa proteger a liberdade de trabalho, inegavelmente colocada em xeque a partir do momento em que nenhum clube pode concorrer com o montante fixado na cláusula.

O clube goza de posição de superioridade (em clara desigualdade) no momento da formação do contrato para convencionar um valor abusivo e, de tal forma, irreal, que nenhum

outro clube apresente capacidade para pagar esse valor, ficando o atleta coagido a permanecer a serviço do clube com o qual tem vínculo contratual até findar o prazo.

Esse desequilíbrio contratual, que opera em benefício dos clubes, e em prejuízo dos jogadores converte, na esmagadora maioria dos casos, ocorre em razão da cláusula de rescisão ser abusiva. Observa-se por parte do clube uma violação inequívoca dos limites impostos pela boa-fé, no momento da formação do contrato de trabalho, restringindo ao máximo a liberdade de trabalho do atleta, o que leva a crer que a respetiva entidade empregadora atua num claro abuso do direito.

Não se trata necessariamente de um interesse de natureza exclusivamente patrimonial daquele que pretende se proteger com a tutela do abuso de direito, mas, sim, um direito de natureza laboral que pode, aliás, não estar sequer relacionado com uma questão financeira, como por exemplo, menciona-se o caso do atleta que pretende desvincular-se do clube por não conseguir se adaptar ao clima do país ou o atleta que resolve encerrar sua carreira antes do término do contrato para se dedicar à família.

Nos exemplos mencionados, obrigar o atleta a cumprir o contrato constituiria manifesto abuso de direito.

4.5 A PERDA DE UMA CHANCE

Sabe-se que no início de sua aplicação a perda de uma chance estava mais restrita aos casos de responsabilidade dos profissionais liberais, em especial médicos e advogados. Todavia, nos últimos anos, os tribunais vêm se deparando com casos em que o proponente teve retirada uma chance que possuía de auferir determinada vantagem ou de evitar um prejuízo. A retirada da chance tem como consequência um dano definitivo, o qual poderia não ter ocorrido se não fosse a conduta do ofensor.

Seria possível afirmar que a perda de uma chance não passa de uma simples categoria de prejuízo, reconhecida, como tantas outras, pelo direito da responsabilidade civil (CARNAÚBA, 2013, p. 17). Trata-se de uma teoria de origem francesa, criada no século XIX, pelo termo “*perte d’une chance*”.

Rafael Peteffi da Silva informa que:

[...] já no século XIX, precisamente em 17 de julho de 1889, a Corte de Cassação francesa aceitara conferir indenização a um demandante pela atuação culposa de um oficial ministerial que extinguiu todas as possibilidades de a demanda lograr êxito, mediante o seu normal procedimento. Este é o exemplo mais antigo de utilização do conceito de dano pela perda de uma chance encontrado na jurisprudência francesa (SILVA, 2013, p. 11).

Rafael Peteffi da Silva arremata:

No sistema da common law, a primeira aparição da teoria da perda de uma chance ocorreu em 1911, com o caso inglês *Chaplin v. Hicks*, cuja autora era uma das 50 finalistas de um concurso de beleza conduzido pelo réu, o qual impediu a autora de participar da fase final do concurso que consistia em uma apresentação perante um júri.⁵² As 50 finalistas estavam concorrendo a 12 prêmios distintos. Um dos juizes de apelação argumentou que, diante da “doutrina das probabilidades”, a autora teria vinte e cinco por cento (25%) de chances de ganhar um dos prêmios (SILVA, 2013, p. 11).

Sérgio Savi descreve o primeiro julgado com a aplicação da teoria da perda de uma chance na Itália:

[...] uma empresa denominada Stefe convocou alguns trabalhadores para participar de um processo seletivo de contratação de motoristas que iriam compor seu quadro de funcionários. Após terem submetido a diversos exames médicos, alguns candidatos a emprego foram impedidos pela Stefer de participar das demais provas (de direção e de cultura elementar), que seriam necessárias à conclusão do processo de admissão (SAVI, 2009, p. 25).

O caso mencionado ilustra a interrupção no processo seletivo para alguns candidatos que estavam disputando vagas de determinado emprego, sendo que esses candidatos perderam a oportunidade de serem empregados, ou seja, mesmo que não tivessem a certeza de que seriam admitidos, perderam a oportunidade por não participar das demais provas.

A relação de contrato de trabalho de atleta profissional de futebol, diante da “blindagem” feita pelos clubes, visando impedir a saída do atleta para outra agremiação, antes do término do prazo contratual, com a inserção de cláusulas abusivas e com prazo contratual longo, normalmente de 05 anos, poderá gerar responsabilidade civil pela perda de uma chance.

É o exemplo do atleta profissional de futebol que possui um contrato com um determinado clube brasileiro, recebe uma proposta milionária de um clube europeu, mas em razão do valor milionário da multa (cláusula penal) se vê impossibilitado de indenizar o clube pela quebra prematura do contrato, circunstância que o impede de exercer sua liberdade de trabalho. Há, portanto, a perda de uma chance e, verificado o dano, fara jus à indenização.

A chance representa uma expectativa necessariamente hipotética, materializada naquilo que se pode chamar de ganho final ou dano final, diante da perda da possibilidade de ganhos futuros, já que ao término do contrato poderá não ter mais a chance de atuar por aquela agremiação.

A importância e a utilidade da teoria da perda de uma chance fizeram com que o instituto penetrasse em todos os ordenamentos jurídicos. Segundo Rafael Peteffi (2013, p. 12-13): “atualmente, a utilização da perda de uma chance é observada tanto nos danos advindos do inadimplemento contratual, quanto naqueles gerados pelos ilícitos absolutos, assim como nas hipóteses regidas pela responsabilidade subjetiva e pela responsabilidade objetiva”.

Quanto ao conceito de chance, pontua-se que esta ocorre em face de situações nas quais há um processo que propicia uma oportunidade de ganhos a uma pessoa no futuro (VENOSA, 2021, p. 390). Para Rafael Peteffi:

[...] a chance representa uma expectativa necessariamente hipotética, materializada naquilo que se pode chamar de ganho final ou dano final, conforme o sucesso do processo aleatório. Entretanto, quando esse processo aleatório é paralisado por um ato imputável, a vítima experimentará a perda de uma probabilidade de um evento favorável. Esta probabilidade pode ser estatisticamente calculada, a ponto de lhe ser conferido um caráter de certeza (PETEFFI, 2013, p. 13-14).

Segundo a jurisprudência, a chance do prejuízo, derivada da frustração de uma oportunidade, deve ser certa:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAS. PERDA DE UMA CHANCE. A perda de uma chance resulta em dano atual, não hipotético, indenizável porque decorrente de uma probabilidade séria de benefício econômico que é frustrada. É por esta vantagem econômica que a chance pode ser avaliada em si mesma, ainda prescindindo do resultado final incerto, em seu intrínseco valor econômico que resulta frustrado por culpa do responsável. Em que pese o resultado da chance ser sempre incerto, a chance e o prejuízo que se derivam da frustração devem ser certos [...] (RIO DE JANEIRO, 2016).

Para a existência do dano é necessário provar a perda de uma oportunidade, real e significativa, de alcançar uma determinada vantagem, não bastando mera esperança subjetiva.

Nesse sentido:

RECURSO ORDINÁRIO - PERDA DE UMA CHANCE. Para a existência do dano exige a prova da perda de uma oportunidade, real e significativa, de alcançar uma

determinada vantagem, não bastando uma mera esperança subjetiva (RIO DE JANEIRO, 2017).

As lições de Rafael Peteffi da Silva merecem destaque:

A teoria da perda de uma chance encontra o seu limite no caráter de certeza que deve apresentar o dano reparável. Assim, para que a demanda do réu seja digna de procedência, a chance por esta perdida deve representar muito mais do que simples esperança subjetiva. Como bem apontou Jacques Boré, pode-se imaginar um paciente vitimado por uma doença incurável, mas que ainda mantenha as esperanças de sobreviver. Objetivamente, todavia, não existe qualquer chance apreciável de cura. A propósito, ‘a observação da seriedade e da realidade das chances perdidas é o critério mais utilizado pelos tribunais franceses para separar os danos potenciais e prováveis e, portanto, indenizáveis dos danos puramente eventuais e hipotéticos cuja reparação deve ser rechaçada’. Os ordenamentos da Common Law também demonstraram a sua preocupação em evitar demandas levianas, exigindo a demonstração da seriedade das chances perdidas. Em *Hotson v. Fitzgerald*, o voto vencedor requeria a existência da perda de uma chance ‘substancial’. A decisão citada, com rara ousadia, chega a afirmar que as demandas das vítimas que perderam menos de vinte e cinco por cento de chances de auferir a vantagem esperada devem ser encaradas com rigor redobrado, já que demandas de natureza especulativa não devem ser encorajadas (PETEFFI, 2007, p. 134).

Diante da perda de chance ocorre a frustração na percepção desses ganhos e, portanto, a indenização deverá ser compatível com a projeção dessa perda.

Rafael Peteffi da Silva (2013, p. 12) cita como exemplos clássicos dos prejuízos atuais os casos de jogos de azar, como na hipótese do cavalo de corrida que é impedido de correr e perde a chance de ganhar um prêmio ou o caso de perda de uma chance em matéria contenciosa, diante da atitude culposa de um advogado que perde o prazo do recurso de apelação e faz com que seu cliente não tenha a chance de ver o seu direito reconhecido na instância superior.

Sílvio de Salvo Venosa traz os seguintes ensinamentos:

[...] sob esse aspecto, surge a problemática da *perda da chance*. Temos sempre que examinar, como regra, a certeza do dano. Alguém deixa de prestar exame vestibular, porque o sistema de transportes não funcionou a contento e o sujeito chegou atrasado, não podendo submeter-se à prova: pode ser responsabilizado o transportador pela impossibilidade de o agente cursar a universidade? O advogado deixa de recorrer ou de ingressar com determinada medida judicial: pode ser responsabilizado pela perda de um direito eventual de seu cliente? Essa, em tese, a problemática da perda da chance, cujo maior obstáculo repousa justamente na possibilidade de incerteza do dano (VENOSA, 2021, p. 390).

A probabilidade de perda de uma oportunidade não pode ser considerada em abstrato. O evento danoso deve impedir que o trabalhador obtenha uma séria e real probabilidade de vantagem, e não uma simples possibilidade:

RECURSO ORDINÁRIO. PERDA DE UMA CHANCE. INDENIZAÇÃO. CABIMENTO. A teoria da perda de uma chance foi desenvolvida para uma situação na qual um evento danoso não causou um prejuízo concreto, mas impediu a chance de se obter um ganho provável. O que se deve indenizar é a chance perdida, e não o dano provável, ou seja, um percentual referente à probabilidade de ganho que acabou frustrada. No entanto, o dano indenizável deve ser certo, atual e subsistente, sendo imprescindível que o evento danoso tenha impedido ao trabalhador uma séria e real probabilidade da vantagem, e não uma simples possibilidade (RIO DE JANEIRO, 2017).

No ano de 2018, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu indenização em favor de um investidor que perdeu ganhos em relação a ações de determinado banco, pois foram vendidas sem a sua autorização em dia anterior à valorização no mercado acionário:

Recurso especial. Ações em bolsa de valores. Venda promovida sem autorização do titular. Responsabilidade civil. Perda de uma chance. Dano consistente na impossibilidade de negociação das ações com melhor valor, em momento futuro. Indenização pela perda da oportunidade. 1. ‘A perda de uma chance é técnica decisória, criada pela jurisprudência francesa, para superar as insuficiências da responsabilidade civil diante das lesões a interesses aleatórios. Essa técnica trabalha com o deslocamento da reparação: a responsabilidade retira sua mira da vantagem aleatória e, naturalmente, intangível, e elege a chance como objeto a ser reparado’ (CARNAÚBA, Daniel Amaral. A responsabilidade civil pela perda de uma chance: a técnica na jurisprudência francesa. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 922, ago. 2012). 2. Na configuração da responsabilidade pela perda de uma chance não se vislumbra o dano efetivo mencionado, sequer se responsabilizará o agente causador por um dano emergente, ou por eventuais lucros cessantes, mas por algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa, que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. 3. No lugar de reparar aquilo que teria sido (providência impossível), a reparação de chances se volta ao passado, buscando a reposição do que foi. É nesse momento pretérito que se verifica se a vítima possuía uma chance. É essa chance, portanto, que lhe será devolvida sob a forma de reparação. 4. A teoria da perda de uma chance não se presta a reparar danos fantasiosos, não servindo ao acolhimento de meras expectativas, que pertencem tão somente ao campo do íntimo desejo, cuja indenização é vedada pelo ordenamento jurídico, mas sim um dano concreto (perda de probabilidade). A indenização será devida, quando constatada a privação real e séria de chances, quando detectado que, sem a conduta do réu, a vítima teria obtido o resultado desejado. 5. No caso concreto, houve venda de ações sem a autorização do titular, configurando o ato ilícito. O dano suportado consistiu exatamente na perda da chance de obter uma vantagem, qual seja a venda daquelas ações por melhor valor. Presente, também, o nexo de causalidade entre o ato ilícito (venda antecipada não autorizada) e o dano (perda da chance de venda valorizada), já que a venda pelo titular das ações, em momento futuro, por melhor preço, não pode ocorrer justamente porque os papéis já não estavam disponíveis para serem colocados em negociação. 6. Recurso especial a que se nega provimento (BRASIL, 2018).

Flavio Tartuce afirma:

[...] o meu entendimento doutrinário continua sendo pela não adesão à reparação civil pela perda de uma chance como categoria de dano em separado. Isso porque tais danos seriam, em muitas situações, os casos, hipotéticos ou eventuais, sendo certo que os arts. 186 e 403 do CC exigem o dano presente e efetivo. A perda de uma chance, na verdade, trabalha com suposições, com o se (TARTUCE, 2021, p. 514).

E arremata:

[...] como última nota de crítica, a perda de uma chance pode representar barreiras intransponíveis para a vítima, que ficará sem o valor indenizatório se não provar que a chance é séria e real. Em muitos casos, as categorias dos danos materiais e dos morais parecem ser mais adequadas para a resolução do caso concreto, reparando-se integralmente o dano sofrido. De todo modo, apesar desses meus argumentos, não se pode negar que a reparação pela perda da chance tem sido admitida amplamente pelas nossas Cortes (TARTUCE, 2021, p. 514).

Em sede de responsabilidade aquiliana, porém, a perda ou o prejuízo deverão ser avaliados no caso concreto. Nesse sentido é o art. 946 do Código Civil:

Art. 946. Se a obrigação for indeterminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar (BRASIL, 2002).

Para que a ação não se converta em instrumento de enriquecimento injusto para a vítima, os limites da indenização estão estabelecidos no art. 402 do Código Civil:

Art. 402. Salvo as exceções previstas em lei as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar (BRASIL, 2002).

Paulo Nader explica que a perda de uma chance, via de regra, constitui um dano indireto:

Diz-se direto o dano quando ligado umbilicalmente à ação ou omissão do agente, como se verifica, por exemplo, em um acidente em que a vítima é atropelada, sofrendo danos físicos por imprudência do motorista. É a ofensa moral ou patrimonial que nasce da conduta do agente, sem interferência de dano anterior. Enquadram-se: a cirurgia plástica mal-sucedida por erro médico; a piscina mal construída, provocadora de infiltrações e danos em apartamento de andar inferior; a entrevista ofensiva à honra de alguém. Ao praticar o ato ilícito, ao agente é previsível o alcance imediato de seu ato. O dano é indireto quando se revela decorrência de um anterior sofrido pela própria vítima ou por outrem. Tem-se o efeito cascata. A perda de chance, analisada no início deste capítulo, via de regra, constitui dano indireto (NADER, 2016, p. 83).

A jurisprudência fica, portanto, encarregada de estabelecer parâmetros para a indenização, uma vez que é impossível ao legislador regular todas as hipóteses.

4.5.1 Critérios de aplicação da perda de uma chance

O campo dos negócios e das relações empresariais tem como princípio ordenador a busca pelo lucro. Com a obtenção do lucro, perquirir a perda de uma chance mostra-se um instrumento útil para encontrar a reparação mais justa para o caso concreto.

A questão da perda de uma chance sempre foi tratada dogmaticamente como um problema de certeza. Com efeito, o sistema francês exige que o dano seja certo para ser indenizado (SILVA, 2013, p. 13).

A teoria da perda de uma chance encontra o seu limite no caráter de certeza que deve apresentar o dano reparável. Assim, para que a demanda seja digna de procedência, a chance perdida pelo autor deve representar muito mais do que uma simples esperança subjetiva (SILVA, 2013, p. 138).

Para Miguel Kfoury Neto (2002, p. 11): “a chance perdida deve ser ‘séria’, ou ‘real e séria’. É necessário demonstrar a realidade do prejuízo final, que não pode ser evitado – prejuízo cuja quantificação dependerá do grau de probabilidade de que a chance perdida se realizaria”.

No mesmo sentido é o Enunciado 444, da V Jornada de Direito Civil, ocorrida entre 8 e 10 de novembro de 2011:

Enunciado 444. Art. 927. A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos (CJF, 2011).

A doutrina é unânime em identificar na seriedade da chance perdida um dos requisitos mais importantes para a aplicação da teoria. Entretanto, apesar do lapso temporal entre o evento danoso e o momento em que a chance seria utilizada ser um critério importante, haverá casos em que a reparação será concedida mesmo com o aludido lapso temporal dilatado, pois outros fatores poderão indicar a seriedade da chance perdida (SILVA, 2013, p. 141).

Savi (2009) entende que a perda de uma chance foi aperfeiçoada a partir de 1960, ano em que já existia a responsabilidade sem ao menos se ter certeza do resultado:

Ressalta-se, entretanto, que o instituto aprimorou-se e ganhou maior notoriedade, somente, a partir da década de 60, no momento em que passou a ser aceito pela Corte de Cassação Francesa depois de acirradas discussões doutrinárias sobre a extinção do resultado perdido e possibilidade de ceifada de obtê-lo. É importante destacar, que os juristas franceses corroboravam do entendimento de que a indenização tinha que ser feita independentemente da certeza do resultado final, ou seja, a vítima deveria ser ressarcida diante daqueles casos nos quais estivessem presentes as elevadas probabilidades, dela obter uma vantagem ou de enviar uma perda, no que tange o prejuízo ocasionado pela prática do ato ilícito do agente responsável pelo dano (SAVI, 2009, p. 3-4).

Rafael Peteffi da Silva afirma que:

[...] vale recordar que a responsabilidade pela perda de uma chance somente é utilizada porque a vítima está impossibilitada de provar o nexo causal entre a conduta do agente e a perda definitiva da vantagem esperada. Por exemplo, o empresário não logra provar que o seu negócio não se realizou pela falha de seu contador, assim como o cliente não consegue provar o nexo causal entre a ação ou a omissão do seu advogado e a improcedência da demanda. Resta para a vítima, portanto, a reparação pela perda de uma chance, já que poderá provar o nexo causal entre a conduta do agente e as chances perdidas. Desse modo, pode-se afirmar que a regra fundamental a ser obedecida em casos de responsabilidade pela perda de uma chance prescreve que a reparação da chance perdida sempre deverá ser inferior ao valor da vantagem esperada e definitivamente perdida pela vítima (SILVA, 2013, p. 142-143).

Ainda, para o autor:

[...] os juristas franceses apresentam um leque de hipóteses bastante variado, como a responsabilidade pela perda de uma chance de lograr êxito em um jogo de azar ou em uma competição esportiva, tal como ocorreu com um criador que teve seus cavalos de corridas arrestados, ficando impedido de inscrevê-los em competições. Também se pode observar a utilização da teoria em casos de perda de uma chance pela quebra do dever de informar; perda de uma chance de ganhar uma demanda judicial devido a falhas de advogados e perda de uma chance em matéria empresarial. A última espécie mencionada constitui o objeto de duas recentes decisões. Em 11 de janeiro de 2002, a Corte de Apelação de Paris responsabilizou uma empresa fabricante de perfumes pela perda de uma chance de obter lucros substanciais, tendo como vítima a conhecida empresa “L’Occitane”, já que a ré havia fabricado um produto que gerava um cheiro desagradável, se utilizado em determinadas circunstâncias. A Corte de Cassação, em 24 de setembro de 2003, condenou um contador, que havia “maquiado” o balanço de uma empresa, a indenizar os fiadores da dívida da empresa por terem esses perdido a chance de “limitar o seu risco financeiro” (SILVA, 2013, p. 155-156).

Oportuna a lição acima, já que Rafael Peteffi da Silva (2013) cita como exemplo a perda de uma chance em uma competição esportiva, tal como ocorreu com um criador que teve seus cavalos de corridas arrestados, ficando impedido de inscrevê-los em competições.

Da mesma forma, no mundo esportivo, verifica-se que o atleta profissional que perde a chance de transferir para um clube de futebol, o qual lhe dará maiores condições de trabalho, melhor salário, jogar em competições de maior visibilidade em nível internacional, poderá acionar o clube ao qual está vinculado se demonstrar que houve uma “blindagem” em seu contrato, com cláusula unilateral abusiva, decorrente de um contrato de adesão, com valores exorbitantes na cláusula penal ou prazos longos.

Rafael Peteffi da Silva afirma quanto à reparação pela perda de uma chance de se auferir melhor condição social que:

[...] a jurisprudência francesa também se sente à vontade para conferir reparações pela perda de uma chance quando esta constitui um prejuízo futuro. Assim, em alguns casos, observa-se a reparação pela perda de uma chance de auferir melhor condição social, como no caso em que a Corte de Cassação, no início da década de 1970 do século passado, concedeu reparação a uma jovem viúva que perdeu o marido, um brilhante médico residente, pela conduta culposa do réu (SILVA, 2013, p. 156).

Rafael Peteffi da Silva (2013, p. 170) explica que “a responsabilidade pela perda de uma chance também é chamada a depor nos casos de responsabilidade civil pela quebra das tratativas, ou responsabilidade pré-contratual”.

Rafael Peteffi da Silva traz exemplo de responsabilidade pré-contratual:

O direito australiano tem no recente caso *Sellars v. Adelaide Petroleum*²¹⁸ o seu leading case. Em *Sellars* houve um típico caso de responsabilidade pré-contratual, no qual o réu estava negociando a compra de um lote substancial de ações do autor da demanda. O réu havia sinalizado com uma proposta vantajosa, mas desistiu em momento posterior sem motivo razoável. Após a desistência do réu, os outros interessados na compra do lote de ações passaram a negociar em termos menos vantajosos para o autor. O tribunal decidiu que a conduta culposa do réu havia retirado a oportunidade de fechar um negócio mais vantajoso, mas como a negociação com os outros interessados não era totalmente certa, condenou o réu a pagar pela probabilidade de quarenta por cento (40%) que o autor possuía de fechar um negócio mais vantajoso (SILVA, 2013, p. 156).

Na relação laboral entre o atleta profissional e o clube, sobretudo na fase pré-contratual, são comuns os contratos de trabalho, típicos de adesão. O atleta é parte hipossuficiente na relação e, geralmente, assina com o clube sem ter opção de discutir o valor da cláusula penal e o prazo contratual, o que pode trazer consequências ao atleta, além do fato de que este estará impedido de exercer sua liberdade contratual e de trabalho, o que configura a perda de uma chance.

Assim, ou a vítima prova uma relação causal suficiente para condenar o agente a indenizar a integralidade do dano final ou suportará o dano.

Apesar dos vários exemplos referidos, a jurisprudência exerce forte controle sobre a seriedade das chances de melhora profissional ou de seguir determinada carreira.

4.6 DIFERENÇA ENTRE PERDA DE UM CHANCE, DANO EMERGENTE E LUCRO CESSANTE

A princípio, sempre que o dano for certo, restará configurado o dever do agente de indenizar de forma integral o dano causado, incluindo-se o que efetivamente se perdeu (danos emergentes) e o que a vítima deixou de ganhar (lucros cessantes).

Mas há casos em que a vítima do ato ilícito pode vir a ser privada de obter uma vantagem futura ou de evitar um dano.

Sílvio de Salvo Venosa traz importante lição quanto ao dano patrimonial, dano emergente e lucros cessantes:

O dano patrimonial, portanto, é aquele suscetível de avaliação pecuniária, podendo ser reparado por reposição em dinheiro, denominador comum da indenização. O dano emergente, aquele que mais se realça à primeira vista, o chamado dano positivo, traduz uma diminuição de patrimônio, uma perda por parte da vítima: aquilo que efetivamente perdeu. Geralmente, na prática, é o dano mais facilmente avaliável, porque depende exclusivamente de dados concretos. Em um abaloamento de veículo, por exemplo, o valor do dano emergente é o custo para repor a coisa no estado anterior. Será o valor do veículo, se a perda for total. O lucro cessante traduz-se na dicção legal, o que a vítima razoavelmente deixou de lucrar. Trata-se de uma projeção contábil nem sempre muito fácil de ser avaliada. Nessa hipótese, deve ser considerado o que a vítima teria recebido se não tivesse ocorrido o dano (VENOSA, 2021, p. 393).

Importante observar que as situações clássicas de lucros cessantes são representadas, na locução do art. 402 do Código Civil (BRASIL, 2002), por aquilo que a vítima razoavelmente deixou de lucrar. Nota-se, também, que não há uma certeza absoluta em relação ao nexo causal entre a conduta do réu e os lucros perdidos. Porém, existem indícios suficientemente fortes para que o juiz possa gerar a convicção de que é razoável supor que o autor deixou de auferir determinados lucros devido à conduta do réu, a qual poderá ser caracterizada como *conditio sine qua non* para o aparecimento do dano.

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná já concebeu a reparação pela perda da chance como danos emergentes:

[...] frise-se, até repetindo, que a indenização por perda da chance, como dito, é decorrente de dano material emergente na medida em que, quando da quebra do contrato, já havia na esfera patrimonial do autor a efetiva probabilidade de lograr êxito na exposição de arte, não se confundido, portanto, com o dano moral (PARANÁ, 2008).

No caso acima, parece ter sido dado como certo algo probabilístico, já que na perda de uma chance não se indeniza a vantagem perdida, mas sim a chance de obtê-la.

A ligação da “perda de uma chance real” como algo que repousa entre uma “probabilidade e uma certeza”, ou como a visualização da responsabilidade pela perda de uma chance como um “alargamento do nexo de causalidade” – poderia significar a perda de uma chance sendo utilizada para suavizar o ônus da prova do nexo de causalidade entre a conduta do réu e o dano final (SILVA, 2013, p. 272).

Se a vantagem que não se concretizou, mas que poderia ter se concretizado, é aleatória, logo, não deve ser reparada. Porém, deverá ser indenizada a probabilidade que existia dessa vantagem se concretizar, ou seja, a chance perdida, já que essa sim era certa.

Quando se perde uma chance, existe uma certeza que embasa a sua reparação, qual seja, a de que era provável alcançar o resultado final. Nota-se que se a perda de uma chance estiver sendo considerada como dano emergente ou lucro cessante, terá então o autor do processo que provar, de forma inequívoca, que, caso não fosse a existência do ato, o resultado teria se consumado, o que, aparentemente, não será tarefa fácil.

Os lucros cessantes correspondem necessariamente a um ganho que ocorreria como consequência normal, ou seja, corresponde à lesão a um bem jurídico que razoavelmente seria incorporado ao patrimônio da vítima no futuro, caso a conduta culposa não tivesse sido praticada. O dano final indenizável é certo. Já na perda de uma chance, o resultado almejado é incerto, mas provável, e o resultado final depende de diversos fatores, havendo, portanto, somente a probabilidade de que este viesse a se concretizar ao final. Logo, na perda de uma chance não há a absoluta certeza do benefício, mas sim a perda da oportunidade de se alcançar o benefício.

4.7 ACEITAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE PELO DIREITO BRASILEIRO

A produção doutrinária brasileira sobre a responsabilidade civil pela perda de uma chance vinha se mostrando bastante tímida, todavia, a doutrina atual parece passar por uma fase de

ebulição, com novos estudos. Apesar disso, a perda de uma chance ainda não é muito explorada pela jurisprudência brasileira (SILVA, 2013, p. 196).

Marcos Bernardini (2017, p. 114) explica que, na maioria das decisões, os julgadores não entendem pela caracterização da perda de uma chance, já que esta, “nas relações de trabalho, geralmente, deve ser provada por quem a alegar. Por esta razão, em muitos casos ela não é caracterizada devido à falta de prova de que ela realmente ocorreu”.

Oportuno citar a jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região (TRT1):

PERDA DE UMA CHANCE - O autor não produziu prova favorável à sua versão, não se desincumbindo do ônus probatório que lhe competia quanto à alegada espera da contratação durante meses, a retenção da CTPS ou da perda de oportunidade de emprego em outra empresa (art. 818 da CLT e 333, I do CPC) (RIO DE JANEIRO, 2013).

A teoria da perda de uma chance é baseada em dois requisitos essenciais: nexos causal e dano. Destarte, há possibilidade de a teoria da perda de uma chance ser utilizada em hipóteses fáticas regidas pela responsabilidade civil subjetiva, que tem na culpa o seu maior fundamento e requisito. Assim, mesmo avançando a passos largos, seria impróprio afirmar que a teoria da perda de uma chance já goza de aplicação geral e irrestrita por parte da jurisprudência brasileira.

Um dos julgados mais comentados pelos operadores jurídicos – visto que as premissas da teoria da perda de uma chance foram notadas – foi o famoso caso do “Show do Milhão”.

Do relatório do Ministro Fernando Gonçalves extrai-se que:

[...] Cuida-se de ação de indenização proposta por ANA LÚCIA SERBETO DE FREITAS MATOS, perante a 1ª Vara Especializada de Defesa do Consumidor de Salvador – Bahia – contra BF UTILIDADES DOMÉSTICAS LTDA., empresa do grupo econômico ‘Sílvia Santos’, pleiteando o ressarcimento por danos materiais e morais, em decorrência de incidente havido quando de sua participação no programa ‘Show do Milhão’, consistente em concurso de perguntas e respostas, cujo prêmio máximo de R\$ 1.000.000,00 (hum milhão de reais) em barras de ouro, é oferecido àquele participante que responder corretamente a uma série de questões versando conhecimentos gerais. Expõe a petição inicial, em resumo, haver a autora participado da edição daquele programa, na data de 15 de junho de 2000, logrando êxito nas respostas às questões formuladas, salvo quanto à última indagação, conhecida como ‘pergunta do milhão’, não respondida por preferir salvar a premiação já acumulada de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), posto que, caso apontado item diverso daquele reputado como correto, perderia o valor em referência. No entanto, pondera haver a empresa BF Utilidades Domésticas Ltda., em procedimento de má-fé, elaborado pergunta deliberadamente sem resposta, razão do pleito de pagamento, por da- nos materiais, do quantitativo equivalente ao valor correspondente ao prêmio máximo, não recebido, e danos morais pela frustração de sonho acalentado por longo tempo (BRASIL, 2005).

O acórdão tem importância plena, pois ratifica o entendimento do Tribunal com relação à responsabilidade de dar a última palavra em matéria civil infraconstitucional de aceitação da teoria da perda de uma chance. A questão da quantificação dos danos em decorrência da perda de uma chance é bastante tormentosa na jurisprudência pátria.

A principal função do instituto da responsabilidade civil é tentar fazer com que a vítima, mediante a indenização conferida, volte ao estado que se encontrava antes do evento danoso. Para tanto, a indenização corresponde à integralidade do dano sofrido, sendo exatamente isso que prescreve o *caput* do art. 944 do Código Civil pátrio: “a indenização mede-se pela extensão do dano” (BRASIL, 2002).

Nas hipóteses de responsabilidade civil subjetiva o grau da culpa não poderia influir na quantificação do dano, bastando a culpa levíssima para que o réu indenizasse toda a extensão do prejuízo causado, devendo ser considerada a perda definitiva da vantagem esperada (dano final). O valor que a vítima “razoavelmente deixou de lucrar” (lucros cessantes), tendo em vista a observância do nexo causal entre a conduta do agente e a vantagem esperada pela vítima.

A corrente francesa julga que nas demais áreas a perda de uma chance refere-se ao prejuízo. Pela dificuldade de quantificar certos danos patrimoniais representados pela perda de uma chance, talvez a jurisprudência brasileira esteja criando uma corrente que tende a considerá-los como uma subespécie de danos extrapatrimoniais, posto que estão sujeitos a um subjetivismo mais acentuado na sua quantificação (MORAES, 2003, p. 37).

A aceitação da perda de uma chance como uma espécie de dano certo aparece como o caminho que o direito nacional segue e continuará a seguir, eis que, no ordenamento brasileiro não há dispositivo que seja óbice à aplicação da teoria da perda de uma chance.

O TRT da 1ª Região, na decisão abaixo, entendeu que na hipótese de perda de uma chance o que se quer indenizar não é a perda da vantagem esperada, mas sim a perda da chance de se obter a vantagem ou de evitar o prejuízo, entendendo o Tribunal que cabe dano moral:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - Impõe-se a manutenção da decisão recorrida que deferiu a indenização por danos morais, eis que aplicável ao caso em comento, a teoria da Responsabilidade Civil por Perda de Chance, que trata de uma nova concepção de dano passível de indenização, que vem sendo abordada no meio jurídico pátrio, em que o autor do dano é responsabilizado, não por ter causado um prejuízo direto e imediato à vítima, mas sim, pelo fato de ter privado alguém da obtenção da oportunidade de chance de um resultado útil ou somente de ter privado esta pessoa de evitar um prejuízo. Ou seja, o que se quer indenizar não é a perda da vantagem esperada, mas sim a perda da chance de obter a vantagem ou de evitar o prejuízo. VALOR DO DANO

MORAL - A gravidade do ato ilícito considerado no presente caso é incontroversa, assim como o dano, o nexa causal e a culpa. Não há, assim, desproporcionalidade ou ausência de razoabilidade no montante arbitrado pelo Juízo a quo - R\$5.000,00 (cinco mil reais) (RIO DE JANEIRO, 2013).

Em outro julgado, o TRT da 1ª Região entendeu que o que se deve indenizar é a chance perdida, e não o dano provável, ou seja, um percentual referente à probabilidade de ganho que acabou frustrado:

RECURSO ORDINÁRIO. PERDA DE UMA CHANCE. INDENIZAÇÃO. CABIMENTO. A teoria da perda de uma chance foi desenvolvida para uma situação na qual um evento danoso não causou um prejuízo concreto, mas impediu a chance de se obter um ganho provável. O que se deve indenizar é a chance perdida, e não o dano provável, ou seja, um percentual referente à probabilidade de ganho que acabou frustrada. No entanto, o dano indenizável deve ser certo, atual e subsistente, sendo imprescindível que o evento danoso tenha impedido ao trabalhador uma séria e real probabilidade da vantagem, e não uma simples possibilidade (RIO DE JANEIRO, 2015).

O TRT da 1ª Região, em outro julgado, entendeu que o que se deve indenizar é a chance perdida, que enseja dano moral e material (dano emergente, que reflete numa diminuição no patrimônio da vítima, e o lucro cessante, que traduz o que ela deixou de ganhar):

RECURSO ORDINÁRIO. EXPECTATIVA REAL DE CONTRATAÇÃO. PERDA DE UMA CHANCE. DANO MORAL E MATERIAL. INDENIZAÇÃO. DEVIDA. A responsabilidade trabalhista não está adstrita à execução propriamente dita do contrato de trabalho, mas alcança, ainda, a fase das negociações pré-contratuais, bem assim questões pós-contratuais, em consonância com os postulados de probidade, ética e boa-fé objetiva (artigo 422 do Código Civil), bem assim com os princípios fundamentais da valorização do trabalho e da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, IV e III, respectivamente). Portanto, as tratativas preliminares que antecedem a contratação formal do trabalhador caracterizam a formação de um pré-contrato de trabalho, que envolve obrigações recíprocas e pressupõe o respeito aos princípios de lealdade de boa-fé. Portanto, à luz da teoria da perda de uma chance que se fundamenta na probabilidade de que haveria o ganho e a certeza de que a perda indevida da vantagem resultou um prejuízo, o não cumprimento de obrigação pré-contratual que obsta a possibilidade de resultado positivo ao trabalhador, constitui inegável dano, moral e material, a ensejar o pagamento de indenizações correspondentes. Recurso do reclamante a que se dá provimento (RIO DE JANEIRO, 2013).

No julgado acima, o TRT da 1ª Região compreendeu que a perda de uma oportunidade constitui inegável dano, moral e material. Oportuno destacar a fundamentação do julgado acima:

[...] evidenciando-se, pois, a possibilidade de resultado positivo ao reclamante, vítima do ato ilícito praticado pela ré, tem-se que a perda desta oportunidade constitui inegável

dano, moral e material, devendo a ré arcar com o pagamento de indenizações correspondentes. A indenização material tem por escopo o restabelecimento do status quo ante. Considera-se dano patrimonial aquele suscetível de avaliação pecuniária que pode ser reparado por reposição em dinheiro. Compreende o dano emergente que reflete uma diminuição no patrimônio da vítima e o lucro cessante que traduz o que essa deixou de ganhar (RIO DE JANEIRO, 2013).

A possibilidade de indenização pela perda de uma chance é tutelada também no ordenamento brasileiro pelo art. 5º, inciso V, da Constituição Federal de 1988, cláusula geral da responsabilidade, que dispõe ser assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem (BRASIL, 1988).

Nota-se que nos Tribunais as decisões não são unânimes, já que entendem pelo enquadramento da perda de uma chance como espécie de dano emergente, lucro cessante, outros entendem ser estritamente modalidade de dano moral e, ainda, há os que colocam a teoria da perda da chance, quando dotada de caráter patrimonial, como algo intermediário entre os danos emergentes e os lucros cessantes.

Percebe-se que o enquadramento da teoria da perda de uma chance não é questão unânime na doutrina. Foi feita uma abordagem geral sobre a teoria da perda de uma chance e sua inserção na seara da responsabilidade civil. Após breve contextualização histórica e evolutiva, foram apresentadas algumas reflexões acerca de sua natureza jurídica, bem como sobre sua quantificação, mediante fundamentos legais, jurisprudenciais e doutrinários.

No próximo tópico será abordada a perda de uma chance na esfera desportiva, especialmente analisando a possibilidade de o atleta profissional de futebol ser indenizado pelo clube que realiza a blindagem do contrato, com cláusulas unilaterais e abusivas inseridas no contrato de trabalho desportivo, que impedem a liberdade de trabalho do atleta de se desligar do clube, sofrendo um dano que advém da oportunidade retirada.

4.8 DA REPARAÇÃO PELA PERDA DE UM CHANCE NOS CONTRATOS DESPORTIVOS

Conforme já mencionado, a teoria da perda de uma chance vem ganhando espaço nos tribunais brasileiros. Um dos fatores que impulsionam a saída de jogadores brasileiros para o futebol estrangeiro são os elevados salários pagos pelos clubes e as melhores condições de trabalho. Na última década, o futebol brasileiro passou a exportar atletas para outros mercados,

além do europeu, como a Ásia, que está em crescimento, além da liga americana. Assim, visualiza-se um dano que advém da oportunidade retirada.

Flávio da Costa Higa, a respeito da jurisprudência trabalhista, acerca da teoria da perda de uma chance, assim explicita:

Diante da consoante e progressiva transformação dos fatos sociais no mundo do trabalho, em discrepância com o vagar das modificações legislativas, sobressai o papel fundamental da jurisprudência, na medida em que aproxima o Direito do Trabalho do escopo que lhe é atávico, equacionando, mediante técnicas de interpretações e integração as mais diversas formas de conflito que lhe são postas ao enfrentamento (HIGA, 2012, p. 202).

Após minuciosa pesquisa jurisprudencial acerca do tema, verifica-se que as decisões dos tribunais regionais são bem escassas, em que pese a maior adesão da teoria da perda de uma chance nos últimos anos.

O presente trabalho, após realizar uma investigação para analisar o instituto da responsabilidade civil, com foco no cabimento da perda de uma chance nas relações de trabalho entre o atleta profissional de futebol e o clube, constata que é possível o atleta profissional de futebol acionar a Justiça do Trabalho buscando a rescisão do contrato de trabalho, bem como cumular pedido de indenização pela perda de uma chance, desde que o atleta demonstre um prejuízo sério e real, que o pudesse impedir de atuar em outra agremiação.

Desta forma, o clube deverá responder pelo prejuízo de privar o atleta de determinada oportunidade (resilir o contrato antes do término e trabalhar em outro clube com melhor salário, condições de trabalho) por meio de uma “blindagem” contratual, com a inserção da cláusula penal com valores exorbitantes e prazo longos previstos nos contratos, típicos de adesão. Questiona-se: qual seria então o parâmetro para que a perda de uma chance sofrida pelo atleta profissional de futebol seja enquadrada ora como um dano patrimonial, ora como um dano extrapatrimonial?

Após detida pesquisa junto aos Tribunais, visando apresentar um caso concreto que pudesse corroborar a tese aqui apresentada, o trabalho analisou o caso do atleta Rodrigo Martins dos Santos, que ajuizou, em 7 de dezembro de 2006, ação trabalhista em face do Volta Redonda Futebol Clube (autos nº 03119-2006-342-01-00-9), pleiteando uma indenização pela perda de uma chance, decorrente de uma proposta de trabalho do Olímpia do Paraguai. Segundo consta na inicial, o clube reteve o atestado liberatório do passe, impedindo o atleta de celebrar contrato com

o novo clube. Esclarece que, quando há perda da chance, o que deve ser indenizado é a potencialidade da perda, não se levando em consideração a perda efetiva.

O Juiz de Direito do caso, Dr. Leandro Nascimento Soares (da 2ª Vara Cível de Volta Redonda/RJ) julgou procedente em parte o pedido para condenar o Reclamado ao pagamento de R\$350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais) a título de indenização pela perda de uma chance.

Oportuno citar a fundamentação e os parâmetros utilizados pelo magistrado para arbitrar o valor da condenação:

Nesse ponto, urge frisar que a norma estampada no art. 302, CPC, bem como a falta de impugnação específica aos documentos que foram anexados à inicial, fazem com que sejam reputadas verdadeiras as seguintes alegações: a) que o Reclamante era uma grande promessa como jogador de futebol, sendo artilheiro nas competições que participava; b) que o valor mensalmente recebido por atletas do Reclamado correspondia, à época, a R\$ 1.000,00 (mil reais) mensais; c) que a retenção do passe do Reclamante acarretou-lhe uma perda total no montante de 2.000 (dois mil salários mínimos), o que corresponde atualmente a R\$ 700.000,00 (setecentos mil reais). De acordo com as máximas de experiência, que são tidas como critério válido de julgamento, segundo o disposto no art. 335, CPC, jogadores brasileiros de futebol em início de carreira, são transferidos para o exterior para ganhar bem mais do que poderiam receber no Brasil. Ademais, ainda com base nas máximas de experiência, tais transferências são realizadas por força de contratos com razoável duração, sendo plausível, assim, adotar como parâmetro (apenas como parâmetro), no caso em tela, o prazo máximo de cinco anos, ou sessenta meses, previsto na Lei n. 9.615/98. Firmadas tais premissas, tem-se que, segundo a alegação da inicial, a perda pecuniária sofrida pelo Reclamante seria de R\$ 11.666,66 (onze mil seiscentos e sessenta e seis reais e sessenta e seis centavos) mensais, a partir da divisão de R\$ 700.000,00 (setecentos mil reais) por 60 (sessenta) meses, importância que não se mostra exagerada, sendo bastante compatível com aquilo que ordinariamente acontece em hipóteses semelhantes, mormente considerando-se que, ante os termos genéricos do pleito formulado na inicial, tal quantia deve ser tida como englobando salários, prêmios e até mesmo direitos de imagem. Ocorre que, como já ressaltado, o dano a ser indenizado é a própria perda da chance e não a importância que a vítima deixou de ganhar, eis que não se trata de indenização a título de lucros cessantes (VOLTA REDONDA, 2007).

Conforme os autos de Recurso Ordinário nº 03119-2006-342-01-00-9, em que são partes: Volta Redonda Futebol Clube, como Recorrente, e Rodrigo Martins dos Santos, como Recorrido, o TRT da 1ª Região reduziu o valor da condenação para R\$90.000,00 (noventa mil reais):

[...] quanto ao valor da indenização, merece reparos a sentença. É que a estipulação da indenização no valor equivalente à metade de um suposto contrato de 60 (sessenta) meses afigura-se exagerada. Primeiro, porque a contratação poderia, por motivos alheios ao clube-réu, não ter se concretizado. Como já dito, a chance dependia de eventos futuros. O autor, por exemplo, poderia ter se acidentado, não necessariamente jogando, ficando impossibilitado de praticar o futebol. Segundo, porque não se sabe por quanto tempo o clube Olimpia contrataria o autor. O contrato poderia ser por uma experiência de seis meses, por exemplo. Destaque-se sequer fazer sentido a utilização da Lei Pelé

(Lei nº 9.615/98) como parâmetro para um possível contrato pelo período máximo de 60 (sessenta) meses, já que o autor pretendia um contrato com clube estrangeiro, onde a referida lei não é aplicável. Enfim, são diversas as variáveis envolvidas quando se discute um evento apenas provável. Nesse sentido, parece razoável a indenização sugerida no recurso, equivalente a quinze meses de salário, que é um tempo relativamente longo e com certeza, se não chega a ressarcir os valores totais que seriam recebidos num suposto contrato com o clube paraguaio, e que, como já esclarecido, não é o objetivo da indenização por perda de chance, é com certeza suficiente para indenizar a possibilidade que se perdeu e apagar a dúvida que permaneceu. Tampouco parece condizente com a realidade a presunção de que um jogador iniciante, saído das categorias de base, iria alcançar um rendimento mensal de R\$ 11.666,66. No que toca ao Brasil, sabe-se que, mesmo em grandes clubes, não são todos os jogadores de futebol que recebem altos salários. Os iniciantes, aqueles que normalmente sequer integram o banco de reservas, em geral recebem salários bem inferiores aos dos “craques”, por vezes até simbólicos. Presume-se que no Paraguai, de economia inferior ao de muitos Estados brasileiros, a situação seja ainda pior. Portanto, arbitra-se para o cálculo da indenização um salário mensal de R\$ 6.000,00 (seis mil reais). Dá-se parcial provimento ao recurso para reduzir a indenização pela chance perdida ao valor total de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais), a ser atualizada a partir do ajuizamento da ação (RIO DE JANEIRO, 2008).

Nota-se que no caso citado não é fácil imaginar a ocorrência de dano moral, sendo mais perceptível a existência de dano patrimonial, representado pela condenação pecuniária na demanda trabalhista, decorrente da chance perdida. Desta forma, a natureza do “dano chance perdida” será a mesma do “dano vantagem esperada”.

O dano patrimonial refere-se à frustração da obtenção do resultado esperado, que consistiria em um acréscimo patrimonial à vítima. Já o dano moral poderá ocorrer quando os prejuízos pela perda da oportunidade forem relativos à ofensa à pessoa humana. Assim, pode ocorrer a lesão aos dois tipos de interesses, o que acarreta a reparação da chance tanto como dano material quanto extrapatrimonial.

O julgador, ao analisar o caso concreto, já que a chance depende de eventos futuros, deve levar em consideração o tempo do eventual contrato com o novo clube, ressaltando que a Lei Pelé (Lei nº 9.615/98) traz o período máximo de 60 (sessenta) meses, ou seja, são diversas as variáveis envolvidas na verificação quanto à chance perdida. Ainda, poderá levar em consideração a idade do atleta, uma vez que a duração do exercício profissional costuma ser curta e que, muitas vezes, poderá não ter outra oportunidade se já não estiver mais no auge da carreira.

Parece razoável a indenização para ressarcir os valores totais que seriam recebidos no contrato com o novo clube; o objetivo da indenização é, com certeza, suficiente para indenizar a possibilidade perdida, levando em consideração o valor do salário que o jogador iria ganhar durante o prazo contratual, podendo, ainda, pleitear indenização por dano moral.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como principal objetivo traçar as linhas gerais da discussão sobre a teoria da perda de uma chance. Assim, foram analisados os argumentos mais aprofundados sobre a natureza jurídica do instituto, bem como as questões mais atuais envolvendo a aplicação prática da teoria no âmbito desportivo, diante da possibilidade do atleta profissional de futebol ser indenizado pelo clube com o qual possui contrato de trabalho, quando ficar comprovado que foi impedido de transferir para outro clube, em razão da cláusula penal abusiva ou cláusula com prazo longo, utilizada como forma de restringir a liberdade de trabalho do atleta.

Dos argumentos trazidos e dos casos concretos apreciados pelo Poder Judiciário colocados em análise, o que se defende nesta pesquisa é a prevalência dos direitos da personalidade sobre a cláusula penal prevista no contrato de trabalho desportivo, celebrado entre o atleta profissional de futebol e o clube.

Numa visão sistêmica, analisada ao longo desse estudo, os tratados internacionais e o direito constitucional pátrio consideram o “ser” mais relevante do que o “ter”. Nesse sentido, o direito infraconstitucional passa a ser iluminado pelo princípio da dignidade humana, diante do qual o direito deve ser conformado e interpretado.

A vocação patrimonialista do Direito Privado (nele incluído o Direito Civil e o Direito do Trabalho) cedeu espaço para a prevalência do ser humano e da sua dignidade. Nesse cenário, o instituto do “passe” foi extinto pela Lei Pelé (9615/1998), influenciada pelo caso Bosman, ocorrido na Europa em 1990 e considerado um divisor de águas no mundo do desporto profissional. O acórdão do caso Bosman inspirou o legislador brasileiro a editar a Lei nº 9.615/1998, cujo texto original do artigo 28, §2º estabelecia que o vínculo desportivo do atleta com a entidade contratante tinha natureza acessória ao respectivo vínculo empregatício, dissolvendo-se com o término da vigência do contrato de trabalho, salvo na hipótese prevista no §3º, II, do art. 29 da Lei.

O tratamento da relação contratual entre o atleta e a entidade de prática desportiva, a partir da Lei nº 9.615/1998, alterou-se por completo. O vínculo desportivo, efetivamente, passou a ter natureza acessória quanto ao vínculo empregatício, na medida em que, terminado este, aquele não mais existiria. Vale lembrar que tal dispositivo somente passou a produzir efeitos jurídicos de acordo com o artigo 93, a partir de 26 de março de 2001, restando o artigo 11 da Lei nº 6.354/1976 expressamente revogado pelo artigo 96 do novo diploma.

A Lei nº 9.615/1998 (Lei Pelé), no seu artigo 28, preceitua que a atividade do atleta profissional é caracterizada por remuneração pactuada em contrato especial de trabalho desportivo, firmado com entidade de prática desportiva.

O §5º do referido artigo dispõe que 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. Tal artigo deu a possibilidade ao jogador de ao final do contrato atuar por outra equipe.

Após muita preocupação e resistência, os clubes e seus dirigentes, que tinham em seus atletas seu maior “patrimônio”, se adequaram à nova realidade, isso porque acreditavam que com o fim do passe não haveria mais a possibilidade de investir nas categorias de base, já que com o término do contrato o atleta estaria livre para negociar com outros clubes, ou seja, o clube que o revelou não teria nenhuma garantia de retorno no investimento realizado ao longo dos anos.

O regime do passe foi substituído pela cláusula penal, que prevê uma multa a ser paga ao time se o jogador rescindir com o clube antes de findo o contrato. O artigo 28, §1º da Lei 9615/98, em sua atual redação, dispõe que 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.

Em outras palavras, o clube, ao contratar um atleta profissional e registrá-lo junto à Confederação Brasileira de Futebol (CBF), passa a ser titular dos direitos federativos e estipula cláusula penal obrigatória no contrato, em função do disposto no *caput* do art. 28 da Lei nº 9.615/1998, que incidirá em casos de rescisão unilateral, rompimento ou descumprimento da avença pelo jogador.

O valor da cláusula penal deve ser estipulado na celebração do contrato, sendo aplicável somente ao atleta que “quebra” unilateralmente o contrato.

Com a cláusula penal indenizatória desportiva a que se refere o artigo 28, §1º, incisos I e II da citada lei, respectivamente, até o limite máximo de 2.000 (duas mil) vezes o valor médio do salário contratual, para as transferências nacionais; e sem qualquer limitação, para as transferências internacionais, dificilmente ocorrerá uma rescisão antecipada do contrato por parte do jogador, diante do valor exorbitante da cláusula, que configura uma nova roupagem do instituto do passe, já que o jogador continua com a liberdade de trabalho obstada.

Quanto ao salário, é verdade que se o valor for muito elevado fica mais difícil o atleta rescindir o contrato. Ademais, os contratos longos têm sido uma das estratégias dos clubes para prender os jogadores depois do fim do passe, pois durante a vigência do contrato estes estão vinculado ao clube e só podem dele sair se pagarem a multa rescisória, que é exagerada, o que impede muitas vezes a transferência.

O jogador perde a suposta liberdade de trabalho com esses contratos longos, sobretudo devido ao sistema de multas. Sendo assim, o instituto do passe, banido do futebol brasileiro, ganha novos delineamentos, isso porque jamais uma multa contratual pode ser condição para o exercício da profissão.

A Lei nº 9615/1998 acabou com o famigerado passe, mas este ganhou uma nova roupagem, já que o atleta profissional de futebol, com a rescisão do contrato, somente pagando a cláusula penal poderá ter a sua liberdade de trabalho, cenário que gera danos aos direitos da personalidade e ofende o princípio maior e prevalente do sistema jurídico pátrio, que é a dignidade da pessoa humana.

A cláusula penal inserida nos contratos poderá ser revisada pela Justiça do Trabalho, a teor do artigo 413 do Código Civil, que prevê que a penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz, quando o montante for manifestamente excessivo, tendo em vista a natureza e a finalidade do negócio, em respeito aos direitos da personalidade do atleta profissional de futebol.

Considerando todos os aspetos que foram analisados nesta dissertação, verifica-se que a cláusula penal representa uma nova roupagem do extinto instituto do passe. Desde que não seja utilizada em moldes abusivos e desproporcionais e respeite os interesses dos sujeitos da relação laboral desportiva é admissível do ponto de vista jurídico, sendo importante arma na preservação

do equilíbrio das competições desportivas, caso contrário, infringirá os direitos da personalidade do atleta profissional de futebol e sua dignidade, diante da restrição a sua liberdade de trabalho.

A preocupação dos clubes era proteger o investimento dispendido na formação dos atletas.

Neste contexto, em razão do valor ser exorbitante a título de multa, a sugestão seria equilibrar as condições contratuais, com a previsão de redução progressiva da cláusula penal aplicada a cada ano de vigência do contrato; no primeiro ano, a redução seria de 10%, de 20% no segundo ano, de 40% no terceiro e de 80% no quarto ano.

A partir da pesquisa elaborada foi possível situar os problemas confrontados antes e depois do fim do passe, com a inclusão da nova roupagem da cláusula penal. Constata-se que neste cenário os direitos da personalidade do atleta são desrespeitados, o que fere também a sua dignidade, já que é impedido de exercer a sua liberdade de trabalho e transferir para outro clube antes do término do contrato, diante da impossibilidade de pagamento do valor exorbitante da cláusula penal instituída de forma unilateral, que constitui flagrante abuso de direito, podendo ensejar indenização pelo dano sofrido se ficar demonstrado a perda de uma chance real e concreta de oportunidade nova de trabalho devido à impossibilidade de desligamento do clube, diante da cláusula penal exorbitante e unilateral ou com prazos longos.

REFERÊNCIAS

1ª discussão na Justiça do Trabalho. **Sindicato de Atletas**, 1 set. 1996. Disponível em: <https://sindicatodeatletas.com.br/conquistas/10-discussao-na-justica-do-trabalho.html>. Acesso em: 4 jan. 2022.

AGOSTINHO, Santo. **Confissões**: de magistro. 2. ed. Tradução: J. Oliveira Santos; A. Ambrósio de Pina e Ângela Ricci. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

AIDAR, Carlos Miguel Castex *et al.* (coords.). **Curso de Direito Desportivo**. São Paulo: Ícone, 2003.

AIDAR, Carlos Miguel Castex. **Direito Desportivo**. Campinas: Mizuno, 2000.

AMADO, João Leal. **Vinculação versus Liberdade**: o processo de constituição e extinção da relação laboral do praticante desportivo. Coimbra: 2002.

AMARAL, Francisco. A equidade no Código Civil brasileiro. In: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (coord.). **Aspectos controvertidos do novo Código Civil**: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ANTUNES, Fatima Martin Rodrigues Ferreira. O futebol nas fábricas. **Revista USP**, n. 22, p. 102-109, 1994. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26963>. Acesso em: 4 jan. 2022.

ARAÚJO, Luis Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações**: responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

BAPTISTA, Albino Mendes. **Direito Laboral Desportivo**: estudos. Lisboa: Sociedade Editora, 2003. v. 1.

BARREIROS NETO, Jaime. **Direito Desportivo**. Curitiba: Juruá, 2010.

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

BARROS, João Manoel Moreira. **Prática trabalhista e processo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Lúminem, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**. Tradução: Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989.

BERNARDINI, Marcos. **Responsabilidade civil a perda de uma chance no direito do trabalho**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2017.

BEVIÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito das obrigações**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro: Tipographia Nacional, [1824]. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 15 jul. 2021.

BRASIL. [Constituição (1891)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (24 de fevereiro de 1891)**. Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte, para organizar um regime livre e democrático, estabelecemos, decretamos e promulgamos a seguinte. Rio de Janeiro, DF: Senador [1891]. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 15 jul. 2021.

BRASIL. [Constituição (1934)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 16 de julho de 1934**. Rio de Janeiro, DF: Presidente da República, [1934]. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 15 jul. 2021.

BRASIL. [Constituição (1937)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Rio de Janeiro, DF: Presidente da República, [1937]. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 15 jul. 2021.

BRASIL. [Constituição (1946)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946**. Rio de Janeiro, DF: Assembleia Constituinte, [1946]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 15 jul. 2021.

BRASIL. [Constituição (1967)]. **Constituição da República Federativa do Brasil, de janeiro de 1967**. Brasília, DF: Presidente da República, [1967]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao67EMC69.htm. Acesso em: 15 jul. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 53.820, de 24 de março de 1964**. Dispõe sobre a profissão de atleta de futebol, disciplina sua participação nas partidas e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1964]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-53820-24-marco-1964-393794-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 5 mar. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de junho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, [1992]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Presidência da República, [1992]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 27 mar. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, DF: Presidência da República, [1943]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 99.684, de 8 de novembro de 1990**. Consolida as normas regulamentares do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Brasília, DF: Presidência da República, [1990]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D99684.htm. Acesso em: 21 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 27 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.672, de 15 de maio de 2003**. Altera dispositivos da Lei no 9.615, de 24 de março de 1998, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2003]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.672.htm. Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.803, de 11 de dezembro de 2003. Altera o art. 149 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para estabelecer penas ao crime nele tipificado e indicar as hipóteses em que se configura condição análoga à de escravo. Brasília, DF: Presidência da República, [2003]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.803.htm. Acesso em: 3 ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 12.395, de 16 de março de 2011. Altera as Leis nº s 9.615, de 24 de março de 1998, que institui normas gerais sobre desporto, e 10.891, de 9 de julho de 2004, que institui a Bolsa-Atleta; cria os Programas Atleta Pódio e Cidade Esportiva; revoga a Lei nº 6.354, de 2 de setembro de 1976; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2011]. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12395.htm. Acesso em: 30 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 3071, de 1 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [1916]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071impressao.htm. Acesso em: 28 maio. 2021.

BRASIL. Lei nº 6.354, de 02 de setembro de 1976. Dispõe sobre as relações de trabalho do atleta profissional de futebol e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1976]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6354.htm. Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1990]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8036consol.htm. Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.672, de 06 de julho de 1993. Institui normas gerais sobre desportos e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1993]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8672.htm. Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998. Institui normas gerais sobre desporto e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1998]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6354.htm. Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 9.981, de 14 de julho de 2000. Altera dispositivos da Lei no 9.615, de 24 de março de 1998, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9981.htm. Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 12.395, de 16 de março de 2011. Altera as Leis nº s 9.615, de 24 de março de 1998, que institui normas gerais sobre desporto, e 10.891, de 9 de julho de 2004, que institui a Bolsa-Atleta; cria os Programas Atleta Pódio e Cidade Esportiva; revoga a Lei nº 6.354, de 2 de setembro de 1976; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2011]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112395.htm. Acesso em: 27 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 4 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). **Recurso Especial nº 1.540.153/RS**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 17 de abril de 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/595923770/recurso-especial-resp-1540153-rs-2015-0082053-9/inteiro-teor-595923777>. Acesso em: 5 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4. Turma). **Recurso Especial nº 788.459/BA**. Relator: Min. Fernando Gonçalves, 8 de novembro de 2005. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7173792/recurso-especial-resp-788459-ba-2005-0172410-9/inteiro-teor-12902297>. Acesso em: 4 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 15.932**. Rel.: Min. Macedo Ludodolf, 18 de setembro de 1950. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/381/edicao-1/direitos-trabalhistas-dos-jogadores-de-futebol>. Acesso em: 4 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 207**. As gratificações habituais, inclusive a de Natal, consideram-se tacitamente convencionadas, integrando o salário. Brasília, DF: STF, [1963]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula207/false>. Acesso em: 6 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. (3. Turma). **Recurso de Revista nº 238800-39.2003.5.16.0002**. Rel.: Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 18 de fevereiro de 2009. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3628076/recurso-de-revista-rr-2388003920035160002-238800-3920035160002>. Acesso em: 4 jan. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. (3. Turma). **Recurso de Revista 266807/1996**. Relator: Min. José Zito Calazans, 21 de dezembro de 1997. Disponível em: <https://ibdd.com.br/category/bichos-luvas-e-horas-extras/>. Acesso em: 4 fev. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. (4. Turma). **Recuso de Revista nº 102700-43.2009.5.06.0003**. Rel.: Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 16 de maio de 2012. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/929057207/recurso-de-revista-rr-1027004320095060003>. Acesso em: 4 jan. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. (5. Turma). **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 178-76.2012.5.07.0011**. Rel.: Min. José Rego Junior, 26 de agosto de 2015. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/882364057/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-1787620125070011/inteiro-teor-882364205?ref=juris-tabs>. Acesso em: 4 jan. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. (Tribunal Pleno). **Agravo de Instrumento Reclamação Correicional nº 717805-89.2000.5.55.5555**. Rel.: Francisco Fausto, 6 de junho de 2002. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22536577/agravo-de-instrumento-reclamacao-correicional-ag-rc-717805892000555555-717805-892000555555-tst>. Acesso em: 4 jan. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 42500-56.2006.5.15.0090**. Rel.: Min Horácio Raymundo de Senna Pires, 12 de novembro de 2010.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 152**. Gratificação. Ajuste Tácito (mantida) - Res. 121/2003, Dj 19, 20 e 21.11.2003. O fato de constar do recibo de pagamento de gratificação o caráter de liberalidade não basta, por si só, para excluir a existência de ajuste tácito (ex-Prejulgado nº 25). Brasília, DF: TST, [2003]. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_151_200.html#SUM-152. Acesso em: 6 abr. 2021.

BRUNORO, José Carlos; AFIF, Antonio. **Futebol 100% profissional**. São Paulo: Gente, 1997.

CÂNDIA, Ralph. **Comentários à lei do jogador de futebol**. São Paulo: Saraiva, 1978.

CÂNDIA, Ralph. **Comentários aos contratos trabalhistas especiais**. São Paulo: LTr, 1987.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CARNAÚBA, Daniel Amaral. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Método, 2013. v. 13 (Coleção Rubens Limongi).

CASSETTARI, Christiano. **Multa contratual**: teoria e prática da cláusula penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CATEB, Alexandre Bueno. **Desporto profissional e direito de empresa**: de acordo com o Código Civil de 2002. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

CATHARINO, José Martins. **Contrato de emprego desportivo no direito brasileiro**. São Paulo: LTr, 1969.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 15. ed. Barueri: Atlas, 2021.

CONFEDERAÇÃO BRASILEIRA DE FUTEBOL (CBF). **Regulamento Nacional de Registro e Transferência do Atleta Profissional de Futebol**. Rio de Janeiro: CBF, [2021]. Disponível em: https://conteudo.cbf.com.br/cdn/202103/20210302105543_15.pdf. Acesso em: 1 abr. 2021.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (CJF). I Jornada de Direito Civil. **Enunciado nº 37**. A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se

somente no critério objetivo-finalístico. Brasília, DF: CFJ, [2002]. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>. Acesso em: 4 mar. 2022.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (CJF). V Jornada de Direito Civil. **Enunciado nº 444**. A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos. Brasília, DF: CFJ, [2011]. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>. Acesso em: 4 mar. 2022.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Trabalho e pena. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 32, p. 7-23, 1999. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1872>. Acesso em: 4 jan. 2022.

CRUZ, Ana Cristina Velloso. **Direito desportivo o “passe” do jogador de futebol**. Pará de Minas: Virtual Books, 2014.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradução: Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade civil no direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008.

DAMATO, Marcelo. Liminar cria 'caso Bosman' brasileiro. **Folha de São Paulo**, 1 set. 1996. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1996/9/01/esporte/1.html>. Acesso em: 4 jan. 2022.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014.

DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, n. 2, p. 11-39, 2007. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/40>. Acesso em: 4 jan. 2022.

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

DIAS, Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 1.

DIAS, Jaqueline Sarmiento. **O direito à imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 13.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 5.

DINIZ, Maria Helena. Parte Geral e Disposições Transitórias. *In*: FIUZA, Ricardo (coord.). **Novo Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 5.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 7.

DUARTE, Orlando. **Todos os esportes do mundo**. São Paulo: Makron Books, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. **Questões do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FACHIN, Zulmar Antonio. **A proteção jurídica da imagem**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Editora Vebatim, 2019.

FEDERAÇÃO INTERNACIONAL DE FUTEBOL (FIFA). **Circular 1171/08**. Requisitos mínimos para contratos de trabalho de jogadores de futebol profissional. Zurique: FIFA, [2008]. Disponível em: http://www.agentesdefutebolistas.com/files/20170215145158_5668_6af5e40f-5f1e-4cb5-b61a-bfdcd954832f.pdf. Acesso em: 4 abr. 2021.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. 1789. Disponível em: <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2022.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Teoria e prática de cláusula penal**. São Paulo: Saraiva, 1988.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Manual de direito civil**. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. v. 1.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 1.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. v. 3.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. v. 4.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil 3: responsabilidade civil, direito de família, direito das sucessões**. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. v. 3.

GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e direitos de personalidade: fundamentação ontológica da tutela**. Coimbra: Almedina, 2008.

GONZÁLEZ DEL RÍO, José Maria, **El deportista profesional ante la extinción del contrato de trabajo desportivo**. Madrid: La Ley, 2008.

HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland**. 20. ed. Heidelberg: Müller, 1995.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. **Direito civil: estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadro Pessoa. **Direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 2.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LEAL, Victor Nunes. A divisão dos poderes no quadro político da burguesia. In: LEAL, Victor Nunes; CAVALCANTI, Themistocles; SILVA, Carlos Medeiros. **Cinco estudos**. Rio de Janeiro: Getúlio Vargas, 1955.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

LEITE, Jorge. **A extinção do contrato de trabalho por vontade do trabalhador**. Coimbra: FDUC, 1990. v. 1.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LIMÓN LUQUE, Miguel Ángel. La démission del deportista profesional y la indemnización en favor de la entidade deportiva. **Revista Española de Derecho del Trabajo**, n. 101, p. 219, set./dez. 2000.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria Geral das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LUQUE, Miguel Ángel Limón Luque. La démission del deportista profesional y la indemnización en favor de la entidade deportiva. **Revista Española de Derecho del Trabajo**, n. 101, p. 219, set./dez. 2000.

MACHADO, Jayme Eduardo. **O novo contrato desportivo profissional**. Sapucaia do Sul: Notadez Informação: 2000.

MAGALHÃES, Mario. Clubes se rebelam e FHC planeja MP do passe. **Folha de São Paulo**, 18 out. 1996. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1996/10/18/esporte/4.html>. Acesso em: 4 jan. 2022.

MARCONDES, Luiz Fernando Aleixo. **Direitos econômicos de jogadores de futebol: lex sportiva e lex publica: alternativa jurídica às restrições de compra e venda de direitos sobre o jogador**. Curitiba: Juruá, 2016.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, Rafael da Silva. Trabalho e dignidade humana. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de (org.). **Direitos humanos dos trabalhadores**. São Paulo: LTr, 2016.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direitos trabalhistas do atleta profissional de futebol**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

MELO FILHO, Álvaro. Atleta ficou livre do passe mas refém de procurador no futebol. **SEDEP**, 2021. Disponível em: <http://www.sedep.com.br/artigos/atleta-ficou-livre-do-passe-mas-refem-de-procurador-no-futebol/>. Acesso em: 14 ago. 2021.

MELO FILHO, Álvaro de. **Direito desportivo-aspectos teóricos e práticos**. São Paulo: Thomson-IOB, 2006.

MELO FILHO, Álvaro de. **Lei Pelé: comentários à Lei 9.615/98**. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

MELO FILHO, Álvaro de. **Novo ordenamento jurídico-desportivo**. Fortaleza: ABC Fortaleza, 2000.

MELO FILHO, Álvaro de. **O desporto na ordem jurídico-constitucional brasileira**. São Paulo: Malheiros, 1995.

MELO FILHO, Álvaro. Reflexões em torno dos direitos federativos e econômicos. **Derecho Desportivo en línea (DDEL)**, n. 10, 2008. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/216317>. Acesso em: 28 mar. 2021.

MELO FILHO, Álvaro. Sobre a Lei Pelé. **IBDD**, 16 ago. 2017. Disponível em: <https://ibdd.com.br/sobre-a-lei-pele/>. Acesso em: 7 jan. 2022.

MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral trabalhista**, 3. ed. São Paulo: Atlas: 2015.

MELO, Raimundo Simão de. **Direito do trabalho e a saúde do trabalhador**: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição. 5. ed. São Paulo: LTr, 2013.

MERGULHÃO, Maria Fernanda Dias. **Indenização integral na responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2014.

MIRAGEM, Bruno. **Direito civil**: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. (10. Turma). **Recurso Ordinário nº 0010403-57.2020.5.03.0183**. Relator: Des. Rosemary de O. Pires, 30 de setembro de 2020. Disponível em: <https://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1111011255/recurso-ordinario-trabalhista-ro-104035720205030183-mg-0010403-5720205030183/inteiro-teor-1111011364>. Acesso em: 5 fev. 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. (2. Turma). **Recurso Ordinário nº 0010312-04.2020.5.03.0106**. Relator: Des. Sebastião Geraldo da Silva, 20 de novembro de 2020. Disponível em: <https://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1129447668/recurso-ordinario-trabalhista-ro-103120420205030106-mg-0010312-0420205030106>. Acesso em: 5 fev. 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. (7. Turma). **Recurso Ordinário nº 0010424-05.2019.5.03.0139**. Relator: Des. Márcio José Zebende, 29 de março de 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/1119338101/trt-3-judiciario-29-03-2021-pg-1463>. Acesso em: 5 abr. 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. (7. Turma). **Recurso Ordinário nº 0011093-75.2015.5.03.0017**. Relator: Des. Vitor Salino de Moura Eca, 7 de abril de 2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/222202299/trt-3-judiciario-14-12-2018-pg-8424>. Acesso em: 4 fev. 2021.

MIRAGEM, Bruno. **Direito das Obrigações**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MONTEIRO, Antonio Pinto. **Cláusula penal e indenização**. Coimbra: Almedina, 1990.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das obrigações**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4. (Obra Atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf).

MORAES FILHO, Evaristo de. **Introdução ao direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2014.

MORAES FILHO, Evaristo de. **Temas atuais de trabalho e previdência**. São Paulo: LTr, 1975.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

MORAES, Carlos Alexandre. **Responsabilidade civil dos pais na reprodução humana assistida**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 7.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **O atleta profissional e o poder disciplinar**. Porto Alegre: Porto Alegre, 1975.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. Saraiva: São Paulo, 2003. v. 1.

NUNES, Inácio. **Lei Pelé comentada e comparada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2018.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2007.

OLIVEIRA, James Eduardo. **Código Civil comentado e anotado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

OLIVEIRA, Jean Marcel Mariano de. **O contrato de trabalho do atleta profissional de futebol**. São Paulo: LTr, 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano**. 1972. Disponível em: <https://cetesb.sp.gov.br/posgraduacao/wp-content/uploads/sites/33/2016/09/Declara%C3%A7%C3%A3o-de-Estocolmo-5-16-de-junho-de-1972-Declara%C3%A7%C3%A3o-da-Confer%C3%Aancia-da-ONU-no-Ambiente-Humano.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral da ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>. Acesso em: 27 mar. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral da ONU. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. 1966. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2021.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça dos. **Assédio moral organizacional**: presencial e virtual. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; WYZYKOWSKI, Adriana; BARROS, Renato da Costa Lino de Goes. **Assédio moral laboral e direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2016.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. (5. Câmara Cível). **Apelação Cível nº 471.982-0**. Quinta Câmara Cível. Relator: Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau Rogério Ribas, 18 de novembro de 2008.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1966. v. 3.

PEREIRA, Eduardo Blanco. La primera sentencia que modera la cláusula de rescisión de un futbolista. **Iusport**, nov. 1998. Disponível em: <http://www.iusport.es/opinion/eblancores.htm>. Acesso em: 4 jan. 2022.

PERRY, Valed. **Crônica de uma Certa Lei do Desporto (Lei 9.615/98) Lei Pelé**: um gol contra? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

PERRY, Valed. **Futebol e legislação nacional e internacional**. Rio de Janeiro: [s.n.], 1973.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PORTUGAL. **Lei nº 28/98, de 26 de junho de 1998**. Estabelece um novo regime jurídico do contrato de trabalho do praticante desportivo e do contrato de formação desportiva e revoga o Decreto-Lei n.º 305/95, de 18 de novembro. Lisboa: Assembleia da República, [1998]. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/479416/details/normal>. Acesso em: 28 mar. 2021.

PRADO, Marcos Luan de Oliveira. A legislação e os problemas nos direitos contratuais, de imagem e de arena dos atletas jogadores de futebol. **Conteúdo Jurídico**, 18 jun. 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/54739/a-legislao-e-os-problemas-nos-direitos-contratuais-de-imagem-e-de-arena-dos-atletas-jogadores-de-futebol>. Acesso em: 12 jan. 2022.

PRAZAK, Maurício Avila; SOARES, Marcelo Negri; SOUZA, Angelo da Silva Souza. Soluções extrajudiciais aos conflitos empresariais na Justiça do Trabalho. **Revista Acadêmica: Faculdade de Direito de Recife**, v. 91, n. 2, p. 204-22, 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/248313/36765>. Acesso em: 4 jan. 2022.

RAIO-X do Mercado 2020: transferências do futebol movimentaram R\$ 2,5 bilhões. **CBF**, 21 jan. 2021. Disponível em: <https://www.cbf.com.br/a-cbf/informes/index/raio-x-do-mercado-2020-transferencias-do-futebol-movimentaram-r-2-5>. Acesso em: 4 jan. 2022.

RAMOS, Rafael Teixeira. **Direito desportivo trabalhista**: a fluência do ordenamento do desporto na relação laboral desportiva e seus poderes disciplinares. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 1980.

RIBEIRO, André; GÓES, Denise; MOTTA, Laís Duarte. **Uma ponte para o futuro**. Rio de Janeiro: Grijalva, 2007.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. (3. Turma). **Recurso Ordinário nº 00010033620145010522**. Relator: Des. Monica Batista Vieira Puglia, 3 de maio de 2016.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. (4. Turma). **Recurso Ordinário nº 0001470-12.2011.5.01.0072**. Relator: Des. Paulo Marcelo de Miranda Serrano, 26 de julho de 2013. Disponível em: <https://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24933953/recurso-ordinario-ro-14701220115010072-rj-trt-1>. Acesso em: 4 mar. 2022.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. (6. Turma). **Recurso Ordinário nº 0000691-83.2012.5.01.0343**. Relator: Des. José Antonio Teixeira da Silva, 23 de outubro de 2013. Disponível em: <https://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114954139/recurso-ordinario-ro-6918320125010343-rj-inteiro-teor-114954288>. Acesso em: 4 mar. 2022.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. (6. Turma). **Recurso Ordinário nº 0000367-90.2012.5.01.0053**. Relator: Des. José Antonio Teixeira da Silva, 23 de janeiro de 2013. Disponível em: <https://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24887533/recurso-ordinario-ro-3679020125010053-rj-trt-1-inteiro-teor-113094764>. Acesso em: 4 mar. 2022.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. (7. Turma). **Recurso Ordinário nº 0012161-75.2014.5.01.0203**. Relator: Des. José Luis Campos Xavier, 27 de setembro de 2017. Disponível em: <https://trt->

1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1112250139/recurso-ordinario-ro-121617520145010203-rj. Acesso em: 4 mar. 2022.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. (8. Turma). **Recurso Ordinário nº 0000723-93.2010.5.01.0073**. Relator: Des. Marcelo Augusto Souto de Oliveira, 30 de julho de 2013. Disponível em: <https://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24941046/recurso-ordinario-ro-7239320105010073-rj-trt-1>. Acesso em: 7 mar. 2022.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. (8. Turma). **Recurso Ordinário nº 03119-2006-342-01-00-9**. Relator: Des. Augusto Souto de Oliveira, 14 de julho de 2008. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/66529693/processo-n-03119-2006-342-01-00-9-ro-acordao-8a-turma-recurso-ordinarioindenizacao-por-perda-de-uma-chancesegundo-moderna-tendencia-doutrinaria-e-jurisprudencial-e-cabivel-indenizacao-por-perda-de-uma-chance-desde-que-alem-dos-elementos-comuns-a-toda-especie-de-responsabilidade-civil-quals-sejam-a-a-pratica-de-um-ato-ilicito-b-o-dano-causado-por-este-ato-ilicito-e-c-o-nexo-de-causa-e-efeito-entre-o-ato-e-o-dano-tambem-se-verifique-a-ocorrencia-de-1-uma-alta-probabilidade-de-realizacao-do-bem-perdido-2-que-a-chance-esteja-irremediavelmente-perdida-nao-sendo-mais-possivel-ao-ofendido-alcancar-o-bem-que-lhe-havia-sido-oportunizadotodavia-a-indenizacao-deve-ressarcir-a-perda-da-chance-e-nao-o-proprio-bem-que-seria-obtido-se-a-chance-fosse-aproveitada-ja-que-e-da-essencia-do-proprio-conceito-de-chance-o-ser-aleatorio-de-modo-que-nunca-se-ira-saber-se-agindo-o-ofensor-de-outro-modo-o-bem-teria-sido-efetivamente-alcancado-do-trt-1?ref=serp-featured>. Acesso em: 5 mar. 2022.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. (10. Turma). **Recurso Ordinário nº 0010268-93.2013.5.01.0038**. Relator: Des. Flávio Ernesto Rodrigues Silva, 5 de julho de 2017. Disponível em: <https://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1111615730/recurso-ordinario-ro-1006901620165010069-rj>. Acesso em: 4 mar. 2022.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. (10. Turma). **Recurso Ordinário nº 0100690-16.2016.5.01.0069**. Relator: Des. Flavio Ernesto Rodrigues Silva, 5 de julho de 2017. Disponível em: <https://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1111615730/recurso-ordinario-ro-1006901620165010069-rj>. Acesso em: 4 mar. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. (6. Câmara Cível). **Apelação Cível nº 70082665142**. Relator: Des. Eliziana da Silva Perez, 21 de novembro de 2019. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/936120969/apelacao-civel-ac-70082665142-rs/inteiro-teor-936121282>. Acesso em: 5 mar. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. (9. Câmara Cível). **Apelação Cível nº 70025179458**. Relator: Des. Odone Sanguiné, 17 de dezembro de 2008. Disponível em: https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%C3%A7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70025179458&num_processo=70025179458&codEmenta=2708684&temIntTeor=true. Acesso em: 4 mar. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. (9. Câmara Cível). **Apelação Cível nº 70077832095**. Relator: Des. Carlos Eduardo Richinitti, 29 de agosto de 2018. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/623453679/apelacao-civel-ac-70077832095-rs>. Acesso em: 4 mar. 2022.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das obrigações**. 4. ed. Rio de Janeiro, 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RODRIGUES, Américo Plá. **Princípios do Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2000.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1975. v. 4.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SÁ FILHO, Fábio Menezes de. **Contrato de trabalho desportivo: revolução conceitual de atleta profissional de futebol**. São Paulo: LTr, 2010.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SANTOS, Antônio Sérgio Figueiredo. **Prática desportiva: Lei Pelé com alterações da Lei 9.981, de 14/07/2000**. Belo Horizonte: Inédita, 2001.

SANTOS FUTEBOL CLUBE. **Previsão orçamentária**. 2022. Disponível em: <https://www.santosfc.com.br/portal-transparencia/wp-content/uploads/2021/12/PROPOSTA-ORCAMENTARIA-2022-SFC.pdf>. Acesso em: 5 maio 2022.

SÃO PAULO FUTEBOL CLUBE. CNPJ/MF nº 60.517.984/0001-04. **Relatório da Administração**. Demonstrações financeiras 2022. Disponível em: <http://www.saopaulofc.net/media/238094/balanco2021.pdf>. Acesso em: 5 maio 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n. 9, p. 361-388, jan./jun. 2007. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/137/131>. Acesso em: 4 jan. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel (orgs.). **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

- SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- SIDOU, José Maria Othon. **A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- SILVA, Eduardo Augusto Viana da. **O poder, a sociedade e o Estado**: o poder no desporto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **Inadimplemento das obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- SILVA, Felipe Ferreira. **Tributação no futebol**: clubes e atletas. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Atlas, 2007.
- SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- SILVA, Leda Marias Messias da. **Docência (in)dinga**: o meio ambiente laboral do professor e as consequências em seus direitos da personalidade. São Paulo: LTr, 2013.
- SILVA, Leda Marias Messias da; ALVÃO, Leandra Cauneto; CATTELAN, Jeferson Luiz. **Reforma trabalhista**: análise do direito material à luz dos direitos da personalidade. São Paulo: Ltr, 2020.
- SOARES, Orlando. **Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil (promulgada em 05.10.88)**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- SOUZA, Gustavo Lopes Pires de. **Estatuto do torcedor**: a evolução dos direitos do consumidor do esporte (Lei 10671/2003). Belo Horizonte: Asfstudio, 2010.

SPINELLI, Rodrigo. **A cláusula penal nos contratos dos atletas profissionais de futebol**. São Paulo: LTr, 2011.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Tutela da personalidade do trabalhador. São Paulo: Revista LTr, 1995.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 1.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 3.

TEPEDINO, Gustavo. Cidadania e os direitos da personalidade. **Revista Jurídica Notadez**, Porto Alegre, ano 51, n. 305, p. 24-39, mar. 2003.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. Fundamentos do direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco (orgs.). **Contratos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. v. 3.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997, v. 2.

VELOSO, Zeno. **Invalidade do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2021. v. 2.

VIANA, Márcio Túlio. Salário. In: BARROS, Alice Monteiro de (coord.). **Curso de Direito do Trabalho: estudos em memória de Célio Goyatá**. 3. ed. São Paulo: LTr, 1997. v. 2.

VOLTA REDONDA. 2ª Vara do Trabalho de Volta Redonda. **Autos nº 03119200634201009**. Juiz do Trabalho: Leandro Nascimento Soares, abril de 2007. Disponível em: https://www.trt1.jus.br/documents/21078/14055113/sentenCaclube_f4b95215097f.PDF/07e9a640-99bc-4e31-a300-12a8b93b3887. Acesso em: 5 mar. 2022.

ZAINAGHI, Domingos Sávio. **Curso de legislação social: direito do trabalho**. 15. ed. Barueri: Manole, 2021.

ZAINAGHI, Domingos Sávio. **Nova Legislação desportiva: aspectos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2004.

ZAINAGHI, Domingos Sávio. **Os atletas profissionais do futebol no Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2020.