

O DIREITO DE ARENA E IMAGEM PARA OS JOGADORES DE FUTEBOL E DEMAIS ATLETAS APÓS A LEI N.º 12.395 DE 16 DE MARÇO DE 2011

 A despeito da enorme polêmica que tomou conta do mundo esportivo no ˆs passado entre o conflito deflagrado entre Globo, Record, e o Clube dos 13, o direito de arena na seara desportiva brasileira sofreu profundas mudanças em seu texto legal, através da Lei n.º 12.395, publicada em 16 de março de 2011. O desenvolvimento da exploração econômica do esporte elevou sobremaneira a imagem dos atletas frente às mídias audiovisuais, tornando imprescindível, ou mesmo inevitável, a participação daqueles nos direitos sobre a transmissão ou retransmissão dos espetáculos esportivos públicos, ao qual se convencionou denominar “direito de arena”. O direito de arena surgiu no Brasil com o advento da Lei 5.988/73, que regula os direitos autorais e especificadamente no direito desportivo com a Lei n.º 8.672/93 (Lei Zico). Este direito autoral decorre de participação do atleta profissional nos lucros obtidos pela entidade esportiva com a venda da transmissão ou retransmissão dos jogos em que ele atua, seja como titular ou reserva. No direito de arena, a titularidade é da entidade desportiva, ao passo que nos contratos de licença de uso de imagem a titularidade compete ao atleta. A natureza jurídica do direito de arena sempre foi causa de polêmicas no ordenamento jurídico brasileiro, vez que considerado como direito conexo ao direito autoral ou direito de imagem. A Constituição Federal de 1988 instituiu a proteção ao direito de arena ainda em seu artigo 5º, como garantia fundamental. “XXVIII - são assegurados, nos termos da lei: a) a participação às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;” É possível vislumbrar que a Constituição assegura a participação à participação individual em obras coletivas, deixando, por óbvio, a regulamentação a legislação infraconstitucional. No âmbito infraconstitucional, temos a Lei n.º 9.615/98 (Lei Pelé), que no seu artigo 42, determina que: “Art. 42. Pertence às entidades desportivas 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). É interessante notar que a redação original do paràgrafo primeiro foi alterada de forma a reduzir o patamar de 20% para meros 5% do total da exploração de direitos, bem como passou a atribuir a responsabilidade do sindicato ao repasse destas verbas e a definião daquelas como de natureza civil. “§ 2º O disposto neste artigo não se aplica à exibição de flagrantes de espetáculo ou evento desportivo para fins exclusivamente jornalísticos, desportivos ou educativos, respeitadas as seguintes condições: (Redação dada pela Lei nº 12.395, de 2011). “I - a captação das imagens para a exibição de flagrante de espetáculo ou evento desportivo dar-se é em locais reservados, nos estãdios e ginãsios, para não detentores de direitos ou, caso não disponíveis, mediante o fornecimento das imagens pelo detentor de direitos locais para a respectiva mídia;” (Incluído pela Lei nº 12.395, de 2011). A participação do sindicato deu-se para aumentar a fiscalização e diminuir a inadimplência do repasse pelas entidades que usufruem economicamente do direito de arena, chegando a criarem em inúmeros casos embargos para os pagamentos dos atletas. Mas o repasse pelo sindicato apenas vem mascarar o verdadeiro intuito da reforma da Lei Pelé, a subtração de direitos trabalhistas, legalmente previstos, conforme serão demonstrado ao final. Outro ponto reformado pela Lei n.º 12.395/2011 foi a redação dada a isenção de pagamento sobre o direito de arena, quando o total da transmissão não for superior a 3% da duração do evento. A Lei Zico estabelecia o período de três minutos, independentemente da duração do espetáculo. A redação original da Lei Pelé previa que seria isenta de pagamento a transmissão que “não exceda de três por cento do total do tempo previsto para o espetáculo.”. Assim, estavam automaticamente excluídos do pagamento, os eventos ligados por pontos e não tempo corrido, tal como o vôlei ou tênis. A nova redação eliminou tal problemãtica ligada aos flagrantes de imagem, com os seguintes dizeres: não poderão exceder 3% (três por cento) do total do tempo de espetáculo ou evento. “II - a duração de todas as imagens do flagrante do espetáculo ou evento desportivo exibidas não poderão exceder 3% (três por cento) do total do tempo de espetáculo ou evento;” (Incluído pela Lei nº 12.395, de 2011). “III - é proibida a associação das imagens exibidas com base neste artigo a qualquer forma de patrocínio, propaganda ou promoção comercial.” (Incluído pela Lei nº 12.395, de 2011). “§ 3º O espectador pagante, por qualquer meio, de espetáculo ou evento desportivo equipara-se, para todos os efeitos legais, ao consumidor, nos termos do art. 2º da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.” Sérgio Domingos Zainaghi chegou a conceituar o direito de arena como "o valor pago como direito de arena tem natureza jurídica remuneratória, uma vez sua similitude com as gorjetas, que é pago por terceiros." (Nova legislação desportiva – aspectos trabalhistas. 2., pão 36, ed. São Paulo: LTr, 2004). Contudo, tal

entendimento foi afastado rapidamente, porquanto ausente no recebimento ou obrigatoriedade do pagamento, qualquer perquirição sobre o elemento subjetivo da vontade. O pr&ocute;prio Ministério do Esporte ainda em 2006 chegou a lançãar uma Cartilha de Padronização de Práticas Contábeis para os clubes de futebol profissional, onde havia o seguinte parecer sobre o direito de arena: “A Comissão entende ser evidente que a partir da legislação em vigor, os direitos de arena pertencem aos clubes e, portanto, são de natureza civil. O pr&ocute;prio Sindicato dos Atletas, quando ajuíza uma ação pleiteando esse direito em favor dos seus associados o faz na Justiça Comum Cível e não na especializada Trabalhista. Em suma, se pode concluir que o Direito de Arena pertence aos clubes e não possui natureza trabalhista. Quanto ao critério de contabilização, a quota de transmissão deverá ser integralmente reconhecida como receita operacional e o direito de arena como custo operacional”. Os Tribunais Brasileiros já apresentaram a seguinte jurisprudência acerca do tema: “TST - RR - 1210/2004-025-03-00 - Relator – GMABL - DJ - 16/03/2007 - DIREITO DE ARENA NATUREZA JURíDICA. I - O direito de arena não se confunde com o direito à imagem. II - Com efeito, o direito à imagem é assegurado constitucionalmente (art. 5º, incisos V, X e XXVIII), é personalíssimo, imprescritível, oponível erga omnes e indisponível. O Direito de Arena está previsto no artigo 42 da Lei 9.615/98, o qual estabelece a titularidade da entidade de prática desportiva. III Por determinação legal, vinte por cento do preço total da autorização deve ser distribuído aos atletas profissionais que participarem do evento esportivo. IV - Assim sendo, não se trata de contrato individual para autorização da utilização da imagem do atleta, este sim de natureza civil, mas de decorrência do contrato de trabalho firmado com o clube. Ou seja, o clube por determinação legal paga aos seus atletas participantes um percentual do preço estipulado para a transmissão do evento esportivo. Daí vir à doutrina e a jurisprudência majoritária nacional comparando o direito de arena à gorjeta, reconhecendo-lhe a natureza remunerat&ocute;ria. V- Recurso conhecido e provido.” “TST - AIRR - 940/2002-004-03-40 - DJ - 18/02/2005 - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. 1. DO DIREITO DE ARENA. NATUREZA JURíDICA. INTEGRAção AO SALÁRIO. Sendo o direito de arena resultante da participação dos atletas profissionais sobre o valor negociado pela entidade desportiva com &ocute;rgãos responsáveis pela transmissão e retransmissão de imagens, o valor percebido, vale dizer, condicionado à participação no evento, resulta da contraprestação por este ato, decorrente da relação empregatícia, possuindo, então, natureza jurídica de salário, nos termos dos arts. 457 da CLT c/c 42, § 1º, da Lei n. 9.615/98. Inexistem ofensas às normas dos arts. 5º, II e XXVIII, da CF/88 e 214 do Decreto n. 3.048/99. Agravo improvido. 2. MULTA DO ART. 467 DA CLT. “ No sentido oposto, a 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região assim decidiu: “SALÁRIO. JOGADOR DE FUTEBOL. DIREITO DE ARENA. OUTROS GANHOS PELO USO DA IMAGEM POR TERCEIROS. NATUREZA JURíDICA. VALORES ALEATÓRIOS E VARIADOS. PREFIXAção EM CONTRATO DE TRABALHO. FRAUDE. EFEITOS. O chamado direito de arena, valor que é pago por terceiros, detentores dos meios de comunicação, aos atletas, como remuneração pela transmissão dos jogos dos quais eles são os principais atores e os catalisadores da motivação popular para angariar audiências, não constitui salário, direto ou indireto, no sentido técnico do instituto, sobre quaisquer de suas modalidades, eis que não se destina, nem mesmo remota ou indiretamente, ao custeio do trabalho prestado ao clube contratante, nem tem relação alguma com a execução do contrato de trabalho. Tratando-se de pagamento originário, pelos compradores dos direitos dos espetáculos, aos seus astros, sob a forma de neg&ocute;cios comerciais distintos e paralelos aos contratos de trabalho. Da mesma forma os demais direitos conexos pagos pelo uso do nome ou imagem do atleta profissional em campanhas publicitárias, institucionais e licenciamento de produtos e serviços diversos. Que se referem sempre à pessoa do jogador, nos seus atributos intrínsecos da personalidade, não se vinculando ao contrato de trabalho, nem se restringindo ao tempo de duração dele, pois como apanágios do ser humano acompanham-no do berço ao túmulo e deitam mem&ocute;ria no tempo posterior ao da duração da sua vida. O que está conforme a moderna perspectiva de que tudo tem valor comercial para uma gama tão infindável quanto diversificada de neg&ocute;cios mercantis que se valem de toda sorte de apelos ao consumidor para viabilizar mercados. Ainda que recebidos em bloco pelo clube empregador e distribuído por este a cada atleta, segundo a quantidade que lhe caiba, não perde a natureza de ganho extra-salarial. Não caracterizando, pois, fraude ao salário o fato de serem pagos fora da folha de pagamento e até mesmo por intermédio de cômodas empresas constituídas para gerenciar tais atividades. Não servindo de base para cálculo dos demais direitos trabalhistas que se fundam no salário contratado. Haverá fraude, no entanto, mesmo com a convência do atleta empregado, quando o empregador, vendo na hip&ocute;tese uma atraente possibilidade de deslocar para esta rubrica uma parte do salário combinado, para safar-se dos encargos sociais e tributários, pré-contrata com ele uma quantia fixa, sempre igual, mensal, a este título. Pois os direitos de arena e demais ganhos pelo uso da imagem e nome que não configuram salário são aqueles específicos e inequívocos. E que dependem, por isso, de negociação concreta e dos valores para tanto combinados. Caso em que, verificada a fraude, manda-se fazer a exata separação, por apuração em liquidação de sentença, do que, no valor lançãado nesta rubrica, seja efetivamente pagamento dos direitos conexos do atleta e salário camuflado, para que sobre esta segunda parte calculem-se os demais direitos trabalhistas. Recurso parcialmente provido (Proc. nº 16695/2001 – RO – Partes: Edson Luiz da Silva e Clube

Atético Mineiro). O prôprio Superior Tribunal de Justiça - STJ entendeu que o direito de arena é uma exceção ao direito de imagem, no Agravo Regimental nº 141987 / SP, em julgamento realizado em 15/12/97: “DIREITO DE ARENA. LIMITAÇão. DIREITO DE IMAGEM. DIVERGENCIA JURISPRUDENCIAL NÃo CONFIGURADA. I - o direito de arena é uma exceção ao direito de imagem, e deve ser interpretado restritivamente. A utilização com intuito comercial da imagem do atleta fora do contexto do evento esportivo não esta por ele autorizado. Dever de indenizar que se impõe.” O chamado pela seleção brasileira de futebol, é outro tema que merece destaque, vez que a Confederação Brasileira de Futebol – CBF, nestas ocasiões, passaria de administradora para tomadora dos serviços, conforme preconiza o artigo 41 da Lei Pelé, que manteve-se inalterado pela reforma trazida pela Lei n. ° 12.395 de 16 de março de 2011: “Art. 41. A participação de atletas profissionais em seleções será estabelecida na forma como acordarem a entidade de administração convocante e a entidade de prática desportiva cedente.” “§ 1o A entidade convocadora indenizará a cedente dos encargos previstos no contrato de trabalho, pelo período em que durar a convocação do atleta, sem prejuízo de eventuais ajustes celebrados entre este e a entidade convocadora”. “§ 2o O período de convocação estender-se-á até a reintegração do atleta à entidade que o cedeu, apto a exercer sua atividade” O dispositivo mencionado acima demonstra claramente que caberá a CBF o dever de indenizar os clubes de futebol pelo período em que seus jogadores estiverem à disposição da entidade convocadora. Indiretamente, podemos notar que não existe interrupção do contrato de trabalho entre o atleta e o clube ou mesmo a existência de qualquer vínculo entre o atleta e a entidade convocadora. Pela nova lei, fica a CBF obrigada a repassar ao sindicato da categoria o percentual referente ao direito de arena, advindo da negociação sobre as transmissões e retransmissões da seleção brasileira. A nova redação do artigo 41, ainda deixou claro que tal repasse aos atletas profissionais participantes do espetáculo será realizado de maneira igual. Ficou mantida a distribuição apenas aos atletas profissionais, assim, no evento que participarem os atletas amadores, semi-profissionais e profissionais, o rateio será realizado de forma dividida de forma igual apenas entre os profissionais. A Lei n. ° 12.395/2011 ainda deixou claro que a natureza civil do direito de arena, afastando também o entendimento que tal direito decorre de contraprestação por serviços prestados à entidade de prática desportiva ou do contrato de trabalho. A redação final do novo artigo 42 eliminou os argumentos daqueles que ainda tentavam distorcer a natureza do direito de arena para amoldá-la ao direito do trabalho. Alias, caso esta hipôtese fosse viável, a CBF ou qualquer entidade convocadora teriam que estabelecer vínculos empregatícios com os atletas. Recentemente, o TRF2 chegou a afastar a incidência do estatuto do torcedor dos eventos da Confederação Brasileira de Ginástica – CBG, justamente pelo tribunal estar alinhado ao novo entendimento. Tal conclusão é importante, vez que o caráter eminentemente civil retira do pagamento os reflexos sobre FGTS, férias e 13 salário, ainda mais pela redução significativa do percentual de repasse e da atual situação dos combalidos clubes brasileiros. É de bom alvitre esclarecer que os contratos devem ser alçados como “contrato de licença de uso de imagem”, em detrimento aos atuais “contrato de imagem” vez que o atleta titular do direito concede apenas e tão somente o exercício de exploração e não o prôprio direito, bem como o objeto do contrato é a licença de uso e não a imagem. Inclusive ocorreu a inclusão do artigo 87-A, nas disposições gerais, deixando claro a distinção entre o direito de uso da imagem e sua natureza: “87-A. O direito ao uso da imagem do atleta pode ser por ele cedido ou explorado, mediante ajuste contratual de natureza civil e com fixação de direitos, deveres e condições inconfundíveis com o contrato especial de trabalho desportivo” O contrato de licença do uso de imagem consagrou-se, finalmente, como de caráter mercantil e por isso não integra a remuneração, não podendo, também, ser utilizado para o cálculo das verbas rescisôrias do contrato de trabalho. Dos critérios de fixação e valoração do contrato de licença de uso de imagem, estão o grau de atividade do atleta, o critério econômico e o da fixação prévia de limites e valores ligados aos contratos de licença de uso e imagem. É claro que o direito de arena das entidades desportivas deve ter um percentual destinado aos atletas que participaram do espetáculo em questão. Mas a reforma na Lei Pelé vem trazer um “balde de água fria” aos que ainda militavam, até então de forma eminentemente unânime, pela sua integração na remuneração do atleta profissional. Em abono da verdade, desde a década de 90, existe o interesse dos clubes participantes em reduzir os percentuais percebidos pelos atletas de futebol, sendo que em 2000, apôs inúmeros imbrôglios judiciais, foi firmado acordo entre as partes, no mesmo percentual fixado pela atual reforma, ou seja, os atuais 5%. Mas, até então, o percentual reduzido era considerado meramente como “adiantamento” do pagamento, restando a necessidade da complementação dos 15% restantes. Um julgado do TRT15 expressava bem o direito às revisões: DIREITO DE ARENA. JOGADOR DE FUTEBOL. PERCENTUAL MânIMO DE 20%. ART. 42 DA LEI Nº 9.615/98. O direito de arena, disciplinado pelo art. 42 da Lei nº 9.615/98 (Lei Pelé), constitui parcela paga pelo clube (empregador) ao atleta de futebol, no percentual mínimo de 20%, infenso à negociação coletiva, razão pela qual são devidas as diferenças postuladas pelo reclamante e seus reflexos. Recurso ordinário da reclamada não provido. (Relator(a): LORIVAL FERREIRA DOS SANTOS, Decisão N° 056571/2010-PATR, Recurso Ordinário) E foi pela evidente

afronta a lei específica que este acordo representava, ocorreu uma verdadeira explosão de ações trabalhistas (muitas delas ganharam a enorme destaque na mídia esportiva e consagraram inúmeros advogados), a fim que os atletas descontentes recebessem a diferença assegurada expressamente pela lei em vigor. Desta forma, a reforma trazida pela Lei n.º 12.395/11, atendeu integralmente os interesses das entidades de prática esportiva em evidente contraponto aos direitos trabalhistas dos atletas profissionais, suplantando a competência da justiça do trabalho para o julgamento destas causas e reduzindo sobremaneira o percentual a ser recebido pelo direito de arena. Fontes: ZAINAGHI, Domingos S&acut;vio. Nova legislação desportiva – aspectos trabalhistas. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004

Sobre o Autor

Informações para a Imprensa: Guilherme Pessoa Franco de Camargo & Lara – Advogados Associados, atuante nas áreas de Direito Empresarial e Previdenciário, em Campinas e região. www.pclassociados.com.br e-mail: guilherme@pclassociados.com.br / Tel.: (19)3383-3279

Source: <http://www.artigopt.com>