

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Carolina Franciosi Tatsch

**OS CONTRATOS DE LICENÇA DE USO DE IMAGEM NO DIREITO DESPORTIVO
BRASILEIRO: Natureza Jurídica e Repercussões no Contrato de Trabalho**

**Porto Alegre
2017**

CAROLINA FRANCIOSI TATSCH

**OS CONTRATOS DE LICENÇA DE USO DE IMAGEM NO DIREITO DESPORTIVO
BRASILEIRO: Natureza Jurídica e Repercussões no Contrato de Trabalho**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles

Porto Alegre

2016

CAROLINA FRANCIOSI TATSCH

**OS CONTRATOS DE LICENÇA DE USO DE IMAGEM NO DIREITO DESPORTIVO
BRASILEIRO: Natureza Jurídica e Repercussões no Contrato de Trabalho**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre.

Aprovada em 26 de maio de 2017.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles
Orientador

Profa. Dra. Luciane Cardoso Barzotto

Prof. Dr. Mauricio de Carvalho Góes

Profa. Dra. Sonilde Lazzarin

Agradeço à minha família pela paciência e apoio ao longo da elaboração desse trabalho. Aos meus irmãos, Fernando e Mariana, agradeço pelo carinho, pelo incansável incentivo e também por ser eles dois grandes modelos de minha admiração.

Agradeço ao escritório Rossi, Maffini, Milman e Grando advogados, em especial ao Benoni e Mônica Rossi, pela compreensão diante da necessidade de ausência do trabalho e pelo estímulo na feitura dessa pós-graduação em Direito – Mestrado.

Agradeço ao professor Leandro do Amaral D. de Dorneles, que me ensinou a trilhar os passos dessa pesquisa, desde as aulas, seminários e a possibilidade de exercer sob sua supervisão a docência no primeiro ano, até o ano final da escrita dessa dissertação. Obrigada professor, pela paciência, confiança e por partilhar comigo seu conhecimento e sua inquietação frente aos vários caminhos que o Direito nos permite deparar.

Agradeço aos professores Luciana Cardoso Barzotto, por generosamente dividir seu conhecimento comigo na qualificação, e pelo apoio do professor Maurício de Carvalho Góes, desde a indicação da bibliografia até o apontamento de caminhos possíveis a percorrer ao longo da pesquisa.

Por fim, dedico esta dissertação à memória do meu avô, Ivo Franciosi, de quem herdei o gosto pelos esportes e pelo Direito.

“Sucesso não é acidente. É trabalho duro, perseverança, sacrifício e, acima de tudo, amor pelo que você faz ou está aprendendo a fazer”.

William “Bill” Shankly, ex-jogador escocês e técnico do Liverpool

RESUMO

O esporte é um fenômeno mundial que desperta grande interesse e, não raro, é movido por paixões. Seus praticantes e as relações jurídicas estabelecidas entre eles e as entidades desportivas despertam verdadeiro fascínio entre seus admiradores, tornando-se um acontecimento social, envolvendo, em muitos casos, quantias volumosas. No Brasil, o estudo das relações jurídicas dos atletas profissionais toma como modelo as dos jogadores de futebol, certamente porque esta modalidade esportiva e popular é vista como um esporte-espetáculo, que move e encanta as massas. O tema pesquisado objetivou a discussão que permeia os contratos de trabalho, definidos pela lei como especiais, entre desportistas profissionais e as entidades de práticas desportivas, particularmente quanto ao pagamento das verbas relativas à licença do uso de imagem dos atletas e as suas repercussões no contrato de trabalho, mais precisamente, a investigação de sua natureza jurídica. A metodologia utilizada partiu do critério dedutivo, que permite a proposição de uma hipótese – em um contexto geral – e a sua comprovação ou não, por meio de sua dedução particularizada. A técnica utilizada foi, basicamente, a análise documental, baseada no estudo da legislação constitucional e infraconstitucional, estudo do entendimento jurisprudencial, usos e costumes, e, por fim, a consulta bibliográfica. Fundamental a análise profunda que sucedeu à verificação de se a remuneração de tal verba se trata de uma tentativa mascarada de pagamento de salário ou de pagamento de indenização pela cessão do uso da imagem do atleta, ou, ainda, se se trata de parcela de natureza jurídica diversa. Para tanto, foi realizado um exame imparcial e criterioso sobre o tema, investigando-se as hipóteses variáveis, após a análise dos institutos envolvidos e a sua natureza jurídica, calcado no posicionamento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema e ilustrado pelo estudo de casos concretos. No primeiro capítulo foram abordados os aspectos relevantes do contrato de trabalho e da relação de emprego, bem como suas principais diferenças. O contrato – ou relação – de emprego foi objeto de exame levando-se em conta suas características, classificação, os sujeitos que compõem essa relação jurídica e a sua execução, com atenção especial ao elemento da pessoalidade e seus reflexos em direitos de personalidade. No segundo capítulo foram tratadas as parcelas salariais e não salariais que compõem os contratos de trabalho, conceitos de salário e remuneração, sucedida da análise da natureza jurídica do instituto salarial, seus princípios informativos e características, e, ao final, foram elencadas as modalidades de parcelas salariais e não salariais. No terceiro capítulo foram analisadas as questões peculiares atinentes aos contratos de trabalho estabelecidos entre atletas e entidades desportivas, com a apresentação das características e especificidades de tais contratos, sob o enfoque da legislação atual dada pela Lei 9.615/98, complementada posteriormente pela Lei 12.395/11. A partir do estudo desenvolvido, concluiu-se que, em se tratando de situações em que exista verdadeiramente a exploração da imagem do atleta com vistas a promover o clube e a sua marca, ou seja, a sua própria imagem, desde que os valores fossem pagos com critérios de razoabilidade e proporcionalidade, a verba em questão não possui natureza salarial, nem indenizatória, e sim de retribuição na forma de participação de ganhos econômicos resultantes da exploração da imagem do atleta, a exemplo da remuneração paga ao empregado a título de direitos autorais, prevista nos artigos 89 e 91 da Lei 9.279/96.

Palavras-chave: Contrato de trabalho do atleta profissional. Cessão do direito de uso de imagem. Natureza jurídica.

ABSTRACT

Sports are a worldwide phenomena that arouse great interest and are often driven by passions. Its practitioners and legal relationships established among them sporting entities arouse true fascination among their admirers, becoming a social event, involving in many cases bulky amounts. In Brazil, the study of juridical relations of professional athletes takes as a model those of soccer players, certainly because this sport popular modality is seen as a sport-spectacle that moves and enchants the masses. The subject aimed the discussion that permeates the labor contracts, defined by the law as special, between professional sportsmen and sports practice entities, particularly regarding the payment of the amounts related to the license of the use of image of the athletes and their repercussions in the contract, more precisely, the investigation of its legal nature. The methodology used was based on the deductive criterion, which allows the proposition of a hypothesis - in a general context - and its verification or not, by means of its particularized deduction. The technique used was, basically, the documentary analysis, based on the study of constitutional and infraconstitutional legislation, study of jurisprudential understanding, customs, and, finally, bibliographic consultation. Fundamental is the deep analysis that followed the verification of whether the remuneration of this amount is a masked attempt to pay salary or indemnity payment for the transfer of the use of the image of the athlete, or, if it has a different legal nature. For that, an impartial and careful examination of the subject was carried out, investigating the variable hypotheses, after analyzing the institutes involved and their legal nature, based on the doctrinal and jurisprudential positioning on the subject and illustrated by the study of concrete cases. The first chapter dealt with the relevant aspects of the employment contract and the employment relationship, as well as their main differences. The contract - or relation - of employment was examined taking into account its characteristics, classification, the subjects that make up this legal relationship and its execution, with special attention to the element of the personality and its reflexes in personality rights. In the second chapter, the salary and non-wage portions that comprise the employment contracts, salary and remuneration concepts were treated, followed by an analysis of the legal nature of the salary institute, its informative principles and characteristics, and, finally, the modalities of salary and non-wage installments. In the third chapter the peculiar issues related to work contracts established between athletes and sports entities were analyzed, presenting the characteristics and specificities of such contracts, under the approach of the current legislation given by Law 9.615/98, complemented later by Law 12.395/11. Based on the study, it was concluded that in situations where there is a real exploitation of the image of the athlete in order to promote the club and its brand, that is, its own image, provided that the values were paid with criteria of reasonableness and proportionality, the amount in question does not have a salary or indemnity nature, but of compensation in the form of participation of economic gains resulting from the exploitation of the image of the athlete, such as the remuneration paid to the employee as a right Copyright, provided for in articles 89 and 91 of Law 9.27/96.

Keywords: Professional athlete's work contract. Assignment of the right of use of image. Legal nature.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 ASPECTOS GERAIS DO CONTRATO DE TRABALHO E DA RELAÇÃO DE EMPREGO	15
2.1 CONTEXTO HISTÓRICO.....	15
2.2 CONTRATO DE TRABALHO E RELAÇÃO DE EMPREGO: CONCEITUAÇÕES E DISTINÇÕES	17
2.3 A RELAÇÃO DE EMPREGO SOB A ÓTICA CELETISTA	23
2.4 CARACTERÍSTICAS DA RELAÇÃO DE EMPREGO.....	31
2.5 CLASSIFICAÇÃO.....	33
2.5.1 Pessoaalidade	34
<i>2.5.1.1 Direitos personalíssimos do empregado decorrentes da pessoaalidade.....</i>	<i>37</i>
2.5.2 Não eventualidade	40
2.5.3 Onerosidade	42
2.5.4 Subordinação jurídica	45
<i>2.5.4.1 Subordinação subjetiva, objetiva e estrutural.....</i>	<i>55</i>
2.6 NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO DE EMPREGO	60
2.7 EMPREGADO	67
2.8 EMPREGADOR	70
2.9 EXECUÇÃO	75
2.10 CONCLUSÃO DO CAPÍTULO	77
3 ASPECTOS GERAIS DO SALÁRIO	78
3.1 CONCEITO E NOÇÕES GERAIS.....	78
3.2 REMUNERAÇÃO E SALÁRIO: DISTINÇÕES	85
3.3 REMUNERAÇÃO E GORJETAS	89
3.3.1 Tipos paralelos de remuneração	94
3.4 NATUREZA JURÍDICA DO SALÁRIO.....	96
3.5 SALÁRIO: PRINCÍPIOS INFORMATIVOS	104
3.6 SALÁRIO: CARACTERÍSTICAS	109
3.7 PARCELAS SALARIAIS E NÃO SALARIAIS: DIFERENCIAÇÕES	113
3.8 PARCELAS SALARIAIS: MODALIDADES ESPECIAIS DE SALÁRIOS	116
3.8.1 Salário utilidade	118
3.8.2 Comissões	119
3.8.3 Prêmios	119
3.8.4 Gratificações	120
<i>3.8.4.1 13º salário</i>	<i>121</i>

3.8.5 Salário básico	122
3.8.6 Abonos	122
3.8.7 Adicionais salariais	124
3.8.7.1 <i>Adicional de horas extras</i>	125
3.8.7.2 <i>Adicional noturno</i>	126
3.8.7.3 <i>Adicional de transferência</i>	127
3.8.7.4 <i>Adicional de penosidade</i>	128
3.8.7.5 <i>Adicional de insalubridade</i>	129
3.8.7.6 <i>Adicional de periculosidade</i>	130
3.8.8 Salário mínimo	131
3.9 PARCELAS NÃO SALARIAIS: MODALIDADES	137
3.9.1 Parcelas não salariais segundo a sua natureza jurídica	138
3.9.1.1 <i>Parcelas indenizatórias</i>	138
3.9.1.2 <i>Parcelas meramente instrumentais</i>	139
3.9.1.3 <i>Direitos intelectuais</i>	140
3.9.1.4 <i>Participação nos lucros ou resultados</i>	140
3.9.1.5 <i>Parcelas previdenciárias</i>	143
3.9.1.6 <i>Parcelas devidas e pagas por terceiro</i>	144
3.9.2 Parcelas não salariais segundo a sua origem ou seu devedor principal	145
3.10 CONCLUSÃO DO CAPÍTULO	146
4 CONTRATO DE LICENÇA DE USO DE IMAGEM NOS CONTRATOS DE TRABALHO DOS ATLETAS PROFISSIONAIS E ENTIDADES DE PRÁTICA DESPORTIVA	147
4.1 CONTRATO DE TRABALHO DO ATLETA PROFISSIONAL: A LEI PELÉ (LEI 9615/1998) ANTES E DEPOIS DA LEI 12.395/2011	147
4.1.1 Conceito e características do contrato de trabalho desportista	151
4.1.2 Disposições peculiares à relação de emprego do desportista profissional	157
4.1.2.1 <i>Luvras</i>	158
4.1.2.2 <i>Bichos</i>	160
4.1.2.3 <i>Direito de arena</i>	163
4.1.2.4 <i>Direito de imagem</i>	172
4.2 CONTRATO DE LICENÇA DE USO DE IMAGEM NOS CONTRATOS DE TRABALHO DOS ATLETAS PROFISSIONAIS E ENTIDADES DE PRÁTICA DESPORTIVA	177
4.2.1. Aspectos práticos e relevantes do contrato de licença de uso de imagem e suas repercussões no contrato de trabalho entre o atleta profissional e as entidades de prática desportiva: casos paradigmáticos	184

<i>4.2.1.1 Caso ideal: contrato de indenização do direito de imagem em paralelo ao contrato de trabalho</i>	185
<i>4.2.1.2 Direito de uso de imagem como cláusula do contrato de trabalho</i>	190
<i>4.2.1.3 Imagem como fato gerador de frutos às agremiações desportivas</i>	196
<i>4.2.1.4 Contratos de licença de cessão de uso de imagem: prejuízos x benefícios ao atleta</i>	202
4.3 A POLÊMICA ENVOLVENDO O PAGAMENTO DE DIREITO DE IMAGEM E AS SUAS REPERCUSSÕES NO DIREITO DO TRABALHO	207
4.3.1 A natureza indenizatória do contrato de licença de uso de imagem x a tentativa de mascarar a sua natureza salarial. Os impactos dos valores pagos a título de cessão do uso de imagem no contrato de trabalho e o seu enquadramento jurídico	207
<i>4.3.1.1 Natureza indenizatória do direito de imagem</i>	208
<i>4.3.1.2 Natureza salarial do direito de imagem</i>	213
<i>4.3.1.3 Natureza jurídica do direito de imagem</i>	215
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	222
REFERÊNCIAS	225

1 INTRODUÇÃO

O tema objeto desta pesquisa voltou-se à questão dos contratos de trabalho estabelecidos entre desportistas profissionais (empregados) e as entidades de práticas desportivas (empregadores), no que tange ao pagamento das parcelas que remuneram a cessão do uso de imagem dos atletas e suas repercussões no contrato de trabalho. Perspectivou-se a discussão que emerge de tais parcelas, mais precisamente, quanto à sua natureza jurídica e seus efeitos no contrato de trabalho, considerado como um contrato especial, bem como, quais os limites permitidos pela legislação constitucional e infraconstitucional.

A problemática da pesquisa consistiu fundamentalmente na verificação de resposta(s) à seguinte questão: qual é efetivamente a natureza jurídica da verba remunerada pelo empregador ao atleta a título de cessão do uso de sua imagem?

As hipóteses consideradas foram precedidas de uma ampla abordagem do contrato de trabalho, do conceito de salário e remuneração, sua natureza jurídica e repercussões, das parcelas salariais e não salariais, bem como, da questão atinente às verbas de natureza indenizatória que permeiam a relação de emprego em determinadas situações.

As hipóteses foram definidas, em síntese, pelas seguintes confirmações – ou refutações: (i) o contrato de licença de uso de imagem ajustado entre as entidades de práticas desportivas pactuados e desportistas profissionais trata-se de uma tentativa mascarada de pagamento de salário; (ii) consiste o direito de imagem no pagamento de uma indenização pela cessão da imagem do atleta, protegido pela Constituição Federal, ou por fim; (iii) trata-se a remuneração do uso da imagem do atleta de parcela de natureza jurídica diversa, e, neste caso, em que esfera jurídica esta se situa.

Entende-se que o tema escolhido para essa dissertação se justifica pelo fato de que a imagem de atletas reconhecidamente populares desperta grande interesse no mundo desportivo, já que o esporte é inegavelmente um fenômeno social. Seus praticantes e as relações jurídicas estabelecidas com as atividades desportivas despertam fascínio, não apenas em âmbito nacional, mas também internacional, mormente pelas quantias volumosas envolvidas. Apenas para citar um exemplo, recentemente, um atleta brasileiro de grande renome mundial sofreu investigações pelas autoridades competentes da Espanha e do Brasil, por significativa sonegação fiscal em sua contratação por um grande clube europeu, e isto gerou inúmeros

questionamentos de em que medida tais relações podem mascarar as legislações tributárias e trabalhistas dos países envolvidos, além de, evidentemente, macular a imagem do desportista.

A análise de tais situações se justifica porque, muitas vezes, julga-se a entidade desportiva – empregadora – como a grande responsável pela execução de fraudes trabalhistas nos contratos de trabalho. Contudo, deve-se aproximar a lente investigativa também sobre a outra ponta da relação de trabalho, o atleta desportista profissional – o empregado.

Não é possível aos operadores do direito fechar os olhos para estas situações. Como dito, o esporte é um fenômeno social e provoca paixões. Apenas para justificar o seu interesse social, estima-se que a final da Copa do Mundo de 2014 tenha sido acompanhada por mais de três bilhões de pessoas em todo o mundo¹, e o mesmo se diga quanto aos jogos da liga de futebol americano, nos Estados Unidos, de grande interesse da população, a ponto de um comercial de propaganda veiculado durante os intervalos da final da superliga de futebol americano possuir o maior custo mundial².

¹ “A Fifa divulgou um estudo completo sobre a audiência durante o Mundial de 2014, no Brasil. Segundo estudo da entidade, 3,2 bilhões de torcedores assistiram ao torneio, sendo que 1 bilhão só na final. As televisões mostraram 98.087 horas de vídeo das partidas do Brasil durante a competição, um aumento de 36% com relação a 2010. Contudo, a audiência de 3,2 bilhões foi a mesma da Copa da África do Sul (apenas residencial). Já o alcance da final teve um crescimento. Contando audiência nas residências e fora delas (celulares, ipads, etc.), 1,013 bilhão de pessoas viram a decisão ao menos em um minuto. Já a audiência apenas nas residências (conta feita para quem viu ao menos 20 minutos da decisão) foi de 695 milhões na final, um acréscimo de 12% com relação a 2010. As partidas transmitidas online, por aparelhos móveis, etc, teve um público estimado de 280 milhões de pessoas. O Brasil foi o segundo país que mais assistiu ao torneio. Apenas na China o número de espectadores foi maior. EUA, Indonésia e Japão aparecem na sequência dos países com mais audiência. A TV Globo foi o canal, do mundo, com a maior audiência da Copa”. (PLACAR. **Copa de 2014 teve 3,2 bilhões de espectadores**. 16 dez. 2015. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/placar/copa-de-2014-teve-3-2-bilhoes-de-espectadores/>>. Acesso em: 25 nov. 2016.)

² Veja em números: “O Superbowl é o principal evento dos esportes americanos, alcançando mais de 110 milhões de espectadores só nos Estados Unidos.(...)O Superbowl é tão importante para os Estados Unidos que tudo que o envolve é acompanhado de números gigantescos. As marcas que colocaram um comercial de 30 segundos na última edição, em 2015, precisaram desembolsar cerca de 4,5 milhões de dólares (hoje esse valor estaria custando em média R\$ 18 milhões). Conseguir ver a partida no estádio também não é algo acessível a todos. Entre os ingressos disponíveis no site da NFL na última segunda (1º), a entrada mais barata, num dos lugares mais distantes do gramado, saía por US\$ 3 mil (cerca de R\$ 12 mil) e o mais caro, colado com o banco de reservas, custava US\$ 15 mil (cerca de R\$ 60 mil). Mesmo assim, os valores não assustam os torcedores, que costumam lotar as partidas durante toda a temporada. O Superbowl 49, em 2015, registrou um público de 70 mil torcedores no estado do Arizona. O recorde de público aconteceu em 1980, na final entre Steelers e Rams, no estádio Rose Bowl (mesmo palco da final da Copa do Mundo de futebol de 1994) que contou com quase 104 mil torcedores presentes. Não satisfeito com a audiência que o jogo por si só atrai, o Superbowl sempre conta com uma grande atração musical no intervalo da partida. As atrações desta edição são a banda Coldplay e a cantora Beyoncé, mas o palco montado no estádio entre o 2º e 3º quarto já contou com a presença de astros como Michael Jackson, U2, Paul McCartney, Rolling Stones, The Who e Madonna”. (ALCANTARA, Cleberson; AKITA, Eric. **Final da NFL chama atenção pelos números estratosféricos do espetáculo**. 07 fev. 2016. Disponível em: <<https://esportes.terra.com.br/futebol->

A análise do tema deve ser feita conjuntamente com os usos e costumes do futebol no direito desportivo brasileiro. Principalmente no que pertine aos aspectos econômicos inerentes ao contrato de trabalho estabelecido entre atletas profissionais e entidades de futebol, que é considerado, reconhecidamente, o esporte mais importante do mundo, haja vista a visibilidade da Copa Mundial de Futebol organizada pela Federação Internacional de Futebol³, que, a exemplo das Olimpíadas⁴, formam uma das grandes paixões esportivas.

Na legislação pátria, a Constituição Federal, em seu artigo 217, estabelece como dever do Estado fomentar os desportos, e confere às entidades desportivas e associações a liberdade de organização e funcionamento, a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não profissional.

Este tratamento diferenciado se justifica, pois as relações jurídicas dos desportistas profissionais são típicas ou bem atípicas, melhor dizendo, são relações especiais que se desenvolvem desde o texto básico até o conjunto de normas que formam a legislação específica tratada ao tema. Neste âmbito, o foco da pesquisa foi a análise das peculiaridades existentes no contrato de trabalho dos atletas profissionais e as suas repercussões no âmbito do Direito do Trabalho e a maneira com que os clubes empregadores fazem uso do contrato de licença de uso de imagem dos atletas profissionais.

Embora se tenha em vista, em uma análise preliminar, portanto, longe de ser exaustiva, que os Tribunais do Trabalho têm entendido que a verba destinada ao direito do uso de imagem tem natureza jurídica indenizatória, o tema em estudo é por demais complexo, ao se analisar a redação do artigo 87-A da Lei 9.615/98, dada pela lei 12.395/11, que estabelece que “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

americano/super-bowl-50-e-outros-milhoes-veja-numeros-da-final-da-nfl,2a541f165ef923c3ef68d04e06c12cbaobt28bfw.html>. Acesso em: 25 nov. 2016.)

³ FIFA: Fédération Internationale de Football Association (FIFA). Disponível em: <www.fifa.com>. Acesso em: 25 nov. 2016.

⁴ “Rio-2016: os bastidores do show para bilhões de espectadores. Se você olhar para uma única prova dos Jogos Olímpicos do Rio pela televisão ou por um telefone celular durante 30 minutos, pertencerá a um grupo de 5 bilhões de consumidores cuja paixão rendeu bilhões de dólares”. (EXAME.COM. **Rio-2016: os bastidores do show para bilhões de espectadores.** Disponível em: <http://exame.abril.com.br/marketing/rio-2016-os-bastidores-de-um-show-para-5-bilhoes-de-espectadores>. Acesso em: 25 nov. 2016.)

desportivo”, em contraponto ao disposto no artigo 457 consolidado, que dispõe “que integram o salário, não só a quantia fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagens e abonos pagos ao empregador”.

Entende-se inevitável e essencial a exploração do tema, que, ainda que não definitiva, irá colaborar na solução de tais questões, pois, como visto, o tema provoca diversas discussões no meio jurídico. Este estudo buscou encontrar as respostas para o tema em exame. Para tanto, como objetivo da pesquisa, intenta-se verificar, por meio da pesquisa da legislação constitucional, infraconstitucional, da análise do entendimento doutrinário e dos Tribunais, além dos usos e costumes, quais as soluções, do ponto de vista do direito do trabalho, para as práticas de pagamento das verbas intituladas como direito de cessão de uso de imagem aos atletas desportistas profissionais.

A metodologia utilizada partiu do critério dedutivo para realização do presente projeto. Esta opção se justifica porque o método escolhido permite a proposição de uma hipótese – em um contexto geral – e a sua comprovação ou não, por meio de sua dedução particularizada. A técnica de pesquisa consistiu na análise documental, baseada no estudo da legislação constitucional e infraconstitucional sobre o âmbito dos contratos de trabalho no direito desportivo entre entidades de prática desportista e atletas profissionais e no estudo do entendimento jurisprudencial, usos e costumes, por fim, na consulta bibliográfica, enfocando o que a doutrina brasileira, e muitas vezes estrangeira, compreende sobre o tema. Estruturalmente, o trabalho se divide em três capítulos, a seguir esclarecidos.

Como ponto de partida da pesquisa, no primeiro capítulo pretende-se abordar alguns aspectos relevantes do contrato de trabalho e da relação de emprego, bem assim suas especificidades no mundo jurídico laboral, analisando as suas principais diferenças, partindo-se da análise doutrinária sobre o tema e do entendimento jurisprudencial sobre alguns aspectos polêmicos envolvendo a matéria. O contrato de trabalho e a relação de emprego são objeto de exame, levando-se em conta suas conceituações e diferenciações, seu contexto histórico, características, classificação, bem como a problemática que envolve a sua natureza jurídica, os sujeitos que a compõem e, por fim, a sua execução.

No segundo capítulo entende-se fundamental discorrer sobre os aspectos gerais do salário, as distinções entre remuneração e salário, a questão atinente ao instituto das gorjetas, os tipos paralelos de remuneração, a natureza jurídica do salário, seus princípios informativos e características. Por fim, serão estabelecidas as diferenciações entre as parcelas salariais e não salariais, discorrendo sobre as modalidades das primeiras, encerrando o capítulo com a abordagem das parcelas não salariais que compõem a relação de emprego em algumas situações.

No terceiro e último capítulo, serão tratadas as questões cruciais da pesquisa, atinentes ao contrato de trabalho do atleta profissional e a natureza jurídica do direito de imagem, abordando o histórico do Direito Desportivo e sua evolução na legislação desportiva brasileira. Será abordado o contrato de trabalho do atleta profissional segundo o que dispõe a Lei 9.615 de 1998 (denominada “Lei Pelé”), com as alterações dadas pela Lei 12.395 de 2011, seu conceito e características. Em prosseguimento, será analisado o conceito jurídico de indenização e como se aplica ao direito de imagem. Por fim, será enfrentada a problemática de situar a natureza jurídica da cessão do direito de imagem. Para tanto, proceder-se-á à análise das disposições peculiares e polêmicas envolvendo a relação de emprego do desportista, realizando a análise de casos concretos, com o intuito de, como resultado de tudo o que foi pesquisado, chegar à solução do problema proposto em debate.

2 ASPECTOS GERAIS DO CONTRATO DE TRABALHO E DA RELAÇÃO DE EMPREGO

Neste primeiro capítulo serão abordados alguns aspectos relevantes do contrato de trabalho e da relação de emprego, bem como serão analisadas suas principais diferenças, partindo-se da análise doutrinária sobre o tema, e do entendimento jurisprudencial sobre alguns aspectos polêmicos envolvendo a matéria. O contrato – ou relação – de emprego será objeto de exame levando-se em conta suas características, classificação, os sujeitos que compõem essa relação jurídica e a sua execução.

Faz-se importante essa abordagem no primeiro capítulo, pois, tratando-se o tema dessa pesquisa do contrato de trabalho do desportista profissional e as repercussões da licença de cessão de uso de imagem do atleta no Direito do Trabalho, necessário, primeiramente, uma análise preliminar da relação de emprego e suas especificidades no mundo jurídico laboral, como ponto de partida para o estudo específico do objeto da pesquisa.

2.1 CONTEXTO HISTÓRICO

O trabalho empregatício (enquanto livre, mas subordinado) constitui, hoje, a relação jurídica mais importante e frequente entre todas as relações de trabalho que se têm formado ao longo do desenvolvimento da sociedade capitalista. Mas, anteriormente à análise da sua evolução, que se torna significativa a partir do século XIX, visto que anteriormente predominava o trabalho não livre, sob a forma servil ou mesmo escrava, necessário se estabelecer a diferenciação dos conceitos de relação de trabalho e relação de emprego.

Se utilizado como marco o nascimento da era cristã, a relação jurídica de prestação de serviços remonta séculos antes do nascimento de Cristo, se postas em perspectiva as relações que se formavam no antigo Império Romano. No século XXI a.C. o Código de Hamurabi adotado na Babilônica já dispunha sobre condições para a prestação do trabalho livre, incluindo salários, bem como regulamentava o trabalho em diversas profissões, incluindo aí a de aprendizagem. A relação de emprego que remonta aos séculos VII e VI a.C. nasce, pois, do Direito Romano, ocasião em que

havia o arrendamento da coisa, ou o *locatio conducto rei*, que consistia na *locatio conducto operis* e *locatio conducto operarum*.

O contrato de locação das coisas (*locatio conductio*) assemelhava-se ao trabalho escravo, situação em que os senhores arrendavam os serviços dos escravos, de outros senhores, e posteriormente arrendavam os serviços de homens livres, mas de classes inferiores. A locação das coisas se subdividia em *locatio conductio rei*, em que se contratava o uso e gozo de uma coisa, mediante remuneração; em *locatio operis faciente*, na qual o trabalho era específico por seu resultado, ou seja, pela obra contratada (no que hoje poderia se aproximar ao contrato de empreitada).

Na *locatio operarum*, que originou o contrato de trabalho, o trabalhador obrigava-se a prestar os serviços ao contratante, que o remunerava por unidade de tempo, e o que importava era a prestação dos serviços, e não a realização da obra contratada. Na *locatio operarum*, o objeto do contrato era uma atividade e cabia ao contratante o risco do empreendimento.

No Brasil, apenas em 1888 foi proibida a utilização do trabalho escravo. Em 1890, o Decreto 221 estabeleceu a concessão de férias aos trabalhadores do setor ferroviário, enquanto que o Decreto 1.313 de 1891 estabelecia limites à jornada dos menores. Já o Código Civil datado de 1916 estabelecia a prestação de serviços com grande amplitude, e concebia uma gama de prestação de serviços humanos, dando margem a uma fase de sistematização de regras que precederam o estabelecimento da relação de emprego.

Mas foi somente em 1943, precisamente por meio da promulgação do Decreto Lei 5.452, de 1º de maio de 1943, que a legislação trabalhista foi consolidada, sendo que

a partir de então, aproveitando a grande produção legislativa iniciada após a Revolução de 1930, surgiu em nosso sistema jurídico uma norma autônoma e sistematizada regulamentando as relações de trabalho sob a ótica protetiva própria do Direito do Trabalho. A CLT acabou por se traduzir em um marco na construção do Direito do Trabalho brasileiro: com a sua elaboração pode-se falar, no Brasil, na existência de um Direito do Trabalho consolidado enquanto ramo jurídico autônomo.⁵

⁵ OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **Direito do Trabalho**. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 23.

2.2 CONTRATO DE TRABALHO E RELAÇÃO DE EMPREGO: CONCEITUAÇÕES E DISTINÇÕES

Trabalho é o suporte de valor, por isso, identificado de diversas formas, dependendo do ponto de vista de quem analisa e de quem é agraciado por ele. O sentido do valor trabalho se revelará tanto pelo sujeito trabalhador como pela valorização do sujeito que trabalha: “o eixo histórico recai sobre o trabalho em seu processo de realização como valor humano. Trabalho que, sendo uma das categorias de maior relevância social, transforma simultaneamente o sujeito e a sociedade⁶”, e, nesse sentido, Bataglia⁷ disserta:

Trabalho é um conceito complexo, pois implica os mais diversos aspectos da vida e, por isso, está voltado para as mais diversas ciências; cada uma delas se ocupa dele e o enquadra diversamente em seu sistema, mais ou menos central, mais ou menos importante, porém sempre digno de interesse.

Pode-se afirmar, sem dúvidas, que a relação de trabalho é distinta do conceito de relação de emprego, sendo a primeira uma forma generalizada de especificar todas as modalidades de trabalho prestado pela pessoa física que se dispõe a despende energia em uma prestação de serviço. Nesse sentido, La Cueva⁸ explica que:

La importancia de la distinción entre contrato y relación de trabajo no es una al origen de la relación jurídica y a la manera de fijar su contenido, hace más bien referencia a la natura misma del derecho del trabajo. El término contrato tiene un significado doble: Es, ante todo, un acuerdo de voluntades creador de una relación jurídica, pero es también una manera de ser de las relaciones jurídicas, quiere decir, es una configuración jurídica de las relaciones entre personas determinadas, o todavía, es una regulación jurídica sujeta a un determinado estatuto, o bien, finalmente, es una reglamentación determinada de ciertas relaciones jurídicas.

Segundo Vilhena⁹, a relação de emprego:

Constitui-se de fatos, de condutas, que exteriorizam um *animus*. Mais, porém, que a exteriorização, esses fatos e essas condutas indicam uma realidade, sobre que incide a lei e faz assegurar certos efeitos. O princípio realístico da

⁶ DELGADO, Gabriela Neves; DELGADO, Mauricio Godinho. **Constituição da república e direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2015. p. 58.

⁷ BATTAGLIA, Felice. **Filosofia do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 19.

⁸ LA CUEVA, Mario de. **Derecho mexicano del trabajo**. t. I. 4. ed. México: Editorial Porrúa, 1954. p. 476.

⁹ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego: estrutura legal e supostos**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 169.

relação de emprego impõe-se com a maior relevância, porque esses efeitos, que são jurídicos, decorrem do ato-fato-por-conta de-outrem, em forma subordinativa e não do que, superficialmente, pretenderam os interessados. As consequências jurídicas extraem-se, diretamente, da lei sobre os fatos e não da vontade das partes. Caso coincida a direção da vontade com a da lei, nada de anormal ocorre, podendo-se afirmar que livremente constituíram trabalhador e credor de trabalho um contrato regido pela lei trabalhista. Em caso de não haver coincidência, prevalece a lei, mesmo quando os interessados não tenham manifestado vontade ou disposição, ainda assim, ter-se-á uma relação de emprego.

A realização de uma atividade para si, como por exemplo, a confecção de um trabalho manual, como a pessoa que realiza o conserto de uma cerca do seu jardim, ou em benefício de outrem, como o taxista que leva o passageiro até o seu destino, e que o faz por sua conta e risco, mas em troca de uma remuneração, são exemplos de trabalhos. O primeiro exemplo envolve apenas uma pessoa e o trabalho é executado em benefício próprio, enquanto que o segundo constitui uma prestação de serviço autônomo, e que pressupõe uma relação jurídica em que figuram duas pessoas (o prestador e o tomador dos serviços); mas nem um, nem outro, está regulado pelo Direito do Trabalho.

O contrato de trabalho vem sendo denominado por alguns autores¹⁰ como contrato de emprego, para distingui-lo de outros contratos geradores de relações de trabalho. Tanto a relação de trabalho como a relação de emprego são, na realidade, modalidades de relações jurídicas que pressupõem a existência de, ao menos, duas pessoas. Mas é a primeira de que cuida o Direito do Trabalho e é essa que importa ao presente estudo.

Assim, não é qualquer relação de trabalho que atrai a incidência do Direito do Trabalho, mas apenas aquela constituída pelos principais elementos da relação de emprego, conforme definição emprestada por Barros¹¹: (i) pessoalidade, ou seja, quando um dos sujeitos (o empregado) tem o dever jurídico de prestar serviços em favor de outrem de forma pessoal (*intuitu personae*); (2) natureza não eventual do serviço, isto é, ele deve ser necessário à atividade normal do empregador; (3)

¹⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 296. Para o autor, por força da tendência expansionista da relação empregatícia, designa-se a espécie mais importante (relação de emprego) pela denominação cabível ao gênero (relação de trabalho): “Nessa linha, utiliza-se a expressão relação de trabalho (e, conseqüentemente contrato de trabalho ou mesmo Direito do Trabalho) para se indicarem relações, institutos ou mesmo normas concernentes à relação de emprego, no sentido específico”.

¹¹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 147.

remuneração deste trabalho; (4) e, finalmente, a subordinação jurídica que sujeita o empregado ao poder diretivo (e disciplinar) do empregador.

A relação de trabalho – gênero do qual a relação de emprego é espécie, portanto, e com a qual não se confunde – tem como exemplos o trabalho autônomo, o trabalho eventual, o avulso, o contrato de empreitada e o trabalho do estagiário. Acomoda-se, portanto, a conceituação de relação de trabalho, *lato sensu*, a todas as formas jurídicas de pactuação de prestação de trabalho existentes no mundo jurídico, dentre elas as relações de emprego, *stricto sensu*. Para Sussekind¹²:

O conceito de relação de trabalho é tão amplo, abrangendo todo o contrato de atividade, que o fundamento da sua conceituação é a pessoa do trabalhador, qualquer que seja a modalidade do serviço prestado. “De todos os contratos de atividade, somente o de emprego é trabalhista. Entretanto, todos eles têm por sujeito a pessoa do trabalhador, não mais apenas a do empregado, o que mostra a realidade de que o novo critério da determinação da competência passou a ter seu centro, ou eixo, na pessoa do trabalho, o qual atrai para si toda matéria de suas relações possíveis, seja ela trabalhista (quando o trabalhador é empregado) ou cível (quando o trabalhador não é empregado”. A relação de trabalho corresponde ao vínculo jurídico estipulado, expressa ou tacitamente, entre um trabalhador e uma pessoa física ou jurídica, que o remunera pelos serviços prestados.” Ela vincula duas pessoas, sendo que o sujeito da obrigação há de ser uma pessoa física, em relação à qual o contratante tem o direito subjetivo de exigir o trabalho ajustado. O trabalhador autônomo, ao contrário do empregado, assume o risco da atividade profissional que exerce.

A subordinação existente na relação de emprego não se encontra na relação de trabalho, ao se analisar, por exemplo, o trabalho do prestador autônomo de serviços (a exemplo do taxista citado no início do texto), e o tomador de serviços. Ora, neste caso, o taxista dirige o seu próprio trabalho e este é desenvolvido em seu proveito. Os frutos desta prestação de serviço, portanto, pertencem a ele, ao contrário do que ocorre na relação de emprego, na qual eles inevitavelmente pertencem ao tomador. O trabalho, aqui, é desenvolvido pelo empregado em proveito de outrem, o empregador. A palavra trabalho é inerente à pessoa humana e é, em síntese, nas palavras de Delgado¹³ “o conjunto de atividades, produtivas ou criativas, que o homem exerce para atingir determinado fim”.

¹² SUSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 149-150.

¹³ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 296.

A Constituição Federal de 1988¹⁴ já dispõe, em seu primeiro artigo, que são fundamentos da República Federativa do Brasil, como Estado Democrático de Direito que é, a dignidade da pessoa humana (inciso III) e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (inciso VI). Em seu artigo 6º, a Constituição já estabelecia que são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

Trata-se da atividade humana perfectibilizada pela energia física ou intelectual empregada pelo homem com o intuito produtivo. Esse desprendimento de energia, física ou mental, objetiva um resultado específico, qual seja, o serviço prestado. Neste sentido, Barassi¹⁵ afirma que o trabalho é a atividade humana intelectual ou física, ou melhor, é uma e outra, com recíproco e variado predomínio, mas principalmente apta para satisfazer uma necessidade que a torna vital:

Por tanto, desde el punto de vista que he indicado, encontramos en la relación de trabajo los siguientes elementos fisionómicos: Una organización de empresa intermediaria entre la prestación del trabajo y el consumidor; La incorporación del trabajador en el organismo de la empresa; La subordinación del trabajador al empresario; la separación del trabajador de los riesgos de la empresa; La correlación de la prestación de trabajo y su retribución.

Por conseguinte, os elementos imprescindíveis do conceito de trabalhador reconhecido pelo Direito do Trabalho estão contidos na seguinte definição: trabalhador é, pois, quem põe sua própria energia de trabalho à disposição do empresário, sobre a base de um contrato que o insere na organização dominada pelo empresário.

Camino¹⁶ define a relação de trabalho como composta de dois traços típicos: o primeiro é a existência de alguém capaz de empreender atividade econômica e, no intuito de dela obter resultados, entre outros fatores necessários à empresa, empregar a força humana de trabalho; o segundo é o fato de essa força de trabalho se inserir na atividade empresarial, daí decorrendo a pessoalidade da prestação, a não eventualidade desta, a subordinação do empregado e o assalariamento (cuja análise

¹⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 jun. 2016.

¹⁵ BARASSI, Ludovico. **Tratado de derecho del trabajo**. Buenos Aires: Editorial Alfa, 1953. p. 156; 264.

¹⁶ CAMINO, Carmem. **Direito Individual do Trabalho**. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 186.

pormenorizada será feita no próximo capítulo). Da mesma forma, Vilhena¹⁷ entende que o quadro jurídico da relação de emprego desencadeia-se pelo princípio da simples inserção do trabalhador na empresa (ou na esfera do empregador, caso seja esta pessoa física), cuja atividade passa a integrar esta.

O gasto de energia – na execução da atividade – na relação de emprego será no interesse de outra pessoa a quem está destinado o trabalho, a quem pertencerão os frutos do trabalho, fenômeno conhecido por alteridade. Este valor criado pelo trabalhador não lhe pertence, e sim àquele que o contratou, remunera e dirige a sua prestação. A energia de trabalho desprendida pelo trabalhador, conforme a premissa anteriormente apresentada, pode ser tanto caráter muscular como intelectual, ou melhor, prevalentemente muscular ou prevalentemente intelectual¹⁸.

Segundo a perspectiva de Olea¹⁹:

a singularidade do contrato de trabalho reside, por sua vez, na natureza muito especial do objeto das obrigações recíprocas que por força do contrato assumem as partes e, sobretudo, pela obrigação assumida pelo trabalhador, que compromete na execução do contrato seu próprio trabalho e, por ser esta uma atividade estritamente pessoal, compromete de certa maneira sua pessoa.

Sussekind²⁰ entende que a relação de trabalho corresponde ao vínculo jurídico estipulado, expressa ou tacitamente, entre um trabalhador e uma pessoa física ou jurídica, que o remunera pelos serviços prestados. Para Fernandes²¹, o contrato de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa singular se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua atividade a outra ou outras pessoas, no âmbito de organização e sob a autoridade destas.

O trabalho que aqui se toma em consideração é o trabalho feito para outros, não o realizado por quem o executa para si mesmo. Tem-se, pois, um elemento novo, o destino do trabalho, em utilidade de uma terceira pessoa. A palavra trabalho se toma, desde o ponto de vista do Direito do Trabalho, em um sentido tecnicamente

¹⁷ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego**: estrutura legal e supostos. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 202.

¹⁸ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego**: estrutura legal e supostos. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 350.

¹⁹ ALONSO OLEA, Manuel. **Introdução ao direito do trabalho**. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1969. p. 177.

²⁰ SUSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 150.

²¹ FERNANDES, Antônio Monteiro. **Direito do Trabalho**. 14. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 127.

rigoroso que pode coincidir, ainda que não sempre, com o mais amplo conceito de atividade econômica em geral, seja de produção, seja de circulação.

Contudo, a tradição jurídica, seja por meio da doutrina, a exemplo de Delgado²², seja por meio da jurisprudência, por conta dos avanços do Direito do Trabalho no mundo contemporâneo laboral, objetivando tratar dos fenômenos socioeconômicos atinentes ao mundo do trabalho, curvou-se à tendência de utilizar a expressão “relação de trabalho” (ou contrato de trabalho) como gênero (já que engloba todas as modalidades de trabalho, seja em benefício próprio, seja de forma autônoma, seja em uma relação empregatícia, como visto alhures), para designar a expressão “relação de emprego”, esta sendo espécie da primeira.

Neste sentido, Nascimento²³ entende que quando a lei dispõe sobre relação de trabalho, quer se referir a contrato de trabalho:

Faça-se a ressalva sobre a antiga discussão sobre o sentido das duas expressões: aquela, uma visão objetivista do vínculo de emprego, esta, uma postura contratualista. Mas não se controverte que relação de trabalho é um gênero, e não se confunde com relação de emprego ou contrato de emprego, que é uma modalidade – a mais importante – de contrato de trabalho.

Segundo La Cueva²⁴, a relação jurídica de emprego ocorre partindo do princípio do ajuste inicial entre as partes, mas efetivamente se perfectibiliza em sua execução:

La existencia de una relación de trabajo depende, en consecuencia, no de lo que las partes hubieren pactado, sino de la situación, real en que el trabajador se encuentre colocado en la prestación del servicio; y es porque, como dice Georges Scelle, la aplicación del derecho del trabajo depende cada vez menos de una relación jurídica subjetiva, cuanto de una situación objetiva, cuya existencia es independiente de facto que condiciona su nacimiento.

Mas a relação de emprego, como espécie da relação de trabalho, objeto principal do estudo do Direito do Trabalho, engloba uma série de princípios, regras e

²² DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 296-297. Nota: Godinho entende que se torna meramente acadêmica e formalista a insistência em se recusar validade teórica às expressões tradicionais (relação de trabalho e contrato de trabalho) para designar a relação e instituto de caráter específico (relação de emprego e contrato de emprego). Por isso, o autor muitas vezes utiliza a expressão “relação de trabalho” (ou contrato de trabalho) com o objetivo estrito de se referir a figuras técnico-jurídicas da relação empregatícia ou contrato empregatício, método ao qual se filia o presente estudo.

²³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito Contemporâneo do Trabalho**. 29. ed. São Paulo: Saraiva: 2014. p. 565-566.

²⁴ LA CUEVA, Mario de. **Derecho mexicano del trabajo**. t. I. 4. ed. México: Editorial Porrúa, 1954. p. 458.

institutos pertencentes ao estudo deste ramo jurídico especial, sendo o trabalho subordinado, assim como a pessoalidade, os seus principais elementos. Assim coaduna o entendimento de Ramalho²⁵, para quem a singularidade da atividade laboral, “enquanto objeto de um negócio (no caso, o contrato de trabalho) decorre do facto de esta actividade ser inseparável da pessoa do próprio trabalhador e ser valorizada pelo Direito do Trabalho justamente por esta característica.”

2.3 A RELAÇÃO DE EMPREGO SOB A ÓTICA CELETISTA

No Direito do Trabalho brasileiro – em cuja esfera situa-se a presente pesquisa –, as disposições sobre relação de emprego estão regulamentadas na Consolidação das Leis do Trabalho, especificamente nos artigos 2º e 3º²⁶ e posteriormente no artigo 442²⁷. Observa-se que a relação de emprego se assemelha a uma relação jurídica de prestação de serviços, na medida em que o objeto do contrato é o serviço, mas dela se distingue pelos seus elementos, descritos nos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho.

O artigo 2º dá a dimensão da conceituação de empregador – podendo ser ele pessoa física ou ser personificado na empresa, individual ou coletiva, que, *assumindo os riscos da atividade econômica*, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal do serviço. Em síntese, o empregador contrata o trabalhador, e, em troca dos serviços prestados por este na relação contratual, se obriga à contraprestação de remunerá-lo. O tomador dos serviços tem como prerrogativa a direção da prestação dos serviços, por meio do poder diretivo. O poder diretivo estabelece qual o objeto da

²⁵ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de Direito do Trabalho**: Parte I – Dogmática Geral. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 460.

²⁶ CLT, art. 2º. Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§ 1º. Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

§ 2º. Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Art. 3º. Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

²⁷CLT, art. 442. Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

prestação de serviços, onde e quando ela ocorrerá e de que maneira (como) se perfectibilizará.

Para Ramalho²⁸, à subordinação do trabalhador correspondem os poderes de direção e disciplina de titularidade do empregador, segundo a autora, os poderes laborais, sendo o poder diretivo “o poder através do qual o empregador atribui uma função concreta ao trabalhador no âmbito da actividade para a qual foi contratado e adequa a prestação aos seus próprios interesses, ao longo da execução do contrato.”

Quanto à figura do empregado, o artigo 3º dispõe que é toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário, estabelecendo também que não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual. Na contrapartida da obrigação do empregador de assalariar a prestação de serviços, o empregado, por sua vez, obriga-se a executar o trabalho.

Pois bem, vista a conceituação das partes que pactuam a relação laboral, cabe entender o que dispõe a CLT sobre o contrato individual de trabalho, que vem a ser o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego. Segundo Maranhão²⁹, o contrato de trabalho será todo aquele pelo qual uma pessoa se obriga a uma prestação de trabalho em favor de outra, em outras palavras:

É o negócio jurídico de direito privado pelo qual uma pessoa física (empregado) se obriga à prestação pessoal, subordinada e não eventual de serviço, colocando sua força de trabalho à disposição de outra pessoa física ou jurídica, que assume os riscos de um empreendimento econômico (empregador) ou de quem é a este, legalmente equiparado, e que se obriga a uma contraprestação (salário).

O conceito do contrato de trabalho emprestado pela legislação consolidada brasileira é criticado pela doutrina, a exemplo de Pereira³⁰, sob o argumento de que o contrato não corresponde à relação de emprego, mas cria esta relação jurídica. Essa relação jurídica é o vínculo que impõe a subordinação do prestador ao empregador,

²⁸ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de Direito do Trabalho**: Parte I – Dogmática Geral. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 460

²⁹ MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa. **Direito do Trabalho**. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora da FGV, 1993. p. 46. Nota: nesse sentido, concorda Octávio Magano, in MAGANO, Octávio Bueno. **Manual de Direito do Trabalho**. 3 ed. São Paulo: LTr, 1992. p. 47.

³⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v. 1. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 28.

detentor do poder diretivo, como visto acima. Pereira³¹ observa, ainda, que a relação jurídica se estabelece entre os sujeitos de direito, e não entre o sujeito e o objeto, pois ela só existe entre pessoas.

O acordo expresso é formalizado por meio de um instrumento contratual escrito ou mesmo de forma verbal em que ambas as partes – empregador e empregado – pactuam as formas com que a relação de emprego ocorrerá, tais como remuneração, objeto da prestação de serviços, horário de trabalho, nos limites dados pela lei e pelas normas coletivas aplicáveis.

Mesmo não sendo o acordo expresso (de forma verbal ou escrita), haverá vínculo empregatício quando presentes os elementos caracterizadores mencionados no artigo 3º da CLT, quais sejam: a pessoalidade, a prestação de serviços, a não eventualidade, a dependência e a contraprestação salarial. Estar-se-á aí diante de uma relação de emprego oriunda de acordo tácito entre as partes contraentes. A apreciação da questão atinente à existência de vínculo jurídico de emprego deve necessariamente observar o critério básico que decorre do princípio da primazia da realidade: existindo prestação de trabalho, presume-se o mesmo como sendo de emprego, ensejando o reconhecimento do vínculo jurídico empregatício. Para Araújo³²:

Cumprir registrar que, como sustenta Mario de La Cueva, é o próprio trabalho e não o acordo de vontades que determina a existência do contrato, sendo sua essência a venda da força de trabalho subordinada e não a consciência de integração na empresa. A consensualidade nasce do acordo de realizar atos de trabalho, adquirindo matizes objetivas em face dos modos de produção adotados na realidade econômico-social. Pelo que foi exposto, nota-se que a consensualidade, nela inserida a subordinação, dirige-se ao concreto, à realização de atos de trabalho, consistindo numa das facetas das relações de produção.

A contratação da prestação de serviços poderá, contudo, ser tácita, sem que isto a invalide e é na forma do contrato realidade, expressão cunhada primeiramente por La Cueva³³, mas que encontrou em grande parte da doutrina respaldo, para

³¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v. 1. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 29.

³² ARAÚJO, Francisco Rossal. Contrato de emprego e contrato de empreitada. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região**, Porto Alegre, v. 28, n. 27, p. 29-39, jan./dez. 1995. p. 34-35.

³³ Essa teoria foi universalizada após a sua divulgação por Mario de La Cueva, baseado em uma decisão da Suprema Corte Mexicana, da qual foi relator o magistrado e professor Alfredo Iñárritu. (**Derecho Mexicano do Trabajo**. v. I. 2. ed. México: Porrúa, 1943. p. 383.)

expressar que o contrato de emprego (ou relação de emprego), que mais corresponde à realidade estabelecida pela prestação dos serviços, do que pelas regras constantes do próprio instrumento contratual formalizado.

A exemplo do entendimento de La Cueva, para quem os direitos e obrigações decorrentes da relação de trabalho se perfectibilizam na execução do contrato, não dependendo exclusivamente do pacto laboral instrumentalizado, constituindo, assim, o contrato de trabalho em um contrato realidade. Diz o citado autor³⁴ que:

La relación de trabajo es el conjunto de derechos y obligaciones que derivan, para trabajadores y patronos, del simple hecho de la prestación de servicio. Esta idea de la relación de trabajo prodúcela plena autonomía del derecho del trabajo: En efecto, el derecho civil de las obligaciones y de los contratos está subordinado en su aplicación a la voluntad de los particulares, en tanto la aplicación del derecho depende de un hecho, cualquiera haya sido la voluntad de trabajador y patrono.

O autor mexicano discorre sobre a necessidade de se distinguir entre o contrato e a relação de trabalho, porquanto o primeiro, ou seja, o simples acordo de vontades para a prestação de serviços, constitui a única condição para que o trabalhador seja inserido nas atividades da empresa (empregador), inserção esta que determina a formação da relação de trabalho.

Embora haja doutrinadores que, a exemplo de Gomes³⁵, rechaçam a ideia de contrato realidade, pois esse entendimento afastaria os preceitos contratuais do direito privado, não se podendo afirmar que o contrato de trabalho dependa, para existir, da sua execução ou de qualquer fato, pois produz efeitos tão logo tenha lugar o acordo de vontades, outros autores, como Vilhena³⁶, filiam-se à teoria consagrada pelo jurista mexicano. Neste sentido, o autor considera que a relação de emprego independe, para sua configuração, de ato formal ou expresso de admissão.

Além disso, Vilhena³⁷ entende que o contrato de trabalho foi concebido, primeiramente, como um contrato-realidade, formado pela ocorrência fática de seus suportes jurídicos em que se define o ato-fato-trabalho-subordinado-por-conta-alheia estabelecido pela legislação consolidada, em seus artigos 2º, 3º e 442 da CLT, e daí

³⁴ LA CUEVA, Mario de. **Derecho mexicano del trabajo**. t. I. 4. ed. México: Editorial Porrúa, 1954. p. 479.

³⁵ GOMES, Orlando. **Questões de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1974. p. 97.

³⁶ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego**: estrutura legal e supostos. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 169;190.

³⁷ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego**: estrutura legal e supostos. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 190

advêm os seus efeitos obrigacionais trabalhistas. E é a formação da relação de trabalho, que, neste contexto, oportuniza a produção de efeitos normais que o Direito do Trabalho atribui, no acordo de vontades, à própria prestação dos serviços. Sobre o tema, o autor destaca que³⁸:

Constitui-se, a relação de emprego, de fatos, de condutas, que exteriorizam um animus. Mais, porém, que a exteriorização, esses fatos e essas condutas indicam uma realidade, sobre que incide a lei e faz assegurar certos efeitos. O princípio realístico da relação de emprego impõe-se com a maior relevância, porque esses efeitos, que são jurídicos, decorrem do ato-fato-trabalho-por-conta-de-outrem, em forma subordinativa e não do que, superficialmente, pretenderam os interessados.

À relação de emprego, portanto, não bastam as formalidades exigidas pela lei, como, por exemplo, a anotação da carteira de trabalho ou a contratação expressa por meio do contrato de trabalho assinado pelas partes; importam, mais que tudo, os fatos, que prevalecem sobre a própria declaração de vontade das partes. Mais: importa antes de tudo a execução do trabalho e é essa a condição objeto da tutela do Direito do Trabalho. A relação de emprego independe do ato formal ou expresso da contratação do trabalhador.

O artigo 2º da CLT dá a dimensão do conceito de empregador, enquanto que o artigo subsequente, o 3º, conceitua a figura do empregado. Neste contexto, a legislação trabalhista incidirá sobre o ato-fato-trabalho-subordinado-por-conta-alheia³⁹ e desta situação advirão os efeitos obrigacionais trabalhistas. Mas para que esta execução se perfectibilize na realidade dos fatos (e não apenas no mundo jurídico), necessária a vontade do trabalhador em prestar os serviços, pois, sem esta, sem o seu pleno consentimento, a presunção será de trabalho forçado, trabalho escravo. Em outras palavras⁴⁰: “De fato, o trabalho é que confere ao homem uma das suas qualificações marcantes... Mas, obviamente, o trabalho que redime não é o escravo, mas o livre. Não é o trabalho imposto de fora, mas o trabalho livremente escolhido.”

³⁸ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego**: estrutura legal e supostos. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 169.

³⁹ A expressão ato-fato-trabalho-subordinado-por-conta-alheia foi cunhada por Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, como visto alhures (nota 28).

⁴⁰ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**: Promulgada em 5 de Outubro de 1988. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 425.

Pode-se afirmar que o contrato exterioriza a liberdade do homem em se autodeterminar, na escolha de seus atos, na autonomia plena de sua vontade – expressão máxima da liberdade na constituição do negócio jurídico –, para o fim único de satisfação de seus interesses. Todavia, esta plenitude dada ao contrato se faz um tanto exagerada.

Santos⁴¹ aborda com extrema habilidade essa questão ao distinguir autonomia e vontade. Diz o autor que a autonomia, em seu sentido amplo, pode ser definida como a capacidade do sujeito de determinar seu próprio comportamento individual, envolvendo, assim, a disposição sobre diversos aspectos sobre sua vida, como as escolhas existenciais, atingindo, evidentemente, a dimensão jurídica. Já a vontade, esta seria inerente ao ser humano e, no sentido geral, expressaria a faculdade do indivíduo de querer, de manifestar exteriormente um desejo, o propósito de realizar algo, a intenção de agir em determinado sentido⁴².

Rodrigues⁴³ entende que a autonomia da vontade permite que qualquer pessoa capaz pode criar relações, com objeto lícito, a que a lei emprestará validade, e, como princípio, a autonomia da vontade compreende outros dois princípios, quais sejam, o princípio da liberdade de contratar ou de não contratar; e o princípio da liberdade de contratar aquilo que bem entender. Santos⁴⁴ entende que a autonomia privada é um poder jurídico e a autonomia da vontade é faculdade, é um querer individual, um querer psicológico:

A autonomia da vontade expressa a esfera de liberdade do ser para direcionar e objetivar suas inclinações em direção ao cumprimento das perspectivas por ele visionadas para o seu caminhar no mundo. A autonomia privada manifesta-se objetivamente no mundo, dando azo à auto-regulamentação de interesses entre os particulares.

Autonomia privada individual é o campo de determinação e regramento das relações pessoais reconhecidas aos particulares para a satisfação de suas necessidades e pretensões concretas, mediante a qual “o particular é livre para atuar

⁴¹ SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das Normas Coletivas**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 103.

⁴² Nas palavras de Fábio Konder Comparato, “o homem é o único ser, no mundo, dotado de vontade, isto é, da capacidade de agir livremente, sem ser conduzido pela inelutabilidade do instinto.” (COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 25.)

⁴³ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**: dos contratos e das relações unilaterais da vontade. v. 3. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 15-16.

⁴⁴ SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das Normas Coletivas**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 119.

segundo o seu próprio juízo, de modo que somente ele suporte as consequências do seu comportamento, sejam elas vantajosas ou onerosas.”⁴⁵ O negócio jurídico é um dos instrumentos de objetivação da autonomia privada, sendo o gênero do qual o contrato é uma das suas espécies. E, sendo este um meio de ordenação de interesses individuais, traz um conteúdo normativo para as próprias partes estipulantes, cujo fundamento encontra-se na autonomia privada individual, sendo “o negócio jurídico um dos meios para a auto-regulamentação de interesses; é um veículo de atuação da vontade na esfera jurídica do próprio sujeito; é o principal instrumento da autonomia privada.”⁴⁶

Pois bem, em se tratando do contrato de emprego de um negócio jurídico oriundo da autonomia individual privada, tem como pressuposto a liberdade em contratar, mas essa liberdade, contudo, não é absoluta. Conforme Santos:

Ela deve ser conciliada com o direito à idêntica quota de liberdade das outras pessoas e com outros valores do Estado Democrático de Direito, como a autonomia pública, a igualdade, a solidariedade e a segurança. A própria idéia de ordenamento jurídico correria riscos se todos vivessem com plena e absoluta liberdade.⁴⁷

Essa liberdade no contratar encontra parâmetros de limitação da autonomia privada na ordem pública, que estabelecem as bases jurídicas fundamentais da ordem econômica.

A Constituição Federal de 1988 trata do tema ao dispor, no Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, no Capítulo I, que trata dos “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, artigo 5º, que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II -ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;(…)

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

⁴⁵ BETTI, Emílio. **Teoria General del negocio jurídico**. Granada: Comares, 2001. p. 121.

⁴⁶ FERRARA, Luigi Cariota. **Il negozio giuridico nel diritto privato italiano**. Napoli: A. Morano, 1949. p. 51-52.

⁴⁷ SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das Normas Coletivas**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 117.

Ainda, a Constituição estabelece, no artigo 1º, incisos II, III e IV, que a República Federativa do Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito, e que tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Para Grau⁴⁸, a valorização do trabalho humano e o reconhecimento do valor social do trabalho consubstanciam cláusulas principiológicas que, a par de afirmarem a compatibilização – conciliação e composição –, portam em si evidentes potenciais transformações:

No quadro da Constituição de 1988, de toda a sorte, da interação entre esses dois princípios e os demais por ela contemplados – particularmente o que define como fim da ordem econômica (mundo do ser) assegurar a todos existência digna – resulta que valorizar o trabalho humano e tomar como fundamental o valor social do trabalho importa em conferir ao trabalho e seus agentes (os trabalhadores) tratamento peculiar.

Pois bem, como visto, espécie do gênero contrato é o contrato de trabalho, negócio jurídico oriundo da autonomia privada individual, que, segundo o artigo 442 da CLT, significa o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego. É o negócio jurídico estabelecido entre o tomador de serviços e o prestador de serviços, estando sujeitas, ambas as partes, a direitos e deveres atribuídos, em última análise, pela legislação pertinente.

Indubitavelmente, a relação de emprego é uma relação complexa, na medida em que implica na titularidade de posições jurídicas passivas e ativas pelas duas partes, justificadas pelos seus interesses individuais. Pois, se de um lado o trabalhador obriga-se à prestação de serviços em benefício dos interesses do empregador, por outro lado, o empregador se obriga a pagar o salário pactuado. O empregado, ao escolher ser contratado para prestar os serviços, insere-se na organização produtiva do empregador.

Para Barassi⁴⁹, a vontade individual tem uma função essencial, que é a de adentrar na empresa, denominado com um “contrato de inserção colaborativa” ao contrato de trabalho, e se compreende como o contrato de trabalho subordinado. O empregado está, portanto, inserido nas atividades do empregador, incorporado na organização empresarial, seja ela individual ou coletiva, que se utiliza do seu trabalho

⁴⁸ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 198.

⁴⁹ BARASSI, Ludovico. **Tratado de derecho del trabajo**. Buenos Aires: Editorial Alfa, 1953. p. 263.

(prestado, portanto, por conta alheia), para a realização de determinados fins, econômicos ou não – como por exemplo, o trabalho doméstico. Neste sentido, a própria CLT, em seu artigo 2º, dispõe que a unidade produtiva poderá ser personificada de forma individual ou coletiva.

Ocorre que o trabalho, como atividade, compõe o patrimônio exclusivo da pessoa que o presta – ainda que esteja ela inserida na organização produtiva empresarial – e é inalienável. Bastaria, portanto, a inserção do trabalhador na empresa para a consecução jurídica da relação de emprego. Com efeito, correntes doutrinárias dão diferentes conceituações aos termos contrato e relação de trabalho, de forma a distingui-los, como se pudessem reduzi-los aos conceitos institucionalistas ou contratualistas.

Vilhena⁵⁰ entende que o disposto no artigo 442 da legislação trabalhista pátria consolidada repousa nos alicerces conceituais de empregador (artigo 2º) e empregado (artigo 3º) e curva-se à tentativa conciliatória entre as correntes doutrinárias, institucionalistas ou contratualistas. Segundo o autor, em posição que aqui se adota, será por meio do entendimento jurisprudencial sobre cada caso concreto, no que diz respeito à natureza jurídica de cada relação, que se farão incidir as consequências jurídicas aplicáveis.

Examinadas as questões atinentes ao contrato de trabalho e relação de emprego, suas conceituações e diferenças apontadas pela doutrina, serão vistas a seguir as características do contrato de emprego.

2.4 CARACTERÍSTICAS DA RELAÇÃO DE EMPREGO

Há poucas discrepâncias entre os doutrinadores acerca das características jurídicas do contrato de trabalho, dentre as quais se destacam ser ele: (i) de direito privado, eis que o vínculo empregatício estabelecido entre as partes contratantes, empregado e empregador, é uma relação jurídica de direito privado; (ii) consensual, na medida em que as partes devem aceitar participar da relação contratual, independente de formalização expressa ou escrita, bastando o simples consentimento verbal ou tácito para a sua configuração; (iii) de trato sucessivo, pois se perfectibiliza

⁵⁰ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego**: estrutura legal e supostos. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 338.

na execução continuada da prestação de serviços, não se tratando de um ato único que se exaure ao término ou cumprimento do trabalho; (iv) sinalagmático, pois prevê obrigações recíprocas das partes envolvidas (sinalagma), na medida em que, enquanto o empregado se obriga a prestar o trabalho, o empregador se obriga a retribuí-lo sob a forma de salário.

Quanto ao caráter privado da relação de trabalho, este ocorre não obstante a prevalência das normas imperativas que regem a prestação de serviços sob os moldes empregatícios, das quais as partes não podem se eximir do cumprimento por se tratarem – os direitos trabalhistas – de direitos indisponíveis.

O ajuste dispensa formalidades especiais prescritas em lei, ou seja, suficiente para validade do contrato o simples consentimento das partes (ressalvadas algumas espécies de contratos de trabalho, tais como os estabelecidos a prazo determinado – que se constituem em exceção, e, nesta qualidade, necessitam de forma especial e escrita (cita-se como exemplo, o contrato a prazo determinado estabelecido no artigo 11 da Lei 6.019/74⁵¹, que dispõe sobre a necessidade de formalização expressa – escrita – do contrato de trabalho temporário); contudo, isto não lhe retira a essência consensual. De trato sucessivo se caracteriza a relação de emprego, pois esta não se esgota na simples realização do ato singular; pressupõe, pois, a execução de prestações na organização empresarial.

O contrato de emprego, como sinalagmático e comutativo que é, pressupõe a correspectividade de prestações. Camino⁵² entende que este contrato possui duplo objeto, constituindo a prestação de um dos sujeitos, o objeto do contrato de outro.

Prevalentemente, utiliza-se a expressão obrigações para designar aquelas diretamente vinculadas ao objeto do contrato de trabalho: entregar força de trabalho e pagar salário (aqui compreendida toda a gama de prestações salariais em sentido estrito ou lato). Tais obrigações são referidas em passant, porquanto a complexidade dos temas “salário” e “trabalho”, verdadeiros pilares sobre os quais se assenta todo o Direito do Trabalho, exige abordagem específica e profunda, da qual não nos furtamos nesse estudo. A expressão deveres, em geral, é utilizada para identificar as obrigações acessórias, ou secundárias, de empregado e empregador, as quais, geralmente ou quase nunca, encontram-se explícitas nos contratos formais.

⁵¹ CLT, art. 11. O contrato de trabalho celebrado entre empresa de trabalho temporário e cada um dos assalariados colocados à disposição de uma empresa tomadora ou cliente será, obrigatoriamente, escrito e dele deverão constar, expressamente, os direitos conferidos aos trabalhadores por esta Lei.

⁵² CAMINO, Carmem. **Direito Individual do Trabalho**. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 323-324.

Cabe expor ainda uma nota ao carácter sinalagmático do contrato de trabalho estabelecida por Ramalho⁵³, quando assevera que a relação de emprego é a situação jurídica relativa e complexa dotada de elementos patrimoniais e pessoais estabelecida entre o empregador e o trabalhador por força do débito alargado que cada uma delas assume, em razão da relevância dos elementos de inserção organizacional necessária e de pessoalidade e dos interesses específicos de cada uma das duas partes.

O contrato de trabalho, dessa forma, assume um componente obrigacional de direitos e deveres recíprocos das partes, que assumem posições jurídicas passivas e ativas justificadas pelos seus interesses anunciados. No que Ramalho entende como “lado passivo” das obrigações recíprocas, o empregado tem o dever de prestar o serviço nos moldes determinados pelo empregador e em seu benefício, suportando, dentro de certos limites, a modificação do acordo negocial pela outra parte⁵⁴, enquanto que este se obriga a pagar o trabalho prestado, inclusive em remunerar o trabalhador em casos de interrupção ou suspensão do contrato.

Quanto ao lado ativo, entendido pela autora como atinente aos direitos das partes envolvidas, o contrato de trabalho confere ao empregado ampla proteção legal e de conteúdo pessoal e patrimonial, inclusive permitindo-lhe não participar do risco do negócio, ou seja, perceber sua remuneração mesmo em caso de insucesso do negócio patronal, além de ser beneficiado com algumas restrições ao término da relação de emprego por iniciativa do empregador. No tocante a este, a posição debitória ativa lhe resguarda o direito de exercer a titularidade dos poderes de mando, designadamente com a possibilidade de assegurar a prevalência de seus interesses de gestão sobre a execução do contrato, com a eficácia necessária atribuída pelo poder disciplinar que a lei lhe confere.

2.5 CLASSIFICAÇÃO

A relação de emprego – como visto, espécie do gênero relação de trabalho, que abarca as diversas formas de prestação de serviços sem que estejam presentes

⁵³ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de Direito do Trabalho**: Parte I – Dogmática Geral. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 471.

⁵⁴ CLT, art. 468. Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

os elementos do vínculo empregatício nos moldes do artigo 3º da CLT – é composta dos seguintes elementos: pessoalidade, ou seja um dos sujeitos (o empregado) tem o dever jurídico de prestar serviços em prol de outrem; natureza não eventual, ou seja, deve ser o objeto do contrato (o trabalho) necessário à atividade normal do empregador; onerosidade (por ter caráter sinalagmático, deve ser contraprestado na forma de remuneração); e, finalmente, a subordinação jurídica da prestação de serviços ao empregador.

Parte da doutrina, a exemplo de Martins⁵⁵, entende que a relação de emprego é composta, ainda, do elemento da alteridade, na medida em que o trabalho é prestado pelo empregado em benefício de outrem (o empregador) que colhe os frutos da prestação de serviços.

Nos subitens seguintes serão abordadas cada uma das características da relação de emprego, com a pretensão de conceituá-los a partir dos entendimentos que doutrina clássica e contemporânea lhes empresta.

2.5.1 Pessoalidade

O contrato de trabalho é pessoal em relação ao empregado, já que o indivíduo foi escolhido em virtude de suas qualidades pessoais ou técnicas, tais como sua formação acadêmica, experiência profissional, grau de confiança. Ele é contratado para prestar pessoalmente a prestação de serviço. Por esse aspecto, o empregado será sempre pessoa física.

Vilhena⁵⁶ entende que a pessoalidade toma sua acepção inicial de serviço prestado pelo homem e pontua o trabalho humano, em contraposição ao trabalho dos animais e ao da máquina:

Desde que não se admita o trabalho humano como simples desenvolvimento irracional de forças musculares ou de energia física, mas compreendido dentre de um suposto de racionalidade, portanto, de emprego de energia psicofísica, está-se no campo geral do serviço prestado em caráter de pessoalidade.

⁵⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 108.

⁵⁶ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego**: estrutura legal e supostos. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 350.

Alguns autores, como Delgado⁵⁷, entendem que, embora a personalidade obviamente esteja vinculada ao elemento trabalho-realizado-por-pessoa-física, dele se distingue, pois entende que o fato de ser o trabalho prestado por pessoa física não significa, necessariamente, ser ele prestado com personalidade, como, por exemplo, o caso do representante comercial que credencia diversos prepostos seus para realização da atividade.

Para Nascimento⁵⁸, a personalidade pode ser compreendida como a intransferibilidade ou a infungibilidade do prestador de serviços, própria dos contratos *intuito personae*, o que não é exclusivo da relação de emprego, porque é exigência também de alguns contratos de direito civil; a profissionalidade que separa o trabalho profissional do assistencial e pressupõe a troca entre trabalho e remuneração; a indissociabilidade entre o trabalhador e o trabalho, o que mais destaca a singularidade da relação de emprego, pois o objeto da prestação é a própria atividade da pessoa.

Em síntese, a personalidade distingue o trabalho do homem do trabalho prestado por máquinas. Importante essa diferenciação, pois é cada vez mais comum o trabalho prestado por robôs no processo produtivo industrial, como se verifica na produção de peças automotivas na indústria automobilística, por exemplo, em um fenômeno conhecido por automação. Trata-se da disposição de energia de forma racional por parte do prestador de serviços destinada a executar aquela atividade para a qual fora contratado o empregado. Ou seja, o objeto do trabalho constitui-se naquela prestação pessoal de serviços em favor do empregador.

A energia desprendida na consecução daquela tarefa é inseparável da pessoa do trabalhador, o que impede, ainda que por muitos anos tenha sido assim, a exemplo do que ocorria à época da Revolução Industrial, a indesejada coisificação do trabalho. Efetivamente o trabalho não é mercadoria e assim não pode ser tratado, por isso a questão da personalidade é debatida com muito rigor pela doutrina.

A personalidade também é conhecida pelo caráter *intuito personae* da relação laboral, o que significa que o empregado não poderá se fazer substituir por outro trabalhador na prestação do serviço contratado, salvo em algumas situações específicas como em casos de suspensão contratual (exemplo, férias do substituído, ou seu afastamento por doença). Assim, se o vínculo laboral se forma com a pessoa

⁵⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015. p.301.

⁵⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito Contemporâneo do Trabalho**. 29. ed. São Paulo: Saraiva: 2014. p. 565-566.

do trabalhador, o trabalho que se presta é pessoal, e é tutelado pelo Direito do Trabalho como um bem jurídico.

Observa-se, aqui, que a prestação pessoal não se confunde com a dependência pessoal. A pessoalidade da prestação não implica a pessoalidade da dependência. Isso porque pessoalidade e dependência são elementos distintos em determinadas prestações de serviços que não as vinculadas a uma relação de emprego. É o caso do já citado exemplo do taxista que presta serviços autônomos de transportes aos usuários de táxi que o contratam para uma corrida, e que está a prestar um serviço de forma pessoal e autônoma, pois ele é, ao mesmo tempo, o detentor do negócio e o executor dos serviços. Mas a pessoalidade da prestação de tais serviços não significa a dependência pessoal do motorista de táxi, pois ele não se vincula a uma relação jurídica de emprego, não está subordinado a ninguém, justamente porque é ele o dono do negócio, e é ele também quem executa a atividade contratada, de modo que se constata aqui que o empresário e o prestador de serviços se confundem na mesma pessoa, o trabalhador autônomo. Ou seja, aqui o trabalho é prestado de forma pessoal, mas sem dependência.

O trabalhador, como ser humano, portador de capacidade técnica para aquele serviço, como se presume, em regra é inserido na empresa como um ser portador de direitos e deveres advindos daquela relação jurídica laboral estabelecida⁵⁹. E essa relação jurídica, por sua vez, estabelece-se entre duas pessoas: a do empregado, na qualidade de pessoa física, e a de empregador, como pessoa física ou jurídica – sob a forma de empresa, estabelecimento comercial, ou mesmo *azienda*, expressão comumente utilizada por Barassi⁶⁰.

Com exceção das grandes indústrias e corporações, em que o empregado é mais uma peça da engrenagem produtiva, e, assim como ele, outras centenas de empregados executam o mesmo trabalho, com a mesma capacidade técnica e produtividade, no que a doutrina chama de estado jurídico de subordinação objetiva,

⁵⁹ “O que se sublinha é que o trabalhador participa de uma atividade, incorporado em uma unidade organizada – que define a como lei individual ou coletiva, no que toca à sua personificação –, que se utiliza de seu trabalho, na realização de certos fins, como a produção ou troca de bens e serviços. A espécie de meios, a natureza dos fins, se ideais ou materiais, o caráter egoístico ou altruístico do empreendimento, nada disso atua como excludente da relação de emprego”. (VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego: estrutura legal e supostos**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 176.)

⁶⁰ BARASSI, Ludovico. **Tratado de derecho del trabajo**. Buenos Aires: Editorial Alfa, 1953. p. 264. Ainda que Barassi entenda que ambas as noções – empresa e estabelecimento – são jurídicas: econômica, a de empresa; jurídica, a de *azienda*, o autor afirma que a palavra *azienda* tem significado mais jurídico do que o conceito de empresa.

o elemento personalidade confere ao contrato de trabalho o diferencial da fidúcia. Por isso, quando há a contratação de forma direta e específica daquele trabalhador (ao contrário da admissão generalizada, como ocorre com grande frequência em processos seletivos para ingresso de trabalhadores com pouca ou nenhuma qualificação técnica, para ocupação de postos padrão nas áreas produtivas de grandes empresas), emergem como características preponderantes a fidúcia, a boa-fé, a diligência e a lealdade no comportamento das partes contraentes.

Nesses casos, o empregador contrata a pessoa daquele trabalhador por entender que ele possui as qualificações pessoais e profissionais adequadas àquela prestação de serviço. O empregador deposita naquele empregado a confiança necessária para o desencargo daquela atividade contratada, por entender que aquele trabalhador possui os requisitos que o tornam apto – e não raras vezes superada essa expectativa – para desempenhar aquela função com excelência. Por conta de suas qualidades e aptidões pessoais é que o empregador espera daquele empregado, e não por outra pessoa por ele designada, a realização do serviço contratado (daí a ideia da intransferibilidade da prestação daquele trabalho por uma pessoa física específica).

Inafastável, portanto, a importância do elemento personalidade no contrato de trabalho. Para Vilhena⁶¹, justamente, se o trabalho é a energia desprendida pelo homem, e se desta o homem não se separa, justo é o entendimento de que a fidúcia fixa os contornos dessa personalidade:

Fala-se em fidúcia geral e fidúcia especial, que se encontram no contrato de trabalho. A personalidade tem exatamente a virtude de fixar os contornos individuais dessa fidúcia, que, nas relações de emprego como nos negócios jurídicos, sobretudo os de natureza continuativa, supõe diligência, boa-fé e lealdade, no comportamento das partes.

2.5.1.1 Direitos personalíssimos do empregado decorrentes da personalidade

Como visto, a personalidade consiste na prestação de trabalho de forma *intuitio personae*, ou melhor: “tem que ser executada pelo próprio trabalhador, sem que este seja substituído constantemente por terceiros, ou por terceiro alheio à relação

⁶¹ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego**: estrutura legal e supostos. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 352.

contratual⁶². Foco dessa pesquisa, e que será enfrentado no último capítulo, a imagem do empregado é, pois, um dos desdobramentos da personalidade. A imagem constitui um dos direitos personalíssimos do empregado decorrentes da personalidade.

A imagem humana é positivada pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, incisos V, X e XXVIII⁶³, como direito fundamental, tratada como direito personalíssimo. O homem tem o direito constitucionalmente assegurado à própria imagem. Nesse sentido, há previsão infraconstitucional dos direitos de personalidade, inseridos no Código Civil por meio dos artigos 11 a 21. No sistema de direito privado brasileiro, os direitos de personalidade são intransmissíveis e indisponíveis, salvo as exceções previstas no artigo 11 do Código Civil (“Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”). Com relação à imagem, como direito personalíssimo, o artigo 20 do Código Civil dispõe que:

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.

Os direitos de personalidade, segundo Sarlet⁶⁴, são um conjunto de direitos subjetivos incidentes sobre a própria pessoa ou sobre algumas formas essenciais de ser, de natureza física ou moral, que tutelam bens ou interesses pessoais. O direito

⁶² MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; GÓES, Maurício de Carvalho. Notas sobre a distinção entre relação de trabalho e relação de emprego. **Justiça do Trabalho**, Porto Alegre, v. 25, n. 290, p.61-65, fev. 2008. p. 63.

⁶³ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (...)

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

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

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

⁶⁴ PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2000. p. 61-83. p. 62.

de imagem assegurado no artigo 5º, inciso XXVIII, alínea “a”, da Constituição Federal, inclusive nas atividades desportivas, é inato e ínsito à personalidade. No caso do atleta, seu titular é, portanto, o indivíduo, e a ele compete, se assim o desejar, negociar com a agremiação que o contrata (ou com patrocinadores) a licença de uso do direito da sua imagem.

Aldana⁶⁵ entende que há uma dupla dimensão dos direitos fundamentais, que os classifica como subjetiva e institucional. Para a autora, para delimitar os direitos fundamentais não somente se deve atender à faculdade ou à exigência individual que surge desse direito de ser exercido sem intromissões públicas ou privadas para garantir o seu pleno desenvolvimento (dimensão subjetiva), mas também à obrigação dos poderes públicos em realizar ações positivas para resguardá-los (dimensão institucional), para, segundo a autora, *“modular o ajustar su ejercicio a las particularidades propias de la relación jurídica y a las circunstancias concretas en que los derechos fundamentales deben ejercerse”*.

Romita⁶⁶ conceitua os direitos fundamentais como os que:

em dado momento histórico, fundados no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, asseguram a cada homem as garantias de liberdade, igualdade, solidariedade e justiça. Este é o núcleo essencial da noção de direitos fundamentais, aquilo que identifica a fundamentalidade dos direitos.

Nesse sentido, o artigo 7º da Constituição Federal, como reflexo da Declaração Universal de Direitos Humanos, garante ao trabalhador condições justas e favoráveis de trabalho e efetiva o princípio da dignidade da pessoa humana. Os direitos reconhecidos como fundamentais no trabalho, pela OIT, em 1998, já estão contemplados na Declaração Universal, de 1948⁶⁷.

O citado autor⁶⁸ entende que o trabalhador é titular dos direitos fundamentais em uma dupla dimensão: como cidadão e sujeito de uma relação de trabalho subordinado. No momento em que o empregado ingressa em determinada empresa,

⁶⁵ ALDANA, Rebeca Karina Aparicio. **Derecho a la intimidad y a la propia imagen em las relaciones jurídico laborales**. Pamplona: Thompson Reuters Aranzadi, 2016. p. 47.

⁶⁶ ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2007. p. 201.

⁶⁷ BARZOTTO, Luciane Cardozo. **Direitos humanos e trabalhadores: atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho e os limites do Direito Internacional do Trabalho**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 50.

⁶⁸ ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2007. p. 201.

ele não deixa de lado os direitos dos quais era titular anteriormente, mas sim adquire uma nova gama de direitos fundamentais, como trabalhador. Aqui se enquadra o direito de imagem, intrínseco à personalidade do trabalhador, ou seja, o empregado é seu titular tanto como cidadão, como no contexto de uma relação de emprego, quando se propõe a ceder a sua exploração em troca de uma retribuição. No capítulo terceiro o direito de imagem do atleta como direito personalíssimo será objeto de abordagem específica.

2.5.2 Não eventualidade

A não eventualidade da relação jurídica laboral constitui uma das características do contrato de trabalho. Pode-se simplificar este enunciado com a premissa de que aquele que presta serviços de modo eventual não é empregado, já que o contrato de trabalho, por sua própria natureza e essencialidade, é um contrato de trato sucessivo, de duração contínua, por conseguinte.

Mas nem todos os doutrinadores entendem ser tão simplista tal conceito. Naturalmente, pode-se correlacionar o elemento da não eventualidade com o fator temporal, todavia o seu significado é um pouco mais abrangente, na medida em que a prestação ininterrupta da atividade pode indicar a não eventualidade, mas existem serviços intermitentes, porém não eventuais⁶⁹.

Exemplifica-se com uma situação bastante atual. O repórter que atua como correspondente de determinada emissora de televisão na região do Oriente Médio (tendo como base, por exemplo, a cidade de Istambul, na Turquia), e que apenas atua – ou seja, presta a atividade para a qual fora contratado, a reportagem jornalística televisiva – quando há alguma notícia relacionada àquela região, como alguma guerra ou situação de ataque terrorista (ainda que atualmente tal circunstância seja cada vez mais constante nos noticiários). Este repórter, correspondente em outro país, não deixa de ser empregado, ou seja, não deixa de ser parte em uma relação jurídica de emprego na qual figura como empregador a empresa emissora de TV. Apenas se está referindo que ele atuará, em regra, apenas quando houver uma situação crítica naquela região e que mereça destaque mediante cobertura televisiva.

⁶⁹ OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **Direito do Trabalho**. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 49.

Dessa forma, a não eventualidade é relacionada à essencialidade do serviço (ligado à sua atividade-fim) ou à necessidade e permanência deste serviço (caso em que ligado a atividade-meio), sendo que, ausentes tais características, identificar-se-ia o denominado trabalho eventual. O trabalho do repórter prestado à empresa de telecomunicação é ligado à atividade-fim da empresa, qual seja, a realização da reportagem, ainda que tal atividade seja prestada de forma intermitente – não contínua.

Mas, por outro lado, o empregado que presta o serviço de limpeza no local de trabalho do repórter (na sede da emissora naquele país), e cujo serviço está ligado à atividade-meio da empresa, está realizando seu trabalho de forma não eventual, ou seja, todos os dias – continuamente – está se ativando na limpeza e conservação do estabelecimento. O estabelecimento evidentemente precisa ser limpo todos os dias, ainda que tal função não seja preponderante ao fim a que se destina a atividade empresarial. Mas a reportagem feita pelo repórter lotado naquele local pode ser descontinuada, pelo motivo de não haver fatos relevantes a noticiar diária, ou mesmo semanalmente, naquela região. Conclui-se, portanto, que a prestação ininterrupta da atividade pode indicar a não eventualidade – mas não exclui a existência de serviços intermitentes, porém não eventuais

Nessa linha, Deveali⁷⁰ entende que somente existe relação de emprego quando do contrato resultar uma relação de caráter continuado. Diante dessa premissa, pode-se afirmar, sem medo de errar, que o serviço de natureza eventual não significa o trabalho intermitente, relativo a uma relação jurídica não transitória, mas concerne ao trabalho excepcional prestado em virtude de uma relação jurídica também ocasional.

Segundo Delgado⁷¹ o trabalho eventual é aquele prestado em caráter transitório, accidental, isto é, o que não é necessário como serviço por uma exigência permanente do tomador:

O fato de não se tratar de executado dia a dia não importa na conceituação do serviço como de natureza eventual. O objetivo específico da legislação trabalhista consiste em outorgar um amparo àqueles que se encontram num estado de subordinação continuada frente ao seu empregador, devendo exigir-se o elemento continuidade mais quanto ao vínculo do que às prestações.

⁷⁰ DEVEALI, Mario L. **Lineamentos de derecho del trabajo**. 3. ed. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1953. p. 223.

⁷¹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 240.

Ainda utilizando o exemplo da empresa de telecomunicação, tome-se, por exemplo, o fato de esta se encontrar em obras de reforma, afim de serem promovidas melhorias no local de trabalho. O material utilizado para a reforma, assim como o material retirado do local, deverá ser descartado adequadamente. Para tanto, contrata-se um operário – que atua de forma autônoma ou por meio de empresa especializada – para desentulhar o material de construção que resultou da obra. Esse operário não é empregado da empresa de telecomunicação, é alguém contratado para aquele serviço específico, que, uma vez findo, exaure a relação jurídica entre as partes contratantes, empresa e operário, e que foi realizado de forma extraordinária, advindo daí a eventualidade da prestação de serviços, que se afasta, por corolário, da relação de emprego.

No exemplo acima, há autores, como Vilhena⁷², que entendem que ainda que o serviço seja eventual, é, via de regra, subordinado, pois não se admitiria que o operário em questão realizasse a mão-de-obra com vistas a remover o entulho da reforma sem que tal atividade fosse submetida, pelo mínimo, a diretrizes impostas pelo comando da empresa. A despeito de tal entendimento não ser majoritário, não se lhe retira a importância dessa perspectiva.

Em síntese, a não eventualidade, ainda que relacionada a serviço intermitente, compõe uma das facetas da relação laboral, e, portanto, merece ser considerada como elemento importante do contrato de emprego.

2.5.3 Onerosidade

O empregado é a pessoa que, em uma relação laboral, presta uma atividade produtiva mediante uma remuneração. Este critério objetivo diferencia o trabalho remunerado do voluntário, em que a atividade é prestada gratuitamente. De fato, haja vista que a maioria das pessoas na prática não trabalha de graça, pois o trabalho, como visto, além de fazer parte da identidade do prestador, constitui sua fonte de subsistência, pode-se tratar como regra geral o trabalho remunerado também como elemento referencial do contrato de emprego.

⁷² VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego**: estrutura legal e supostos. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 359.

A onerosidade, por conseguinte, talvez seja o elemento mais simples de se conceituar. Parece óbvia a constatação de que, em uma relação jurídica, à toda prestação corresponde uma contraprestação. E não seria diferente em uma relação jurídica laboral. Como sinalagmático que é, o contrato de trabalho exige obrigações e deveres de ambas as partes. Se as partes constituem, presumidamente, a relação de trabalho com intuito patrimonial, ainda que preponderantemente, o empregador tem como objetivo se beneficiar do trabalho produtivo, e o empregado espera o recebimento de salários, na contrapartida.

Partindo-se da premissa de que o contrato de trabalho é um sinalagma, ele resulta na autonomia privada das partes em decidir por obrigar-se reciprocamente. A cada obrigação de fazer, de prestar o serviço, corresponde, pois, uma obrigação de dar, ou seja, de pagar o salário equivalente. Ainda que o resultado não seja satisfatório para ambas as partes (como em situações em que o empregado entende que seu trabalho vale mais do que salário recebido, ou em que o empregador espera mais do serviço por ele remunerado), ou para uma delas apenas, esta é uma verdade inafastável, qual seja, a de que a relação jurídica laboral repousa em uma equação simples e objetiva: a obrigação de prestar o serviço na contrapartida da remuneração desta atividade.

Cabe esclarecer que o caráter sinalagmático leva em consideração o contrato de trabalho com um todo, e não apenas a prestação fragmentada em lapsos temporais, o que significa que haverá salário mesmo em situações de não prestação de serviços, como, por exemplo, em casos de interrupções contratuais, como nos descansos semanais (chamados justamente por isso de descansos semanais remunerados), de afastamento do empregado para gozo de férias, ou de suspensão do contrato por motivo de doença (desde que o afastamento não ultrapasse quinze dias), ou mesmo em caso de não prestação da atividade em si, ou seja, quando o empregado não se encontra em atividade, mas à disposição do empregador.

Autores como Delgado e Cassar⁷³ distinguem a onerosidade objetiva da subjetiva. Enquanto a primeira manifesta-se pelo pagamento, pelo empregador, de parcelas destinadas a remunerar o empregado em função do contrato empregatício pactuado, o caráter subjetivo empresta ao conceito de onerosidade a intenção

⁷³ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 308. BOMFIM, Vólia. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 254.

contraprestativa, a intenção econômica das partes, em especial pelo tomador dos serviços, ao fato da prestação do trabalho: “o *animus contrahendi* traduz, na verdade, a intenção do prestador de se vincular (ou não) a título oneroso e empregatício: inexistindo essa intenção, não há o plano subjetivo do elemento fático-jurídico da onerosidade”.⁷⁴

Pode-se concluir, a partir da análise dos citados autores, que a onerosidade é um elemento subjetivo, na medida em que se manifesta por ser uma expectativa remuneratória, não sendo, portanto, necessariamente objetivo. Ora, a configuração da onerosidade independe do efetivo pagamento, e, sim da expectativa de recebimento por parte do empregado da remuneração contratada pelo trabalho prestado ao tomador, pois:

no vínculo empregatício, o não cumprimento das obrigações salariais, por parte do tomador, não desconfigura o vínculo, tão somente caracteriza descumprimento contratual, tendo em vista que o presumido intuito econômico preponderante desta relação não resta abalado por esta circunstância (não receber salários não é o mesmo que não querer recebê-los).⁷⁵

Ramalho⁷⁶ situa o pagamento da retribuição como obrigação principal do empregador, assim como a atividade laboral o dever principal do empregado, como o eixo objetivo do contrato, evidenciando a dimensão patrimonial e obrigacional deste contrato. A autora fragmenta o contrato de trabalho em duas zonas no seu conteúdo, correspondentes a dois binômios essenciais, a zona obrigacional e a zona laboral do contrato. A zona obrigacional, que aqui interessa, corresponde ao binômio atividade laborativa/remuneração e se relaciona às prestações principais das partes, correspondendo à parcela objetiva do contrato de trabalho.

A zona obrigacional, segundo a autora, corresponde à relação de trabalho, e, justamente por isso, o termo trabalho aqui designado significa a atividade humana laborativa, tornando esse binômio objetivo a parcela do conteúdo do contrato de trabalho que é comum a outros negócios envolvendo uma atividade produtiva para outrem, que não somente aquela inserida em um contrato de emprego. Nesse sentido,

⁷⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 309.

⁷⁵ OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **Direito do Trabalho**. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 49.

⁷⁶ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de Direito do Trabalho**: Parte I – Dogmática Geral. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 438;467.

deduz-se que, isolado, o elemento da onerosidade não conduz à conclusão de que determinada relação jurídica é de emprego. Como visto, o trabalho – salvo exceções, a exemplo do trabalho benemerente – é remunerado.

Assim, o trabalho realizado por consagrado pintor contratado por determinada pessoa colecionadora de artes, para lhe pintar uma réplica da obra “La Gioconda – Monalisa”, de Leonardo Da Vinci, é remunerado, por certo, mas isso não o torna empregado do contratante, já que ausentes outros elementos caracterizadores da relação de emprego, como a não eventualidade e a subordinação, por exemplo. Trata-se de uma prestação contratada e realizada para aquele fim – pintar um quadro – e que se exaure ao fim da execução. Uma vez entregue o objeto da prestação, efetua-se a contraprestação financeira pelo tomador, e encerra-se a relação neste contexto estabelecida.

E é justamente este aspecto salientado por Vilhena⁷⁷, quando aborda que o salário é prestação do contrato de trabalho e não pressuposto de sua formação. Ora, a remuneração sob a forma participativa, como no trabalho rural (por exemplo, como na meação ou parceria), não desvirtua o conceito de trabalhador, já que prestado de forma pessoal. Mas isso não significa, a exemplo das manicures, dos motoristas de táxi, entre outros, que estejam tais trabalhadores inseridos em uma relação de emprego.

Se o elemento da onerosidade não indica, necessariamente, uma relação de emprego, o mesmo não se pode dizer quanto à peça chave da relação de emprego – o seu coração –, a subordinação, que será analisada pormenorizadamente no item seguinte.

2.5.4 Subordinação jurídica

A subordinação consiste no mais importante elemento caracterizador do contrato de emprego, compreendido pela doutrina como sendo o divisor de águas entre o contrato de trabalho, em sua acepção genérica, e o contrato de emprego como espécie deste.

⁷⁷ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego**: estrutura legal e supostos. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 335.

A subordinação, ou dependência, é apontada pacificamente pela doutrina e aceita pela experiência legislativa de muitos países como índice inequívoco da existência da relação de emprego. No direito brasileiro, só se admite a existência de contrato de trabalho quando estiver provada a subordinação, ou seja, quando se verificar um trabalho prestado sob a dependência do empregador⁷⁸. A jurisprudência brasileira se filia à corrente da subordinação jurídica (e que, a *contrario sensu*, a sua ausência não configura a existência de uma relação de emprego, portanto⁷⁹), situação em que permite ao empregador dar ordens, exercer o seu poder de comando, e o consequente dever do empregado de submeter-se a estas ordens.

O estado de subordinação, segundo Barassi⁸⁰, deverá concretizar-se numa dependência hierárquica e disciplinar, de maneira a vincular a atividade do prestador às iniciativas e ordens do tomador do serviço. Gomes⁸¹ entende que o estado de subordinação jurídica, basicamente, manifesta-se em duas obrigações: horário e fiscalização.

Para Supiot⁸², o contrato de trabalho abarca, dentre os princípios de liberdade e de igualdade contratuais, os conceitos de dependência e hierarquia. Mas, entende o autor, em sua aplicação, a subordinação deve, por sua parte, abranger os valores de liberdade e de igualdade, já que o Direito do Trabalho se volta à restrição dos poderes do empregador àquilo que é necessário para a execução do contrato.

A subordinação, pela sua importância no contrato de trabalho sob a ótica celetista, muitas vezes é o elemento que o distingue de todos os outros contratos. Nesta linha, Sussekind⁸³ dá a devida importância à subordinação jurídica do empregado:

⁷⁸ ROMITA, Arion Sayão. Conceito objetivo de subordinação. **Arquivos do Ministério da Justiça**, Rio de Janeiro, a. 35, n. 148, p. 75-87, out./dez. 1978. p. 80.

⁷⁹ VÍNCULO DE EMPREGO. NÃO CONFIGURAÇÃO. Ausentes os pressupostos caracterizadores da relação de emprego insculpidos no artigo 3º da CLT, em especial a subordinação jurídica, principal elemento na distinção entre trabalho autônomo e a relação de emprego, resta inviabilizado o reconhecimento da relação de emprego entre as partes. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0000429-94.2014.5.04.0371. Reclamante: Maicon Roberto Ayres Fetzter. Reclamadas: Expresso Conventos Ltda. e outras. Relator: Clóvis Fernando Schuch Santos. Porto Alegre, 07 abr. 2016. DEJT 14 abr. 2016.)

⁸⁰ BARASSI, Ludovico. **Tratado de derecho del trabajo**. Buenos Aires: Editorial Alfa, 1953. p. 156-172; 261-282; 298-347.

⁸¹ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975. p. 62-64.

⁸² SUPIOT, Alain. **Derecho del trabajo**. Buenos Aires: Heliasta, 2008. p. 67-81

⁸³ SUSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 237. Ainda segundo o autor: "Na lição deixada por Cesarino Júnior, se a lei, ao definir empregador, diz que este dirige a prestação de serviços, devemos entender que se trata da dependência jurídica, de

O art. 3º da CLT, que revela o conceito de empregado, alude à dependência, sem esclarecer se ela é de caráter econômico, social, técnico ou hierárquico. Mas é essa última, que resulta da subordinação jurídica assumida pelo próprio trabalhador ao ajustar o contrato de trabalho, que se refere a Consolidação. Ela é, para o empregado, o reverso da medalha do poder de comando atribuído ao empregador.

Um trabalhador não é estritamente subordinado (juridicamente) quando do empregador não recebe ordens e comandos no decorrer do seu trabalho, mas que faz parte da imensa engrenagem⁸⁴. Grande parte da doutrina jurídica se debruça sobre o tema da subordinação. Muitas vezes, parece mesmo, neste contexto, que o estudo do tema de forma aprofundada se torna repetitivo e desnecessário.

Vilhena⁸⁵ entende que de fato, o é, sobretudo porque a subordinação ora se abre escancarada no comum dos casos submetidos à magistratura do trabalho, casos em que jamais é posta em discussão, ora passa a ser um dado de difícil apreensão, fugidio, móvel, arbitrário e muitas vezes encoberto. E mais, ainda na visão do autor, a função da doutrina é exatamente a de fornecer ao aplicador do Direito do Trabalho os elementos fundamentais sobre o que, no apanhar dos fatos, sintoniza o *status subjectionis* ou a autonomia do prestador de serviços.

Dessa forma, inequívoca a conclusão de que cabe aos operadores do direito fornecer as bases para a aplicação, no caso concreto, dos conceitos balizadores da existência ou não da subordinação jurídica, e assim estabelecer se o ato-fato-jurídico consiste em uma relação jurídica de emprego, nos moldes estabelecidos pela legislação brasileira – artigo 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho. Importante se faz essa distinção a fim de estabelecer o limite, por muitas vezes tênue, entre a relação de trabalho e a relação de emprego. Isso porque, por vezes, na relação de trabalho encontram-se configurados, de forma inequívoca, alguns dos elementos do contrato de emprego, como, por exemplo, a não eventualidade, a pessoalidade e a

subordinação hierárquica, que consiste em estar o empregado sujeito à direção, às ordens do empregador ou de seus prepostos” (CESARINO JUNIOR, Antonio Ferreira. **Direito Social Brasileiro**. v. II. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Barros, 1957. p. 61).

⁸⁴ LACERDA, Dorval de. **A renúncia no direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1944. p. 03-59.

⁸⁵ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego: estrutura legal e supostos**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 462.

onerosidade. Relembre-se por oportuno o conceito de empregado, estabelecido no artigo 3º da CLT⁸⁶.

Como visto anteriormente, exemplo de um contrato de prestação de serviços é do representante comercial. Aqui não há contrato de trabalho propriamente dito, mas sim, um contrato de representação comercial ou de agência, sem subordinação, regido pela Lei 4.886/65⁸⁷. Requião⁸⁸ conceitua a atividade da representação como possuindo as seguintes características: trata-se de atividade empresarial, dotada da não eventualidade do serviço, com vistas à mediação para a realização do negócio, que tanto poderá se dirigir para o recebimento de propostas ou pedidos como para a execução do negócio, e, finalmente, presente a autonomia da atividade do agente, que deverá ser organizada modesta ou poderosamente com uma estrutura de produção.

É o caso do representante comercial, proprietário de empresa individual, registrada formalmente no cadastro nacional de pessoas jurídicas, contribuinte de suas respectivas obrigações fiscais, que presta serviços, por exemplo, de distribuição de medicamentos produzidos pela indústria farmacêutica. O representante distribui de forma usual e constante os produtos de determinada empresa farmacêutica a determinada rede de farmácias. Se ele presta estes serviços de forma continuada, esta situação atrai um dos elementos dispostos no citado artigo 3º da CLT, qual seja, o da não eventualidade.

Por certo, esse serviço será remunerado, pois obviamente não se trata de trabalho benemerente, eis que se trata de fonte de subsistência deste trabalhador. O objeto da prestação de serviços, por outro lado, configura trabalho, pois o fato de distribuir medicamentos a estabelecimentos comerciais interessados em sua comercialização depende de desprendimento de energia psicofísica que possibilita a realização deste ato-fato-jurídico.

É o próprio proprietário da empresa que realiza este serviço. Ora, a empresa em comento é individual, pequena, e pertencente à categoria de microempresa,

⁸⁶ CLT, art. 3º. Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

⁸⁷ Lei 4.886/65, art. 1º. Exerce representação comercial autônoma a pessoa jurídica ou a pessoa física, sem relação de emprego, que desempenha, em caráter não eventual, por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios.

⁸⁸ REQUIÃO, Rubens. **Do representante comercial**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 58.

portanto, destinatária de incentivos fiscais concedidos pelo governo a tais empresas. Também por esta condição de microempresa, não tem necessidade o distribuidor de contratar pessoas para a realização dos serviços objeto do contrato. Ele mesmo, o proprietário, pode se encarregar da prestação de serviços de forma suficiente. Aqui, portanto, presente o elemento da pessoalidade, um dos requisitos da relação de emprego, como visto alhures.

Mas, o que a distingue esta relação jurídica de trabalho de uma relação de emprego justamente é a ausência da subordinação. Não está, este trabalhador, subordinado ao comando do empresário que produz os produtos que irá distribuir⁸⁹. A indústria farmacêutica (muitas vezes personificada na figura de uma empresa limitada, ou composta de inúmeros sócios anônimos), que pesquisa, desenvolve e produz o medicamento, mas não o distribui, deixando ao encargo de terceiros tal atividade, não tem poderes para definir a prestação de serviços deste trabalhador.

Não tem, pois, a prerrogativa de lhe determinar o quê, como, quanto e quando prestar esse serviço. O serviço não é dirigido pelo tomador, já que o prestador do serviço tem ampla autonomia em dispor, da maneira que achar mais conveniente, o trabalho, que não se sujeita a definição pelo tomador. Pode, por exemplo, o trabalhador, prestar o serviço como quiser (exemplo, distribuir determinado medicamento ao invés de outro). Tem a faculdade, também de definir como o fará (se comparecendo nos estabelecimentos comerciais – farmácias –, se divulgando seu serviço na *internet*, se visitando consultórios médicos); quanto (se optar por distribuir mais de um medicamento, de vários, segmentos, ou se limitará a distribuir somente um, por exemplo, um medicamento que trata da hepatite C); e, por fim, de estabelecer quando o fará (se uma vez por semana, se todos os dias da semana, ou se apenas de forma quinzenal).

⁸⁹ REPRESENTAÇÃO COMERCIAL AUTÔNOMA. VÍNCULO DE EMPREGO. PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE. A regra no ordenamento jurídico brasileiro em relação à prestação de serviços por pessoa física é o vínculo de emprego, nos termos dos arts. 2º e 3º da CLT. A representação comercial diferencia-se do vínculo de emprego pela ausência de subordinação plena do trabalhador - presta serviços com subordinação mitigada ou relativa autonomia -, bem como pela possibilidade de inexistência de pessoalidade - pode prestar serviços com pessoalidade ou por intermédio de pessoa jurídica sem pessoalidade. Havendo confissão do reclamante no sentido de que possuía autonomia para desempenhar suas tarefas, sem controle diário pela tomadora dos serviços, nem mesmo estipulação de rotas ou clientes para atender, e que seu filho o auxiliava no desempenho do trabalho, resta comprovada a existência de efetiva representação comercial autônoma por pessoa jurídica constituída pelo autor (...)” (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0001273-90.2013.5.04.0561. Reclamante: Adão Costa Almeida. Reclamada: Cooperativa Agropecuária Petrópolis Ltda. Relator: Roberto Antonio Carvalho Zonta. Porto Alegre, 26 ago. 2015. DEJT 02 set. 2015.)

Do contrário, ou seja, havendo a direção dessa prestação de serviços pelo tomador a retirar do prestador a sua autonomia em definir o que, como, quanto e quando se dará o trabalho, presente estará uma relação de emprego, e não de trabalho, sendo este o entendimento jurisprudencial sobre o tema⁹⁰. Está aí, portanto, o elemento da subordinação jurídica que configura, em última instância, a relação de trabalho, que se estabelece na premissa de que o trabalhador – pessoa física – encontrar-se-á sob a dependência do empregador, ainda que este esteja apenas aguardando ordens do tomador⁹¹. Nesse sentido, Vilhena⁹² entende que, à subordinação, contrapõe-se a ausência de autonomia na prestação de serviços pelo empregado:

As partes vinculam-se, tácita ou expressamente, e por esse vínculo confere-se a uma delas, o empregador, o poder jurídico de, a qualquer momento (nos limites objetivos do contrato), intervir na esfera jurídica do empregado. Como insiste De Ferrari, escudado em Jacobi, é a possibilidade que tem uma das partes de imprimir, quando o creia necessário, uma certa direção na atividade alheia.

Mas, tomando como partida a premissa de que a subordinação tem no seu lado oposto o poder diretivo do empregador, deve-se sobretudo agir com cautela com essa afirmação. Isso porque o poder diretivo não incide sobre a pessoa do empregado e sim sobre o objeto da prestação em si. Portanto, não se contrata a subordinação, mas a prestação dos serviços, que se desenvolve de maneira subordinada ou não. Ao contrário, corre-se o risco de se esbarrar na coisificação do trabalhador⁹³.

⁹⁰ VÍNCULO DE EMPREGO. REPRESENTANTE COMERCIAL. É relevante para a caracterização da relação de emprego a forma da prestação de serviços. Tanto o representante comercial como o empregado laboram em caráter não eventual e oneroso. O que diferencia estes dois trabalhadores é a presença ou não do elemento subordinação na prestação de serviços. No caso dos autos, entende-se que a reclamada não se desonera do ônus de provar que o reclamante possuía autonomia na realização dos serviços para os quais foi contratado, a teor do que impõem os arts. 818 da CLT e 333, inciso II, do CPC. Pelo contrário, a maior parte do período contratual decorreu sem sequer existir um instrumento formal apto a caracterizar o autor como representante comercial, o que viola o disposto nos arts. 2º e 27 da Lei nº 4.886/95 e reforça a presunção de veracidade que beneficia a tese sustentada pelo obreiro. Recurso ordinário do reclamante provido. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0001208-27.2012.5.04.0013. Reclamante: Rogério Luz Bueno. Reclamada: Expressa Distribuidora de Medicamentos Ltda. Relator: André Reverbel Fernandes. Porto Alegre, 07 maio 2015. DEJT 14 maio 2015.)

⁹¹ CLT, art. 4º. Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada.

⁹² VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego**: estrutura legal e supostos. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 470.

⁹³ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego**: estrutura legal e supostos. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 476.

Somente sobre a atividade, sobre o modo de conduzir a execução de trabalho, é que se autorizará a intervenção do empregador, com as medidas corretivas de ordem técnica e funcional, e, conforme o caso, com a incidência de medidas disciplinares. Para Sussekind⁹⁴,

[o] trabalhador não abdica da sua condição de cidadão. Por outra parte, cumpre notar que as possíveis limitações à liberdade nunca ensejaram um poder total e ilimitado. Antes, estão juridicamente reguladas pelo direito objetivo. Aquele poder de disposição, segundo reconhece a doutrina e o direito positivo, incidem unicamente sobre a atividade trabalhista; afetam não só o objeto do emprego.

O elemento vinculativo, portanto, que liga o empregado ao empregador é a atividade, e é este o elemento definidor do contrato de trabalho *stricto sensu*. Contudo, há autores, como Camino⁹⁵, que entendem que o poder de disposição do empregador ocorre também sobre a pessoa do prestador, ainda que dentro dos limites da contratualidade:

Sem dúvida, a natureza da subordinação numa relação de trabalho em que se admite como essencial o elemento volitivo, é jurídica. Também apontada como dependência pessoal (o contrato de trabalho é intuito personae para o empregado), a subordinação jurídica ou hierárquica resulta da obrigação personalíssima de trabalhar, independentemente da qualificação profissional e da condição econômica ou social do prestador. Tal obrigação não se limita ao ato de trabalhar, mas também de fazê-lo sob a direção e fiscalização de outrem. Cuida-se de trabalho dirigido segundo o contrato.

Em suma, na relação de emprego, o empregador adquire o direito de dispor da força de trabalho (e, conseqüentemente, da própria pessoa do seu prestador), nos limites quantitativos e qualitativos estabelecidos. Desse estado de disponibilidade (estar à *disposição*) resulta ser, o empregado, o sujeito subordinado na relação de emprego e, o empregador, o sujeito subordinante.

Cassar⁹⁶ desdobra o poder de comando, escolha e controle dos fatores de produção da empresa em poder diretivo, poder disciplinar em poder hierárquico ou de organização. Assim, o empregador, uma vez assumindo os riscos da atividade econômica, também assume o poder de dirigir a prestação de serviços. Ora, se ele colhe os resultados, os frutos do trabalho – em um fenômeno conhecido por alteridade

⁹⁴ SUSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 239.

⁹⁵ CAMINO, Carmem. **Direito Individual do Trabalho**. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 191.

⁹⁶ BOMFIM, Vólia. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 246.)

– também ele terá o poder de dirigir esse trabalho de acordo com as suas necessidades.

Vilhena⁹⁷ entende que se trata de um poder-função, por meio do qual se busca o cumprimento de determinados fins, no sentido de que, se externamente a empresa realiza fins, internamente a organiza e opera. O poder diretivo reúne, em síntese, a capacidade de o empregador estabelecer quando, o quê, onde e como ocorrerá a prestação pessoal dos serviços pelo empregado. É o lado oposto da subordinação jurídica do empregado, na medida em que este permanece à disposição do empregador, aguardando ordens e diretrizes quanto à execução do trabalho – e somente na prestação de serviços o poder diretivo incide, diga-se.

O poder diretivo é um poder jurídico que se satisfaz na relação jurídica contratual entre empregado e empregador, tendo o contrato de trabalho como seu limite de atuação, não sendo, por conseguinte, incondicional e nem incidindo diretamente sobre a pessoa do trabalhador. O objeto do contrato de trabalho é, portanto, o trabalho, e não o trabalhador, logo, é sobre o primeiro que incidirão as diretrizes patronais estabelecendo quando, onde, o quê e como se darão as atividades que integram o processo produtivo empresarial.

O trabalho, pois, se integra na atividade da empresa e sobre esta prestação pessoal de serviços, o poder diretivo é exercido. O empregador conta permanentemente, e nos limites do contrato, com a atividade daquele trabalhador, situação esta que, segundo o artigo 4º da CLT⁹⁸, será considerada como de serviço efetivo. Ou seja, o período em que o empregado estiver à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada, será considerado como prestação de serviço efetivo. Trata-se, dessa forma, da disponibilidade jurídica do empregado, que mesmo não estando executando serviços, aguarda as determinações do empregador para a realização dos serviços contratados.

Desdobramento do poder diretivo conferido ao empregador é o poder disciplinar, que constitui a segunda componente de domínio da posição subjetiva de subordinação jurídica que se encontra o empregado na relação de emprego.

⁹⁷ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego**: estrutura legal e supostos. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 210.

⁹⁸ CLT, art. 4º. Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada.

Ramalho⁹⁹ entende que o poder disciplinar tem duas facetas: a primeira, ordenatória ou prescritiva, em que o empregador estabelece regras de comportamento e disciplina no seio organizacional, e não se referem à prestação de serviços em si, pois estabelecem normas de apresentação pessoal do empregado, de acesso e circulação nas dependências da empresa, em matéria de saúde e segurança, que não necessariamente estão ligadas à atividade laboral; a segunda diz respeito ao aspecto sancionatório ou punitivo, que confere ao empregador o poder de aplicar sanções disciplinares ao trabalhador em caso de descumprimento de suas obrigações principais e acessórias estabelecidas pela lei, pelo contrato de trabalho ou por instrumentos coletivos.

Segundo Magano¹⁰⁰, o poder disciplinar constitui um complemento do poder diretivo, por meio do qual o empregador aplica as normas e ordens coercitivas inerentes a este último. De resto, se o poder diretivo não fosse investido de coercibilidade, seria aplicável apenas no plano moral, gerando benevolência, e não no plano do direito, impondo obediência.

No Direito do Trabalho brasileiro, a Consolidação das Leis do Trabalho, por meio do artigo 483¹⁰¹, elenca uma série de hipóteses legais que, havendo o descumprimento de regras por parte do empregado, justifica-se o término contratual por justo motivo e retira do trabalhador o direito ao recebimento de significativas

⁹⁹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de Direito do Trabalho**: Parte I – Dogmática Geral. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 452.

¹⁰⁰ MAGANO, Octávio Bueno. **Política do Trabalho**. v. 2. São Paulo: LTr, 1995. p. 62.

¹⁰¹ CLT, 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.

Parágrafo único - Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional. (Incluído pelo Decreto-lei nº 3, de 27.1.1966).

parcelas rescisórias, como, por exemplo, a indenização de 40% do FGTS, o aviso prévio, as férias proporcionais e o 13º salário proporcional.

O descumprimento das obrigações principais (e acessórias, respeitada a adequação do caso concreto à norma) pelo empregado (e também do empregador) justifica a rescisão do contrato de trabalho por justa causa de cada uma das partes. É o que Ramalho¹⁰² classifica como o débito alargado assumido por cada uma das partes, e que singulariza a relação de emprego, em que os interesses patrimoniais do empregador se contrapõem aos interesses pessoais do empregado com relação ao objeto negocial. Esse débito alargado, pois, justifica a interseção entre as obrigações contratuais das partes envolvidas concernentes ao binômio prestação da atividade laborativa/remuneração, atribuída como relação obrigacional; e do binômio subordinação jurídica/poderes laborais, vinculado à relação de emprego.

Vinculado ao tema do presente estudo, pode-se dar como exemplo o descumprimento de obrigações acessórias do empregado atleta profissional, ou, como expressão comum dada pela doutrina, as chamadas obrigações extracampo, que são aquelas obrigações às quais o atleta-empregado se dispôs a cumprir, no momento da celebração do contrato de trabalho com a entidade de prática desportiva. Neste sentido, leciona Barros¹⁰³:

No contrato de trabalho do jogador de futebol, a subordinação jurídica é ampla e intensa, estendendo-se além da atividade desportiva (em que se incluem treinos, concentrações e excursões). Ela abrange também aspectos pessoais, como controle da alimentação, das horas de sono, do peso; aspectos íntimos, como o comportamento sexual; convencionais, como a vestimenta e a aparência externa, aliados, ainda, a aspectos mais significativos, como as declarações aos meios de comunicação¹⁰⁴.

Portanto, especificamente para os atletas, a incontinência de conduta e mau procedimento são avaliados com mais rigor do que o critério adotado para os empregados em geral e poderá configurar-se mesmo fora das dependências da agremiação.

O poder hierárquico ou de organização seria composto da capacidade do empregador em determinar e organizar a organização econômica e técnica da

¹⁰² RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de Direito do Trabalho**: Parte I – Dogmática Geral. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 473.

¹⁰³ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 160.

¹⁰⁴ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **El derecho laboral y la protección de la intimidad del trabajador**. Derecho Laboral. t. XXIX, n. 144, oct./dic. 1986, p. 603.

empresa, compreendendo aí a estrutura hierárquica de cargos e funções, assim como na escolha de metas e diretrizes para alcançar os fins produtivos a que se propõe com a exploração dos meios de produção de bens e serviços.

2.5.4.1 Subordinação subjetiva, objetiva e estrutural

Embora se entenda que no Direito do Trabalho a subordinação é encarada sob o prisma objetivo, na medida em que ela atua sobre o modo de realização da atividade e não sobre a pessoa do trabalhador (em seu prisma subjetivo), a concepção subjetiva da subordinação – embora superada – encontra eco no *caput* do artigo 3º da CLT, que se refere ao *status* da dependência para se referir à subordinação.

Delgado¹⁰⁵ explica o conceito do dispositivo legal, aduzindo que, efetivamente, a expressão dependência acentua o vínculo pessoal entre as partes componentes da relação de emprego, correspondendo a uma fase teórica em que não se havia ainda firmado a noção essencialmente jurídica do fenômeno da subordinação.

Autores como Cassar¹⁰⁶ diferem a subordinação subjetiva da objetiva da seguinte forma: enquanto que na subordinação subjetiva o comando do empregador recai sobre o homem, a pessoa do trabalhador, na subordinação objetiva o poder diretivo é exercido diretamente sobre os serviços executados.

A subordinação subjetiva tem origem no trabalho escravo, na servidão, quando o escravo/trabalhador se sujeitava, ou mesmo dependida, de seu “dono”, seu amo, o senhor feudal. A expressão dependência cunhada no artigo 3º da CLT e decorrente dessa situação de trabalho servil, todavia, é equivocada e não encontra eco nos conceitos de subordinação atualmente conferidos às relações de emprego. Isso porque, quando o legislador usou a expressão “prestação pessoal” contida na parte final do artigo 2º, da CLT, ao referir que o empregador dirige a prestação pessoal de serviço, conduz o intérprete a uma visão subjetiva da subordinação, pois entende que o comando se dá sobre a pessoa do trabalhador, e não sobre a prestação de serviços, ainda que esta, por óbvio, seja executada de forma pessoal pela pessoa física do trabalhador.

¹⁰⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 311.

¹⁰⁶ BOMFIM, Vólia. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 249.

Romita¹⁰⁷ explica a dicotomia de significados da subordinação jurídica do trabalhador:

A subordinação deve gravitar em torno da atividade e exercitar-se pela integração do empregado na organização empresarial. Neste contexto, a relação de trabalho caracterizada pela subordinação, é uma relação intersubjetiva (por isso, não isenta de conotações pessoais), mas o vínculo de subordinação é de ordem subjetiva.

Portanto, a despeito de a relação jurídica de trabalho (aqui examinada) ter caráter intersubjetivo, portanto, se referir a trocas entre as duas partes da relação (empregador – pessoa física ou jurídica, e empregado – pessoa física), a subordinação sujeita aos poderes de comando do tomador dos serviços será de ordem objetiva – ou seja, estes incidirão somente sobre a prestação de serviços.

Não há dúvidas de que hoje a subordinação possui caráter jurídico, pois deriva daquilo que Ramalho¹⁰⁸ explica como sendo a zona laboral do contrato de trabalho, que é integrada pelo binômio subordinação jurídica/poderes laborais e que evidencia a posição desnivelada que as partes assumem no vínculo. Diz a autora que a subordinação é a posição subjetiva de obediência e de disponibilidade do trabalhador perante o empregador, que, apesar de funcionalizada às exigências contratuais, tem um conteúdo amplo, pelas possibilidades igualmente amplas de modificar unilateralmente o contrato de trabalho que assistem ao empregador.

A doutrina clássica, a exemplo de Romita¹⁰⁹, já dividia a subordinação em suas modalidades subjetiva e objetiva. A subordinação foi explicada inicialmente por seu aspecto subjetivo, pelo poder de determinação ou de conformação do conteúdo das prestações a cargo do empregado. A subordinação objetiva, por sua vez, era explicada pela integração da atividade do trabalhador na organização da empresa, mediante um vínculo conceitualmente estabelecido, em virtude do qual o empregado aceita a determinação, pelo empregador, das modalidades de prestação de trabalho.

Portanto, a conceituação da subordinação subjetiva (ou clássica, ou tradicional) diz respeito à situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o

¹⁰⁷ ROMITA, Arion Sayão. **A subordinação no contrato de trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 80.

¹⁰⁸ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de Direito do Trabalho**: Parte I – Dogmática Geral. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 470.

¹⁰⁹ ROMITA, Arion Sayão. Conceito objetivo de subordinação. **Arquivos do Ministério da Justiça**, Rio de Janeiro, a. 35, n. 148, p. 75-87, out./dez. 1978. p. 85.

trabalhador compromete-se a submeter-se ao poder de direção do empregador, no tocante ao modo de realização da sua prestação laborativa. Delgado¹¹⁰ afirma que esta se manifesta pela intensidade das ordens do tomador de serviços sobre o respectivo trabalhador, e é a dimensão original da anterior servidão da realidade europeia em séculos anteriores, que se propagou genericamente pelo capitalismo disseminado em décadas e séculos seguintes.

Ainda hoje, figura como a mais comum das modalidades de subordinação, bastante presente em relações socioeconômicas empregatícias. Quanto à subordinação objetiva, segundo Delgado, foi Vilhena¹¹¹ um dos responsáveis por estender à doutrina pátria a sua conceituação, ao defini-la em um critério exclusivamente objetivo: o poder jurídico sobre atividade e atividade que se integra em atividade; ou, a integração da atividade do prestador na atividade da empresa¹¹². A subordinação seria, no entender do autor, um pressuposto da relação de emprego, traduzindo-se em uma “relação de coordenação ou de participação integrativa ou colaborativa, através da qual a atividade da empresa, dela recebendo o influxo próximo ou remoto de seus movimentos”¹¹³. Na subordinação objetiva, a integração do trabalhador e do seu trabalho na organização empresarial, é, pois, o ponto elementar desse fenômeno sócio-jurídico subordinativo.

A subordinação estrutural¹¹⁴ pode ser conceituada na “inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de serviços, independentemente de receber (ou não) suas

¹¹⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 313.

¹¹¹ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego: estrutura legal e supostos**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 467.

¹¹² “Desde que esse acoplamento seja resultante de uma posição anterior de recíprocas expectativas que se reiteram, conclui-se que à atividade da empresa é imprescindível a atividade do trabalhador e este se vincula àquela em razão da integração de atividades, o que redundará em uma situação de dependência. Essa dependência, objetivamente considerada, significa haver-se consumado um estado de constante ou potencial entrega de energia-trabalho à empresa. No verso da medalha, exatamente por ser a atividade do prestador indispensável à atividade da empresa e sempre expectada, passa esta a depender daquela. Para assegurar-se da continuidade ou da disponibilidade da atividade do trabalhador, o credor do trabalho usa desta dentro de um campo de expectativa (o que se traduz na formação tácita da relação de emprego) ou expressamente pactua um ajuste, através do qual o prestador esteja sempre à sua disposição e cumpra prestações inerentes à função objeto do pacto ou as que lhe forem determinadas”. (VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego: estrutura legal e supostos**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 474.)

¹¹³ *Apud* DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 313.

¹¹⁴ **VÍNCULO DE EMPREGO. SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL**. O vínculo de emprego resta caracterizado quando o empregado ingressa na estrutura do empreendimento, havendo a chamada subordinação estrutural, da qual também decorrem os demais requisitos da relação de emprego, a onerosidade, a pessoalidade e a não eventualidade. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0000345-22.2015.5.04.0351. Reclamante: Rodrigo Moacir Anacleto

ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento”¹¹⁵. Nesse sentido, se recebe ou não o trabalhador ordens das chefias da empresa não importa, ou se não pertence aos objetivos dos fins empresariais também não faz diferença, o que interessa, pois, é a sua vinculação à dinâmica operacional do tomador dos serviços.

Pode-se exemplificar a subordinação estrutural à figura da auxiliar de serviços gerais que presta serviços de limpeza e conservação na empresa especializada na fabricação de móveis. A empregada em questão não está ligada à atividade fim, nem recebe ordens das específicas chefias do empreendimento, mas sua tarefa está de tal forma inserida na organização empresarial que se insere em sua dinâmica operacional.

A despeito de a CLT se limitar a regular o trabalho subordinado como objeto de um negócio jurídico específico – a prestação do trabalho sob as ordens de outrem –, a doutrina e a jurisprudência refletiram o seu expansionismo por meio de um alargamento intencional do conceito de subordinação jurídica, com vistas a amparar indivíduos que prestavam serviços sem qualquer proteção legal. Em alguns casos, a jurisprudência¹¹⁶ atual toma como auxílio a conceituação da subordinação estrutural para a caracterização do vínculo de emprego. A conjugação destas três dimensões da subordinação permite, portanto, a superação de dificuldades no enquadramento de situações novas ao tipo jurídico da relação de emprego – com vistas à tendência expansionista do Direito do Trabalho, que permite estudar outras relações de trabalho, em vista da renovação ampliadora do conceito de subordinação.

Oliveira. Reclamadas: Rio Grande Energia S.A. e outra. Relator: Manuel Cid Jardon. Porto Alegre, 01 jun. 2016. DEJT 06 jun. 2016.)

¹¹⁵ DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. **Revista LTr**: Legislação do Trabalho, São Paulo, v. 70, n. 6, p. 657-667, jun. 2006. p. 667. Foi neste texto que o autor cunhou primeiramente a expressão “subordinação estrutural”.

¹¹⁶ VÍNCULO DE EMPREGO.SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL. Considerando que a relação de trabalho ora firmada entre as partes é deveras sui generis, visto que a contratação dos serviços do trabalhador ocorreu na roupagem de vínculo de natureza civil-comercial, para a prestação de serviços a cliente da contratante, uma vez o trabalhador estando subordinado aos comandos da tomadora e a toda a ordem estrutural da empresa atenua-se o enfoque sobre o comando empresarial direto, acentuando, como ponto de destaque, a inserção estrutural do obreiro na dinâmica do tomador de seus serviços. Aplicação da chamada “subordinação estrutural ou reticular” do trabalhador e a tomadora de serviços. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0000758-10.2010.5.04.0028. Reclamante: Miguel Ângelo de Araújo Borges. Reclamadas: AGCO do Brasil Comércio e Indústria Ltda. e outra. Relator: Juraci Galvão Júnior. Porto Alegre, 22 ago. 2013. DEJT 28 ago. 2013.)

Além da doutrina e da jurisprudência estarem atentas aos novos rumos da compreensão da subordinação, também o legislador tratou de acompanhar o expansionismo do Direito do Trabalho, quando, por meio da Lei 12.551, de 2011, alterou a redação do artigo 6º da CLT¹¹⁷ e lhe atribuiu novo parágrafo único, de modo a incorporar, ainda que implicitamente, os conceitos de subordinação objetiva e de subordinação estrutural, equiparando-os à subordinação tradicional, que se caracteriza pelo poder direto de comando, de controle e supervisão. Desta forma, o trabalho à distância submetido a meios telemáticos e informatizadores de controle afasta a subordinação clássica e atrai a incidência da subordinação objetiva e também da tradicional.

Segundo Delgado¹¹⁸, são importantes essas novas configurações da subordinação para melhor compreensão – e aplicação – das novas tendências expansionistas do Direito do Trabalho:

A compreensão dessas três dimensões do fenômeno subordinativo (a tradicional, a objetiva e a dimensão estrutural) não somente permite adequar o conceito jurídico, pela via interpretativa, às modificações da realidade, renovando o necessário expansionismo do ramo juslaborativo, como também relativiza a utilidade de fórmulas jurídicas restritivas de direitos sociais e fundamentais. Demonstra, ademais, a elevada capacidade de adaptação do Direito do Trabalho aos desafios da cambiante sociedade e economia capitalistas.

Além de Delgado, também outros adeptos, entre os doutrinadores brasileiros¹¹⁹, adotam a nova conceituação de subordinação-integração na empresa, na tentativa de busca de um traço diferencial entre trabalho subordinado e trabalho autônomo, a exemplo de Vilhena e Romita. Para Barros¹²⁰, contudo, não basta a participação integrativa do trabalhador no processo produtivo empresarial para a caracterização da subordinação integrativa em uma relação de emprego, deve esta

¹¹⁷ CLT, art. 6º. Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

¹¹⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 316.

¹¹⁹ *Apud* BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 187.

¹²⁰ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 188.

participação observar as diretivas do empregador acerca da prestação e ao seu poder disciplinar.

Crítérios isolados, todavia, não são suficientes para a definição da subordinação, na medida em que devem ser interpretados conjuntamente na relação jurídica examinada, mais precisamente, deve-se pôr em perspectiva qual o tipo de atividade, e se ela é desenvolvida mediante alguma espécie de observância de normas estabelecidas pelo tomador dos serviços. Nesse sentido, Gomes¹²¹ diz que o Direito do Trabalho deve ser unicamente um conjunto de regras concernentes ao trabalho subordinado e que este é um dos mais importantes fenômenos da organização econômica e social dos dias atuais:

Ao seu âmbito normativo são realmente estranhas todas as formas jurídicas de trabalho humano, nas quais este não se realiza sob a direção de quem o remunera. Pode-se levar a depuração até ao extremo de excluir da sua estrutura os trabalhadores dependentes que não exercem sua atividade a serviço de uma empresa.

2.6 NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO DE EMPREGO

Embora se tenha atribuído o caráter generalista da relação de trabalho (*lato sensu*), ou contrato de trabalho, que abarca as diversas formas de prestação de serviços (tais como o trabalho autônomo, eventual, avulso, de estágio, cooperativas), este não se confunde com a relação de emprego *stricto sensu*. Todavia, como exposto por Delgado¹²², existe a tendência – e a ela a presente pesquisa se filia – de designar-se a espécie mais importante (relação de emprego) pela denominação cabível ao gênero (relação ou contrato de trabalho), tendência que hoje, embora mereça críticas sob o enfoque técnico jurídico, já está consolidada.

Nessa linha, muitas vezes será utilizado neste estudo a expressão contrato, ou relação, de trabalho, para referir-se a figuras técnico jurídicas da relação empregatícia ou contrato empregatício. Feita essa ressalva, objetiva-se o aprofundamento sobre o problema da natureza da relação individual de emprego, que tem importância fundamental para o Direito do Trabalho.

Não se trata somente de uma questão terminológica, tendo em vista o papel de fundamental importância para a natureza do próprio Direito do Trabalho no que diz

¹²¹ GOMES, Orlando. **Questões de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1974. p. 209.

¹²² DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 296.

respeito ao seu fundamento e finalidade. Para La Cueva¹²³, são debatidas duas grandes ideias para explicar a natureza jurídica do contrato do trabalho:

Una, la concepción que podríamos llamar privatística del derecho del trabajo, y según lo cual, sería un estatuto destinado a regular las relaciones obrero-patronales, consideradas como un negocio de derecho privado y sometido a reglas patronales del derecho civil; y otra, la idea publicística y humanista del derecho del trabajo, que postula, como principio esencial, la tesis de que el derecho del trabajo es la norma que procura dar satisfacción a las necesidades del hombre que trabaja, haciendo efectivo el derecho del hombre a conducir una existencia digna.

Depreende-se, da lição do citado autor, que a concepção privada concernente às relações de trabalho entre empregado e empregador é considerada como pertencente ao direito civil, sendo um negócio jurídico de direito privado; enquanto que a concepção publicista, ao contrário, entende que o contrato de trabalho pertence ao Direito do Trabalho, enquanto submetido a regras que possibilitem a satisfação de suas necessidades existências em meio a uma existência digna. A doutrina de direito civil, por sua vez, nunca duvidou do caráter civilista do contrato de trabalho, pertencente este à gama de contratos de natureza civil, e para quem a única fonte de influência seria a existência de um contrato, que determinaria as obrigações entre empregador e empregado.

Atualmente, existem várias teorias que contextualizam a natureza jurídica do contrato de trabalho. Há as teorias contratualistas e as anticontratualistas, sendo que existem autores que enquadram o contrato de trabalho como sendo contratualistas ou paracontratualistas. Mas nem sempre foi assim. As teorias contratualistas procuram identificá-lo a um contrato de natureza civil, seja como um contrato de compra e venda, seja um contrato de locação ou mesmo uma sociedade ou um mandato.

Barassi¹²⁴ entende que a contratualidade foi explicada por duas distintas correntes: uma de fundo político e outra de fundo econômico. Anticontratualismo político: o trabalho não é uma mercadoria e este era o ponto de partida que devia determinar semelhante forma de anticontratualismo.

¹²³ LA CUEVA, Mario de. **Derecho mexicano del trabajo**. t. I. 4. ed. México: Editorial Porrúa, 1954. p. 417.

¹²⁴ BARASSI, Ludovico. **Tratado de derecho del trabajo**. Buenos Aires: Editorial Alfa, 1953. p. 301.

Autores como La Cueva¹²⁵ explicavam que os autores civilistas determinavam o contrato de trabalho como uma forma de arrendamento, de compra e venda, de sociedade ou de mandato.

Quanto à figura do arrendamento, civilistas¹²⁶ entendiam que a coisa arrendada era a força de trabalho que residia em cada pessoa e que poderia ser utilizada por outra a exemplo de uma máquina. Essa força poderia ser dada em arrendamento e correspondia à remuneração por meio do salário, que seria proporcional ao tempo, da mesma maneira que ocorre no arrendamento de coisas. As críticas a tal concepção refutavam a ideia de arrendamento, posto que a energia do trabalho é inseparável da pessoa que presta o trabalho. Além disso, a força de trabalho desenvolvida se consome no ato da prestação do serviço.

A teoria da compra e venda, por sua vez, preconizada por Carnellutti¹²⁷, difundia a ideia de que o objeto do contrato não era propriamente a fonte de energia, mas ela mesma, sendo que esta não poderia ser devolvida, como no arrendamento, comparando-a com um contrato de fornecimento de energia elétrica. Todavia, a crítica concebida a esta teoria dizia respeito ao fato de que a energia desprendida do prestador de serviços não poderia ser considerada uma coisa posta à venda, o que significaria a mercantilização do trabalho, e, portanto, a sua degradação. À vista de inúmeras e fundadas críticas, o mestre italiano voltou à ideia de arrendamento como forma de caracterizar o contrato de trabalho.

A tese¹²⁸ de que o contrato de trabalho se traduzia em um contrato de sociedade abrangia o fato de que o trabalho se originaria em uma empresa, que consistiria em um grupo de homens destinados a cumprir o fim específico de obter o máximo de rendimento e disciplina para manter a coordenação e subordinação necessárias ao êxito da obra comum, como no contexto industrial.

Contudo, as diferenças entre o contrato de trabalho e o contrato de sociedade refutariam plenamente esta tese. No primeiro, existe uma relação sinalagmática de prestações e contraprestações entre o credor e o prestador do trabalho,

¹²⁵ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego**: estrutura legal e supostos. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 350.

¹²⁶ LA CUEVA, Mario de. **Derecho mexicano del trabajo**. t. I. 4. ed. México: Editorial Porrúa, 1954. p. 448.

¹²⁷ LA CUEVA, Mario de. **Derecho mexicano del trabajo**. t. I. 4. ed. México: Editorial Porrúa, 1954. p. 449.

¹²⁸ LA CUEVA, Mario de. **Derecho mexicano del trabajo**. t. I. 4. ed. México: Editorial Porrúa, 1954. p. 450.

caracterizadas pela obrigação de prestar o serviço na contrapartida da obrigação de remuneração por este, viabilizada pela existência da subordinação jurídica do trabalhador na contraface do poder diretivo exercido pelo empregador. No segundo, há um feixe de relações que caracterizam um trabalho em comum, e que ocorrem entre a sociedade – empresa – e os seus sócios, portanto, daí evidenciando-se as diferenças.

Por fim, a teoria que abrange o contrato de mandato foi pronta e definitivamente descartada porquanto existente apenas na execução de atos jurídicos e não na prestação de serviços.

Há que se considerar, à vista de tais concepções civilistas, que as mesmas encontram óbice no fato de que o Direito do Trabalho, que regula as relações de trabalho e suas consequências jurídicas, existe para os homens, e, embora seja um direito conflitivo, na medida em que as partes – empregado e empregador – estejam em permanente conflito, visa a assegurar-lhes uma existência digna.

Segundo Goldin¹²⁹, o paradoxo do contrato reside no fato de que, por um lado, põe-se o trabalhador em um pé de igualdade formal com seu empregador, permitindo àquele libertar-se de suas antigas ataduras da escravidão ou da servidão, e ao mesmo tempo, se produz a sua própria submissão, dada a sua liberdade de contratar. Neste sentido, o contrato de trabalho seria um acordo de vontades por meio do qual haveria a consagração de uma igualdade meramente formal entre os dois sujeitos da relação jurídica, sendo essa desigualdade jurídica entre o trabalhador e o empregador a verdadeira gênese desta disciplina jurídica.

Krotoschin¹³⁰ afirma que o contrato de trabalho pertence à categoria das relações jurídicas de coordenação, na qual a conexão da norma imperativa com a autonomia da vontade não enseja, qualitativamente, maiores dificuldades que em tantas relações jurídicas afetadas pelo interesse social. E, sendo que a igualdade alcançada por meio do contrato é unicamente formal, o Estado assumiria a tarefa de intervir na relação individual de trabalho, criando normas de desigualdade artificiais em detrimento do empregador, a fim de compensar as desigualdades naturais de

¹²⁹ GOLDIN, Adrián (director). **Curso de derecho del trabajo y la seguridad social**. Buenos Aires: La Ley, 2009. p. 24-29.

¹³⁰ KROTOSCHIN, Ernesto. **Instituciones de Derecho del Trabajo**. v. I. Buenos Aires: Dapalma, 1961. p. 281.

natureza econômica, o que ocorreu partir dos primeiros anos do século XX, com o intuito de pôr em evidência a questão social.

No final do século passado, visões doutrinárias conceituavam o contrato de trabalho sob diferentes enfoques a sua natureza jurídica. Em síntese¹³¹, as teorias se distinguiam em: anticontratualista, acontratualista ou paracontratualista, e, por fim, contratualista, esta subdividindo-se em eclética ou sincrética.

Na ótica dos que perfilhavam a teoria anticontratualista, negava-se a existência do contrato, ou seja, da própria autonomia de vontade, e classificava-se em teoria institucionalista e teoria da relação de emprego. Na teoria institucionalista, preponderava o interesse exclusivo da instituição em detrimento dos interesses individuais dos que nela ingressarem. Enquanto que nos contratos prevaleceria o critério de igualdade entre as partes, na relação institucionalista o que preponderava era a instituição, que exerce seu poder com autoridade frente a seus empregados. Assim, para esta teoria, os empregados deveriam se submeter a regras exaradas pela instituição, compondo uma coletividade a serviço dos interesses desta.

Para a corrente anticontratualista da relação de trabalho, o fato gerador da relação de emprego orbita na inserção do empregado na empresa, existindo um fato objetivo que consiste no simples pisar de pés¹³² do empregado na estrutura da empresa, ao iniciar a prestação de serviços. Em síntese, representaria a ocupação do empregado na instituição – ainda que aguardando ordens do empregador – de forma duradoura e permanente, ou, em outras palavras, pelo efetivo início da execução do trabalho.

Na teoria acontratualista ou paracontratualista, não se negaria e nem se afirmaria a existência de um contrato, posto que mais vale o ato-condição, ou seja, a simples aceitação pelo empregado de ingresso na empresa, o que bastaria para configura a relação de trabalho. Uma vez atingida essa condição, sobre tal relação seriam aplicadas as regras legais e/ou convencionais.

Por fim, a teoria contratualista, em suas concepções ecléticas ou sincréticas, essencial – ao contrário da teoria anticontratualista e anticontratualista – é a vontade das partes. Sem tal elemento, a relação de emprego não se constitui, na medida em que o empregado aceita as condições impostas para a realização do trabalho,

¹³¹ CATHARINO, José Martins. **Compêndio de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1983. p. 225.

¹³² BOMFIM, Vólia. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 236.

enquanto que o empregador deve se comprometer a seguir regras mínimas impostas pela lei.

A variação da teoria contratualista conhecida como teoria eclética ou do contratualismo realista, desenvolvida por La Cueva¹³³, entende o contrato-realidade por meio do qual a relação laboral se perfectibiliza na execução do serviço pelo trabalhador. Assim, conclui-se, aos contratos que, embora formalizados, não se efetivam pela existência de condições suspensivas ou interruptivas, não se aplicam as regras trabalhistas.

Outra vertente da corrente contratualista é a do institucionalismo impuro ou moderado, para a qual, embora haja a necessidade do acordo de vontades para o ingresso do empregador na instituição, configurando-se a relação de emprego, esta se aproxima cada vez mais de uma relação estatutária, o que significa que a vontade da empresa, que se manifesta por meio de normas por ela emanadas, se sobrepõe à vontade do trabalhador.

Como visto, é complexa a redução dogmática da natureza jurídica do contrato de trabalho a patamares conceituais técnico-jurídicos. Na visão de Ramalho¹³⁴:

O contrato de trabalho é um contrato singular no panorama dos vínculos negociais privados e não é viável a sua redução dogmática a um negócio exclusivamente obrigacional, apesar do seu conteúdo patrimonial e conflitual e da possibilidade de recondução de alguns deveres acessórios das partes a emanações do princípio da boa fé no cumprimento dos contratos.

Para a autora, o contrato de trabalho é um negócio jurídico singular por força de seu objeto, que combina elementos pessoais e patrimoniais, bem como por força dos interesses subjacentes às duas zonas do negócio e da forma de especial como a conciliação desses interesses vai sendo feita pelas partes. E, por fim, é um negócio jurídico singular na forma como concilia a sua natureza privada com a posição desigual das partes.

Atualmente, boa parte da doutrina caracteriza a relação de emprego como de natureza contratual, justamente porque é gerada, exatamente, pelo contrato de trabalho. Portanto, restam ultrapassadas as concepções teóricas civilistas acerca da

¹³³ LA CUEVA, Mario de. **Derecho mexicano del trabajo**. t. I. 4. ed. México: Editorial Porrúa, 1954. p. 479.

¹³⁴ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de Direito do Trabalho**: Parte I – Dogmática Geral. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 473.

natureza jurídica do contrato de trabalho. Neste sentido, na legislação trabalhista brasileira, o artigo 442 dispõe que o contrato individual de trabalho corresponde ao acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego, questão pacificada pela doutrina, que entende que é contratual a relação de emprego.

Mas a pré-existência da Consolidação das Leis do Trabalho foi contraditória neste sentido. Com efeito, a Exposição de Motivos da CLT, datada de 19.04.1943 e subscrita pelo então Ministro do Trabalho e Justiça do governo do presidente da república Getúlio Vargas (período de 1930 a 1945), Alexandre Marcondes Filho¹³⁵ preconizava, em seus artigos 28 e 29¹³⁶, o caráter institucional do contrato de trabalho.

A despeito disso, a Consolidação das Leis do Trabalho, datada de 1º de maio de 1943, e que entrou em vigor em 10.11.1943, adotou inequivocamente a teoria contratualista, o que se constata a partir do disposto no já citado artigo 442, mas também em seu artigo 468¹³⁷, que veda a alteração unilateral das condições de trabalho ajustadas. Entende-se, portanto, que o disposto na “Exposição de Motivos da CLT” acerca da prevalência institucionalista sobre a teoria contratualista nas relações de emprego, ante a precedência das normas de tutela legal do trabalhador sobre os contratos, foi apenas a exteriorização da mera intenção do legislador, já que o próprio Título IV da CLT, estabelece “Do contrato individual de trabalho”, o que só vem a ratificar a adoção da tese contratualista.

Perfilham desta teoria autores brasileiros como Catharino, Nascimento, Barros e Delgado¹³⁸. Nascimento ressalta a importância do contratualismo como expressão

¹³⁵ Em dezembro de 1941, Alexandre Marcondes Filho foi nomeado Ministro do Trabalho pelo presidente Getúlio Vargas. Em sua gestão no ministério, deu sequência e intensificou a implementação do controle estatal sobre as organizações sindicais. Em julho de 1942, assumiu também a pasta da Justiça, passando a acumulá-la com a do Trabalho. Em maio de 1943, foi decretada pelo governo a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que efetivava, e, em alguns casos ampliava, a legislação social e trabalhista implementada desde a subida de Vargas ao governo, em 1930.

¹³⁶ Art. 28. Em relação aos contratos de trabalho, cumpre esclarecer que a precedência das "normas" de tutela sobre os "contratos" acentuou que a ordem institucional ou estatutária prevalece sobre a concepção contratualista.

Art. 29. A análise do conteúdo da nossa legislação social provava exuberantemente a primazia do caráter institucional sobre o efeito do contrato, restrito este à objetivação do ajuste, à determinação do salário e à estipulação da natureza dos serviços e isso mesmo dentro de "standards" e sob condições preestabelecidas na lei.

¹³⁷ CLT, art. 468. Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

Parágrafo único - Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança.

¹³⁸ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 162.

máxima da natureza jurídica da relação de emprego (o autor entende equivocada a utilização do gênero “contrato/relação de trabalho” para designar a sua espécie mais importante, o “contrato/relação de emprego”), ao saudar que o contrato é uma afirmação da liberdade de trabalho, porque modifica o relacionamento entre trabalhador e destinatário do trabalho, em contraposição ao extinto regime de escravidão e trabalho forçado. Diz o autor¹³⁹ que:

Desse modo, é possível falar em contratualização das relações de trabalho, porque mesmo as teses que dão ao vínculo entre empregado e empregador natureza não contratual acabam por se render e usar o termo contrato de trabalho. Não há como rejeitar a figura do contrato, pois ela é necessária e está consagrada, mas é preciso tratá-la adequadamente no Direito do Trabalho, com as suas limitações naturais. (...) Em uma sociedade plural e democrática, o papel desempenhado pelo contrato de trabalho é de fundamental importância, e os próprios fins a que se destina acham-se em consonância com a estrutura da sociedade organizada.

Visto isso, não há dúvidas, portanto, embora haja entendimentos dissonantes, que o entendimento da maioria dos doutrinadores e juristas brasileiros é o de que a natureza jurídica da relação de emprego é de fato contratualista e a esta concepção o presente trabalho se filia e tratará como ponto de partida do estudo do contrato de trabalho.

2.7 EMPREGADO

Como abordado anteriormente, a figura do empregado está disciplinada, no direito brasileiro, no artigo 3º da CLT, que dispõe que o empregado será toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. Segundo a lei, não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual. Conclui-se, portanto, que na presença dos seguintes pressupostos na relação jurídica: prestação pessoal do serviço a outrem; serviços não eventuais; trabalho subordinado; prestado mediante recebimento de salário; estar-se-á, conforme a legislação trabalhista consolidada, diante da figura do empregado.

¹³⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito Contemporâneo do Trabalho**. 29. ed. São Paulo: Saraiva: 2014. p. 567-568.

Vilhena¹⁴⁰ entende que os pressupostos de conceituação da figura do empregado partem das seguintes premissas: (i) o termo empregado possui acepção própria, que não se comunica a outras categorias de prestadores de serviços; (ii) empregado e empregador, no Direito do Trabalho brasileiro, não se confundem embora se encaminhem para um entrelaçamento; (iii) o regime estatuído pela CLT regula as relações de trabalho do empregado cujos direitos são garantidos pela Constituição Federal; (iv) no que se refere à tutela, o empregado, no Direito brasileiro, tem acepção mais ampla que no direito estrangeiro, em que se distingue do operário; (v) o regime jurídico da CLT não alcança integralmente todas as formas de emprego; e, por fim, (vi) a conceituação de empregado, no Direito do Trabalho, assenta-se em determinados supostos, um agregado de suportes-de-fato, que atraem a incidência da norma legal.

As relações de trabalho, como explicitado anteriormente, abrangem, como gênero, todas as formas de trabalho existentes (seja ele em benefício próprio, seja de forma voluntária, seja na modalidade autônoma ou eventual, seja o benemérito ou o serviço religioso), enquanto que a relação de emprego subordinada será aquela regida pelas leis celetistas, na forma do disposto no artigo 442 da CLT. Partindo dessa premissa, todo o empregado é trabalhador. Mas nem todo trabalhador será empregado nos moldes celetistas (artigo 3º da CLT). Empregado e empregador participam da mesma relação jurídica (relação de emprego), sendo que o primeiro presta serviços ao segundo, que aúfere legitimamente o valor criado pelo trabalho, no que a doutrina entende por alteridade.

Mas o trabalho não se separa da pessoa do trabalhador. O trabalho não é uma “coisa” que é vendida/comercializada para outrem. Ao contrário, o exercício do trabalho dignifica o homem e lhe traz identidade. À atividade da prestação de serviços, como objeto da relação jurídica, não pode se assimilar a pessoa do trabalhador, sob pena de coisificá-lo.

Na visão de La Cueva¹⁴¹ o trabalho tem como propósito garantir a satisfação das necessidades humana, no sentido de que o homem possa, por meio do trabalho que se propõe a fazer mediante o recebimento de remuneração, alcançar uma

¹⁴⁰ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego**: estrutura legal e supostos. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 337.

¹⁴¹ LA CUEVA, Mario de. **Derecho mexicano del trabajo**. t. I. 4. ed. México: Editorial Porrúa, 1954. p. 437.

existência digna e que lhe permita realizar suas aspirações, sendo que toda a interpretação da lei que ignore este propósito ou o desvirtue, é contrária ao sentido do Direito do Trabalho e ao espírito da lei.

O trabalho é exercido, com relação ao empregado, de forma *intuito personae*, ou seja, o elemento da personalidade conduz a prestação de serviços e lhe confere o caráter de infungível. A atividade prestada pelo prestador do trabalho integra-se no patrimônio do empregador ou do credor do trabalho. Daí porque, segundo Sussekind¹⁴², no contrato de trabalho o empregado contrai uma obrigação de fazer, de caráter personalíssimo e intransferível a terceiro. Completa o autor, ainda:

Ao contrário do que ocorre com o empregador, esse contrato é *intuito personae*, em relação ao trabalhador. Destarte, elemento relevante para negar a condição de empregado consiste em verificar se o serviço objeto do contrato pode ser, ou é, executado por outra pessoa designada pelo contratante, salvo, obviamente, nos casos excepcionais previstos em lei.

O vínculo empregatício se forma e se desenvolve a partir das prestações e contraprestações de trabalho, que não se esgotam em um único ato, daí se entender também a incidência do fenômeno da prestação continuada sobre a relação de emprego. O pagamento da remuneração ao empregado, na forma de salário, constitui, por conseguinte, a prestação do contrato.

Para Vilhena¹⁴³, desde que se preste o serviço de forma subordinativa ao empregador, e que os serviços não sejam eventuais, estar-se-á na presença de um empregado, salvo se esta prestação se fundar em um negócio jurídico, com causa diversa, por exemplo, o trabalho benemerente, o voto religioso, ou o trabalho prestado em virtude do vínculo de amizade.

A Constituição Federal, em seu artigo 7º e seus 34 incisos, concede ao trabalhador urbano e rural uma gama de direitos advindos da relação de emprego, ao dispor em seu caput que “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social (...)”. Sob a ótica celetista, empregado é toda a pessoa física que seja contratada, de forma tácita ou expressa, para realizar serviços em benefício de um tomador (empregador). Cuide-se que tais

¹⁴² SUSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 236-237.

¹⁴³ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego: estrutura legal e supostos**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 335.

serviços deverão ser realizados mediante os seguintes supostos: pessoalidade, onerosidade, não eventualidade subordinação. Ressalve-se, por fim, que a conceituação de empregado emprestada pelo artigo 3º da CLT deve ser entendido em conjunto com o artigo 2º da CLT, que esclarece que a prestação dos serviços haverá de ser pessoal (dotada de caráter intuito personae, portanto).

Pois bem, aplicados os conceitos contidos em ambos os artigos celetistas, que reúnem os cinco elementos, estar-se-á diante da figura sócio-jurídica do empregado. No item seguinte, será explorada a outra figura da relação de emprego, o empregador.

2.8 EMPREGADOR

Pode-se definir a figura do empregador como sendo a pessoa física ou jurídica que contrata de uma pessoa física a prestação de serviços, que serão efetuados com pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação jurídica. Ambas figuras, do empregado e empregador, portanto, se correlacionam, pois, existindo a figura do primeiro no vínculo laboral pactuado com o tomador de serviços, este assumirá, via de consequência, o caráter de empregador na relação de empregador na relação jurídica consubstanciada na forma de contrato de emprego.

A legislação trabalhista brasileira conceitua a figura do empregador no artigo 2º da CLT, quando estabelece que é considerado empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço, conceito completado pelo seu parágrafo único, que dispõe que equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

Alguns autores, a exemplo de Delgado¹⁴⁴, entendem que o enunciado celetista estabelecido no *caput* e respectivo parágrafo único do artigo 2º é tecnicamente falho, na medida em que contém uma explicação tautológica, ou seja, é composto de palavras diferentes para expressar uma mesma ideia, sendo, portanto, redundante.

¹⁴⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 431-432.

Isso porque, empregador será a figura da pessoa física ou jurídica ou ente despersonalizado titular da empresa ou do estabelecimento.

Vilhena¹⁴⁵ entende que a conceituação de empregador atrai duas posições distintas, a primeira, tomando-se a atividade como natureza dinâmica, como o exercício da vida jurídica e econômica, com a inserção da pessoa no sistema produtivístico de determinada ordem socioeconômica e se põe à produção e/ou troca de bens e serviços, sendo que a espécie de atividade e a forma de personificação pouco importam; por outro lado, a atividade é vista como um fim, perseguido pela pessoa. Esse fim perseguido pode ser lucrativo ou não; ideal ou filantrópico; religioso ou esportivo; cultural ou assistencial; conclusivo ou de intermediação; sendo que, qualquer deles sujeita-se ao campo de incidência da legislação trabalhista na qualificação do empregador.

Primeiramente cabe discorrer sobre o termo “empresa” aludido no *caput* do artigo 2º da CLT. Este termo traduz a inequívoca tendência institucionalista e da teoria da relação de trabalho que se fez presente no contexto histórico da elaboração do diploma trabalhista, como visto alhures (nota 116) ao discorrer sobre o caráter fortemente institucional preconizado pela Exposição de Motivos da CLT de 1943. A expressão anteriormente utilizada como sendo uma mera intenção a de filiar o contrato à teoria institucionalista, aqui se fez presente.

Moraes Filho¹⁴⁶, discorrendo sobre a teoria da empresa, entende que o Direito do Trabalho se ocupa, a exemplo do Direito Comercial com a empresa, todavia o seu objeto de tutela não corresponde exatamente esse conjunto de bens, mas o homem que nela se encontra, que vive num regime de subordinação nele inserido. E, mais, segundo o autor¹⁴⁷, a tendência do Direito do Trabalho é estender cada vez mais a amplitude da empresa, com o objetivo de atingir sempre o seu propósito de tutela a quem lhe presta serviços:

Não há como distinguir o conceito econômico da sua noção em Direito do Trabalho. Em ambos há um grupo social, uma coletividade, separação na realização do trabalho entre a função diretiva e executiva, em geral, numa unidade fechada, plurifuncional, hierarquicamente organizada.

¹⁴⁵ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego**: estrutura legal e supostos. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 167-168.

¹⁴⁶ MORAES FILHO, Evaristo de. **Do contrato de trabalho como elemento da empresa**. São Paulo: LTr, 1993. p. 168.

¹⁴⁷ MORAES FILHO, Evaristo de. **Do contrato de trabalho como elemento da empresa**. São Paulo: LTr, 1993. p. 172.

Para Olea¹⁴⁸, empresa é:

O campo de exercício de poderes que, embora não tenham sua origem no contrato de trabalho, se caracterizam pelo fato de exercitarem-se em seu âmbito. Desta forma, muito provavelmente há que chegar-se à conclusão de que os poderes em questão e a sujeição aos mesmos dos trabalhadores são decorrências, mais que do contrato de trabalho, da inserção do trabalhador na empresa, através do próprio contrato. Noutras palavras, o contrato de trabalho é o pressuposto do exercício dos poderes empresariais.

Barassi¹⁴⁹ entende que a empresa é, em síntese, a atividade complexa do empresário como a coordenação dos fatores sob a direção de quem a assume, assumindo a conceituação de organização. Essa coordenação, enquanto está concentrada nas mãos do empregador, pressupõe uma subordinação em si, pois ele organiza tais fatores e dispõe deles segundo os critérios que entende convenientes e satisfatórios.

La Cueva¹⁵⁰ diz que *“El concepto de empresa es esencial al derecho individual del trabajo, pues en ella es donde se realiza; y de su significado en la vida económico social del presente dependerá la amplitud que se otorgue a los derechos de los trabajadores”*. Moraes Filho¹⁵¹, aprimorando tal conceito ao Direito do Trabalho brasileiro, segue na mesma linha ao dispor sobre a conceituação da empresa no Direito do Trabalho brasileiro:

Empresa, em Direito do Trabalho brasileiro, é a organização do trabalho alheio, sob o regime de subordinação hierárquica, tendo em vista a produção de determinado bem. Daí o espírito de lucro e a assunção do risco. A maior ou menor complexidade da organização não a desnatura, sejam quais forem o volume e a importância do conjunto de coisas e pessoas, de bens materiais ou imateriais, necessários à sua consecução, ao pleno êxito dos seus propósitos. O que importa sempre é esta diferenciação social mínima, entre direção e execução, com o objetivo de produzir para o mercado. Por isso a distinguimos do trabalho doméstico e da prestação de serviços no âmbito do trabalho liberal e de instituições pias e beneficentes.

¹⁴⁸ ALONSO OLEA, Manuel. **Introdução ao direito do trabalho**. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1969. p. 177.

¹⁴⁹ BARASSI, Ludovico. **Tratado de derecho del trabajo**. Buenos Aires: Editorial Alfa, 1953. p. 267.

¹⁵⁰ LA CUEVA, Mario de. **Derecho mexicano del trabajo**. 2. ed. México: Editorial Porrúa, 1943. p. 368.

¹⁵¹ MORAES FILHO, Evaristo de. **Do contrato de trabalho como elemento da empresa**. São Paulo: LTr, 1993. p. 181.

Delgado¹⁵² entende que, ressalvadas as críticas à falha técnica contida no *caput* do artigo 2º da CLT, este prestou um serviço funcional à aceção do termo empregador. Isso porque, a eleição do termo “empresa” tem o sentido funcional de acentuar a importância do fenômeno da despersonalização da figura do empregador, indicando que a alteração do titular da empresa não alterará, necessariamente, a continuidade do contrato, indo ao encontro, exatamente, com disposto nos artigos 10 e 448 da CLT¹⁵³.

O empregador, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. A assunção dos riscos da atividade econômica pelo empregador diz respeito ao fato de que, uma vez que atividade não renda ao empresário os lucros que se propôs auferir, isto não importará, em hipótese alguma, na permissibilidade de escusa do empregador de cumprir com sua obrigação principal, qual seja, o pagamento do salário.

Como visto, a admissão do empregado, pode ocorrer de forma tácita ou expressa, não necessitando de forma especial e escrita para se perfectibilizar no mundo jurídico, exceto, como ressaltado, algumas formas de contratação, tais como a de serviços temporários. Neste sentido, análise importante também foi feita acerca do fato de que o vínculo de empregado se perfectibiliza em sua execução (tese defendida por La Cueva¹⁵⁴), e não nas disposições que lhe são propostas quando da admissão do trabalhador, conclusão que emerge da premissa de que o contrato de trabalho é um contrato realidade, pautado justamente em sua execução no mundo dos fatos.

Contudo, a admissão do empregado – portanto, sua inserção na atividade empresarial – deve ser consensual, assim como consensual é a opção do empregador em contratá-lo, o que constitui – a consensualidade – em uma das características do contrato de trabalho, e, neste sentido, Olea¹⁵⁵ acentua que:

¹⁵² DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 432

¹⁵³ CLT, art. 10. Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados.

Art. 448. A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.

¹⁵⁴ LA CUEVA, Mario de. **Derecho mexicano del trabajo**. t. I. 4. ed. México: Editorial Porrúa, 1954. p. 479.

¹⁵⁵ ALONSO OLEA, Manuel. **Introdução ao direito do trabalho**. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1969. p. 27-28.

o quadro jurídico, positivo e jurisprudencial, dos modernos ordenamentos jurídicos conduz inevitavelmente, queira-se ou não se queira, à consideração de que o objeto do Direito do Trabalho é um trabalho voluntariamente realizado, enquanto é voluntariamente aceito e desenvolvido livremente.

O trabalho forçado e/ou obrigatório não é objeto do Direito do Trabalho e não corresponde ao contrato de trabalho, mas sim uma relação de força, consubstanciada pela exclusão da autonomia da vontade e da liberdade na contratação do negócio jurídico, que se desfigura como tal. Nesta linha seguiu a Constituição Federal, ao dispor no artigo 5º, inciso XIII¹⁵⁶, que é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

O elemento salário é inequivocamente implantado no artigo 2º celetista. Não se trata o salário de um requisito da existência da relação de emprego, mas como um dever legal imposto a uma das partes – o empregador – e como um direito do empregado na contrapartida do serviço executado em prol do tomador. Noutras palavras, a Constituição Federal estabelece que ninguém está obrigado a contratar alguém, que, por sua vez, não está obrigado a prestar serviços subordinados, o que está consubstanciado no citado artigo 5º, inciso XIII, da Carta Magna, já que é garantido o livre o exercício de qualquer trabalho lícito. Mas, se ambas as partes concordarem com o estabelecimento do vínculo, este deverá ser prestado mediante o pagamento de uma remuneração mínima, que atenda suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo (artigo 7º, inciso IV, da CF¹⁵⁷).

Na esteira destas disposições estabelecidas pela Constituição Federal, Vilhena¹⁵⁸ entende que:

¹⁵⁶ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

¹⁵⁷ Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; (...)

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

¹⁵⁸ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego**: estrutura legal e supostos. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 206.

Acentua-se que a liberdade de trabalho, de que trata o n. XIII do art. 5º, da Constituição Federal, indica ampla abertura de campo opcional ao indivíduo, no que concerne a qualquer atividade lícita, sua forma e condições de prestação. Quando, entretanto, se trata da prestação de serviços a outrem – o trabalho por conta alheia – a liberdade de opção, que é ampla, tem por limite a indisponibilidade absoluta da pessoa e que se alicerça em termos exclusivamente negociais, em face do que preceitua o art. 1º, IV, da Constituição Federal, além do princípio de garantias mínimas assentadas no seu art. 7º, I, entre as quais, como primeiro postulado, a do salário mínimo (item IV), que toca à condignidade da pessoa humana, como trabalhador.

Em síntese, não existem elementos fáticos-jurídicos específicos à figura do empregador, exceto o de apreensão da prestação de serviços efetuada por pessoa física, com personalidade, não eventualidade, onerosidade e sob subordinação ao tomador), e, verificados estes cinco elementos caracterizadores da relação de emprego, perspectiva-se o sujeito jurídico que tomou os serviços empregatícios, que, em princípio, será o empregador¹⁵⁹.

2.9 EXECUÇÃO

Entende-se que o contrato de emprego possui obrigações recíprocas entre as partes, sendo a principal, do empregado, a prestação dos serviços, e do empregador, a de pagar os salários e cumprir as obrigações impostas pela lei, pelo contrato e pelas normas coletivas aplicáveis. Para Nascimento¹⁶⁰, tais obrigações, são, em sua grande maioria, restritivas da autonomia da vontade das partes. As condições de trabalho são preestabelecidas pela lei, pelo contrato individual de trabalho ou pelo ajuste coletivo. Entretanto, existe uma esfera para o ajuste dos interesses das partes, muito embora isso se restrinja muitas vezes às condições estabelecidas pelo empregador para a execução do ajuste, manifestado pelo poder diretivo.

Diante disso há uma concepção de que o contrato de trabalho possui conteúdo autônomo-heterônomo, ou seja, as partes podem dispor sobre as condições da relação de emprego, mas precisam se adequar ao estabelecido pela legislação que versa sobre o assunto. A desigualdade da posição das partes na relação jurídica de emprego, muitas vezes, atrai o desequilíbrio da posição entre as partes, e consagra uma liberdade apenas formal (liberdade de contratação), mas falta-lhe algo

¹⁵⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 433.

¹⁶⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito Contemporâneo do Trabalho**. 29. ed. São Paulo: Saraiva: 2014. p. 747.

essencial¹⁶¹, qual seja, a igualdade substancial, pois, do contrário, esta relação acaba por aprisionar o trabalhador em um estado de miserabilidade condenável do ponto de vista social. Desta situação desigual, em sua essência, consagraram-se alguns princípios basilares no Direito do Trabalho, de forma a mitigá-la, e restabelecer o equilíbrio na relação contratual, quais seja, o princípio da proteção ao trabalhador¹⁶² e o princípio da promoção da melhoria da condição social do trabalhador.

O primeiro, reconhecendo este desnivelamento da relação de trabalho, promove a atenuação das vulnerabilidades do trabalhador, sejam elas econômicas, hierárquica, técnica e negocial; o segundo, por sua vez, possui seu alicerce no artigo 7º, caput, da Constituição Federal, que estabelece em nível constitucional, ao longo de seus incisos, os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social.

Sendo o conteúdo do contrato de emprego basicamente heterônomo, ou seja, encontrando suas limitações estabelecidas pela lei, a Consolidação das Leis do Trabalho, por meio do artigo 444, dispõe que

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.

Do referido dispositivo legal, compreende-se que as cláusulas contratuais, expressas ou não, portanto decorrentes da autonomia da vontade das partes, deverão se adequar ao disposto na lei. Também a proteção ao trabalhador deverá embasar a relação jurídica, devendo haver a prevalência das disposições de proteção ao trabalho em detrimento de outras que porventura de outras que sobrevierem, e, por fim, a prioridade às cláusulas coletivas sobre as cláusulas contratuais estabelecidas pelas partes envolvidas na relação jurídica.

¹⁶¹ OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **Direito do Trabalho**. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 27.

¹⁶² “Reitera-se que o Direito do Trabalho tem como um dos primeiros fundamentos a proteção ao trabalhador. O Direito Laboral é oriundo da reformulação do quadro social iniciada no capitalismo organizado a partir da ascensão do movimento operário aos mecanismos de regulação social, principalmente o estatal, que visava a inserção máxima e digna dos trabalhadores no mercado de trabalho. A partir de então, voltou-se o Estado – e, conseqüentemente o Direito – para o propósito de estabelecer patamares máximos de exploração ou mínimos de dignidade aos trabalhadores”. (GÓES, Maurício de Carvalho. A remuneração e o salário e a sua vinculação com a natureza do direito do trabalho. **Justiça do Trabalho**, Porto Alegre, v. 25, n. 295, p. 30-52, jul. 2008. p. 39.)

2.10 CONCLUSÃO DO CAPÍTULO

De todo o exposto, crê-se que, passados 200 anos do início da sua dominância no contexto socioeconômico ocidental, a relação de emprego tornou-se a mais importante relação de trabalho existente, não só pelas suas peculiaridades, mas também pela aceitação da subordinação jurídica como a pedra de toque que a diferencia das demais relações jurídicas laborais. A tendência expansionista do Direito do Trabalho, contudo, visa cada vez mais submeter as suas regras a vasta maioria das fórmulas de utilização da força de trabalho na economia contemporânea¹⁶³.

Importante neste primeiro capítulo a abordagem de uma das características essenciais da relação de emprego, qual seja, a pessoalidade, pois é dela que emerge o direito de imagem (foco da presente pesquisa) do atleta profissional, como direito personalíssimo, elencado na categoria de Direitos Fundamentais (artigo 5º, inciso X, e artigo 5º, inciso V).

Em prosseguimento, serão abordados os aspectos principais que englobam o salário, tendo em vista que o tema da pesquisa compreende a análise das peculiaridades existentes no contrato de trabalho dos atletas profissionais, suas repercussões no âmbito do Direito do Trabalho e a maneira com que os clubes empregadores fazem uso do contrato de licença de uso de imagem dos atletas profissionais, com foco na natureza salarial ou não desta verba e as diversas discussões que englobam a questão.

¹⁶³ A tendência expansionista do Direito do Trabalho é abertamente discutida por Delgado em sua obra, quando põe em perspectiva as mudanças pelas quais as relações laborais vêm passando nos últimos séculos e que delas advêm novas fórmulas de utilização da força de trabalho na economia contemporânea. (DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 296.)

3 ASPECTOS GERAIS DO SALÁRIO

Tendo em vista que o tema dessa pesquisa se volta à questão dos contratos de trabalho estabelecidos entre desportistas profissionais e as entidades de práticas desportivas, no que tange ao pagamento das verbas atinentes à cessão do uso de imagem dos atletas, especificamente quanto à natureza salarial ou não de tais verbas, entende-se necessário discorrer sobre os aspectos gerais do salário, anteriormente à discussão sobre as especificidades atinentes aos contratos de natureza desportiva.

Para tanto, serão abordados a seguir, além do conceito e noções gerais do salário na relação de emprego, também as distinções entre remuneração e salário, a composição deste, no tocante às parcelas salariais e não salariais, sua análise histórica, doutrinária e jurisprudencial.

3.1 CONCEITO E NOÇÕES GERAIS

Etimologicamente, o termo salário deriva do latim *salarium*, que por sua vez origina-se na palavra sal (*salis*), que consistia na utilidade entregue pelos romanos ao pagamento de serviços domésticos. Historicamente, também o sal era utilizado como pagamento aos soldados das legiões romanas, com o objetivo de permitir que comprassem alimentos¹⁶⁴.

Não se pode negar que as grandes transformações que a atividade humana vem sofrendo não se limitam à técnica, ainda que o trabalho executado atualmente não seja tão penoso como o realizado há alguns anos. Mas, com a evolução do Direito do Trabalho, a realidade na qual o trabalho prestado no contexto da relação de trabalho, exige especial atenção, tanto por parte do legislador, como da doutrina¹⁶⁵. Isso porque, as principais expectativas e anseios do trabalhador terminam no momento em que lhe são outorgadas, de maneira integral e correta, e por força do ajuste firmado, as verbas retributivas da sua relação laboral¹⁶⁶:

Fala-se em expectativa porque o empregado, crendo em promessa retributiva futura, antecipa seu trabalho na esperança de conquistar, ao final de um

¹⁶⁴ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 490.

¹⁶⁵ PRUNES, José Luiz Ferreira. **Salário sem trabalho**: situações em que o empregado recebe salários sem prestar serviços. São Paulo: LTr, 1976. p. 9.

¹⁶⁶ MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 409.

período de espera, os meios que lhe garantam a subsistência própria e familiar. Trata-se de um ato de fidúcia do operário, que oferece seu empenho e ânimo em troca de um retorno pecuniário patronal.

Em nosso ordenamento jurídico, a CLT trata do assunto no Capítulo II e utiliza no artigo 457¹⁶⁷ o termo remuneração, que consiste num conjunto de vantagens, compreendendo o valor pago diretamente pelo empregador ao empregado, o salário¹⁶⁸, como também o pagamento efetuado por terceiros, que corresponde às gorjetas. O artigo 76¹⁶⁹ da CLT dispõe que o salário deverá atender às necessidades básicas do empregado no tocante à alimentação, habitação, vestuário, higiene e transporte. Neste mesmo sentido andou a Constituição Federal de 1988, ao tratar como direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, a percepção do salário mínimo, versando ainda sobre questões como piso salarial, irredutibilidade salarial, garantia de salário não inferior ao mínimo, décimo terceiro salário, remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; proteção do salário na forma da lei, participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, salário-família, entre outras disposições acerca do tema (artigo 7º, da CF, incisos IV a XXII da CF/88).

O salário, sem dúvidas, está presente na relação jurídica de emprego. Segundo Catharino¹⁷⁰:

O trabalhador adquire normalmente o estado de empregado pelo contrato individual de trabalho, fonte natural do seu direito em perceber a contraprestação pelo esforço pessoal efetuado em benefício de outrem, em cuja dependência se encontra.

¹⁶⁷ Art. 457. Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber.

§ 1º - Integram o salário não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagens e abonos pagos pelo empregador.

§ 2º - Não se incluem nos salários as ajudas de custo, assim como as diárias para viagem que não excedam de 50% (cinquenta por cento) do salário percebido pelo empregado.

§ 3º - Considera-se gorjeta não só a importância espontaneamente dada pelo cliente ao empregado, como também aquela que for cobrada pela empresa ao cliente, como adicional nas contas, a qualquer título, e destinada a distribuição aos empregados.

¹⁶⁸ Para La Cueva, “o termo salário é o que melhor convém à percepção a que faz jus o trabalhador, e é empregado por quase todas as legislações e doutrinas; é também o único que compreende as distintas formas de retribuição aos trabalhadores”. (LA CUEVA, Mario de. **Derecho mexicano del trabajo**. t. I. 4. ed. México: Editorial Porrúa, 1954. p. 543.

¹⁶⁹ Art. 76. Salário mínimo é a contraprestação mínima devida e paga diretamente pelo empregador a todo trabalhador, inclusive ao trabalhador rural, sem distinção de sexo, por dia normal de serviço, e capaz de satisfazer, em determinada época e região do País, as suas necessidades normais de alimentação, habitação, vestuário, higiene e transporte.

¹⁷⁰ CATHARINO, José Martins. **Tratado jurídico do salário**. São Paulo: Freitas Bastos, 1951. p. 68.

O artigo 2º da CLT, embora não faça menção específica ao termo salário, quando diz que se considera empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço, não deixa dúvidas sobre a existência do elemento salarial na relação de emprego. Também o artigo 3º da legislação consolidada o faz, ao dispor que se considera empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Para Vilhena¹⁷¹:

Ainda que se aluda ao princípio de vedação ao enriquecimento sem causa, não se pode ocultar que o trabalho prestado contém substância econômica, seja para quem o presta o trabalhador (que se desgasta e emprega atividade economicamente avaliável em favor de outrem), seja para aquele a quem é prestado (que se beneficia daquela atividade). Em sua correta exegese, o art. 2º da CLT não mencionou o salário (“assalaria”) como requisito da existência da relação de emprego, mas como um dever legal imposto a uma das partes, o empregador, caso venha a configurar-se essa relação.

Entre a doutrina, não existem posições muito dissonantes acerca da conceituação do salário. Nascimento¹⁷² define como salário

a contraprestação fixa paga pelo empregador pelo tempo de salário prestado ou disponibilizado pelo empregado, calculado com base no tempo, na produção ou em ambos os critérios, periodicamente e de modo a caracterizar-se como o ganho habitual do trabalhador.

Cassar¹⁷³ entende o salário como

toda a contraprestação ou vantagem em pecúnia ou em utilidade devida e paga diretamente pelo empregador ao empregado, em virtude do contrato de prestação de trabalho. É o pagamento direto feito pelo empregador ao empregado pelos serviços prestados, pelo tempo a disposição ou quando a lei assim determinar (aviso prévio não trabalhado, 15 primeiros dias de doença, etc.).

¹⁷¹ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego: estrutura legal e supostos**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 207.

¹⁷² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito Contemporâneo do Trabalho**. 29. ed. São Paulo: Saraiva: 2014. p. 840.

¹⁷³ BOMFIM, Vólia. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 762.

No mesmo sentido, Camino¹⁷⁴ compreende o salário como a contraprestação correlata à prestação de serviços, sendo devida e paga diretamente pelo empregador – como sendo sua principal obrigação – a todo o trabalhador.

Segundo Guerra¹⁷⁵:

Constituye salario no solo la remuneración fija u ordinaria, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie y que implique retribución de servicios, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como las primas, sobre sueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas, comisiones o participaciones de utilidades.

Não há como se abordar o conceito de salário e suas noções gerais sem tratar do tema da onerosidade nos contratos de emprego¹⁷⁶. Isso porque, sendo o salário o componente primordial da obrigação contraprestativa principal do empregador na relação de emprego, o elemento da onerosidade se insere nesta contextualidade. Figura fundamental da relação de emprego, a onerosidade foi analisada pormenorizadamente no subitem 2.5.3 do capítulo anterior, em que se esclareceu que, sinalagmático como é, o contrato de emprego exige obrigações e deveres de ambas as partes. E, uma vez que as partes constituem, ainda que presumidamente, a relação de trabalho com intuito patrimonial, o empregador objetiva se beneficiar do trabalho produtivo, ao passo que o empregado espera o recebimento de salários, na contrapartida de sua prestação principal (a prestação do serviço).

Para Catharino¹⁷⁷:

A onerosidade contratual resulta da circunstância que as vantagens procuradas por um contratante são obtidas em troca da prestação a que se obriga em favor de outro. Há dispêndio recíproco com a permuta das obrigações. Se uma das partes obtivesse da outra algum benefício, independente de qualquer prestação, o contrato seria a título gratuito e, por consequência, individual de trabalho não seria. A onerosidade representa, para o empregador, pagar ou possibilitar ao empregado o recebimento do salário. Para este, a prestação de trabalho em favor de quem o assalaria. Se o empregado põe, permanentemente e continuamente, à disposição do empregador sua capacidade pessoal, e este se dispõe a realizar esforço

¹⁷⁴ CAMINO, Carmem. **Direito Individual do Trabalho**. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 340.

¹⁷⁵ LÓPEZ GUERRA, Guillermo. Salario. In: **El salario**: estudios en homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez. v. 1. Montevideo : A. M. Fernandez, 1987. p. 29-54. p. 30.

¹⁷⁶ A onerosidade, como um dos elementos caracterizadores da relação de emprego, foi examinada no subitem 2.5.3 do capítulo anterior.

¹⁷⁷ CATHARINO, José Martins. **Tratado jurídico do salário**. São Paulo: Freitas Bastos, 1951. p. 74.

econômico para retribuí-la, cada qual assume um ônus que reverte em vantagem para o outro.

Neste sentido, constata Fernandes¹⁷⁸ que o salário, como retribuição do trabalho, é um dos elementos essenciais do contrato de trabalho, consistindo na obrigação principal em que se investe o empregador, aparecendo como a contrapartida dos serviços recebidos. Consoante observa Plá Rodriguez¹⁷⁹,

o salário constitui a obrigação patronal que corresponde à obrigação do trabalhador de pôr suas energias à disposição do patrão, sem que tenha de coincidir parcialmente cada pagamento com cada prestação. A onerosidade surge da equivalência das duas prestações em seu conjunto e não no detalhe de cada serviço e de cada pagamento.

A onerosidade está presente em outras relações jurídicas de trabalho, mormente pelo fato de que o trabalho, quando não prestado de forma gratuita ou benemerente, presumidamente se entende como realizado mediante a percepção de uma remuneração. É o caso, como os exemplos dados alhures no capítulo anterior ao discorrer sobre o trabalho prestado de forma autônoma, do artista que pinta uma obra de arte e a revende para o comprador interessado, ou do taxista que efetua a corrida para o passageiro mediante o pagamento da quantia estabelecida no taxímetro. No trabalho autônomo, portanto, o trabalho executado estará inserido em uma relação jurídica de prestação de serviços remunerados.

Salário é, portanto, um desdobramento da onerosidade, sejam como característica da relação de emprego, seja como característica do contrato. Há autores¹⁸⁰, como Martinez e Ramalho, que dão tamanha importância à onerosidade que a elegem como o traço distintivo entre uma relação de trabalho (de trabalho, não de emprego) e as demais atividades humanas. Mas essa não é a hipótese que aqui nos interessa. O que está em relevo neste estudo é a onerosidade presente na relação de emprego, na medida em que o estudo da retribuição do trabalho passa a ter significativa importância quando inserido na órbita contratual de emprego.

¹⁷⁸ FERNANDES, Antônio Monteiro. **Direito do Trabalho**. 14. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 457.

¹⁷⁹ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. El Régimen de los feriados pagados. **Revista Trabajo e Seguro Social**, Rio de Janeiro, v. XXI. p. 57.

¹⁸⁰ MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 144. RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de Direito do Trabalho**: Parte I – Dogmática Geral. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 438.

Se o empregado é a pessoa física que, em uma relação laboral, presta uma atividade produtiva mediante o recebimento de parcelas retributivas (ou contraprestativas), se confere a nomenclatura de salário e de remuneração expressões diferenciadas pela doutrina, como se observará adiante. Desta forma, seja de forma indireta ou global, o salário realmente paga o trabalho, mas, não é qualquer tipo de trabalho, na medida em que o enfoque aqui se dá sobre o trabalho subordinado. Por esta razão, que autores como Viana¹⁸¹ entendem que o salário é a moeda de troca da própria subordinação¹⁸².

Vilhena¹⁸³ entende que, em síntese, a onerosidade não é requisito, mas elemento integrante da relação de emprego, como decorrência da prestação de serviços nas condições ajustadas pelas partes e nos termos que a lei estabelece como empregatícia, e que, portanto, sua natureza é contraprestativa e não configuradora. Diz o autor ainda que,

por salário entendem-se não só as prestações em dinheiro como outra qualquer forma de retribuição que o credor do trabalho entregue ao prestador de serviços, sobretudo aquelas qualificadas, na lei, como prestações in natura, como alimentação, habitação, transporte, higiene, vestuário, automóvel pelo serviço, etc. (CLT, arts. 76 e 458).

Para Delgado¹⁸⁴, a onerosidade surge, dessa forma, como elemento fático-jurídico componente da relação empregatícia, componente sem o qual a figura socioeconômica e jurídica da relação de emprego não se constitui:

A onerosidade caracteriza-se pela circunstância do contrato de trabalho instituir-se objetivando o pagamento de contraprestações econômicas pelo empregador ao empregado. Ela se manifesta no contrato de trabalho através do recebimento pelo empregado de um conjunto de parcelas econômicas retributivas da prestação de serviços ou retributivas da simples existência da relação de emprego.

Nesta citação, Delgado explica que as parcelas retributivas podem existir também, não só não como retribuição da prestação de serviços, como também pela simples existência da relação de emprego. Salário seria, então, o conjunto de parcelas

¹⁸¹ VIANA, Márcio Túlio. **Para entender o salário**. São Paulo: LTr, 2014. p. 19.

¹⁸² A onerosidade, como um dos elementos caracterizadores da relação de emprego, foi examinada no subitem 2.5.3 do capítulo anterior.

¹⁸³ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego**: estrutura legal e supostos. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 207.

¹⁸⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Salário**: teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 23-24.

contraprestativas pagas pelo empregador ao empregado em função do contrato de emprego. Neste sentido, o artigo 4º da CLT preconiza que se considera como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada. Diante disso, mesmo quando o empregado não estiver realizando a atividade para a qual foi contratado, ou seja, estiver aguardando as diretrizes do empregador, será devido o salário contratado.

Segundo Viana¹⁸⁵,

[s]e observarmos a nossa volta, veremos que nem sempre o salário é a resposta direta e precisa a um gasto de energia. Mesmo se nos abstrairmos da mais-valia, a troca não é tanto por tanto, como costuma acontecer nos contratos de compra e venda. Assim, ainda que o empregado esteja apenas esperando que algum trabalho lhe seja entregue, deve receber por esse tempo.

Neste sentido concorda Deveali¹⁸⁶ quando entende que salário é “a remuneração correspondente ao fato de o trabalhador pôr suas energias à disposição do empregador.”

Há outras situações previstas em lei (ou mediante acordo individual ou coletivo) em que mesmo que o empregado não esteja à disposição do empregador, estese obriga a remunerar o trabalhador em casos, entre outros, de interrupção ou suspensão do contrato, como no caso das férias, por exemplo, em que o trabalhador goza de período do descanso sem o prejuízo do recebimento do salário (acrescido do terço constitucional)¹⁸⁷. Sussekind¹⁸⁸ entende que

há situações prescritas em lei, nas quais o empregador deve pagar os salários sem que o empregado esteja à sua disposição para prestar-lhe serviços: descanso semanal, férias anuais, salário-paternidade, quinze primeiros dias de ausência por motivo de doença, etc.

E, no mesmo sentido Guerra¹⁸⁹ expõe:

¹⁸⁵ VIANA, Márcio Túlio. **Para entender o salário**. São Paulo: LTr, 2014. p.18.

¹⁸⁶ DEVEALI, Mario L. **Lineamentos de Derecho del Trabajo**. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1953. p. 239.

¹⁸⁷ Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)

XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

¹⁸⁸ SUSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 415.

¹⁸⁹ LÓPEZ GUERRA, Guillermo. Salario. In: **El salario**: estudios en homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez. v. 1. Montevideo : A. M. Fernandez, 1987. p. 29-54. p. 31.

Empero tan clara y expresa declaración de qué es salario, respaldada e reafirmada por un armónico número de disposiciones, tropieza con realidades fácticas que impiden mantener incólume la reciedad del postulado. Es el evento del trabajador que por hechos ajenos al patrono pero también alejados de su voluntad, no trabaja. Se inhibe de prestar el servicio en el lugar, tiempo o modo convenido. Por ejemplo: cuando lo afecta una enfermedad o aquella lesión que requiere hospitalización o la simple ausencia del sitio usual del trabajo.

Para Prunes¹⁹⁰, já vai longe o tempo em que o salário apenas refletia a contraprestação do salário:

O salário que era a contraprestação paga diretamente pelo empregador ao empregado, em razão do trabalho, passa agora a ser o pagamento feito pelo empregador ao empregado e em consequência de um contrato de trabalho. Note-se que não é mais “trabalho = salário”, mas uma ampla realidade onde “contrato de trabalho = salário”, significando que o empregado é credor dos salários mesmo em certas ocasiões em que não presta serviços. Por diversas razões, todas com previsão legal expressa, o empregado, mesmo sem estar trabalhando, é merecedor dos salários.

As expressões remuneração e salário correspondem, assim, a um conjunto de parcelas contraprestativas recebidas de forma lícita pelo empregado do empregador, no contexto de uma relação jurídica de emprego, e que denunciam o caráter oneroso do contrato de trabalho, mas, não se pode olvidar que há outras acepções vinculadas a estas palavras pela doutrina¹⁹¹, em especial, ao termo remuneração. De todo o modo, a existência de distintas acepções à expressão remuneração, em contraposição à sua identificação com a figura do salário, provoca efeitos jurídicos relevantes no contexto da relação de emprego, e são estas acepções e consequências que serão examinados adiante.

3.2 REMUNERAÇÃO E SALÁRIO: DISTINÇÕES

No direito brasileiro, é o já mencionado artigo 457 da CLT que dá as conceituações de salário e de remuneração. O citado artigo dispõe que são compreendidos na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago pelo empregado, na contraprestação do serviço, como também

¹⁹⁰ PRUNES, José Luiz Ferreira. **Salário sem trabalho**: situações em que o empregado recebe salários sem prestar serviços. São Paulo: LTr, 1976. p. 9.

¹⁹¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Salário**: teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 24.

as gorjetas que receber. Para Correa¹⁹², no direito brasileiro, contrariamente ao que ocorre em outros países, distingue-se salário e remuneração, sendo o primeiro a quantia percebida pelo empregado diretamente do empregador, e, o segundo (o gênero do qual o salário é espécie), a soma dos valores salariais e das gorjetas percebidas pelo trabalhador: “*Tales conclusiones son una consecuencia del texto legal. En efecto, dispone el artículo 457 de la CLT...*”.

Observa-se que a CLT põe em perspectiva a seguinte premissa: salário é a quantia paga pelo empregador de forma a retribuir o trabalho prestado (embora, como já visto acima, a contraprestação ocorre também em momentos que o empregado não está trabalhando, como quando se encontra apenas aguardando as ordens do empregador, ou mesmo quando se encontra afastado, naquelas hipóteses definidas em lei, como as férias, por exemplo, de modo que se conclui que o salário não necessariamente decorre da prestação efetiva de serviços, mas em função do contrato de trabalho¹⁹³). Além disso, o dispositivo legal estabelece que a remuneração é composta do salário, acrescido das gorjetas que perceber o empregado. Aqui, engloba-se, portanto, no conceito de remuneração, não somente a quantia paga pelo empregador, mas também os valores pagos a ele por terceiros.

Muitos doutrinadores¹⁹⁴, quando conceituam o salário, optam por utilizar o termo “contraprestação”, empregado pela CLT. Outros¹⁹⁵ preferem utilizar o vocábulo “retribuição”, sob o fundamento de que a contraprestação reduz o contrato a uma relação de troca (trabalho *versus* remuneração), olvidando-se do aspecto pessoal do vínculo laboral (a pessoalidade, ou seja, o caráter *intuito personae* do contrato de emprego). Em linhas gerais, o salário consiste na retribuição devida e paga pelo empregador ao empregado de forma habitual, não somente pelos serviços prestados, mas também pelo fato de se encontrar a disposição daquele, por força do contrato de

¹⁹² CORRÊA, Alcione Niederauer. Remuneración y salario en el derecho brasileño. In: **El salario: estudios en homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez**. v. 1. Montevideo: A. M. Fernandez, 1987. p. 239-262. p. 239.

¹⁹³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **O salário**. São Paulo: LTr, 1996. p. 23-24.

¹⁹⁴ MAGANO, Octávio Bueno. Contribuições do IAPI sobre gratificações. **Revista LTr: Legislação do Trabalho e Previdência Social**, São Paulo, v. 26/15; RUSSOMANO, Mozart Victor. **O empregado e o empregador no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 596; CATHARINO, José Martins. **Tratado jurídico do salário**. São Paulo: Freitas Bastos, 1951. p. 90; PRADO, Roberto Barreto. **Direito do Trabalho**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. p. 201; MARANHÃO, Délio. **Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1979. p. 119.

¹⁹⁵ MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 410; BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 491.

trabalho, já que, sinalagmático é o contrato no conjunto e não por prestação a prestação¹⁹⁶. Já a remuneração é devida e paga ao empregado não só pelo empregador, mas também por terceiro, de forma habitual, como as gorjetas, e também os adicionais, estes entendidos por parte da doutrina¹⁹⁷ como sendo integrantes da remuneração também.

Como ponto de partida, percebe-se que, entre a remuneração e o salário, a relação que se estabelece é a que existe entre o gênero e a espécie. Sendo a remuneração o gênero e a espécie o salário. Posto assim, a remuneração é a soma do salário acrescido das gorjetas. Tanto a partir do exposto por Delgado¹⁹⁸, que entende o salário como o conjunto das parcelas contraprestativas pagas pelo empregador, como por Catharino¹⁹⁹, para quem o salário é composto por um complexo de parcelas, e não de uma única verba, conclui-se que a remuneração engloba o salário, mas, em geral, coincide com ele, pois a maioria dos empregados não percebe gorjetas. Alguns autores²⁰⁰ utilizam a palavra “remuneração” também com outro significado, para indicar as parcelas variáveis e/ou sujeitas a uma condição específica. Nesse sentido, seriam remuneração e não salário os prêmios, as gratificações, as comissões e todos os adicionais. Mas Camino aponta a inconsistência técnica dessa tendência ao expor que, quando tivermos de nos deter no conceito técnico, *stricto sensu*, de remuneração, preferível adotar aquele expresso no artigo 457 da CLT, embora nada impeça que também seja utilizado nessa acepção atípica (embora de uso corrente), quando se refere ao conjunto de prestações salariais pagas diretamente ao empregado pelo empregador²⁰¹.

A distinção entre remuneração e salário se fez presente em nosso ordenamento juslaboral a partir da própria conceituação que a CLT lhe emprestou. Deste modo, o

¹⁹⁶ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 491.

¹⁹⁷ DONATO, Messias Pereira. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 260.

¹⁹⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 759.

¹⁹⁹ CATHARINO, José Martins. **Tratado jurídico do salário**. São Paulo: Freitas Bastos, 1951. p. 90. Para o autor, salário é a contraprestação devida a quem põe o seu esforço pessoal à disposição de outrem em virtude do vínculo jurídico de trabalho, contratual ou instituído.

²⁰⁰ VIANA, Márcio Túlio. **Para entender o salário**. São Paulo: LTr, 2014. p. 22.

²⁰¹ A autora diz ainda: “Tem-se, também, utilizado o vocábulo remuneração em sentido mais amplo, entendendo-a como a soma de todos os ganhos de natureza salarial do empregado (por exemplo: a remuneração do bancário é constituída de ordenado, gratificação de cargo, horas extras habituais, anuênios, quebra-de-caixa, etc.) Assim, é usual a expressão, mesmo quando o empregado não recebe gorjetas de terceiros. Embora institucionalizado o uso da remuneração com tal sentido, é oportuno salientar que, tecnicamente, todos esses componentes da “remuneração”, em verdade expressam várias espécies de salário, porque devidos e pagos diretamente pelo empregador.” (CAMINO, Carmem. **Direito Individual do Trabalho**. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 354.)

conceito de salário, em nosso Direito do Trabalho, é de delimitação precisa, consistindo nas atribuições econômicas devidas e pagas ao empregado pelo empregador em decorrência da relação de emprego, enquanto que o termo remuneração foi direcionado a todos os proventos fruídos pelo empregado em função do emprego, mas percebidos por terceiros, como as gorjetas. Assim, o conceito de salário não compreende, em seu âmbito, aquelas prestações pagas pelos clientes de determinado estabelecimento diretamente ao empregado, em razão do agrado daquele pelo cumprimento de um ato de emprego²⁰². A prática das gorjetas, como será abordado no subitem seguinte, segundo uso universal, é peculiar a certas categorias profissionais ligadas a estabelecimentos onde há confluência de público ou de clientela, consistindo, nestes casos, portanto, a remuneração destes empregados, no salário mais gorjetas.

Delgado²⁰³ entende que a cultura justralhista tem emprestado ao menos três sentidos ao termo remuneração, e que se tratam de acepções próximas, embora vinculadas a especificidades próprias. A primeira corrente entende que a terminologia salário praticamente equivaleria à remuneração. Isso porque, a lei, a jurisprudência²⁰⁴ e doutrina comumente referem-se ao caráter remuneratório das parcelas salariais, enfatizando assim a natureza salarial de determinadas figuras trabalhistas. Cotidianamente, dessa forma, se utiliza da palavra remuneração como sinônimo do termo salário.

A segunda acepção estabelece certa diferenciação entre ambos os termos, na medida em que a remuneração seria o gênero de parcelas contraprestativas devidas e pagas ao empregado em virtude do contrato de emprego, enquanto que o salário, como espécie deste gênero, seria a parcela retributiva principal paga ao empregado

²⁰² GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 225.

²⁰³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2015. p. 760.

²⁰⁴ **INTEGRAÇÃO DO ABONO DE DEDICAÇÃO INTEGRAL (ADI) NA BASE DE CÁLCULO DO PRÊMIO-APOSENTADORIA E DO PLANO DE APOSENTADORIA INCENTIVADA (PAI)**. A parcela ADI, criada por resolução do empregador, sendo contraprestativa do exercício da função gratificada, deve ser entendida como parcela de natureza salarial. Dessa forma, é irrelevante que o ADI não esteja expressamente arrolado - com essa denominação, pelo menos - entre as parcelas integrantes da remuneração mensal fixa determinada no Regulamento do reclamado e com base na qual são calculados o prêmio aposentadoria. Portanto, em razão do nítido caráter salarial da parcela ADI, deve ser integrado à base de cálculo do prêmio aposentadoria, assim como à base de cálculo do plano de aposentadoria incentivada (PAI). (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0000736-82.2014.5.04.0101. Reclamante: José Flaubiano Mello Galvão. Reclamada: Banco do Estado do Rio Grande do Sul S/A (Banrisul). Relator: Manuel Cid Jardon. Porto Alegre, 01 jun. 2016. DEJT 06 jun. 2016.)

no contexto deste contrato. A terceira acepção teria alargado ainda mais tal conceituação, amparado pelo disposto nos artigos 76 e 457 da CLT. Para essa noção celetista de salário o essencial reside na origem da parcela retributiva: somente terá caráter de salário a parcela contraprestativa devida e paga diretamente pelo empregador ao seu empregado. Assim, valeu-se a CLT da expressão remuneração para incluir, no conjunto do salário contratual, as gorjetas recebidas pelo empregado, não importando, segundo posição consolidada pelo Tribunal Superior do Trabalho²⁰⁵, se pagas espontaneamente por terceiro ou se cobradas pelo empregador na nota de serviços.

3.3 REMUNERAÇÃO E GORJETAS

Por ora, examine-se o instituto das gorjetas de que trata especificamente a CLT para contextualizar o significado de remuneração, e que encontra posições diversas na doutrina quanto à sua importância no contexto juslaboral. A gorjeta surgiu do costume e hoje se encontra regulamentada no artigo 457 da CLT. Do ponto de vista histórico, a gorjeta foi, talvez, a manifestação primeira de doação nas relações de trabalho já assinaladas na Grécia e em Roma sob a forma de “pecúlios” e “espórtulas” atribuídos aos escravos e funcionários, respectivamente, ou na Idade Média, em que se registram documentos históricos de sua prática²⁰⁶. Pode ser definida como uma vantagem que certos empregados de determinada categoria profissional auferem, por ocasião da execução de atos do emprego, dos clientes do empregador, com os quais entram em contato, na prestação do serviço, embora não tenham sido por eles contratados.

Gomes e Gottschalk²⁰⁷ entendem, portanto, ser dois os elementos da gorjeta: o primeiro, consistindo na prática de um ato na prestação de serviços, que faz o empregado entrar em contato direto com o cliente, ao atender-lhe na prestação do serviço, como, por exemplo, o garçom que atende o freguês em um restaurante,

²⁰⁵ Súmula nº 290 do TST: GORJETAS. NATUREZA JURÍDICA. AUSÊNCIA DE DISTINÇÃO QUANTO À FORMA DE RECEBIMENTO (cancelada) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. As gorjetas, sejam cobradas pelo empregador na nota de serviço ou oferecidas espontaneamente pelos clientes, integram a remuneração do empregado.

²⁰⁶ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 268.

²⁰⁷ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 268.

anotando os pedidos e lhe servindo a refeição; o segundo, consiste na inequívoca ausência de nexo contratual entre o cliente e o empregado.

Para Nascimento²⁰⁸, “o legislador quis que as gorjetas compusessem o âmbito salarial. Como as gorjetas não são pagamento direto efetuado pelo empregador ao empregado, a solução utilizada foi introduzir na lei a palavra gorjeta”. Ainda para o citado autor²⁰⁹, sua natureza é salarial, na medida em que significa também a retribuição do trabalho, seguindo, na mesma linha o legislador ao determinar a incorporação da gorjeta à remuneração para todos os fins legais. Deveali²¹⁰ qualifica as gorjetas como lícitas aquelas permitidas pelo contrato de trabalho –expressa ou tacitamente – pelo contrato de trabalho, e as ilícitas aquelas proibidas pelo contrato, regulamento, lei, moral ou bons costumes; ainda, habituais como sendo as gorjetas que o empregado percebe sempre, ou quase sempre, ao longo da contratualidade, como parte de sua rotina de trabalho; e as eventuais, ou seja, as esporádicas, casuais, aquelas não previstas pelos contratantes.

Viana²¹¹ define as gorjetas como “próprias” e “impróprias” e as difere de salário:

A doutrina clássica considera as gorjetas impróprias verdadeiro salário: uma espécie de “participação nas entradas da empresa.” Já as próprias seriam doação remuneratória: o cliente as entrega sem ser obrigado a isso, mas retribuindo os serviços prestados. Hoje, como vimos, tem-se entendido que o empregador não pode exigir do freguês que pague gorjetas. Mas é possível que as insira assim mesmo na conta, deixando o pagamento ao critério do freguês. Seja como for, entre nós, a lei não distingue. Cobradas ou não, as gorjetas não têm natureza salarial. E também não são sinônimo de remuneração. Somam-se ao salário, compondo a remuneração. Sob a óptica do empregado, porém, “significam a contraprestação de seu trabalho. Não obstante, observam alguns autores que o empregador concede ao empregado a oportunidade de ganhar gorjetas. Essa oportunidade, em si, teria natureza de salário. Mais propriamente, de salário utilidade.

Há autores, a exemplo de Gomes²¹², que, no entanto, entendem que “a gorjeta será salário quando seja diminuta a remuneração paga diretamente pelo empregador, dado que a taxa baixa é estipulada precisamente em consideração à possibilidade que o empregado tem de obter melhores proventos de terceiro”. Ainda assim, admite o autor que a nossa legislação não autorizou estas distinções. Nesse sentido é o

²⁰⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1994. p. 295.

²⁰⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Manual do Salário**. São Paulo: LTr, 1984. p. 331.

²¹⁰ DEVEALI, Mario. **Lineamentos de Derecho del Trabajo**. Buenos Aires: Editora Tipográfica Argentina, 1953. p. 338.

²¹¹ VIANA, Márcio Túlio. **Para entender o salário**. São Paulo: LTr, 2014. p. 128.

²¹² GOMES, Orlando. **O salário no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: J. Konfino, 1947. p. 34.

entendimento de Prunes²¹³, para quem as gorjetas significam um incentivo para que o empregado cumpra satisfatoriamente seu trabalho, nas atividades em que a gorjeta seja consagrada, pois, quanto melhor o seu rendimento, melhores serão as gorjetas.

Como as gorjetas são pagamentos efetuados por terceiros, entende-se que a legislação trabalhista brasileira teria se valido da expressão remuneração apenas para determinar que as gorjetas, embora não pagas diretamente pelo empregador, integrassem o salário contratual, para diversos fins legais. Camino²¹⁴ entende que, estabelecida uma correlação conceitual com o salário, pode-se dizer que ela também constitui uma espécie atípica e assimétrica de retribuição do salário, mas paga por terceiro, no contexto de uma relação de trabalho, e que sua característica principal seria a ausência de compulsoriedade, na medida em que, em sua gênese, a gorjeta seria sempre espontânea – ainda que aquela cobrada pelo empregador do cliente, no preço do serviço prestado, sob a forma de taxa de serviço, seja equiparada pela lei à paga voluntariamente pelo cliente ao empregado²¹⁵.

Autores como Lacerda²¹⁶ são contrários ao estatuto das gorjetas,

embora convindo, dada a sua longa tradição e sólida inserção, nos usos e costumes de inúmeras profissões, seja inconveniente a sua proibição legal, cabendo, antes, tal tarefa restritiva aos próprios empregadores e às organizações sindicais interessadas na dignificação da profissão através dos regulamentos de empresa e das convenções coletivas.

Para o autor, as gorjetas, mesmo oriunda da Grécia histórica e do império Romano, não conferem o *status* de dignidade do salário, na medida em que este é a retribuição honesta, justa e jurídica de um serviço prestado, merecendo a proteção do Direito do Trabalho, enquanto que as primeiras não possuem esse mesmo fundamento lógico, criando no trabalhador a mentalidade que distingue entre o bom cliente – que dá mais – e o mau cliente – que dá menos –, fazendo com que ele preste

²¹³ PRUNES, José Luiz Ferreira. **As gorjetas no direito brasileiro do trabalho**. São Paulo: LTr, 1982. p. 25.

²¹⁴ CAMINO, Carmem. **Direito Individual do Trabalho**. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 351.

²¹⁵ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 268. Os autores entendem que as gorjetas podem ser consideradas como próprias ou impróprias, sendo as primeiras concedidas espontaneamente pelo cliente ao empregado, e as segundas concentradas em caixa e tarifadas, representam uma porcentagem sobre a conta a ser paga na casa pela consumação do freguês.

²¹⁶ LACERDA, Dorval de. **Repertório Enciclopédico de Direito Brasileiro**. Organizado por J. M. de Carvalho Santos. v. XXIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1980. p. 340.

melhor o serviço a um do que a outro, embora receba, do empregador, o mesmo salário para ambos os trabalhos.

A palavra “propina” diz respeito também ao termo gorjeta, tanto na língua portuguesa²¹⁷, adotada em nosso país (embora, atualmente, o termo propina tenha adquirido conotação ilícita na realidade política brasileira), como na espanhola. Pois bem, a propina é percebida pelo empregado, que no curso da relação de emprego, recebe um valor de terceiro à relação jurídica. La Cueva²¹⁸ cita que se pode definir a propina, ou gorjeta, como

una cantidad de dinero que se entregan los clientes de una negociación – independiente del precio que pagan por las mercancías adquiridas o por servicios recibidos – al trabajador que personalmente les atiende y cuyo objeto es testimoniar satisfacción por el tratamiento recibido.

Plá Rodríguez²¹⁹ vai além, pois não só entende que se trata de remunerar os serviços recebidos, como também existem outros motivos:

La práctica de la propina es muy antigua. Inicialmente, parece originarse en la satisfacción del cliente que desea premiar especialmente el servicio prestado; pero luego se mezclan motivos secundarios, como la vanidad o el deseo de mejorar la retribución de un personal que se considera mal pagado, hasta llegar a un momento en que aparece psicológicamente como un deber general, robustecido por el espíritu de imitación y el temor de singularizarse el público y, sobre todo, ante los beneficiarios.

Krotoschin²²⁰ faz uma análise interessante acerca do tema ao tratar a gorjeta como um substituto do salário, mas equiparando-a à remuneração:

La propina, cuando se paga como un porcentaje fijo y obligatorio, es remuneración en forma de participación en las ventas, aunque no ellas ganancias. La propina voluntaria es un substituto anacrónico del salario, pero como tal equiparable a la remuneración, en principio.

É fato que as gorjetas integram a remuneração do empregado, devendo constar a sua estimativa na anotação da carteira de trabalho do empregado, também para fins

²¹⁷ Disponível em: <<http://www.sinonimos.com.br/gorjeta>>. Acesso em: 21 out. 2016.

²¹⁸ LA CUEVA, Mario de. **Derecho mexicano del trabajo**. t. I. 4. ed. México: Editorial Porrúa, 1954. p. 650.

²¹⁹ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **El salario en el Uruguay**. v. II. Montevideo: Facultad de Derecho, 1956. p. 49.

²²⁰ KROTOSCHIN, Ernesto. **Instituciones de Derecho del Trabajo**. v. I. Buenos Aires: Dapalma, 1961. p. 477.

do salário de contribuição previdenciária, bem como geram repercussões no fundo de garantia, porém, o TST²²¹ foi claro ao dispor que tais verbas não compõem a base de cálculo das parcelas de aviso prévio, adicional noturno, horas extras e repouso semanal remunerado. A linha interpretativa extraída do disposto nos artigos 76 e 457 da CLT preserva a regra geral de que somente terá natureza salarial, no direito brasileiro, as parcelas retributivas habituais devidas e pagas pelo empregador ao empregado, admitindo, como exceção, que a média das gorjetas habitualmente percebidas se integre ao salário para todos os fins, exceto o salário mínimo.

Assim, muitos institutos jurídicos serão calculados com base na remuneração, e não somente no salário, tais como FGTS, 13º salário, férias. Delgado²²² acentua que esta vertente permite viabilizar dois objetivos justralhistas essenciais, quais sejam, de um lado, ao não se enrijecer o Direito do Trabalho com a tendência pansalarial²²³ tantas vezes criticada – já que os seus efeitos voltam-se contrariamente ao próprio trabalhador, pelo recuo das concessões já conquistadas ao longo da história; por outro lado, assegura-se a renda laboral efetiva a uma ampla categoria de trabalhadores vinculados a este segmento de serviços, mediante a percepção de gorjetas.

²²¹ Súmula 354 do TST: GORJETAS. NATUREZA JURÍDICA. REPERCUSSÕES – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. As gorjetas, cobradas pelo empregador na nota de serviço ou oferecidas espontaneamente pelos clientes, integram a remuneração do empregado, não servindo de base de cálculo para as parcelas de aviso-prévio, adicional noturno, horas extras e repouso semanal remunerado.

²²² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2015. p. 763

²²³ O próprio autor já criticara a tendência pansalarial como forma de enrijecimento do Direito do Trabalho brasileiro ao ser citado em acórdão relatado pelo Ministro Alexandre Agra Belmonte, extraído do processo nº TST-RR-121100-12.2006.5.01.0501 julgado pela 3ª Turma do TST em 27.08.2014: “Ensina o Ministro GODINHO (DELGADO, Maurício Godinho, CURSO DE DIREITO DO TRABALHO, São Paulo: LTr, 6ª ed., 2007) que 'PRÊMIO É PARCELA CONTRAPRESTATIVA QUE DECORRE DE EVENTO OU CIRCUNSTÂNCIA TIDA COMO RELEVANTE PELO EMPREGADOR E VINCULADA À CONDUTA INDIVIDUAL OU COLETIVA DO OBREIRO'. Salário-condição, portanto; e porque condicionado, é bem verdade que pode ser reduzido e mesmo suprimido, como se deu em alguns meses. O que importa, porém, no caso dos autos, é que o pagamento do prêmio se deu periodicamente, fato que, sem descaracterizar sua natureza condicional, induz à habitualidade. Logo, pouca diferença faz, para os efeitos pretendidos pelo autor, a natureza da verba, se salarial ou não, já que o caráter pansalarial, advindo do princípio da atração salarial, tende a atrair para o núcleo do salário toda e qualquer verba paga com habitualidade. Nesse sentido os termos expostos pelo enunciado 209 da Súmula de jurisprudência do E. STF.” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Embargos de Declaração em Recurso de Revista n. 121100-12.2006.5.01.0501. Embargante: ASB S.A. - Crédito Financiamento e Investimento. Embargado: Robson Luiz Falcão Alves. Relator: Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte. Brasília, 27 ago. 2014. DJe 29 ago. 2014.)

3.3.1 Tipos paralelos de remuneração

Viana²²⁴ ressalta que nem tudo que vem do empregador é salário, a exemplo das parcelas não salariais, que serão abordadas adiante no subitem 3.8 desta pesquisa, assim como nem tudo que vem de terceiros é gorjeta. É o caso das gueltas²²⁵, premiações dadas pelos fornecedores de determinado produto a ser comercializado no estabelecimento em que labora o empregado²²⁶. Também é o caso do advogado, empregado contratado de determinado escritório de advocacia, que percebe honorários de vencido²²⁷, nas causas ganhas pelo seu empregador. Observa-se que, em ambos os casos, os pagamentos não representam as peculiaridades das gorjetas, mas, embora pagas por terceiros, integram a remuneração – embora nem todos os doutrinadores partilhem desta opinião, a exemplo de Delgado²²⁸, para quem,

²²⁴ VIANA, Márcio Túlio. **Para entender o salário**. São Paulo: LTr, 2014. p. 128.

²²⁵ **GUeltas. NATUREZA JURÍDICA**. Demonstrado que o autor percebia gueltas correspondentes à venda de produtos, as quais eram pagas pelo fornecedor das mercadorias, ainda que não fossem adimplidas diretamente pelo empregador, estas integram a remuneração do empregado, por possuírem natureza jurídica semelhante à das gorjetas, assemelhando-se o fornecedor da mercadoria ao cliente que alcança a gorjeta diretamente ao trabalhador. Incidência do art. 457 da CLT, o qual estabelece que a gorjeta integra a remuneração do empregado. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0000015-26.2012.5.04.0611. Reclamante: Jairton Santana Garcia. Reclamada: Gasil Comércio e Importação Ltda. Relator: Marcelo José Ferlin D Ambroso. Porto Alegre, 14 nov. 2014. DEJT 20 nov. 2014.)

²²⁶ Partilhando de entendimentos incidentes acerca das gorjetas, de que, não raro, os empregadores fixam propositadamente um valor fixo mínimo a ser complementado por verbas pagas por terceiros, tem-se: OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **Direito do Trabalho**. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 246: “A guelta termina por representar um incremento constante aos ganhos do empregado que, ao vender determinado produto, tem ciência de que receberá determinados valores do fabricante. Desta forma, não é raro encontrar empregadores que ofertam salários próximos ao mínimo, e indicam aos empregados que os ganhos serão maiores em decorrência das gueltas. Esta realidade parece de forma definitiva indicar que as gueltas têm natureza remuneratória.”

²²⁷ **AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS**. São devidos honorários advocatícios, suportados pelo co-réu vencido tanto em favor do autor, quanto em favor dos demais co-réus vencedores na ação de consignação em pagamento. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0000540-90.2014.5.04.0561. Reclamante: Município de Coqueiros do Sul. Reclamadas: Confederação dos Servidores Públicos do Brasil – CSPB e outros. Relator: Roberto Antonio Carvalho Zonta. Porto Alegre, 25 mar. 2015. DEJT 07 abr. 2015.)

²²⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2015. p. 785. Para o autor, “os honorários de sucumbência do advogado empregado (art. 21, Lei n. 8.906/94) são outra modalidade de parcela paga ao empregado por terceiro, e não pelo empregador. Tais honorários, contudo, guardam significativa diferenciação jurídica perante a figura das gorjetas (e das gueltas). Uma das diferenças mais substanciais que apresentam em relação às gorjetas e gueltas é o fato de serem pagos em decorrência de um trabalho prestado contra os interesses do devedor dos honorários de sucumbência, e não em seu benefício. Neste quadro, se a origem da verba (externa ao empregador) já compromete sua natureza salarial (à luz do modelo celetista), seu caráter não contraprestativo com respeito ao devedor da parcela também lançaria dúvidas no tocante ao seu posicionamento classificatório no grupo das verbas trabalhistas de natureza estritamente remuneratória (caso se considere que a CLT criou, de fato, um tipo legal específico, identificado sob o epíteto de remuneração)”.

há diferenças entre as três figuras, gorjetas, gueltas e honorários advocatícios, pois nesta última, o advogado que recebe os honorários de sucumbência trabalha contra os interesses do devedor, e não em seu benefício, ao contrário, portanto, de quem paga as gorjetas e as gueltas.

O artigo 85, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015 prevê o pagamento de honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento da sentença, provisório ou definitivo, na execução resistida ou não, e nos recursos interpostos. São os chamados honorários de sucumbência, que, segundo o artigo 14 do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia da OAB, não integram o salário ou a remuneração, pois decorrem precipuamente do exercício da advocacia e só acidentalmente da relação de emprego.

Delgado²²⁹ entende que esta parcela é controvertida, pois é paga por terceiro contra os seus interesses, e não em seu benefício, de modo que, para o autor, se a origem da verba (externa ao empregador) compromete a sua natureza salarial (a luz do artigo 457 da CLT), o seu caráter não contraprestativo com respeito ao devedor da parcela também lançaria dúvidas sobre o seu posicionamento classificatório no grupo das verbas trabalhistas estritamente remuneratórias, caso se considere que a CLT criou de fato um tipo legal específico identificado sob o epíteto de remuneração. Nada obstante a tal posicionamento, a jurisprudência²³⁰ tem se consolidado no sentido de que os honorários advocatícios não são parcelas salariais, não integrando qualquer verba trabalhista.

Em 14.02.2006, o Tribunal Pleno do STF, no julgamento da ADI-MC 1194/DF, prolatou decisão quanto ao artigo 21 e parágrafo único da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da OAB), deferindo liminar “em parte, para dar interpretação conforme à expressão ‘os honorários de sucumbência são devidos aos advogados empregados’, contida no caput do artigo, no sentido de que é disposição supletiva da vontade das partes, podendo haver estipulação em contrário, por ser direito disponível”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1194/DF. Requerente: Confederação Nacional da Indústria – CNI. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 20 maio 2009. DJe 10 set. 2009.)

²²⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2015. p. 785.

²³⁰ **HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NÃO-INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.** Os honorários advocatícios são créditos de terceiro, não têm natureza salarial e sobre eles não incide a contribuição previdenciária. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Recurso Ordinário n. 00841-2008-0454-12-00-9. Reclamante: Jean Carlos de Melo. Reclamadas: INPLAC Indústria de Plásticos Ltda. e outros. Relatora: Lourdes Dreyer. Florianópolis, 17 jun. 2009. DO 21 jul. 2009.)

3.4 NATUREZA JURÍDICA DO SALÁRIO

Existem diferentes teorias que explicam a natureza jurídica do salário das quais podem se destacar algumas, ainda que a título exemplificativo²³¹. A primeira delas encontrou respaldo no liberalismo econômico e dizia respeito ao conceito de salário como precificação do trabalho. Esta teoria está, evidentemente, afastada nos dias atuais, pois há muito já se compreende que o trabalho não pode ser considerado como mercadoria, como algo posto à venda para o tomador dos serviços²³². Nesse sentido, La Cueva²³³ já fazia menção de que:

El derecho del trabajo no puede admitir la tesis de que el trabajo humano sea una mercancía y tampoco puede aceptar que se le trate como a la cosas que están en el patrimonio de los hombres, ni es posible concebir la relación jurídica de trabajo como un simple cambio de prestaciones y al derecho del trabajo como la norma que busca el equilibrio de las prestaciones; el derecho del trabajo contempla, no el cambio de prestaciones, sino a la persona humana y lo que busca es darle una existencia en armonía con los valores de que es portador el hombre.

Na mesma linha Hoyos²³⁴ pondera que:

El derecho laboral es una rama jurídica que se asigna una importancia a la realidad sobre el formalismo y la formalidad. En la vida real, el trabajador no es un ser aislado, desconectado, solitario. Es un hombre integrado en un núcleo familiar con el que convive y al que debe mantener total o parcialmente. La dimensión de sus necesidades está determinada por los requerimientos de ese conjunto humano, que es lo que le preocupa fundamentalmente. Su nivel de vida y la calidad de su vida depende de que sus entradas alcancen no sólo para mantenerse, sino para mantenerlo.

²³¹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 491-492.

²³² Nesse sentido, desde o Tratado de Versalhes, datado de 1919, já se proibia que o trabalho fosse considerado como mercadoria, e, em consequência, não poderia ao trabalho ser atribuído preço. O Tratado de Versalhes (1919) foi um tratado de paz assinado pelas potências europeias que encerrou oficialmente a Primeira Guerra Mundial, sendo que a Alemanha o classificou como diktat (imposição). (Wikipédia, a enciclopédia livre. **Tratado de Versalhes (1919)**. Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Tratado_de_Versalhes_\(1919\)](https://pt.wikipedia.org/wiki/Tratado_de_Versalhes_(1919))>. Acesso em: 16 set. 2016.)

²³³ LA CUEVA, Mario de. **Derecho mexicano del trabajo**. t. I. 4. ed. México: Editorial Porrúa, 1954. p. 177. O autor ainda dispunha, neste sentido, que: “Al crearse la Organización Internacional del Trabajo em el Tratado de Versalles, se dijo que “el principio director del derecho internacional del trabajo consiste em que el trabajo no debe ser considerado como una mercancía o artículo del comercio”; em la “Quinta Conferencia Internacional Americana, celebrada en Santiago de Chile en abril de 1923, se ratificó el principio y forma parte también de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, aprobada em la Novena Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá en abril de 1948”.

²³⁴ HOYOS, Arturo. La protección del salario y las funciones sociales de la familia. In: **El salario: estudios en homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez**. v. 2. Montevideo: A. M. Fernandez, 1987. p. 67-78. p. 67.

Embora haja entendimentos contrários na doutrina²³⁵, inegável o afastamento da teoria da precificação do trabalho, diante da necessidade da valoração do trabalho para a promoção da dignidade da pessoa humana e da melhoria da sua condição social²³⁶. A própria fixação de um salário mínimo já demonstra a preocupação do Estado – real ou ilusória – da desmercantilização do trabalho, na medida em que produz efeitos até na economia informal, pois esta tende a ser ajustar aos seus patamares, além disso, atua no sentido de pressionar os outros salários para cima, de tal forma que ajuda a realimentar o sistema produtivo.

Todavia, não somente o atendimento das necessidades existenciais do ser humano, a remuneração do trabalho deve atender a outras especificidades, como meio de estimular o emprego e a produção de bens e serviços necessários à comunidade. Noutras palavras, Mandiola²³⁷ salientava que:

Del carácter individual y social del trabajo humano fluyen consecuencias que deben considerarse fundamentalmente en la formulación y aplicación del régimen de salarios: el sustento del trabajador y de su familia; la situación de las empresas, como criterio determinante del nivel equitativo de las remuneraciones; y la necesidad de cuidar del bien común, especialmente el aspecto de que los salarios se regulen en términos que estimulen y no comprometan la meta del pleno empleo y la producción de bienes y servicios necesarios y convenientes para la comunidad.

A corrente que trata do trabalho como uma indenização paga ao empregado como compensação às energias desprendidas por ele em virtude do vínculo de emprego é refutada sob o argumento de que a obrigação de indenizar pressupõe a lesão a direito por culpa ou dolo de outrem, o que, evidentemente, não ocorre quando alguém exerce um direito, qual seja, o de trabalhar²³⁸. Ora, o dever de indenizar, tal como preconizado no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002²³⁹, em uma

²³⁵ Para Marco Túlio Viana, como reflexo do sistema capitalista, o trabalho continua sendo mercadoria: “Ao nosso ver, o trabalho – ou mais precisamente, a força de trabalho – continua sendo mercadoria, embora até certo ponto tabelada; e não há como ser diferente no sistema capitalista. Ainda assim, esse traço, hoje, é bem mais atenuado que há dois séculos, pelo menos no trabalho formal; e, de todo modo, não consegue explicar por inteiro a sua natureza”. (VIANA, Márcio Túlio. **Para entender o salário**. São Paulo: LTr, 2014. p. 120.)

²³⁶ Neste sentido, a Constituição Federal de 1988, em seus artigos 1º, incisos III e IV, e 7º, *caput* e incisos I a XXXIV.

²³⁷ ESCRÍBAR MANDIOLA, Héctor. Algunos aspectos del salario. In: **El salario**: estudios en homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez. v. 1. Montevideo: A. M. Fernandez, 1987. p. 121-136. p. 122.

²³⁸ MESQUITA, José Luiz de. **Das gratificações no Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 1957. p. 16.

²³⁹ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos

relação de emprego decorre da existência de uma lesão de um direito provocada de forma dolosa ou culposa pelo empregador, ou de seus prepostos, ou, ainda, pelo fato de desenvolver atividades de risco. Evidentemente, à retribuição devida como obrigação principal do empregador ao trabalho prestado pelo empregado não pode ser atribuído caráter indenizatório, na medida em que decorre dos serviços prestados por este de forma habitual e subordinada pelo fato de se encontrar a sua disposição.

Segue-se à teoria que trata da natureza alimentícia do salário, decorrente da própria acepção da palavra (em latim, *salarium*, decorrente do termo *sal*, em latim, *salis*; em grego, *hals*), como visto anteriormente, oriunda da época em que os romanos forneciam, como foram de pagamento, sal às legiões romanas; sendo que, posteriormente, foram sendo empregados outros meios de pagamento de salários, tais como óleos, animais, alimentos, etc.²⁴⁰ Aqui, vê-se que a contraprestação do trabalho prestado se dava sob a forma de mantimentos, daí o significado alimentar dado ao termo salário.

Todavia, não se pode endossar tal corrente, pois inequívoco que o salário não tem apenas caráter alimentar, já que se destina a outros fins, tais como, propiciar ao trabalhador moradia, vestimenta, transporte, educação, cuidados com a saúde e higiene, assegurando a sua manutenção e de sua família, o que justificaria a existência, em nosso ordenamento jurídico, da existência de um salário mínimo²⁴¹, que atenda a todas essas necessidades. É o que La Cueva²⁴² já dispunha como a retribuição do dispêndio da energia humana de trabalho, considerada em suas diversas manifestações, e tendo como propósito assegurar ao homem uma existência digna. Em síntese, não se entende como adequada a acepção da natureza alimentícia ao salário, na medida em que este não pode ser entendido como uma cota alimentícia, tampouco um crédito, embora naturalmente tenha como fim *também* o atendimento de necessidades alimentares.

especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

²⁴⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 241.

²⁴¹ Neste sentido, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 7º, inciso IV, dispõe:

“Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim”.

²⁴² LA CUEVA, Mario de. **Derecho mexicano del trabajo**. t. I. 4. ed. México: Editorial Porrúa, 1954. p. 482.

Passa-se agora a discorrer sobre a natureza da contraprestação ao serviço prestado. Para os defensores dessa corrente²⁴³, somente existirá salário se houver trabalho, sendo este uma prestação executada pelo empregado, enquanto o primeiro trata-se de uma contraprestação fornecida pelo empregador. Desta forma, põe-se em perspectiva, nesta teoria, a correspondência existente entre o trabalho e o salário, enfocando-se o caráter sinalagmático da relação de emprego. Mas, para os defensores desta corrente, deixa de ser salário qualquer remuneração paga pelo empregador sem trabalho.

Para Nascimento²⁴⁴, o ponto de partida do conceito de salário não se separa da noção de contraprestação que lhe é própria, apesar das variações sobre a noção de contraprestação, inicialmente com o trabalho prestado, posteriormente a disponibilidade do trabalhador, e, por último, atinente ao contrato de trabalho, correspondentes, respectivamente, às teorias de salário em contraprestação do trabalho, do salário como como contraprestação da disponibilidade do trabalhador, e do salário como contraprestação do contrato de trabalho. O autor diz ainda que tais teorias não devem ser vistas como contrapostas, mas sim como complementares.

A teoria do salário como contraprestação do trabalho corresponde à reciprocidade entre o salário e o trabalho prestado, levando-se em consideração que sem trabalho, não há salário. Tal premissa é verdadeira no sentido de mostrar que, em princípio, o pressuposto do salário é a prestação de serviços e não há como separar ou fracionar estas duas noções, pois ambas compõem uma relação jurídica composta de dois polos, que necessariamente se atraem e interagem de modo que a prestação do trabalho é o que vai gerar a obrigação do pagamento do salário.

A teoria do salário como contraprestação da disponibilidade do trabalhador diz respeito ao fato de que o empregado é retribuído pelo simples fato de se pôr à disposição do empregador, e, por isso mesmo, tem direito ao salário, não importando se está trabalhando ou não. Com efeito, há situações em que cessa a prestação de serviços, mas sobrevive o direito ao salário, como por exemplo quando está o empregado em gozo de férias, licença saúde ou em folga semanal. Neste sentido,

²⁴³ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 197.

²⁴⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Lineamientos del concepto de salario. In: **El salario**: estudios en homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez. v. 1. Montevideo: A. M. Fernandez, 1987. p. 55-78. p. 56.

Deveali²⁴⁵ sustenta que o salário é a remuneração correspondente ao fato de colocar o trabalhador a sua energia a disposição do empregador.

No tocante à teoria que trata do salário como contraprestação ao contrato de trabalho, esta se baseia na concepção de que o salário não é pago pelo trabalho prestado, mas sim, é devido ainda sem este. Nesta perspectiva, o salário é pago ao empregado porque mantém com o empregador um contrato de trabalho. Nascimento²⁴⁶ a crítica porque ampliou demasiadamente a correspondência do salário, o que a torna comprometida. Isso porquê, há outros pagamentos derivados do contrato de trabalho, mas que não têm natureza jurídica salarial, como é o caso das indenizações²⁴⁷.

A teoria do salário como contraprestação do trabalho encontra críticas²⁴⁸ – com as quais se concorda – pela mera redução do vínculo de emprego a uma relação de troca, semelhante aos contratos de direito comum, sem atentar para o aspecto pessoal²⁴⁹ da relação jurídica. Isso porque, inafastável o caráter *intuito personae* da relação laboral, o que significa que o empregado não poderá se fazer substituir por outro trabalhador na prestação do serviço contratado, salvo em algumas situações específicas como em casos de suspensão contratual (como por exemplo, nas férias do substituído ou de seu afastamento por doença). Assim, se o vínculo laboral se forma com a pessoa do trabalhador, o trabalho que se presta é pessoal, e é tutelado pelo Direito do Trabalho como um bem jurídico.

A teoria do salário como parcela não contraprestativa diz respeito a situações em que o empregado não está à disposição do empregador, e, a despeito disso, tem direito ao salário. Esta teoria se originou da dificuldade que a teoria da contraprestação

²⁴⁵ DEVEALI, Mario L. **Lineamentos de Derecho del Trabajo**. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1953. p. 239.

²⁴⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Lineamientos del concepto de salario. In: **El salario**: estudios en homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez. v. 1. Montevideo: A. M. Fernandez, 1987. p. 55-78. p. 61.

²⁴⁷ Serão vistas no subitem 3.9 as modalidades de parcelas não salariais.

²⁴⁸ Entende-se oportuno inserir aqui uma nota sobre o que dispõe La Cueva quanto à redução do vínculo de emprego a uma relação de troca, semelhante aos contratos de direito civil: “El derecho del trabajo no es un derecho para regular la conducta de los hombres en relación con las cosas, sino que es un derecho para el hombre; sus preceptos e instituciones tienen como finalidad inmediata, no solamente proteger la energía humana de trabajo, sino, más bien, asegurar a cada hombre una posición social adecuada, esto es, el derecho del trabajo constituye, no reglas para regular la compra-venta o el arrendamiento de la fuerza de trabajo, sino un estatuto personal que procura elevar al hombre a una existencia digna. Pero eso es que la semejanza en las instituciones no puede resolver los problemas, porque la esencia de las mismas instituciones es distinta.” (LA CUEVA, Mario de. **Derecho mexicano del trabajo**. t. I. 4. ed. México: Editorial Porrúa, 1954. p. 453).

²⁴⁹ A pessoalidade, como um dos elementos caracterizadores da relação de emprego, foi examinada no subitem 2.5.1 do capítulo anterior.

encontrou para relacionar o salário com o trabalho prestado e com a disponibilidade do empregado na contrapartida da existência da obrigação de remunerar também em situações em que não haja prestação de serviços, como em casos de descansos semanais remunerados, por exemplo. Dentre as tentativas de elaboração de um conceito de salário sem o critério da correspondência, se encontram a teoria do salário social e a teoria do salário como um conjunto de percepções econômicas do trabalhador.

A teoria do salário social encontra seu alicerce nas transformações dos critérios fundamentais de justiça. Segundo Nascimento²⁵⁰:

A idea de justicia conmutativa es sustituida por las ideas de justicia distributiva y de justicia social. Centra la atención, como otros también lo hacen, en la necesidad de una mejor distribución de riquezas, siguiendo un principio de solidaridad social. Muestra que la protección del trabajador es un deber de toda la sociedad, no solo durante los períodos en que está activo, sino también durante su inactividad. Estas premisas de su pensamiento coinciden en gran parte con las que sirven de base para las normas de seguridad social.

Aqui, põe-se em perspectiva o fato de que o salário é um meio de subsistência do trabalhador e de sua família. E a este fim, portanto, se destina o salário. Não é este, segundo a teoria do salário social, unicamente o valor que é pago pelo empregador. Neste sentido, tem a sociedade o dever de pagar salários, organizando-se para esse fim. A contraprestação que se estabelece, pois, não é entre o empregado e o empregador, mas sim entre o trabalhador e a sociedade, sendo que as novas fronteiras do salário devem tomar em conta este aspecto prioritário para sua conceituação.

Catharino²⁵¹ dispõe que o direito à vida é o mais fundamental direito da pessoa humana, do qual todos os outros dependem:

la evolución humanista del derecho llegó a la seguridad social destinada a asegurar la sobrevivencia de los que no están trabajando, temporal o definitivamente, así como de los que están a su cargo. Sea como sea, y la socialización del salario mínimo y de la seguridad social, no es humanitaria ni caritativa.

²⁵⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Lineamientos del concepto de salario. In: **El salario**: estudios en homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez. v. 1. Montevideo: A. M. Fernandez, 1987. p. 55-78. p. 63.

²⁵¹ CATHARINO, José Martins. Concepto de 'salario social'. In: **El salario**: estudios en homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez. v. 1. Montevideo: A. M. Fernandez, 1987. p. 137-152. p. 141-142.

Segundo o autor, o direito incontestado de ser o trabalhador, subordinado ou não, pessoa humana, sempre, sem exceção, é decisivo na ampliação do conceito de salário, e que esta dilatação pode não ser socializante, mas é, sem dúvidas, humanizante.

No tocante à teoria do salário diferido, esta diz respeito ao fato de que a prestação pecuniária não é adimplida pelo empregador ao empregado imediatamente ao trabalho prestado. O salário é pago ao empregado no presente, contudo, será utilizado no futuro. Exemplo do salário diferido é a contribuição social paga pelo empregado mensalmente à entidade de seguridade social (INSS), bem como o FGTS²⁵² depositado mensalmente pelo empregador em conta vinculada do trabalhador junto à Caixa Econômica Federal. Sobre o assunto, pontua Martins²⁵³:

Seria um salário adquirido no presente que será utilizado no futuro, uma poupança diferida, uma forma de pecúlio para o trabalhador, dependendo de certas condições. O empregado adquire o direito ao FGTS com o ingresso na empresa, decorrente do contrato de trabalho. Parte do salário do empregado não é paga diretamente ao obreiro, mas é destinada ao referido fundo, visando à formação de um somatório de recursos que futuramente irá prover a subsistência do operário, quando, pela ocorrência de um evento (dispensa, aquisição de casa própria etc.), terá direito de levantar os valores depositados. O FGTS seria uma espécie de salário diferido, porque o benefício resultante não seria pago imediatamente ao trabalhador.

Sobre o tema, Catharino²⁵⁴ entende que

Sendo finalidade legal a de tutelar o direito do empregado em receber o salário, a própria lei pode permitir a redução de seu valor desde que o faça em benefício do próprio empregado. É o caso, por exemplo, dos descontos para o seguro social, mas, mesmo assim, à contribuição obrigatória do empregado corresponde outra de igual valor paga pelo empregador e por muitos considerada como salário diferido.

Como corolária à teoria do salário como parcela não contraprestativa, Nascimento²⁵⁵ ainda cita a teoria do salário como um conjunto de percepções econômicas do trabalhador. Com efeito, o pagamento do salário se dá pelo trabalho prestado, em que o empregado é obrigado a cumprir uma jornada de trabalho determinado, permanecendo à disposição do empregador aguardando ou executando

²⁵² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **O salário**. São Paulo: LTr, 1970. p. 39.

²⁵³ MARTINS, Sérgio Pinto. **Manual do FGTS**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 31.

²⁵⁴ CATHARINO, José Martins. **Tratado jurídico do salário**. São Paulo: LTr, 1951. p. 621.

²⁵⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Lineamientos del concepto de salario. In: **El salario**: estudios en homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez. v. 1. Montevideo: A. M. Fernandez, 1987. p. 55-78. p. 64.

ordens, se ajustando ao conceito de salário a contraprestação. Todavia, em casos de interrupções remuneradas do trabalho ou em hipóteses de faltas justificadas, o empregador também é obrigado ao pagamento do salário sem contar com o empregado.

Segundo o citado autor²⁵⁶, nestas disposições legais de fixação de seu recebimento, estaria demonstrada a superação da contraprestação estrita:

con ello, se desprende el concepto de salario del plano objetivo de la relación, para pasar a la esfera subjetiva del trabajador, caracterizándosele como ingreso económico del empleado, sin mayores indagaciones en cuanto a su causa, aunque quepan algunas exclusiones.

Por fim, será tratada a teoria que explica a natureza jurídica do salário como sendo um dever de retribuição. Aqui se perspectiva o caráter sinalagmático inerente ao contrato de trabalho, já que há o dever de retribuição pelo fato de o empregado integrar-se à empresa, pondo à sua disposição o seu trabalho. A vertente sinalagmática ao contrato de trabalho se traduzirá, neste contexto, no trabalho prestado como um todo, e não prestação por prestação. Delgado²⁵⁷ já dispunha sobre a “inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento”. Desta forma, se recebe ou não o trabalhador ordens das chefias da empresa não importa, se não pertence aos objetivos dos fins empresariais também não faz diferença, o que interessa, pois, é a sua vinculação à dinâmica operacional do tomador dos serviços, e desta circunstância emerge o direito à percepção de salário.

De fato, não se nega que o salário, de modo geral, encontra-se vinculado, em grande parte, ao trabalho efetivamente prestado. Todavia, atribui-se também ao salário a natureza de retribuição paga ao empregado não somente pelos serviços executados, mas pelo fato de colocar-se a disposição do empregador, subordinando-se ao plano da organização do trabalho alheio e nele baseando a sua existência²⁵⁸. Como visto alhures, ao empregador persiste a obrigação de pagamento do salário ao

²⁵⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Lineamientos del concepto de salario. In: **El salario**: estudios en homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez. v. 1. Montevideo: A. M. Fernandez, 1987. p. 55-78. p. 65.

²⁵⁷ DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. **Revista LTr**: Legislação do Trabalho, São Paulo, v. 70, n. 6, p. 657-667, jun. 2006. p. 667.

²⁵⁸ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 492.

empregado em certos períodos em que ele não presta os serviços, como durante as férias, aos domingos, nas faltas justificadas, nos 15 primeiros dias de afastamento por doença, etc.

Vistas algumas das principais teorias que envolvem a natureza jurídica do salário, extrai-se a conclusão de que a equivalência entre a prestação do trabalho e a sua contraprestação salarial não é absoluta, na medida em que deve ser considerada tendo em vista o caráter sinalagmático da relação jurídica como um todo, e não da obrigação prestada em partes. A seguir, discorrer-se-á sobre a composição do salário e suas características.

3.5 SALÁRIO: PRINCÍPIOS INFORMATIVOS

O instituto do salário é informado por princípios específicos, cujo conhecimento se faz extremamente útil para a compreensão de todo o arcabouço da tutela legal incidente sobre o tema. Segundo Grau²⁵⁹:

A existência (= positividade), no ordenamento jurídico, de determinados princípios que, embora não enunciados em nenhum texto de Direito Positivo, desempenham papel de importância definitiva no processo de interpretação/aplicação do Direito, é inquestionável.

Se, para o citado jurista, os princípios são as pautas que devem ser observadas não porque viabilizem ou assegurem a busca de determinadas situações econômicas, políticas ou sociais que sejam consideradas convenientes, mas, sim, porque a sua observância correspondente a um imperativo de justiça, de honestidade ou de outra

²⁵⁹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 153-155. O autor ainda assinala algumas diferenças entre princípios e diretrizes estabelecidas pela Constituição Federal, ao dispor que “Dworkin observa que, em determinados casos, sobretudo nos casos difíceis, quando os profissionais do Direito arrazoam ou disputam sobre direitos e obrigações legais, fazem uso de pautas (standards) que não funcionam como regras, mas operam de modo diverso, como princípios, diretrizes (policies) ou outra espécie de pauta. Propõe-se, então, a usar o vocábulo princípio genericamente, para referir, em conjunto, aquelas pautas que não são regras; em outras ocasiões, no entanto – adverte – é mais preciso, distinguindo entre princípios e diretrizes. Dworkin chama de diretrizes as pautas que estabelecem objetivos a ser alcançados, geralmente referidos a algum aspecto econômico, político ou social (ainda que – observa – alguns objetivos sejam negativos, na medida em que definem que determinados aspectos presentes devem ser protegidos contra alterações adversas). Denomina princípios, por outro lado, as pautas que devem ser observadas não porque viabilizem ou assegurem a busca de determinadas situações econômicas, políticas ou sociais que sejam tidas como convenientes, mas, sim, porque a sua observância correspondente a um imperativo de justiça, de honestidade ou de outra dimensão moral”.

dimensão moral, cabe-nos aqui pôr em perspectiva os princípios²⁶⁰. Aqui nos interessa pôr em destaque os princípios que informam os legisladores por ocasião da produção de leis, e que se traduzem em “valores consagrados socialmente e, portanto, deles o legislador não pode se afastar, sob pena de se comprometer a legitimidade de suas decisões”²⁶¹.

Ver-se-á a seguir alguns deles, informadores do instituto salarial, aceitos tanto pela doutrina²⁶², como pela legislação brasileira que os assimilou em sua totalidade, quais sejam, a intangibilidade, a isonomia, a irredutibilidade e a inalterabilidade.

Em primeiro lugar, esclareça-se que o princípio da intangibilidade diz respeito ao fato de que o empregado não pode renunciar ao recebimento de salário, dado o caráter alimentar impresso ao seu conceito. Além de voltar-se ao próprio empregado, tal princípio volta-se também ao empregador, quando a lei não autoriza a realização de descontos salariais (artigo 462 da CLT), excetuando-se situações específicas, como previsão legal ou contratual. O fenômeno da intangibilidade possui desdobramentos em outras disciplinas jurídicas, tais como a impossibilidade de penhora do salário²⁶³ pelos credores do empregado e também contra os credores do empregador, em face do privilégio do crédito salarial no concurso em processos de falência²⁶⁴. Além disso, a Constituição Federal expressamente dispõe no artigo 7º, inciso X, ser direito do trabalhador a proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa. Nesse sentido, a Convenção 95, da OIT, em seu artigo 10º, ratificada pelo Brasil em 25.04.1957, já dispunha que:

1. O salário não poderá ser objeto de penhora ou cessão, a não ser segundo as modalidades e nos limites prescritos pela legislação nacional.

²⁶⁰ Segundo Dorneles, costuma-se referir aos princípios, em homenagem às tradicionais lições de Plá Rodriguez, uma tríplice função: informadora, integradora (informativa) e interpretativa. In: OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **Direito do Trabalho**. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 26.

²⁶¹ OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **Direito do Trabalho**. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 26.

²⁶² CAMINO, Carmem. **Direito Individual do Trabalho**. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 342.

²⁶³ Código de Processo Civil, art. 833: São impenhoráveis: (...)

IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º.

²⁶⁴ Lei n. 11.101/2015, art. 83: A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:
I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho.

2. O salário deve ser protegido contra a penhora ou a cessão, na medida julgada necessária para assegurar a manutenção do trabalhador e de sua família.

Para Albuquerque²⁶⁵:

A nadie cabe la menor duda de que el régimen jurídico del salario guarda similitud con el de los alimentos en vista de que el legislador ha debido tomar en consideración que el trabajador usa la suma de dinero que se le paga por su labor para mantenerse él y su familia. Esta comprobación fáctica impulsa a la adopción de ciertas garantías para preservar el pago íntegro del salario a su acreedor, quien de no contar con las mismas correría el riesgo de ver reducida su acreencia por causa de la compensación que eventualmente podría usufruir la cuantía de lo devengado como consecuencia de los embargos retentivos practicados por su acreedores en manos del empleador; de la cesión voluntaria de una parte de sus salarios en favor de terceras personas; y de la concurrencia de su crédito con los de otros acreedores de la empresa.

Todavia, o Tribunal Superior do Trabalho flexibilizou, por meio da Súmula 342²⁶⁶, a rigidez do princípio da intangibilidade salarial, ao admitir descontos salariais vinculados a planos de saúde, seguros e previdência privada, destinados a mensalidades em favor de cooperativas ou de entidades associativas, desde que, evidentemente, haja prévia e formal autorização pelo empregado e existente nexo de causalidade entre o desconto e o benefício, direto para o trabalhador ou para sua família.

O princípio da isonomia também atua como informador do salário e decorre da necessidade de não discriminação, tal como disposto no artigo 3º²⁶⁷, inciso IV e artigo 5º²⁶⁸, inciso I, da Constituição Federal que o consagra, ainda que, aqui, o faça

²⁶⁵ ALBUQUERQUE, Rafael. La inembargabilidad y los privilegios del salario. In: **El salario**: estudios en homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez. v. 2. Montevideo: A. M. Fernandez, 1987. p. 79-93. p. 80.

²⁶⁶ Súmula nº 342 do TST. DESCONTOS SALARIAIS. ART. 462 DA CLT. Descontos salariais efetuados pelo empregador, com a autorização prévia e por escrito do empregado, para ser integrado em planos de assistência odontológica, médico-hospitalar, de seguro, de previdência privada, ou de entidade cooperativa, cultural ou recreativo-associativa de seus trabalhadores, em seu benefício e de seus dependentes, não afrontam o disposto no art. 462 da CLT, salvo se ficar demonstrada a existência de coação ou de outro defeito que vicie o ato jurídico.

²⁶⁷ Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...)

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

²⁶⁸ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

genericamente. Em sentido estrito, este princípio se instrumentaliza no artigo 461²⁶⁹ da CLT, que dispõe que a toda função idêntica, e trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário²⁷⁰, sem distinção de sexo, nacionalidade ou de idade; e, em sentido lato, este princípio encontra guarida no disposto no artigo 460²⁷¹ da legislação consolidada, que atribui como direito do empregado, na falta de estipulação do salário ou não havendo prova sobre a importância ajustada, de perceber igual salário ao daquele que na mesma empresa fizer serviço equivalente ou do que for habitualmente pago por serviço semelhante. A Constituição Federal ainda tratou de garantir tais premissas por meio do princípio constitucional da não-discriminação estabelecido nos incisos XXX, XXXI e XXXII, do artigo 7^o²⁷².

O princípio da isonomia encontrou eco na declaração da OIT²⁷³, para quem, onde não há isonomia, há discriminação, e esta “não só reforça a pobreza, como a

²⁶⁹ Art. 461. Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade.

§ 1º - Trabalho de igual valor, para os fins deste Capítulo, será o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço não for superior a 2 (dois) anos.

§ 2º - Os dispositivos deste artigo não prevalecerão quando o empregador tiver pessoal organizado em quadro de carreira, hipótese em que as promoções deverão obedecer aos critérios de antiguidade e merecimento.

§ 3º - No caso do parágrafo anterior, as promoções deverão ser feitas alternadamente por merecimento e por antiguidade, dentro de cada categoria profissional.

§ 4º - O trabalhador readaptado em nova função por motivo de deficiência física ou mental atestada pelo órgão competente da Previdência Social não servirá de paradigma para fins de equiparação salarial.

²⁷⁰ Assim, resta evidente que a equiparação salarial é a figura infraconstitucional que revela ou materializa o princípio constitucional do salário igual. (GÓES, Maurício Carvalho. A equiparação salarial nos contratos de emprego. **Revista jurídica empresarial**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 89-121, mar./abr. 2008. p. 37.)

²⁷¹ Art. 460. Na falta de estipulação do salário ou não havendo prova sobre a importância ajustada, o empregado terá direito a perceber salário igual ao daquela que, na mesma empresa, fizer serviço equivalente ou do que for habitualmente pago para serviço semelhante.

²⁷² Art. 7º. (...)

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;

²⁷³ “A não-discriminação vem regulamentada na OIT pela Convenção nº 100, sobre igualdade de remuneração, de 1951, e pela Convenção nº 111, sobre a discriminação no emprego e ocupação de 1958”. (BARZOTTO, Luciane Cardozo. **Direitos humanos e trabalhadores**: atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho e os limites do Direito Internacional do Trabalho. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 111.

gera"²⁷⁴, e provoca debates em fóruns mundiais como o Fórum Econômico de Davos²⁷⁵, que já se posicionou no sentido de que a discriminação hoje se acentua, cada vez mais desigual, enquanto que o sistema explora mulheres, idosos, crianças, trabalhadores informais e imigrantes clandestinos. A questão envolvendo a isonomia versus discriminação é complexa e envolve diversas discussões. Para autores como Viana²⁷⁶,

o problema não está em não ter um carro, pura e simplesmente, mas em não ter um carro enquanto um outro o tem. Mas as pessoas também podem “se comparar consigo mesmas”, quando tomam por referência algo de seu passado ou uma expectativa do futuro. E o mesmo acontece com os grupos: “as diferentes categorias profissionais podem se sentir desvalorizadas quando se comparam com as outras”, a menos que levem em conta o próprio passado mais pobre. De todo o modo, essas conclusões se relativizam quando comparamos culturas diferentes.

O princípio da irredutibilidade salarial correlaciona-se ao da inalterabilidade e será analisado no subitem seguinte, quando da análise das características do salário. Por ora, cabe referir que se trata de um princípio verticalizado na Constituição Federal, embora relativo, pois passível de ser flexibilizado por meio de acordo ou convenção coletiva. É o que dispõe a Constituição Federal, quando, em seu artigo 7º, inciso VI, garante aos trabalhadores a irredutibilidade do salário, ressalvando o disposto em convenção ou acordo coletivo. Não se trata, pois, de um princípio absoluto no Direito

²⁷⁴ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. **La hora de la igualdad en el trabajo**: informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Ginebra: OIT, 2003. p. 133.

²⁷⁵ Criado em 1971, o fórum é realizado anualmente em Davos e reúne lideranças mundiais para discutir temas econômicos de interesse global, como estratégias para a retomada do crescimento ao redor do mundo e ações para o aquecimento da economia nos países, para discutir as questões mais urgentes enfrentadas mundialmente, incluindo saúde e meio-ambiente. Em sua edição de 2016, o debate centrou-se no combate da desigualdade de gênero, alterações climáticas e a fome. O Secretário-geral da ONU, BanKi-moon, destacou a necessidade de os governos, empresas e sociedade civil cooperarem para o desenvolvimento da desigualdade de gênero e aproveitar o empoderamento das mulheres para alcançar as metas de desenvolvimento, combater as mudanças climáticas ou eliminar a fome. Apelou aos participantes no Fórum anual nos Alpes suíços esperando algum retorno para ajudar os mais de meio milhão de adolescentes dos países em desenvolvimento, atualmente retidos pela pobreza, discriminação e violência, a fim de alcançar uma série de metas de desenvolvimento fundamental. "Os investidores tendem a avaliar as oportunidades com base no seu potencial de retorno", disse a um grupo de pessoas do setor privado, universidades, governos e sociedade civil que tem como missão alcançar os oito Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, das Nações Unidas para o combate à pobreza (ODM). (UNRIC. **No Fórum de Davos, Ban pede a ajuda de empresas para combater a desigualdade de gênero, as alterações climáticas e a fome**. 24 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.unric.org/pt/actualidade/31374-no-forum-de-davos-ban-pede-a-ajuda-de-empresas-para-combater-a-desigualdade-de-genero-as-alteracoes-climaticas-e-a-fome>>. Acesso em: 30 set. 2016.)

²⁷⁶ VIANA, Márcio Túlio. **Para entender o salário**. São Paulo: LTr, 2014. p. 51.

do Trabalho²⁷⁷, já que o salário será irredutível apenas no plano das relações individuais, uma vez que a aberta a possibilidade, pela Carta Fundamental de 1988, de sua redução via instrumento coletivo, em reconhecimento inequívoco da autonomia privada coletiva como um centro de produção de normas jurídicas, consagrando-a como um direito dos trabalhadores, com a aceitação seu produto, os acordos e convenções coletivas (e da vontade coletiva neles estabelecida – artigo 7º, incisos VI, XIII, XXVI) e do seu procedimento, a negociação coletiva (artigo 7º, inciso XIV, artigo 8º, inciso VI)²⁷⁸.

Por fim, quanto ao princípio da inalterabilidade como princípio informativo do instituto salarial, tal princípio está garantido pelo fato de a relação de emprego se constituir em um contrato, que, somente pela vontade convergente das partes que o compõem, empregador e empregado, poderá ser alterado. A alteração unilateral é repelida tanto pela norma justralhista²⁷⁹ como pela jurisprudência²⁸⁰, sendo vedado ao poder diretivo fazê-lo em prejuízo do empregado e sem a sua concordância, já que este, o poder de direção, tem como limites os direitos e garantias do próprio trabalhador²⁸¹.

3.6 SALÁRIO: CARACTERÍSTICAS

Alguns autores, como Nascimento²⁸², apontam como características do salário a sua essencialidade, reciprocidade, sucessividade e periodicidade. A essencialidade do salário diz respeito ao fato de que sem o componente salário, não haveria contrato de emprego, por ser a onerosidade um de seus elementos. De fato, como visto, a

²⁷⁷ CAMINO, Carmem. **Direito Individual do Trabalho**. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 342.

²⁷⁸ SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das Normas Coletivas**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 151.

²⁷⁹ Art. 468. Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

²⁸⁰ ECT. HORAS-AULA. SUPRESSÃO. ALTERAÇÃO UNILATERAL E LESIVA. Hipótese em que o direito ao recebimento das horas-aula já havia se incorporado ao patrimônio jurídico do reclamante, que foi admitido antes da vigência do PCCS de 2008 e da Circular 00515/2012, invocados pela reclamada. Reconhecida a ocorrência de alteração unilateral e lesiva. Incidência do artigo 468 da CLT e do item I da Súmula 51 do TST. Sentença mantida. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0001168-29.2013.5.04.0007. Reclamante: Luiz Carlos Guimarães. Reclamada: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT. Relatora: Brígida Joaquina Charão Barcelos Toschi. Porto Alegre, 26 mar. 2015. DEJT 06 abr. 2015.)

²⁸¹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de Direito do Trabalho**: Parte I – Dogmática Geral. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 451.

²⁸² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **O salário**. São Paulo: LTr, 1970. p. 21.

onerosidade surge como elemento fático-jurídico componente da relação jurídica, sem a qual a figura socioeconômica e jurídica da relação de emprego não se constitui. Para Delgado²⁸³, a onerosidade se manifesta a partir da circunstância do contrato de trabalho, que se institui com o objetivo, pelo empregado, de recebimento do pagamento de parcelas econômicas retributivas da prestação de serviços ou retributivas da simples existência da relação de emprego. A onerosidade, portanto, traz à relação de emprego a essencialidade do pagamento do salário.

A reciprocidade reside na ideia de que o fato gerador do salário consiste na situação de que o empregado, pessoa física, se compromete a prestar o serviço, ou se colocar à disposição do empregador. A sucessividade compreende a ideia de que o pagamento do salário se dá durante a constância da relação jurídica de emprego se prolongar no tempo, e, em consequência dessa sucessividade, que resulta a necessidade de pagar o salário ao empregado em intervalos curtos²⁸⁴, afim de prover a sua subsistência e de seus familiares, daí, portanto, se caracterizando a periodicidade do salário. Vianna²⁸⁵ acrescenta que, tal como o trabalho, o salário deve ser pago em tempos precisos, periódicos. De modo geral, o critério para o pagamento do salário ocorrerá após o cumprimento da prestação do trabalho pelo empregado, ou seja, após ultrapassada a dilação temporal correspondente ao seu cômputo (hora, dia, mês), característica conhecida como pós-numeração.

Delgado²⁸⁶ agrega outras características ao salário, como o fato de ele ser de caráter alimentar e forfetário. O primeiro diz respeito ao fato de que é com o salário que o empregado compra as suas utilidades – como visto anteriormente, a acepção salário deriva da palavra sal, que é com o que os romanos pagavam as legiões romanas pela prestação do salário, e, com efeito, é a partir dele que o empregado obtém o seu meio de subsistência, sendo a alimentação talvez o componente mais substancial, pois, para viver, o homem precisa se alimentar – de modo que, tal a sua importância, a lei evidentemente protege o salário²⁸⁷, como observado no subitem 3.1.

²⁸³ DELGADO, Maurício Godinho. **Salário: teoria e prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 24.

²⁸⁴ CLT, art. 459: O pagamento do salário, qualquer que seja a modalidade do trabalho, não deve ser estipulado por período superior a 1 (um) mês, salvo no que concerne a comissões, percentagens e gratificações.

²⁸⁵ VIANA, Márcio Túlio. **Para entender o salário**. São Paulo: LTr, 2014. p. 23.

²⁸⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2015. p. 759.

²⁸⁷ CF, art. 7º, inciso X dispõe que é direito do trabalhador a “proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;”.

A expressão forfetário deriva da língua francesa (*forfait*) e vem do fato de que o seu valor é prefixado e o seu pagamento é sempre devido, independente da sorte do empreendimento, já que, a assunção dos riscos do negócio não pertence ao empregado. Neste aspecto, Barassi²⁸⁸ já salientava que o risco do negócio é do empresário, na medida em que suas são as utilidades que vierem e também suas serão aquelas perdas, porque é ele o centro da empresa. O risco, portanto, não pertence ao trabalhador. Pode-se concluir que, assim como os frutos do trabalho pertencem ao empregador (sendo a alteridade uma das características da relação jurídica, para alguns doutrinadores, a exemplo de Martins²⁸⁹), nesta circunstância, mesmo assim, devido será o salário ao empregado. Pois, se ao empregado não se dividem os lucros da empresa (exceto quanto à participação nos lucros e resultados da empresa, como será visto adiante), também a ele não se podem partilhar os prejuízos do empreendimento econômico.

Como regra, o salário é indisponível, nos parecendo claro que do salário não pode abrir mão o trabalhador, dada a sua essencialidade na relação de emprego, haja vista que, grosso modo, provém a subsistência do empregado e inclui-se, portanto, no rol de direitos indisponíveis da relação de emprego. Mas, há situações em que essa regra se flexibiliza, como atenta Viana²⁹⁰, ao exemplificar situações ocorridas rotineiramente na Justiça do Trabalho, quando o trabalhador, mesmo quando o contrato de trabalho já se encerrou, acaba por ceder uma parte de seus direitos trabalhistas (entre eles o salário) como estratégia negociada para receber outra parte. De qualquer forma, como se observa, na relação jurídica de emprego não pode o empregado dispensar o recebimento do salário como parcela retributiva pelo seu serviço prestado, dada a sua indisponibilidade garantida pelo mega princípio jurídico da proteção ao trabalhador.

A irredutibilidade salarial é questão de ordem prevista na norma constitucional, na medida em que a Constituição Federal dispõe, em seu artigo 7º, inciso VI, que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, a irredutibilidade do salário (ressalvando-se o disposto em convenção ou acordo coletivo). Há exceções, contudo, quando se perspectiva o recebimento de salário condicional, mas tais situações estão previstas expressamente

²⁸⁸ BARASSI, Ludovico. **Tratado de derecho del trabajo**. Buenos Aires: Editorial Alfa, 1953. p. 298.

²⁸⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 108.

²⁹⁰ VIANA, Márcio Túlio. **Para entender o salário**. São Paulo: LTr, 2014. p. 23.

em lei, quando, por exemplo, o empregado deixa de receber uma verba por não ter satisfeito a condição. É o caso, ilustrativamente, da percepção do adicional de insalubridade²⁹¹. Isso porquê, à medida em que o empregado deixa de estar exposto a condições insalubres, perde o direito à percepção do referido adicional. Também é a situação da percepção de horas extras e da gratificação pelo exercício de função de confiança, quando o empregado deixa de realizar horas suplementares, ou retoma a seu cargo efetivo, cessam os respectivos adicionais e a gratificação de função, respectivamente (embora estas situações encontrem ressalvas em relação à integração definitiva de tais acréscimos salariais, quando satisfeitas as hipóteses previstas nas Súmulas 291²⁹² e 372²⁹³ do Tribunal Superior do Trabalho). Não obstante, como regra, o salário não poderá ser reduzido, sob pena de ser considerada ilícita, e, portanto, passível de nulidade, tal alteração contratual²⁹⁴.

Romita²⁹⁵ acrescenta ainda a essas características salariais a tendência à determinação heterônoma do salário, que terceiriza a sua fixação por meio de lei ou de sentença normativa. Na maioria das vezes, contudo, respeitado o valor do salário mínimo, as partes estipulam na formação do ajuste do pacto laboral a quantia a ser remunerada pelo trabalho executado. Aqui, percebe-se a presença da autonomia privada da vontade individual, pois, diz respeito à capacidade do sujeito de determinar seu próprio comportamento individual, envolvendo, assim, a disposição sobre diversos aspectos sobre sua vida, como as escolhas existenciais, atingindo, evidentemente, a liberdade de contratar (sob todas as suas modalidades envolvidas, incluída a

²⁹¹ A Constituição Federal, em seu artigo 7º, inciso XXIII, dispõe que é direito do empregado a percepção do adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei.

²⁹² Súmula 291 do TST: HORAS EXTRAS. HABITUALIDADE. SUPRESSÃO. INDENIZAÇÃO. A supressão total ou parcial, pelo empregador, de serviço suplementar prestado com habitualidade, durante pelo menos 1 (um) ano, assegura ao empregado o direito à indenização correspondente ao valor de 1 (um) mês das horas suprimidas, total ou parcialmente, para cada ano ou fração igual ou superior a seis meses de prestação de serviço acima da jornada normal. O cálculo observará a média das horas suplementares nos últimos 12 (doze) meses anteriores à mudança, multiplicada pelo valor da hora extra do dia da supressão.

²⁹³ GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. SUPRESSÃO OU REDUÇÃO. LIMITES.

I - Percebida a gratificação de função por dez ou mais anos pelo empregado, se o empregador, sem justo motivo, revertê-lo a seu cargo efetivo, não poderá retirar-lhe a gratificação tendo em vista o princípio da estabilidade financeira. (ex-OJ nº 45 da SBDI-1 - inserida em 25.11.1996).

II - Mantido o empregado no exercício da função comissionada, não pode o empregador reduzir o valor da gratificação.

²⁹⁴ CLT, art. 468: Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

²⁹⁵ ROMITA, Arion Sayão. **Temas de direito social**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1984. p. 193.

pactuação sobre o salário)²⁹⁶. Evidentemente que essa liberdade no contratar encontra parâmetros de limitação da autonomia privada na ordem pública, que estabelecem as bases jurídicas fundamentais da ordem econômica²⁹⁷.

Por fim, quanto à natureza composta do salário, esta se faz presente tendo que vista que ao salário, normalmente, se agregam outras verbas retributivas, fazendo alusão Barros²⁹⁸ às parcelas de sobressalário, como, por exemplo, os adicionais, como o de insalubridade e de periculosidade²⁹⁹. Tratam-se daquelas parcelas de natureza salarial que, sejam denominadas em lei, sejam aquelas que no campo fático são pagas com habitualidade e não possuem natureza indenizatória (neste sentido, exclui-se a parcela da participação nos lucros e resultados, que, conforme expressamente disposto pela Constituição Federal, em seu artigo 7º, inciso XI, que a desvincula da remuneração).

Nos subitens seguintes, serão abordadas, primeiramente, distinções entre as parcelas salariais e não salariais, e, após, as espécies de cada uma destas modalidades.

3.7 PARCELAS SALARIAIS E NÃO SALARIAIS: DIFERENCIAÇÕES

Como visto no subitem anterior, a onerosidade, presente que está na relação jurídica de emprego, traduz-se no recebimento, pelo empregado, de um conjunto de parcelas retributivas do empregador. Estas parcelas retributivas evidentemente se fazem devidas face à prestação de serviços realizada pelo empregado. Na lição de Delgado³⁰⁰: “Trata-se de um diversificado número de parcelas contraprestativas

²⁹⁶ SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das Normas Coletivas**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 103.

²⁹⁷ Sobre o assunto, entende Sílvio Rodrigues que a autonomia da vontade permite que qualquer pessoa capaz pode criar relações, com objeto lícito, a que a lei emprestará validade, e, como princípio, a autonomia da vontade compreende outros dois princípios, quais sejam, o princípio da liberdade de contratar ou de não contratar; e o princípio da liberdade de contratar aquilo que bem entender. (RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: dos contratos e das relações unilaterais da vontade**. v. 3. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 15-16).

²⁹⁸ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 493.

²⁹⁹ Neste sentido, a jurisprudência: “ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. ÁREA DE RISCO. Comprovada pela perícia a necessidade periódica de ingresso na área perigosa, em decorrência das atividades exercidas pelos substituídos, resta caracterizada condição de periculosidade a ensejar o pagamento do sobressalário.” (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0020008-08.2014.5.04.0022. Reclamante: Sindicato dos Aeroviários de Porto Alegre. Reclamada: TAP Manutenção e Engenharia Brasil S/A. Reoatora: Carmen Izabel Centena Gonzalez. Porto Alegre, 06 abr. 2016. DEJT 08 abr. 2016.)

³⁰⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Salário: teoria e prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 65.

ventiladas pela normatividade heterônoma ou autônoma trabalhista, ou instituídas pela vontade unilateral empresária ou bilateral das partes.” São, pois, as parcelas salariais, que serão examinadas no subitem seguinte.

Salário é, portanto, uma palavra cheia, que abrange não só a prestação normal, básica, como outras verbas, vinculadas a causas mais específicas: “É o caso dos adicionais, comissões, abonos, gratificações e prêmios”³⁰¹. Parcelas salariais, são, na visão de Catharino³⁰², “aquele complexo de emolumentos que o operário ou empregado recebe do dador do trabalho, como compensação de sua prestação, fornecida no interesse da empresa, da qual ele depende”.

Pois bem, ainda que sinteticamente, viu-se que as parcelas salariais decorrem de uma relação de emprego e são devidas pelo empregador ao empregado em virtude da prestação de serviços deste àquele. Mas, onde se encaixam, no contexto do vínculo laboral, as parcelas não salariais, e o que as difere das verbas salariais? Este é cerne da questão, o que será fundamentalmente debatido no último capítulo deste trabalho, ao enfrentar o cerne do problema atinente à presente pesquisa³⁰³.

Primeiramente, evidencia-se que há uma gama de parcelas econômicas pagas ao empregado sem conotação salarial. São parcelas, que, a despeito de ser remuneradas ao trabalhador no âmbito de uma relação de emprego e pagas diretamente pelo empregador (ou por terceiros, como se verá alhures), não são entregues como contraprestação ao serviço prestado ou pelo contrato pactuado. Tratam-se, assim, de parcelas econômicas sem natureza salarial, que não se integram ao salário, nem produzem efeitos clássicos às verbas de natureza salarial³⁰⁴.

Não sendo, as parcelas salariais, decorrentes da mera prestação de serviços pelo empregado, como são identificadas? Tem-se que algumas são devidas e pagas pelo próprio empregador – mas sem o caráter contraprestativo inerente ao salário, ou seja, claro que está a ausência da retribuição, *in casu*, à prestação do serviço pelo empregado, donde se conclui que assumem natureza jurídica distinta do salário como fator contraprestativo ao trabalho. Outras parcelas não salariais, por sua vez, são repassadas ao empregado pelo empregador, mas sem que isto o qualifique como

³⁰¹ VIANA, Márcio Túlio. **Para entender o salário**. São Paulo: LTr, 2014. p. 65. As modalidades de parcelas salariais serão vistas no subitem seguinte.

³⁰² CATHARINO, José Martins. **Tratado jurídico do salário**. São Paulo: Freitas Bastos, 1951. p. 89.

³⁰³ No último capítulo serão discutidas a natureza jurídica da parcela paga a título de indenização da cessão do uso de imagem no Direito Desportivo e suas repercussões no contrato de trabalho.

³⁰⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Salário: teoria e prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 65.

devedor da prestação pecuniária. Por fim, há parcelas que, a despeito de adquirirem correlação com o contrato empregatício, não são devidas e tampouco pagas pelo empregador, o que as tornam, evidentemente, fora da incidência da natureza jurídica do salário.

Um critério seguro para se identificar se um pagamento efetuado ao empregado tem natureza salarial ou não é perguntar o porquê de estar sendo efetuado. Se a resposta da razão do pagamento for a prestação de um trabalho pelo empregado ou em consequência direta de tal prestação, certamente estar-se-á diante da modalidade salarial ou mesmo de prestação de natureza remuneratória. Se, no entanto, a resposta for no sentido de que, muito embora as parcelas sejam pagas na esfera de uma relação empregatícia, não são entregues como contraprestação pelo serviço prestado ou pelo contrato pactuado, serão parcelas de cunho não salarial.

Salário é, pois, a contraprestação do trabalho, originando-se no fato de o empregador obter a força de trabalho do empregado, portanto, diz-se que o fato gerador do trabalho é indubitavelmente a prestação do trabalho. A parcela não salarial não é devida pela prestação do serviço, e pode-se exemplificar (sem prejuízo de tratar pormenorizadamente das parcelas não salariais no subitem 3.9) na indenização paga ao empregado que sofre um dano no curso do contrato de emprego. Esta indenização implica na compensação de um prejuízo concretizado em dano emergente ou lucros cessantes, portanto, indubitavelmente, conclui-se, não corresponde à paga do trabalho prestado.

Camino³⁰⁵ disserta com muita propriedade acerca da questão da diferenciação das parcelas salariais e não salariais, cujo problema está longe de ser facilmente resolvido, ao sintetizar que:

A resposta terá de ser aquela especificamente relacionada ao fato gerador imediato do pagamento. Responder: 'porque o trabalhador é empregado', embora correto, não é específico. O contrato de trabalho é a causa – mediata – e não serve, no caso, para identificar o fato gerador – imediato – do pagamento.

A seguir, discorrer-se-á sobre as modalidades de parcelas salariais e não salariais.

³⁰⁵ CAMINO, Carmem. **Direito Individual do Trabalho**. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 377.

3.8 PARCELAS SALARIAIS: MODALIDADES ESPECIAIS DE SALÁRIOS

Delgado³⁰⁶ define as parcelas salariais integrantes do salário como um “complexo salarial” e as fragmenta em uma classificação tripartite, essencialmente composta de três grupos: as parcelas salariais tipificadas, as parcelas salariais não tipificadas e as parcelas salariais dissimuladas. As primeiras são instituídas, originalmente, pela legislação trabalhista, ou seja, pela norma heterônoma provinda do Estado, que estipula, inequivocamente, os principais contornos estruturais da parcela salarial, por vezes até indicando as regras de sua operação concreta. São exemplos, o salário básico, o 13º salário, os adicionais legais, entre outros. Trata-se, portanto, de parcelas inequivocamente salariais, seja pela instituição de forma clara pelo Estado, que, por meio da sua atividade legislativa as tipificou como integrantes do salário, seja pelo fato de que constituem verbas pagas diretamente pelo empregador, na forma estabelecida pelo caput do artigo 457 consolidado.

O segundo grupo engloba as parcelas salariais não tipificadas, as quais são criadas tanto pela autonomia da vontade³⁰⁷, seja ela privada, constante do contrato de emprego estipulado pelas partes no momento da formação da relação empregatícia, seja por meio da vontade coletiva, que as estabelece por meio de acordos e convenções coletivas de trabalho, ou até mesmo pela vontade unilateral do empregador. Em princípio, não são parcelas tipificadas em lei, sendo um dos exemplos mais expressivos a estipulação da parcela salarial denominada prêmio, cuja natureza salarial encontra entendimento pacífico na jurisprudência³⁰⁸ e cuja origem

³⁰⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Salário**: teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 55.

³⁰⁷ Para Sílvio Rodrigues, “o princípio da autonomia da vontade consiste na prerrogativa conferida aos indivíduos de criarem relações na órbita do direito, desde que se submetam às regras impostas pela lei e que seus fins coincidam com o interesse geral, ou não o contradigam.” (RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. v. 3. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 15-16. Para Ronaldo Lima Santos, “a autonomia da vontade como princípio assenta-se não somente como elemento de liberdade em geral, mas igualmente como suporte da liberdade jurídica, isto é, o poder insuprimível do homem de criar por um ato de vontade uma situação jurídica.” (SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das Normas Coletivas**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 110.)

³⁰⁸ PRÊMIO-ASSIDUIDADE E PONTUALIDADE. NATUREZA SALARIAL. Vantagem estabelecida em norma coletiva, alcançada como contraprestação/incentivo ao serviço. Inequívoca a natureza salarial da parcela, na forma do disposto no artigo 457, § 1º, da CLT. Decisão alicerçada em precedentes jurisprudenciais. Provido o recurso da União para declarar a natureza salarial da parcela prêmio-assiduidade e pontualidade, determinando que a rubrica seja incluída na base de incidência das contribuições previdenciárias. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0000798-91.2014.5.04.0661. Reclamante: Tadeu Moraes da Silveira. Reclamada: Airgas Comércio e Transportes Ltda. Relatora: Laís Helena Jaeger Nicotti. Porto Alegre, 03 ago. 2016. DEJT 08 ago. 2016.)

pode ser o contrato de trabalho, o acordo ou negociação coletiva ou o regulamento da empresa.

O terceiro grupo constitui-se em parcelas salariais dissimuladas, sendo que tais parcelas não são criadas por lei ou pela vontade privada com a qualidade de salário, embora cumpram, dissimuladamente, este papel ao longo da relação de emprego. Para Delgado³⁰⁹:

tais parcelas podem ser tipificadas em lei (diárias de viagem, por exemplo), mas não são tipificadas com natureza salarial – assumindo este último caráter em virtude de sua irregular utilização no contrato. Do mesmo modo, podem ser criadas pela vontade privada com envoltório formal distinto do salário – cumprindo, na prática, entretanto, papel de efetiva parcela salarial. Por isso caracterizam-se como salário dissimulado, salário que se disfarça sob outro envoltório aparente.

Observa-se, neste aspecto, que as diárias de viagem somente não serão consideradas salário quando não excederem o percentual de 50% do valor do salário percebido pelo empregado, assim estabelecendo não somente a legislação (*ex vi* do parágrafo 2º do artigo 457 da CLT), quanto a jurisprudência. Desta forma, e em consonância com a lição de Delgado, se as diárias de viagem e ajudas de custo extrapolarem a metade do salário do empregado, este terá direito à sua integração em sua remuneração. Ora, do contrário, de fato estar-se-ia diante de um mascaramento do salário pago sob forma das parcelas descritas no parágrafo 2º do artigo 457 consolidado, o que a jurisprudência³¹⁰ entende como abuso e busca coibir.

A despeito da classificação das parcelas salariais em três grupos, como visto acima, a seguir serão abordados alguns exemplos destas parcelas. Pois bem, trata-se o salário de uma parcela “cheia”, que abrange não somente a retribuição da prestação normal – básica – do serviço pelo empregador, mas também outras verbas, vinculadas a causas mais específicas, como é o caso dos adicionais, das comissões, dos abonos, gratificações e prêmios³¹¹.

³⁰⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Salário**: teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 55.

³¹⁰ RECURSO DA RECLAMADA. DIÁRIAS DE VIAGENS (ADIMPLIDAS COMO AJUDA DE CUSTO). Para evitar abusos, que poderiam levar ao mascaramento da remuneração, o parágrafo 2º, do artigo 457 da CLT, traz a exceção relativamente às diárias para viagens, limitando a natureza indenizatória a 50% do salário. Se houver pagamento em valores excedentes a esse limite, a parcela perderá a natureza indenizatória e adquirirá a natureza salarial. Sentença mantida. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0000510-77.2015.5.04.0801. Reclamante: Altamir Prazer Rodrigues. Reclamada: Expresso Hercules Transportes e Comércio Ltda. Relatora: Maria Madalena Tedesca. Porto Alegre, 28 jun. 2016. DEJT 07 jul. 2016.)

³¹¹ VIANA, Márcio Túlio. **Para entender o salário**. São Paulo: LTr, 2014. p. 65.

3.8.1 Salário utilidade

O salário utilidade está previsto no artigo 458 da CLT³¹², que prevê que serão considerados salário a alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações *in natura* que a empresa, por força do contrato ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado. Segundo Sussekind³¹³,

a jurisprudência, endossando a lição da doutrina, já se firmou no sentido de que a prestação *in natura* constitui salário quando, além de habitual ou previamente ajustado, for concedida ao empregado pelo trabalho realizado como parte da sua contraprestação, e não para proporcionar a execução do serviço contratado. Pelo serviço e não para o serviço.

Desta forma, o uniforme fornecido ao empregado para que este execute o trabalho não constitui salário; assim como o fornecimento adequado e controlado de alimentação aos trabalhadores pelo empregador, disciplinado pela Lei 6.321/76 (para a empresa integrante do PAT³¹⁴), também não é considerado como verba salarial; por fim, a habitação fornecida como fator de realização do trabalho, para a tarefa, e não pela tarefa, também não será salário (é o caso do empregado que utiliza a moradia de prédio residencial ou edifício de condomínio para o qual exerce atividades de zeladoria).

³¹² Art. 458. Além do pagamento em dinheiro, compreende-se no salário, para todos os efeitos legais, a alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações "*in natura*" que a empresa, por força do contrato ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado. Em caso algum será permitido o pagamento com bebidas alcoólicas ou drogas nocivas.

§ 1º Os valores atribuídos às prestações "*in natura*" deverão ser justos e razoáveis, não podendo exceder, em cada caso, os dos percentuais das parcelas componentes do salário-mínimo (arts. 81 e 82).

³¹³ SUSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 424. Segundo o autor, há limites para o pagamento de salário em espécies úteis ao trabalhador, devendo ser observadas as normas de proteção do trabalho, amparadas pelo Direito Internacional do Trabalho e pela legislação comparada, que impuseram restrições ao seu uso, admitindo o pagamento de salário *in natura* somente como complemento do salário em dinheiro, e, ainda assim, cumprindo certas condições ou limitações. (SUSSEKIND, Arnaldo Lopes. *El salario-utilidad en el derecho brasileño*. In: **El salario: estudios en homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez**. v. 1. Montevideo: A. M. Fernandez, 1987. p. 263-273. p. 263).

³¹⁴ OJ-SDI-1-133. AJUDA ALIMENTAÇÃO. PAT. LEI 6.321/76. NÃO INTEGRAÇÃO AO SALÁRIO. A ajuda alimentação fornecida por empresa participante do programa de alimentação ao trabalhador, instituído pela Lei 6.321/76, não tem caráter salarial. Portanto, não integra o salário para nenhum fim legal.

3.8.2 Comissões

As comissões decorrem essencialmente das transações ou negócios conseguidos pelo empregado para a empresa³¹⁵, e podem somar-se ao salário fixo ou constituírem-se a única forma de pagamento – é o caso dos comissionistas puros – desde que observem o teto do salário mínimo, caso contrário, deverá o empregador completar o valor até que atinja o mínimo. Barros³¹⁶ entende que as comissões são permitidas, no Brasil, como forma exclusiva ou não de retribuição paga a certos tipos de empregados, como os vendedores, viajantes praticistas ou trabalhadores que executam funções análogas, cujos ganhos são calculados com base no resultado de suas atividades. Nestas, vê-se que o princípio da alteridade se atenua, já que aqui, os frutos do trabalho não serão unicamente destinados ao empregador, mas também ao empregado, que perceberá uma comissão pelas vendas realizadas, em caso de ser ele, por exemplo, vendedor.

A doutrina³¹⁷ é praticamente unânime ao afirmar que a natureza jurídica das comissões é inequivocamente salarial, já que se constituem em uma modalidade de salário pago pela unidade da obra ou do sentido. Para Gomes³¹⁸, se não houver uma obra material para ser remunerada, como na produção de mercadorias, há negócios individualizáveis, que exigem do empregado a prática de determinados atos ou negócios, os quais são tomados como unidade para efeito de pagamento do salário.

3.8.3 Prêmios

Os prêmios podem ser oriundos do contrato individual, do regulamento da empresa, da convenção ou acordo coletivo, ou da sentença normativa e são ligados sempre a uma causa que não o trabalho puro e simples, em outras palavras, são salários condicionados, de modo que se a condição não é satisfeita, a verba é indevida, embora a cláusula que a preveja continue a existir. Deste modo, um

³¹⁵ CATHARINO, José Martins. **Tratado jurídico do salário**. São Paulo: LTr, 1951. p. 519.

³¹⁶ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 499.

³¹⁷ CATHARINO, José Martins. **Tratado jurídico do salário**. São Paulo: LTr, 1994. p. 525; GOMES, Orlando. **O salário no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: J. Konfino, 1947. p. 35; SUSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 434; NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **O salário**. São Paulo: LTr, 1996. p. 23-24.

³¹⁸ GOMES, Orlando. **O salário no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: J. Konfino, 1947. p. 35.

empregado pode ficar anos sem perceber o prêmio-assiduidade, e, nem por isso, deixará de percebê-lo quando fizer jus ao seu recebimento, ou seja, quando for assíduo ao trabalho.

No entender de Delgado³¹⁹, os prêmios se aproximam dos adicionais, na medida em que se trata de um salário-condição, embora se distancie largamente daqueles em virtude da significativa diferença entre a causa e o evento causador de sua incidência; nos adicionais, o exercício do trabalho pelo empregado se dá em circunstâncias mais gravosas, legalmente tipificadas, enquanto que nos prêmios, o atendimento a condutas ou circunstâncias vinculadas ao comportamento individual ou coletivo dos trabalhadores é tida como favoráveis ao empregado. Frequentemente, os prêmios decorrem de méritos do empregado, que os recebe a título de cumprimento de metas favoráveis à produtividade e eficiência do trabalho.

Viana³²⁰ pondera que os novos métodos de gestão, que vinculam o prêmio ao salário produção, permitem às empresas lançar sobre os ombros do empregado a tarefa de fiscalizar e cobrar eficiências dos demais colegas, externando uma parcela de seu próprio poder diretivo; enquanto que, quando o prêmio for atribuído ao trabalhador isolado – como em casos de prêmio qualidade, assiduidade, pontualidade ou espírito de iniciativa – será ele mesmo o seu próprio fiscal.

3.8.4 Gratificações

A exemplo dos prêmios, as gratificações também podem ser oriundas do contrato individual, do regulamento da empresa, da convenção ou acordo coletivo, ou da sentença normativa. No caso das gratificações, também estas podem ser previstas em lei, a exemplo da gratificação natalina, ou 13º salário. As gratificações também se tratam de salários condicionados, a exemplo do empregado que ocupa por dez anos ou mais um cargo de confiança e depois passar a ocupar o cargo efetivo, dessa forma, a gratificação incorporará para sempre o seu salário, conforme entendimento

³¹⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Salário**: teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 59.

³²⁰ VIANA, Márcio Túlio. **Para entender o salário**. São Paulo: LTr, 2014. p.72.

pacificado pelo TST por meio da Súmula 372³²¹. Delgado³²² estabelece a diferença entre prêmios e gratificações, quando leciona que:

a gratificação tende a ser fato objetivo, normalmente externo à pessoa do trabalhador beneficiado, não se relacionando à sua conduta ou a do grupo obreiro mais próximo a ele. Os prêmios são parcelas contraprestativas pagas pelo empregador ao empregado em decorrência de um evento ou circunstância tida como relevante pelo empregador e vinculada à conduta individual do obreiro ou coletiva dos trabalhadores da empresa.

Frequentemente, as gratificações – ao contrário dos prêmios – não decorrem de méritos do empregado, embora se costume exigir a falta de deméritos, desse modo, se o contrato se rompe antes do dia fixado para o pagamento, o empregado somente a recebe proporcionalmente se não tiver praticado a justa causa³²³. Como a lei não define expressamente o que sejam gratificações e prêmios, o que pode acontecer é que muitas vezes à gratificação estar vinculado um trabalho melhor ou maior, casos em que se distinguirão dos prêmios pelo seu caráter mais genérico.

3.8.4.1 13º salário

O 13º salário também conhecido como gratificação natalina, por ter como referência a remuneração de dezembro e se caracteriza por ser uma parcela contraprestativa paga pelo empregador ao empregado, em caráter de gratificação legal, no importe da remuneração devida em dezembro de cada ano – ou do último mês contratual, neste caso, sendo devido de forma proporcional –, caso rompido antecipadamente a dezembro o pacto. Previsto inicialmente na Lei 4.090/62, com alterações posteriores (Leis 4.749/65 e 9.011/95), originou-se da normatividade autônoma (costumes ou normas coletivas) ou da própria concessão empresária, como nítida gratificação.

³²¹ GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. SUPRESSÃO OU REDUÇÃO. LIMITES.

I - Percebida a gratificação de função por dez ou mais anos pelo empregado, se o empregador, sem justo motivo, revertê-lo a seu cargo efetivo, não poderá retirar-lhe a gratificação tendo em vista o princípio da estabilidade financeira.

II - Mantido o empregado no exercício da função comissionada, não pode o empregador reduzir o valor da gratificação.

³²² DELGADO, Maurício Godinho. **Salário**: teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 171.

³²³ MESQUITA, Luiz José de. **As gratificações no Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 1957. p. 15.

O 13º salário constitui parcela salarial importante da relação empregatícia, não somente por estar prevista em lei, como também, por força constitucional³²⁴, se estender a todos os empregados, incluídos os domésticos, daí que se percebe não somente o seu caráter universal, como também não discriminatório.

3.8.5 Salário básico

Também conhecido como salário-base, consiste na contraprestação fixa principal paga pelo empregador ao empregado em razão da relação de emprego. O salário básico é estipulado em valores próprios (embora passível de reajustes periódicos), de modo que ele não é calculado de acordo com percentuais variáveis estabelecidos em função de certos parâmetros contratuais – como ocorre com as comissões, por exemplo. Assim, o salário-base não tem seu cálculo subordinado a qualquer outra verba contratual, em contraponto com algumas modalidades especiais de salário, que tendem a se calcular ou a se acoplar à figura do salário fixo (a exemplo dos adicionais)³²⁵.

3.8.6 Abonos

Pois bem, os abonos, a exemplo das comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias de viagens, estão previstos no parágrafo primeiro do artigo 457 da CLT, como integrantes do salário, além da parcela fixa estipulada, e costumam ser fixados por convenções ou acordos coletivos, de forma a antecipar os aumentos ou reajustes salariais concedidos ao empregado pelo empregador. Assim, quando um empregado isolado percebe do empregador um adiantamento – assinando o recebimento de um “vale”, como conhecida tal verba comumente – inexistem dúvidas de que esse valor pode ser deduzido de seu salário, por ocasião de seu pagamento

³²⁴ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)

VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria; (...)
Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social.

³²⁵DELGADO, Maurício Godinho. **Salário**: teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 142.

mensal. Além disso, pode ocorrer de determinada categoria profissional que discutiria com a empresa um aumento ou reajuste salarial em determinado mês – outubro, por exemplo – postule um adiantamento alguns meses antes, em razão da inflação, por exemplo (em contextos inflacionários que, por longas décadas, afligiram o Brasil). A esse adiantamento, costuma-se dar o nome de abono³²⁶.

O abono também pode decorrer de lei, como, por exemplo, quando uma lei municipal concede aos salários dos servidores municipais celetistas um abono, sendo que este deverá ser incorporado ao seu salário base e sofrer os mesmos reajustes a que submetido o salário básico quando da data base da concessão dos reajustes salariais³²⁷. Por outro lado, a jurisprudência acolhe que é viável a concessão de antecipação salarial compensável³²⁸, desde que esta específica noção – compensação ou dedução em futuros reajustes legais, normativos ou convencionais – esteja clara no título jurídico concessor do adiantamento dedutível e destacada a parcela de adiantamento especificamente no respectivo documento quitatório. Também em outras vezes, a lei utiliza a palavra abono em outro sentido, sem que haja qualquer antecipação de valores ao salário, como é o caso do abono pecuniário das férias, em que o empregado recebe um valor ao trocar um terço de suas férias por dinheiro³²⁹. Portanto, em geral, salvo algumas exceções de casos expressamente previstos em lei, como, por exemplo, o abono previsto na Lei 8.276/91³³⁰, terá claramente natureza salarial, por força do disposto na legislação celetista.

³²⁶ VIANA, Márcio Túlio. **Para entender o salário**. São Paulo: LTr, 2014. p. 74.

³²⁷ ABONO SALARIAL INCORPORADO POR DECISÃO JUDICIAL. REAJUSTES SALARIAIS EM DECORRÊNCIA DA APLICAÇÃO DOS MESMOS ÍNDICES DO SALÁRIO BÁSICO. Ante a declaração judicial de que o abono salarial concedido pela Lei Municipal nº 2.964/2000 possui natureza tipicamente salarial, tendo-se incorporado aos salários dos obreiros municipais, este deve sofrer reajustes nos mesmos padrões a que submetido o salário básico do reclamante. Negado provimento a ambos os recursos. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0000247-45.2015.5.04.0801. Reclamante: Mário Sérgio Valensuela Papale. Reclamado: Município de Uruguaiana. Relatora: Rosane Serafini Casa Nova. Porto Alegre, 02 dez. 2015. DEJT 07 dez. 2015.)

³²⁸ Neste sentido, entende o TST nos seguintes processos: Recurso de Revista 776-24.2010.5.15.0093, Relator: Min. Márcio Eurico Vitral Amaro, julgado em 31 ago. 2016, DEJT 02 set. 2016; Recurso de Revista n. 802-19.2010.5.15.0094, Relator: Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, julgado em 10 ago. 2016, DEJT 12 ago. 2016; Recurso de Revista n. 1757-58.2012.5.15.0004, Relatora: Min. Delaíde Miranda Arantes, julgado em 08 jun. 2016, DEJT 17 jun. 2016; entre outros julgados no mesmo sentido.

³²⁹ CLT, art. 143: É facultado ao empregado converter 1/3 (um terço) do período de férias a que tiver direito em abono pecuniário, no valor da remuneração que lhe seria devida nos dias correspondentes.

³³⁰ Essa lei, promulgada durante o governo Collor, em 19.12.1991, dispôs sobre a concessão de abono aos trabalhadores no mês de dezembro de 1991, e deu outras providências.

3.8.7 Adicionais salariais

Os adicionais permitem ressaltar e valorizar, economicamente, na retribuição salarial, certas circunstâncias específicas que envolvem a prestação de serviços pelo empregado, e se devem, essencialmente, em decorrência de situações tipificadas como mais gravosas ao obreiro. Em síntese, são as “parcelas contraprestativas suplementares devidas ao empregado em virtude do exercício do trabalho em circunstâncias tipificadas mais gravosas”.³³¹ Desta forma, os adicionais retribuem o trabalho, mas não é qualquer trabalho normal, mas sim um trabalho anormal, nas palavras de Viana³³².

O adicional, como a própria nomenclatura indica, é algo que se adiciona. Para Nascimento³³³, é “o acréscimo que tem causa o trabalho em condições mais gravosas para quem o presta.” O que o distingue do salário-base é, portanto, a causa de um e de outro. Enquanto que no primeiro o trabalho é puro e simples; no segundo o trabalho é mais gravoso, penoso, desconfortável, atribuindo um fator de fadiga ou de risco à integridade física ou à saúde do trabalhador, por assim dizer. E, essa gravosidade pode ser concreta, real, imediata, como ocorre na realização de horas extras, ou apenas potencial, como sucede no trabalho realizado em condições perigosas, embora aqui, ele também pode ser real, na medida em que a simples existência do perigo pode tornar a atividade estressante ao empregado.

O adicional traz consigo a ideia de que, por conta de situações extraordinárias ou desvantajosas, o empregado receberá um valor de hora de trabalho maior do que aquela situação outorgada em situações normais. Em nome da não compressividade³³⁴, então, se destaca o valor da hora normal do correspondente “adicional”, “acréscimo” ou “pagamento suplementar” e identificam-se tais elementos no contracheque ou recibo salarial³³⁵. O vocábulo adicional não está contido entre aqueles indicativos de complementos salariais, previstos no parágrafo primeiro do

³³¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Salário: teoria e prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 149.

³³² VIANA, Márcio Túlio. **Para entender o salário**. São Paulo: LTr, 2014. p. 74.

³³³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito do Trabalho na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 133.

³³⁴ O salário compressivo é vedado pelo nosso ordenamento jurídico, de acordo com o parágrafo 2º do artigo 477 da CLT e com a Súmula 91 do TST. As verbas salariais devem ser pagas de forma destacada no recibo de pagamento de salário. Caso contrário será caracterizado o salário compressivo.

³³⁵ MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 434.

artigo 457 da CLT. Observa-se que, ali, há apenas referência a comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias de viagem e abonos pagos pelo empregador.

A despeito disso, os adicionais estão referenciados na CLT, conforme se percebe no artigo 192 (adicional de insalubridade); artigo 193 (adicional de periculosidade); artigo 59 (adicional de horas extras, também previsto no artigo 7º inciso XVI, da Constituição Federal); artigo 73 (adicional noturno). Em todas essas situações legais, pois, o vocábulo “adicional” traz consigo a ideia de acréscimo, de adição ao montante originariamente contratado e pago, visa-se compensar situações desvantajosas ao empregado. Muitas vezes a CLT trata do adicional como “acréscimo” ou “pagamento suplementar”, a exemplo do disposto no artigo 469 (adicional de transferência).

Serão tratadas a seguir as espécies de adicionais existentes em nosso direito trabalhista pátrio, que retribuem na forma de um acréscimo da hora normal³³⁶, as condições mais gravosas de trabalho, quais sejam, adicional de horas extras, adicional noturno, adicional de transferência, adicional insalubridade, adicional de periculosidade e o adicional de penosidade³³⁷.

3.8.7.1 Adicional de horas extras

O adicional de horas extras é utilizado para contraprestar o trabalho prestado em regime extraordinário. A Constituição Federal de 1988 garante a duração do trabalho normal não superior a 8 horas diárias, respeitadas as 44 semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, por meio de acordo ou convenção coletiva de trabalho (artigo 7º, inciso XIII). Caso não haja acordo de compensação de horas (artigo 59, parágrafo 2º da CLT), o empregado receberá por estas horas prestadas a mais, acrescidas do adicional legal de 50% do valor da hora normal³³⁸.

³³⁶ Carmem Camino esclarece de forma esquemática que o legislador estabelece, implicitamente, os limites do trabalho normal (que enseja o salário normal): sua quantidade é medida em horas da jornada, em geral e no limite de 8h a cada 24h; é prestado em período não coincidente com o repouso noturno; é prestado em local higiênico, seguro e confortável; é prestado de sorte a não afastar o empregado do seu domicílio; demanda esforço físico e intelectual em limites razoáveis de tolerância. (CAMINO, Carmem. **Direito Individual do Trabalho**. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 366.

³³⁷ O adicional de penosidade foi instituído pela Constituição Federal de 1988 (artigo 7º, inciso XXIII), embora não tenha sido regulamentado ainda.

³³⁸ CF, art. 7º: (...)

XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal.

Desta forma, o adicional de 50% sobre as horas excedentes da oitava da jornada diária (ou outro estabelecido por acordo individual ou coletivo) é devido de modo compulsório. Várias categorias profissionais têm obtido por meio de negociações coletivas adicionais superiores ao estipulado em lei, em especial se a jornada excede os limites das dez horas diárias³³⁹.

Inequívoco, portanto, que o trabalho em horas extras é mais penoso do que o trabalho em jornada normal, e a sua retribuição sob a forma de adicional é uma forma de compensar o trabalho além dos limites quantitativos tidos como toleráveis pelo legislador, desde que não haja sobrecarga significativa para o empregado, o que o Judiciário em regra visa coibir não somente com a condenação do empregado ao pagamento de horas suplementares não adimplidas na relação laboral como também com a imposição de indenização por danos morais e existenciais³⁴⁰.

3.8.7.2 Adicional noturno

Previsto no artigo 7º, inciso IX, da Constituição Federal, o adicional remunera o trabalho noturno, porque o labor em tais condições demanda maior esforço físico do trabalhador, e o obriga a alterar o relógio biológico, além de dificultar o convívio familiar e social. Estudos apontam, também, que há um componente psicológico que predispõe a ocorrência de depressão e fadigas, já que o trabalhador está trabalhando

O TST tratou de evitar desvirtuamentos da utilização do instituto da regra de compensação sem a observação de critérios mínimos, decidindo que, havendo acordo compensatório, as horas extras prestadas habitualmente tornarão nulo o convencionado.

³³⁹ AGRAVO DE PETIÇÃO DA EXECUTADA. ADICIONAL. INTERVALOS INTERJORNADAS. Caso em que as duas primeiras horas extras que excederam à oitava diária devem ser calculadas com o adicional de 50%, aplicando-se o adicional de 75% ou 100% para as subsequentes, procedendo-se, em cálculo apartado, à apuração das horas não fruídas dos intervalos entre duas jornadas de trabalho, por ser parcela diversa, embora paga, fictamente, como se extraordinária fosse. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Agravo de Petição n. 0000148-05.2011.5.04.0029. Reclamante: Carlos Alberto Rodrigues Ferreira (Sucessão de). Reclamada: Vonpar Refrescos S.A. Relatora: Maria da Graça Ribeiro Centeno. Porto Alegre, 07 jul. 2015. DEJT 13 jul. 2015.)

Evidentemente que os adicionais superiores obtidos por meio de acordos ou convenções coletivas, ou por sentenças normativas, são aplicáveis obrigatoriamente aos contratos individuais, em observância ao princípio da norma mais favorável ao empregado.

³⁴⁰ DANO EXISTENCIAL. CARGAS HORÁRIAS EXCESSIVAS. A instituição pelo empregador de jornadas exaustivas de trabalho de 12 horas de labor por 24h de descanso, em sistema de turnos de revezamento, por longo período (7 anos e meio), impõe ao empregado um novo e prejudicial estilo de vida, com privação de direitos de personalidade, como o direito ao lazer, à instrução, à convivência familiar. Prática que deve ser coibida por lesão ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição da República). Provido em parte o apelo patronal para redução do valor arbitrado para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0000501-07.2014.5.04.0234. Reclamante: Jaci Alves. Reclamada: Olaria Estância Ltda. Relator: Raul Zoratto Sanvicente. Porto Alegre, 27 jan. 2016. DEJT 04 fev. 2016.)

enquanto os demais estão gozando do descanso noturno, ou seja, inverte-se o costume da sociedade que, na sua maioria, trabalha de dia e repousa à noite³⁴¹. O legislador considerou como critério delimitador do trabalho noturno aquele em que a maior parte das pessoas está em repouso noturno (das 22h às 5h), sendo a hora noturna reduzida ficticiamente para 52 minutos e 30 segundos³⁴². O adicional noturno corresponde ao percentual de 20% do salário pago pelo trabalho diurno (para o trabalho rural, o percentual corresponde a 25% sobre a remuneração normal)³⁴³.

3.8.7.3 Adicional de transferência

Para o Direito do Trabalho, a regra é a inamovibilidade do empregado. É o que estabelece o artigo 469 da CLT³⁴⁴, quando dispõe que é vedado ao empregador transferir o empregado, sem a sua anuência, para localidade diversa da que resultar do contrato, não se considerando transferência a que não acarretar necessariamente a mudança do seu domicílio. Excetuam-se dessa regra as hipóteses previstas nos parágrafos 1º, 2º e 3º do aludido artigo celetista (descritos na nota 158 anterior). O

³⁴¹ BOMFIM, Vólia. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 818.

³⁴² CLT, art. 73: Salvo nos casos de revezamento semanal ou quinzenal, o trabalho noturno terá remuneração superior a do diurno e, para esse efeito, sua remuneração terá um acréscimo de 20% (vinte por cento), pelo menos, sobre a hora diurna.

§ 1º A hora do trabalho noturno será computada como de 52 minutos e 30 segundos.

§ 2º Considera-se noturno, para os efeitos deste artigo, o trabalho executado entre as 22 horas de um dia e as 5 horas do dia seguinte.

³⁴³ A alteração do trabalho noturno para o diurno pressupõe a supressão do adicional noturno, *ex vi* Súmula 262 do TST. Isso porque, mesmo que tenha o empregado recebido o adicional noturno por muitos anos, tal fato não importa em *altera in pejus* do contrato de trabalho, já que se considera que o trabalho executado em horário noturno faz mal à saúde biológica e social do trabalhador (ao contrário das horas extras que, quando forem percebidas por dez anos ou mais, geram o direito à percepção de uma indenização pelo trabalhador, conforme disposto na Súmula 291 do TST). Dessa forma, a transferência para o turno diurno importa em alteração benéfica do contrato de trabalho, mesmo que acarrete, paradoxalmente, a supressão de adicional financeiro, portanto, um decréscimo nos seus vencimentos.

³⁴⁴ Art. 469. Ao empregador é vedado transferir o empregado, sem a sua anuência, para localidade diversa da que resultar do contrato, não se considerando transferência a que não acarretar necessariamente a mudança do seu domicílio .

§ 1º - Não estão compreendidos na proibição deste artigo: os empregados que exerçam cargo de confiança e aqueles cujos contratos tenham como condição, implícita ou explícita, a transferência, quando esta decorra de real necessidade de serviço.

§ 2º - É lícita a transferência quando ocorrer extinção do estabelecimento em que trabalhar o empregado.

§ 3º - Em caso de necessidade de serviço o empregador poderá transferir o empregado para localidade diversa da que resultar do contrato, não obstante as restrições do artigo anterior, mas, nesse caso, ficará obrigado a um pagamento suplementar, nunca inferior a 25% (vinte e cinco por cento) dos salários que o empregado percebia naquela localidade, enquanto durar essa situação.

parágrafo 3º prevê o pagamento do adicional de transferência, quando determina que será devido ao empregado que, no exercício da sua atividade profissional, é compelido a se afastar de seu domicílio, e, não raro, de sua família. São requisitos para a aquisição do direito ao adicional a transferência provisória, determinada pelo empregador (unilateral), ou de comum acordo com o empregado (bilateral); a mudança de localidade e de domicílio³⁴⁵, a transferência por real necessidade de serviço.

Cabe aqui um esclarecimento no que parte da doutrina³⁴⁶ entende quanto à distinção entre remoção e transferência, considerando que a primeira não implica a mudança de domicílio, embora possa haver mudança de localidade, o que ocorre, frequentemente, na região metropolitana das grandes cidades, ou mesmo de cidades vizinhas. Mesmo não havendo mudança de domicílio, o empregado removido por ato unilateral do empregador para local mais distante de sua residência tem direito a suplemento salarial correspondente ao acréscimo da despesa de deslocamento (previsto na Súmula nº 29 do TST, baseada no artigo 470 da CLT)³⁴⁷.

É justamente essa transitoriedade que torna o trabalho particularmente penoso, impondo ao empregado carga adicional de desconforto³⁴⁸. Presume-se que o empregado, instalado provisoriamente em determinado local³⁴⁹, tenha mais gastos, seja para sua subsistência, seja para cobrir despesas que, normalmente, não teria em seu local de origem, de modo que o adicional de transferência consiste num *plus* destinado a suprir perdas salariais que o transferido não teria como evitar.

3.8.7.4 Adicional de penosidade

³⁴⁵ Apesar de a lei se referir a domicílio, a doutrina e a jurisprudência majoritárias aceitam que a mudança seja de residência. Neste sentido: SUSSEKIND, Arnaldo; MARANÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. v. 1. 22. ed. São Paulo: LTR, 2005. p. 550-551.

³⁴⁶ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1994. p. 140-562.

³⁴⁷ Súmula nº 29 do TST. TRANSFERÊNCIA – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Empregado transferido, por ato unilateral do empregador, para local mais distante de sua residência, tem direito a suplemento salarial correspondente ao acréscimo da despesa de transporte.

CLT, art. 470. As despesas resultantes da transferência correrão por conta do empregador.

³⁴⁸ CAMINO, Carmem. **Direito Individual do Trabalho**. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 371.

³⁴⁹ A mudança de localidade corresponde, segundo o TST, à mudança de município ou região metropolitana, de acordo com o inciso X da Súmula 6. Embora esta súmula se refira à equiparação salarial (artigo 461 da CLT), ela conceitua localidade, mesma expressão utilizada no artigo 469 da CLT.

Embora mencionado na Constituição Federal de 1988 (artigo 7º, inciso XXIII), o adicional de penosidade não possui tipificação e especificação no ordenamento jurídico trabalhista infraconstitucional. No Direito Administrativo já existe tipificação de atividades penosas com o respectivo adicional, como exemplo, o artigo 71, da Lei 8.112/90³⁵⁰ que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais³⁵¹. Portanto, com exceções das entidades da administração pública direta e indireta, nas demais relações jurídicas laborais estabelecidas entre entes privados, tendo em vista a ausência de regulamentação infraconstitucional do adicional de penosidade (respeitado o convencionado individual ou coletivamente), o acréscimo não será devido.

3.8.7.5 Adicional de insalubridade

As atividades, operações e circunstâncias insalubres são especificadas por diplomas normativos expedidos pelo Ministério do Trabalho, por meio de portarias, as quais estabelecem, ainda, os limites de tolerância aos agentes agressivos, meios de proteção e o tempo máximo de exposição do empregado a estes agentes (artigo 190 da CLT). É devido o adicional de forma compulsória, sempre que o empregado executar suas atividades em condições insalubres de trabalho, identificadas pela Portaria 3214/78, NR-14, do MTE, em percentuais diferenciados segundo o artigo 192 da CLT, sendo de 10% para a insalubridade em grau mínimo, 20% para a insalubridade em grau médio, e 40% para a insalubridade em grau máximo, e, uma vez elidida sua incidência pela adoção de medidas eficazes do empregador³⁵²,

³⁵⁰ Art. 71. O adicional de atividade penosa será devido aos servidores em exercício em zonas de fronteira ou em localidades cujas condições de vida o justifiquem, nos termos, condições e limites fixados em regulamento.

³⁵¹ FASE - FUNDAÇÃO DE ATENDIMENTO SÓCIO-EDUCATIVO. ADICIONAL DE PENOSIDADE. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE/INSALUBRIDADE. CUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. Incontroversa a existência de ato administrativo da Fundação na qual restou instituído o pagamento do adicional de penosidade de forma não cumulativa com os demais adicionais (periculosidade/insalubridade), tem-se por inviável a cumulação pretendida. Previsão ratificada no Acordo Coletivo de Trabalho firmado em 2010, o qual prevê o pagamento não cumulativo do adicional de penosidade no percentual de 40%. Termo de opção firmado pelo empregado no qual manifesta opção pela percepção do adicional de penosidade em detrimento dos adicionais de periculosidade e insalubridade. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0000611-17.2015.5.04.0801. Reclamante: Edi Wilson Shneider Guedes. Reclamada: Fundação de Atendimento Sócio-Educativo do Rio Grande do Sul - FASE. Relator: Marcelo José Ferlin D Ambroso. Porto Alegre, 16 jun. 2016. DEJT 24 jun. 2016.)

³⁵² CLT, art. 191: A eliminação ou a neutralização da insalubridade ocorrerá:

I - com a adoção de medidas que conservem o ambiente de trabalho dentro dos limites de tolerância;

cessará o direito à percepção do adicional³⁵³. A questão da base de cálculo do adicional de insalubridade será abordada em tópico próprio adiante (mais precisamente, no subitem 3.8.6 que tratará do salário mínimo), pela peculiaridade e controvérsia quanto a sua fixação.

3.8.7.6 Adicional de periculosidade

O adicional de periculosidade está previsto nas situações de trabalho taxativamente dispostas na lei³⁵⁴ e na Portaria 3214/78, NR-15, do MTE, ou seja, quando o trabalhador esteja em contato com inflamáveis, explosivos ou energia elétrica; esteja exposto a roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial; ou execute atividades em motocicleta. O adicional de periculosidade corresponde a 30% sobre o valor do salário contratual, consoante o parágrafo 3º do artigo 193 da CLT. O parágrafo 2º do mesmo artigo dispõe sobre a impossibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, ao referir que o empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido. No mesmo sentido, é o entendimento

II - com a utilização de equipamentos de proteção individual ao trabalhador, que diminuam a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância.

³⁵³ A exemplo do que ocorre com o adicional noturno, a cessação não importa em alteração *in pejus* do contrato de trabalho, já que o trabalho executado em condições insalubres prejudica a saúde do trabalhador

³⁵⁴ CLT, art. 193: São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a:

I - inflamáveis, explosivos ou energia elétrica;

II - roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial.

§ 1º - O trabalho em condições de periculosidade assegura ao empregado um adicional de 30% (trinta por cento) sobre o salário sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa.

§ 2º - O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido.

§ 3º Serão descontados ou compensados do adicional outros da mesma natureza eventualmente já concedidos ao vigilante por meio de acordo coletivo

§ 4º São também consideradas perigosas as atividades de trabalhador em motocicleta.

do TST³⁵⁵. Embora haja importantes vozes doutrinárias³⁵⁶ e jurisprudenciais no sentido de ser mais justa a adoção de critério proporcional ao cálculo do adicional quando a exposição ao risco seja intermitente, o TST³⁵⁷ por meio da Súmula 364 adotou como integral o adicional de periculosidade, seja em situações de exposição ao risco intermitentes ou permanentes.

3.8.8 Salário mínimo

O salário mínimo constitui-se no patamar mínimo destinado a retribuir o trabalho efetivamente realizado pelo empregado, na jornada máxima legal ou contratual e figura como o mecanismo jurídico destinado a proteger o valor do salário em seus estratos mais baixos, que correspondem ao trabalhador de mínima ou sem qualificação profissional. A Constituição Federal dispõe que deverá o salário mínimo atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social³⁵⁸. Nas palavras de Cosmópolis³⁵⁹:

³⁵⁵ RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014 - CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE – IMPOSSIBILIDADE. Nos termos da jurisprudência pacífica do Eg. TST, não há falar em pagamento cumulativo dos adicionais de insalubridade e periculosidade. O artigo 193, § 2º, da CLT dispõe que o empregado pode optar pelo adicional que porventura lhe seja devido. Precedentes. Recurso de Revista conhecido e provido. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 12554-97.2013.5.03.0164. Recorrente: CNH Latin América Ltda. Recorrido: Rogério Altivo Campos. Relatora: Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. Brasília, 28 ago. 2016. DEJT 30 set. 2016.)

³⁵⁶ VALLE, Márcio Ribeiro de. Insalubridade e periculosidade. In: BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**: Estudos em memória de Célio Goyatá. v. II. 2. ed. São Paulo: LTr, 1994. p. p. 140-142.

³⁵⁷ Súmula nº 364 do TST. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. EXPOSIÇÃO EVENTUAL, PERMANENTE E INTERMITENTE.

I - Tem direito ao adicional de periculosidade o empregado exposto permanentemente ou que, de forma intermitente, sujeita-se a condições de risco. Indevido, apenas, quando o contato dá-se de forma eventual, assim considerado o fortuito, ou o que, sendo habitual, dá-se por tempo extremamente reduzido.

II - Não é válida a cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho fixando o adicional de periculosidade em percentual inferior ao estabelecido em lei e proporcional ao tempo de exposição ao risco, pois tal parcela constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantida por norma de ordem pública (arts. 7º, XXII e XXIII, da CF e 193, §1º, da CLT).

³⁵⁸ Art. 7º: (...)

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;”.

³⁵⁹ PASCO COSMÓPOLIS, Mario. El salario y su protección. In: **El salario**: estudios en homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez. v. 2. Montevideo: A. M. Fernandez, 1987. p. 9-34. p. 12.

La idea del salario mínimo es – para De La Cueva – señalar el nivel mínimo en la escala social, abajo del cual la vida deja de corresponder a la dignidad y a la decencia de la persona humana”, y tiene según el mismo autor “una triple finalidad: asegurar la satisfacción de las necesidades propiamente vitales, asegurar la educación de los hijos y proporcionar a la familia los placeres honestos a que tiene derecho.

O patamar genérico de valor salarial fixa-se pela figura do salário mínimo legal. Esta parcela prevista já no tradicional texto celetista da década de 40 (artigos 76 e seguintes da CLT) tornou-se necessariamente estipulada por diploma legal (e não mais por decreto do Poder Executivo), a teor de comando constitucional nessa direção (artigo 7º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988). A Constituição, em verdade, trouxe alterações importantes na figura do salário mínimo. Pois, além de fixá-lo por lei, assegurou a sua unificação nacional, por meio do citado artigo 7º constitucional.

Todavia, isso não reflete a realidade do Brasil, pois, sabe-se que há regiões mais desenvolvidas do ponto socioeconômico que outras, ou em vias de desenvolvimento, e, algumas ainda, subdesenvolvidas. Deste modo, o país não está unificado sob o prisma geossocioeconômico, para que haja um patamar único de salário mínimo. Eis que daí, a Lei Complementar 103 de 14.06.2000 autorizou a fixação de um piso salarial para os Estados e Distrito Federal, a que alude o artigo 7º, inciso V, da Constituição Federal³⁶⁰.

Segundo o entendimento de Sussekind³⁶¹:

A fixação de níveis mínimos de salário, seja por lei ou ato do governamental, seja por órgão com representação de empresários e trabalhadores, constitui características marcante da intervenção do Estado nas relações contratuais de trabalho. O salário mínimo corresponde, assim, ao patamar abaixo do qual não pode prevalecer a vontade dos contratantes, sendo nula de pleno direito qualquer estipulação em contrário, mesmo advinda de instrumento da negociação coletiva. A flexibilização admitida para algumas hipóteses encontra barreira intransponível no valor do salário mínimo.

A Constituição Federal de 1988 buscou meios de favorecer a garantia do valor real do salário mínimo, de modo que, por um lado, vedou sua vinculação para qualquer fim, proibição que objetivava evitar a utilização como medida de valor³⁶². Fato é que,

³⁶⁰ Art. 7º. (...)

V- piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;

³⁶¹ SUSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 430.

³⁶² Para Delgado, tal proibição de utilização do salário mínimo como medida de valor visa a evitar uma prática que historicamente sempre conspirou contra a sua efetiva valorização no contexto econômico. (DELGADO, Maurício Godinho. **Salário: teoria e prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 205.)

o que ela visou foi evitar que as prestações de médio e longo prazo, de modo geral, fossem indexadas ao salário mínimo, a fim de que o aumento de valores deste não ocasionasse uma inflação dos custos. Mas nada impede que o valor do salário profissional ou o salário base da categoria corresponda a alguns salários mínimos, pois, para Saad³⁶³ o que não é admitido pela Constituição Federal é “a vinculação do salário mínimo a qualquer outro ato jurídico que não o contrato de trabalho”.

Discussão importante acerca da utilização do salário mínimo como critério indexador remete a repercussões da incidência do mínimo em parcelas salariais, e isto reflete, indubitavelmente, na questão atinente ao adicional de insalubridade. Isso porque, enquanto o artigo 192³⁶⁴ da CLT dispõe que o adicional incidirá sobre o salário mínimo da região, o artigo 7º, inciso IV³⁶⁵, da Constituição Federal, veda a utilização do salário mínimo para qualquer fim. Apesar do citado inciso IV da Carta Magna, o inciso XXIII³⁶⁶ do mesmo artigo 7º determina que será devido o adicional de remuneração em atividades consideradas como insalubres. Observa-se, no aspecto, como não está em sintonia a legislação celetista com a norma constitucional, o que torna, não por acaso, polêmico o assunto.

Em consequência, estas disposições legais díspares geraram controvérsias no âmbito jurisprudencial, que se dividia entre posições dissonantes existentes na legislação constitucional e infraconstitucional. Por algum tempo, houve a discussão entre a compatibilidade do artigo 192 da CLT – que fixa a base de cálculo do adicional de insalubridade como sendo o salário mínimo – com o inciso IV do artigo 7º constitucional – que não admite a indexação do salário mínimo para qualquer fim. Diante do inciso IV do artigo 7º da Constitucional, adveio o seguinte debate: estaria o artigo 192 celetista em consonância com a Constituição Federal? Frente a esta questão, o TST havia sedimentado o entendimento de que o artigo 192 seria constitucional, ex vi do antigo teor da Súmula 228, cuja redação dispunha que:

³⁶³ SAAD, Eduardo Gabriel. Breves comentários à LF-9601, de 1998 que institui novo contrato por prazo determinado. *Ltr: Suplemento Trabalhista*, São Paulo, n. 26, p.111-117, 1998.

³⁶⁴ Art. 192. O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário-mínimo da região, segundo se classificarem nos graus máximo, médio e mínimo.

³⁶⁵ IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

³⁶⁶ Art. 7º. XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;

“Adicional de insalubridade. Base de cálculo. O percentual do adicional de insalubridade incide sobre o salário mínimo de que cogita o art. 76 da CLT, salvo as hipóteses previstas na Súmula nº 17” (Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003).”

Ao analisar a questão da constitucionalidade do artigo 192 celetista, em 9 de maio de 2008, o STF pronunciou-se sobre o tema, por meio da Súmula Vinculante nº 4, que dispõe: “Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial”. Tal entendimento, evidentemente, não deixou de prescindir de inúmeros debates no STF, que culminaram em precedentes representativos³⁶⁷, principalmente calcados na discussão de que não cabe ao Poder Judiciário atuar como legislador positivo, o que se depreende da cláusula pétrea da Constituição Federal, esculpida em seu artigo 60³⁶⁸, que trata da separação dos poderes judiciário, legislativo e executivo, e cuja norma não poderá ser objeto de emenda com vistas à sua abolição. Observa-se aqui que, muito embora o STF tenha reconhecido a inconstitucionalidade³⁶⁹ do artigo 192 da

³⁶⁷ (...) A norma [art. 7º, IV, da Constituição Federal de 1988] teve como um de seus objetivos impedir que os aumentos do salário-mínimo gerem, indiretamente, um peso maior do que aquele diretamente relacionado com esses aumentos, circunstância que pressionaria para um reajuste menor do salário-mínimo, o que significaria obstaculizar a implementação da política salarial (...).”

“14. (...) não é juridicamente possível, diante do reconhecimento da não-recepção da norma paulista, manter o cálculo do adicional de insalubridade com base no salário-mínimo. Também não me parece juridicamente plausível estabelecer que a base de cálculo do adicional de insalubridade será a remuneração ou o vencimento, sob pena de estarmos a atuar como legislador positivo. (...) Pior do que as duas hipóteses seria concluir que os policiais militares não têm direito ao adicional de insalubridade, por ausência de base de cálculo, uma vez que há lei a lhes assegurar tal parcela remuneratória e que a sua previsão não agride a Constituição.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 565714/SP. Recorrente: Carlos Eduardo Junqueira. Recorrido: Estado de São Paulo. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 30 abr. 2008. DJe 08 ago. 2008.)

“A meu sentir, concordando com a base de interpretação da Ministra Cármen Lúcia, parece mais prudente que nós adotemos a técnica habitual de desprover o recurso extraordinário, mas assegurar, porque estamos julgando a causa, a manutenção do pagamento dos adicionais, como tem sido feito, até que uma legislação especial venha a fixar os critérios de atualização. Porque, se nós não fizermos assim, juntando as duas questões, a proposta da Ministra Cármen Lúcia e a técnica de julgamento do recurso ordinário, vamos, por um lado, criar um sistema de reforma para pior, como disse o Ministro Marco Aurélio, porque vamos dar a possibilidade de interpretação pelo congelamento, ou, ao contrário, vamos admitir que é possível manter a aplicação do adicional de insalubridade sobre a base do salário mínimo.” (RE 565714, Voto do Ministro Menezes Direito.)

³⁶⁸ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...)

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

(...)

III - a separação dos Poderes; (...).”

³⁶⁹ Nesse sentido, cabe uma nota sobre o que dispõe Eros Grau acerca da interpretação da Constituição Federal: “Essa opção privilegia pautas que explorei de modo mais completo em meu Por que tenho medo dos juízes. Aqui devo salientar, inicialmente, que, assim como jamais se interpreta um texto normativo, mas sim o Direito, não se interpretam textos normativos constitucionais, isoladamente, mas sim a Constituição, no seu todo. Não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto normativo da Constituição impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância,

CLT, vedou a sua substituição por decisão judicial, logo, a norma prevista no citado dispositivo legal continua a reger as relações obrigacionais, em face da impossibilidade de o Poder Judiciário se substituir ao legislador para definir critério diverso para regulação da matéria.

Após a edição da Súmula Vinculante 4 do STF, posicionou-se o TST sobre o tema, reformulando a redação da Súmula 228 que passou a ter a seguinte redação:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CALCULO. A partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal, o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo.

Controvertido como é, o tema ainda comporta discussões e está longe de ser pacificado. Prova disto é que em julho de 2008, foi apresentada pela Confederação Nacional da Indústria, junto ao TST, reclamação constitucional de nº 6266, que questionava justamente a compatibilidade da nova redação da Súmula 228 do TST com a redação da Súmula Vinculante nº 4 do STF. O STF, então, concedeu liminar

nos autos desta reclamação suspendendo a aplicação da Súmula 228 do TST³⁷⁰. A respeito do tema, leciona Dorneles³⁷¹:

“Atualmente, embora tido como inconstitucional pelo STF, o art. 192 da CLT continua sendo integralmente aplicável. A seguinte decisão do TST esclarece a questão: **‘Adicional de insalubridade. Base de cálculo. Salário mínimo (CLT, art. 192). Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade (unvereinbarkeitserklärung). Súmula nº. 228 do TST e súmula vinculante 4 do TST.** 1. O STF, ao apreciar a o RE-565.714-SP, sob o pálio da repercussão geral da questão constitucional referente à base de cálculo do adicional de insalubridade, editou a Súmula 4, reconhecendo a inconstitucionalidade da utilização do salário mínimo, mas vedando a substituição deste parâmetro por decisão judicial. 2. **Assim decidindo, a Suprema Corte adotou a técnica decisória conhecida no direito constitucional alemão como declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade (Unvereinbarkeitserklärung), ou seja, a norma, não obstante ser considerada inconstitucional, continua a reger as relações obrigacionais, em face da impossibilidade de o Poder Judiciário se substituir ao legislador para definir critério diverso para regulação da matéria.** 3. Nesse contexto, ainda que reconhecida a inconstitucionalidade do art. 192 da CLT e, por conseguinte, da própria Súmula nº. 228 do TST, tem-se que a parte final da Súmula Vinculante 4 do STF não permite criar critério novo por decisão judicial, **razão pela qual, até que se edite norma legal ou convencional estabelecendo base de cálculo distinta do salário mínimo para o adicional de insalubridade, continuará a ser aplicado esse critério para o cálculo do referido adicional,** salvo a hipótese da Súmula nº. 17 do TST, que prevê o piso

³⁷⁰ **Liminar suspende Súmula do TST sobre pagamento de insalubridade**

Na última terça-feira (15), o presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Gilmar Mendes, concedeu liminar pedida pela Confederação Nacional da Indústria (CNI) e suspendeu a aplicação de parte da Súmula 228, do Tribunal Superior do Trabalho (TST), sobre pagamento de adicional de insalubridade.

A Súmula do TST permite a substituição do salário mínimo pelo salário básico no cálculo do adicional de insalubridade, salvo se houver critério mais vantajoso fixado por meio de convenção coletiva. Mendes suspendeu a parte do dispositivo que permite a utilização do salário básico no cálculo do adicional.

A CNI alegou que a súmula do TST afronta a Súmula nº 4, editada pelo STF no início do ano. Para Mendes, a argumentação “afigura-se plausível”. A confederação contesta o dispositivo em uma Reclamação (RCL 6266), instrumento jurídico próprio para preservar decisões da Suprema Corte e impedir desrespeito às súmulas vinculantes.

Em abril, o STF editou a Súmula Vinculante nº 4 para impedir a utilização do salário mínimo como base de cálculo de vantagem devida a servidor público ou a empregado, salvo nos casos previstos na Constituição. O enunciado também impede a substituição da base de cálculo (do salário mínimo) por meio de decisão judicial. O entendimento foi firmado no julgamento de processo que tratava sobre o pagamento de adicional de insalubridade para policiais militares paulistas.

Em seguida, o TST modificou a Súmula 228, determinando que, a partir da vigência da Súmula Vinculante nº 4, em maio deste ano, o adicional de insalubridade poderia ser calculado sobre o salário básico, salvo se houvesse critério mais vantajoso fixado por meio de convenção coletiva.

Para Gilmar Mendes, “a nova redação estabelecida para a Súmula 228/TST revela aplicação indevida da Súmula Vinculante nº 4, porquanto permite a substituição do salário mínimo pelo salário básico no cálculo do adicional de insalubridade sem base normativa”. (Notícias STF. **Liminar suspende Súmula do TST sobre pagamento de insalubridade.** 17 jul. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=93498>>. Acesso em: 04 nov. 2016.)

³⁷¹ OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **Direito do Trabalho.** 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 253-254.

salarial da categoria, para aquelas categorias que o possuam (já que o piso salarial é o salário mínimo da categoria). Recurso de revista provido'. (TST, Recurso de Revista 955/2006-099-15-00.1, Sétima Turma. Relator: Ives Gandra da Silva Martins Filho, DJU 16/5/2008, p. 338. Não grifado no original)".

Conclui-se neste sentido, ou seja, de que a utilização do salário mínimo como base de cálculo (exceto em casos específicos em que haja previsão contratual individual ou coletiva – em observância à garantia expressa no artigo 7º, XXXVI, da Constituição Federal³⁷² –para a utilização de outro critério de cálculo mais benéfico³⁷³), tem sido, em regra, o entendimento dos Tribunais Regionais do Trabalho, inclusive com a edição de Súmulas neste sentido, como é o caso da Súmula 62 do TRT da 4ª Região³⁷⁴.

3.9 PARCELAS NÃO SALARIAIS: MODALIDADES

Do mesmo modo tal como ocorre com as parcelas salariais, as parcelas não salariais se subdividem em várias espécies. Há no contexto da relação jurídica de emprego um universo de parcelas pagas ao empregador sem caráter salarial. Neste universo de parcelas, ainda que sejam retribuídas pelo empregador ao empregado, não o são como contraprestação de serviços prestados, sendo pagas com finalidade jurídica distinta. São, portanto, parcelas econômicas sem natureza salarial³⁷⁵, parcelas

³⁷² Art. 7º. (...)

XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

³⁷³ RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA. BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. Hipótese em que as normas coletivas contemplam norma mais favorável, estabelecendo que o adicional em epígrafe será calculado consoante o critério versado na (cancelada) Súmula nº. 17 do TST. Normas coletivas editadas em período posterior ao cancelamento da Súmula que, evidentemente, não implicam a revigoração daquele entendimento jurisprudencial, mas sim o adotam como critério e o materializam como direito da categoria, pela via negocial coletiva. Observância à garantia inculpada no artigo 7º, XXVI, da Constituição Federal. Apelo improvido. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0000685-71.2013.5.04.0662. Reclamante: Luciano dos Santos Dossa. Reclamada: Sulbra Veículos Ltda. Relatora: Ana Rosa Pereira Zago Sagrilo. Porto Alegre, 18 set. 2014. DEJT 26 set. 2014.)

³⁷⁴ SÚMULA 62 DO TRT4 – ADICIONAL DE INSALUBRIDADE, BASE DE CÁLCULO. A base de cálculo do adicional de insalubridade permanece sendo o salário mínimo nacional enquanto não sobrevier lei dispendo de forma diversa, salvo disposição contratual ou normativa prevendo base de cálculo mais benéfica ao trabalhador.

³⁷⁵ Para Nascimento, “nem tudo que é pago ao empregado no contrato individual de trabalho é salário, e determinar exatamente quais os limites entre as duas esferas, a dos pagamentos salariais e a dos pagamentos não salariais, é uma exigência dogmática que deve ser resolvida com base em conceitos técnicos e não com generalizações que acabam destruindo uma construção jurídica que vem de longo tempo e que tem por base o princípio do salário como a contraprestação do trabalho.” (NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito Contemporâneo do Trabalho**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 843.)

que não integram, definitivamente, ao salário do obreiro, não produzindo os reflexos clássicos às verbas de natureza salarial.

Tomar-se-á como ponto de partida nessa pesquisa a subdivisão efetuada por Delgado³⁷⁶, que as classifica como parcelas segundo a sua natureza jurídica e parcelas segundo a sua origem (ou do devedor principal). Segundo o autor, as primeiras se subdividem em parcelas indenizatórias; meramente instrumentais; de direito intelectual; participação nos lucros ou resultados; previdenciárias; de seguridade social; devidas e pagas por terceiro. As segundas são as parcelas devidas e pagas pelo próprio empregador; as apenas repassadas pelo empregador; e as devidas e pagas por terceiros. A seguir o assunto será abordado de forma esquemática, porém longe de ser exaustiva.

3.9.1 Parcelas não salariais segundo a sua natureza jurídica

Aqui leva-se em consideração dois aspectos: o primeiro enfoca a essência do instituto em questão, a sua estrutura e função fundamentais; o segundo, o seu posicionamento no conjunto próximo de figuras jurídicas – definido segundo a similitude ou proximidade da essência de cada uma das figuras comparadas.

3.9.1.1 Parcelas indenizatórias

As parcelas indenizatórias remetem à reparação ou ressarcimento de perdas, prejuízos ou despesas, ou antecipação destas. A parcela de cunho indenizatório terá, portanto, o intuito de reparar ou ressarcir perdas, prejuízos ou despesas consumadas ou para ser preventivamente antecipadas. Tais verbas visam a indenização de prejuízos, perdas e despesas decorrentes do contrato de emprego, não se vinculando, portanto, a despesas não atreladas às necessidades da prestação de serviços.

A indenização de despesas já concretizadas ou a concretizar diz respeito às diárias de viagem³⁷⁷(desde que não correspondam a 50% do salário, *ex vi* do artigo

³⁷⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Salário**: teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 65-90.

³⁷⁷ Para Viana, “as prestações fornecidas para o trabalho podem ser úteis ao empregado, sem que isso altere a sua natureza. O que importa saber é antes a causa da prestação do que o proveito de quem a recebe. De todo modo, para evitar situações incertas, a lei preferiu adotar um critério prático, aritmético: acima de 50% do salário, a diária integra-se a este; até 50%, não (art. 457, § 2º, da CLT).” (VIANA, Márcio Túlio. **Para entender o salário**. São Paulo: LTr, 2014. p. 134.)

457, § 3º, da CLT³⁷⁸) e ajudas de custo, sendo, as primeiras, em virtude de viagens profissionais, e as segundas, decorrentes de despesas resultantes do cumprimento do contrato de trabalho. Há também as parcelas que visam indenizações decorrentes de outros objetivos jurídicos que não a mera reparação de despesas, e têm como exemplos o pagamento do aviso prévio não trabalhado; a indenização das férias não gozadas no período concessivo; também a indenização devida pela dispensa em mês anterior à data-base do reajuste da categoria; e a indenização de parcelas suprimidas ao longo do contrato (as cestas básicas convencionadas e não fornecidas).

3.9.1.2 Parcelas meramente instrumentais

São aquelas utilizadas sob a forma de bens ou de serviços, ofertadas pelo empregador ao obreiro essencialmente como instrumento viabilizador da execução do serviço contratado, sendo, por isso, mesmo, utilidades entregues ao empregado para o trabalho e não com cunho contraprestativo (pelo trabalho³⁷⁹). O artigo 458, §2º da CLT³⁸⁰ elenca (de forma não exaustiva) algumas dessas utilidades concedidas ao empregado para a consecução do trabalho.

³⁷⁸ RECURSO DA RECLAMADA. DIÁRIAS DE VIAGENS (ADIMPLIDAS COMO AJUDA DE CUSTO). Para evitar abusos, que poderiam levar ao mascaramento da remuneração, o parágrafo 2º, do artigo 457 da CLT, traz a exceção relativamente às diárias para viagens, limitando a natureza indenizatória a 50% do salário. Se houver pagamento em valores excedentes a esse limite, a parcela perderá a natureza indenizatória e adquirirá a natureza salarial. Sentença mantida. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0000510-77.2015.5.04.0801. Reclamante: Altamir Prazer Rodrigues. Reclamada: Expresso Hercules Transportes e Comércio Ltda. Relatora: Maria Madalena Telesca. Porto Alegre, 28 jun. 2016. DEJT 07 jul. 2016.)

³⁷⁹ Do contrário, caso a utilidade seja concedida como forma a contraprestar o trabalho, ou seja, pelo trabalho, está-se diante do salário utilidade, como visto alhures no subitem 3.8.1.

³⁸⁰ Art. 458. Além do pagamento em dinheiro, compreende-se no salário, para todos os efeitos legais, a alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações "in natura" que a empresa, por força do contrato ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado. Em caso algum será permitido o pagamento com bebidas alcoólicas ou drogas nocivas. (...)

§ 2º Para os efeitos previstos neste artigo, não serão consideradas como salário as seguintes utilidades concedidas pelo empregador:

I – vestuários, equipamentos e outros acessórios fornecidos aos empregados e utilizados no local de trabalho, para a prestação do serviço;

II – educação, em estabelecimento de ensino próprio ou de terceiros, compreendendo os valores relativos a matrícula, mensalidade, anuidade, livros e material didático;

III – transporte destinado ao deslocamento para o trabalho e retorno, em percurso servido ou não por transporte público;

IV – assistência médica, hospitalar e odontológica, prestada diretamente ou mediante seguro-saúde;

V – seguros de vida e de acidentes pessoais;

VI – previdência privada;

VIII - o valor correspondente ao vale-cultura.

3.9.1.3 Direitos intelectuais

Os direitos intelectuais derivam da propriedade intelectual³⁸¹ e se relacionam à autoria e utilização de obra decorrente da produção mental da pessoa. São as vantagens jurídicas concernentes aos interesses morais e materiais resultantes de qualquer produção científica, literária ou artística³⁸². Os direitos intelectuais estão previstos na Constituição Federal em seu artigo 5º, incisos XXVII, XXVIII e Lei 5.898/73 (direitos do autor); artigo 5º, inciso XXIX e Leis 5.772/71 e 9.279/96 (direitos da propriedade industrial); Lei 7.646/87 e 9.279/96 (direitos relativos à criação e utilização de *software*).

Os direitos intelectuais preservam uma natureza jurídica própria, distinta da salarial e derivam de um direito específico, adquirido pelo trabalhador, ao longo do contrato. Pode ocorrer até mesmo, que o próprio título ensejador do direito intelectual não seja o próprio contrato de trabalho, mas um contrato paralelo ao liame empregatício original. Nessas duas hipóteses, todavia, a verba não se comunica com o salário obreiro.

3.9.1.4 Participação nos lucros ou resultados

Tal parcela é uma decorrência da função social da propriedade, que a sujeita a algumas restrições. Traduz um instrumento de integração entre capital e trabalho, além de ser um incentivo à produtividade³⁸³. Segundo Robortella³⁸⁴, “o protecionismo continua sendo princípio fundamental do Direito do Trabalho, que se dirige aos mais fracos, social e economicamente, para restabelecer o equilíbrio na relação jurídica de trabalho”.

Convém lembrar, no aspecto, que o surgimento do Direito do Trabalho está ligado ao permanente conflito de interesses existente entre empregador e empregado,

³⁸¹ Tais direitos já compunham a Declaração Universal de Direitos do Homem, de 10.10.1948: “Todo homem tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística, da qual seja autor (artigo XXVII.2). (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 06 out. 2016.)

³⁸² DELGADO, Maurício Godinho. **Salário**: teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 70.

³⁸³ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 493.

³⁸⁴ ROBORELLA, Luiz Carlos Amorim. **O moderno Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 1994. p. 38.

e é da essência dessa relação a oposição de interesses, como afirma Cesarino Junior³⁸⁵: “Com efeito, enquanto para o empregador o objetivo é a maior quantidade de mão-de-obra pelo menor salário possível, para o empregado o fito é o contrário: conseguir o maior salário possível com o mínimo de esforço”. Todavia, não obstante o antagonismo que marca as relações entre empregado e empregador, do desenvolvimento das relações sociais, com o intuito de preservar a atividade econômica empresarial, justamente a fonte de sustento das partes integrantes da relação laboral, adveio a necessidade de aproximação destas, com o intuito de ajustar as condições de trabalho e outras questões pertinentes.

Daí que, na visão de Manus³⁸⁶,

ao refletir sobre as relações entre empregados e empregadores, relações estas coletivas ou individuais, não se pode perder de vista o antagonismo de interesses sob a óptica do custo de mão-de-obra e do valor do salário. Não obstante, há comunhão de interesses sob o prisma da necessidade de que o empreendimento tenha sucesso e continuidade, diante do lucro que dá ao empregador e da manutenção do emprego para o prestador de serviços.

Nesse sentido da comunhão de interesses, lembra o autor do “instituto da participação nos lucros e resultados da empresa, previsto pelo art. 7º, IX, da Constituição Federal e cuja instituição decorre sempre da conjugação de esforços de empregados e empregador.”

No Brasil, a matéria foi inserida, inicialmente, na Constituição de 1946 e mais tarde reproduzida na Constituição de 1967 e 1988³⁸⁷. As medidas provisórias que foram editadas a partir de 1994 tentaram regulamentar a matéria, até que a Lei 10.101 de 19.12.2000 dispôs finalmente sobre o tema. No aspecto, releva citar ainda Cesarino Júnior³⁸⁸, para quem a participação nos lucros ou resultados consiste na “atribuição facultativa ou obrigatória pelo empregador ao empregado, além do justo salário legal ou convencional a ele devido, de uma parte dos resultados líquidos, exclusivamente positivos da atividade econômica da empresa.”

³⁸⁵ CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. **Direito Social**. São Paulo: LTr, 1980. p. 283.

³⁸⁶ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Negociação coletiva e contrato individual de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2001. p. 17.

³⁸⁷ Artigo 7º. (...)

XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;

³⁸⁸ CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. **Direito Social**. São Paulo: LTr, 1980. p. 522.

A Constituição Federal de 1988 torna obrigatória a participação nos lucros e resultados, conforme definido em lei, contudo deixa clara a sua natureza não salarial (artigos 7º, inciso XI e 218, inciso IV). A lei 10.101/00 dispõe que ela será objeto da negociação coletiva entre a empresa e seus empregados³⁸⁹, mediante um dos seguintes procedimentos, a ser escolhidos pelas partes de comum acordo. Assim, ela será viabilizada ou via comissão paritária escolhida pelas partes, integrada também por um representante indicado pelo sindicato da respectiva categoria, ou por meio de convenção ou acordo coletivo.

A natureza não salarial da parcela inviabiliza que lhe seja aplicável aquele efeito denominado por Delgado³⁹⁰ como efeito expansionista circular³⁹¹ a caracterizar e distinguir o pagamento de salários. João³⁹² identifica que:

toda a força de trabalho, despendida pelo trabalhador a serviço do empregador, compensada através do pagamento em dinheiro ou em espécie, atribui natureza salarial às vantagens auferidas e, por consequência, passam a constituir parte do patrimônio do trabalhador. Observa-se, assim, que a importância que inicialmente integrava o patrimônio do empregado adquire outra natureza jurídica porquanto vinculada à peculiaridade da forma de prestação de serviços, obrigando, a partir deste momento, a empregado e empregador, ao custeio da previdência social.

O traço diferenciador do salário está na relação imediata entre a prestação de serviços e o pagamento pecuniário, além de ter natureza personalista, dado o caráter pessoal da atividade do empregado. Este, por conseguinte, deve ser o enfoque básico e essencial na atribuição da natureza jurídica das verbas pagas a título de resultados ou participação nos lucros, pois o empregado não dispõe da imediatidade do ganho e o lucro resulta do esforço comum de todos os trabalhadores, sem distinção de categorias.

³⁸⁹ CF, art. 8º: É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: (...)

VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;

³⁹⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Salário**: teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 76.

³⁹¹ Delgado entende que o Direito do Trabalho reserva efeitos jurídicos distintos – e mais abrangentes – para as verbas de cunho salarial, em contraponto àqueles restritos fixados para as verbas de natureza salarial. Trata-se, segundo o autor, do efeito expansionista circular dos salários, que é a sua aptidão de produzir repercussões sobre outras parcelas de cunho trabalhista e, até mesmo, de outra natureza, como, ilustrativamente, a previdenciária. Entende o autor que o estudo das parcelas componentes do salário deve fazer-se paralelamente à identificação das verbas não salariais pagas ao mesmo empregado. (DELGADO, Maurício Godinho. **Salário**: teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.)

³⁹² JOÃO, Paulo Sérgio. **Participação nos lucros e resultados das empresas**. São Paulo: Dialética, 1998. p. 26.

Fato é que, em havendo resultados econômicos negativos no exercício delimitado pelo instrumento coletivo, a parcela poderá deixar de ser paga, tratando-se, assim, de parcela nitidamente condicionada. Por força da nova disposição da Súmula 277 do TST³⁹³, a parcela de participação nos lucros ou resultados implementada por meio de acordos ou convenções coletivas será incorporada aos contratos individuais de trabalho, e somente poderá ser suprimida ou modificada mediante nova negociação coletiva de trabalho. Inexistem dúvidas, portanto, que a Constituição Federal tratou do tema como parcela não integrante do salário (artigo 7º, inciso X), o que foi corroborado posteriormente pela legislação infraconstitucional (Lei 10.101/00) e sedimentado pela jurisprudência³⁹⁴.

3.9.1.5 Parcelas previdenciárias

Tratam-se dos benefícios oriundos de prestações devidas pelo órgão previdenciário oficial ou ente de previdência privada ao segurado empregado, sendo que algumas destas parcelas podem afetar diretamente o contrato de emprego, com ele se vinculando em alguma medida, pois podem ser pagas ao empregado diretamente pelo empregador (parcela oriunda da previdência oficial) ou pagas diretamente pela previdência social ou ente de previdência privada. Os exemplos mais clássicos dessas parcelas são o salário família e o salário maternidade. Veja-se, aqui, que tais parcelas se denominam “salário” (salário maternidade, abono salarial, por exemplo). Todavia, não possuem natureza jurídica salarial e exatamente por isso que se incluem no rol de parcelas não salariais.

³⁹³ Súmula nº 277 do TST. CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho.

³⁹⁴ RECURSO DE REVISTA. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS – NATUREZA JURÍDICA (divergência jurisprudencial). A Súmula/TST nº 251 - já cancelada pela Resolução Administrativa 33/1994 (DJ-12.05.1994) - não deve ser aplicada àquelas situações verificadas após a vigência da Constituição Federal de 1988, à medida que o seu artigo 7º, inciso XI, dispõe que a participação nos lucros não tem natureza salarial, assegurando ao trabalhador esse direito somente quando desvinculado da remuneração. Recurso de revista conhecido e desprovido. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 528280-28.1999.5.01.5555. Recorrente: Ney Mesquita Fernandes Costa Junior. Recorrido: Banco América do Sul S.A. Relator: Min. Renato de Lacerda Paiva. Brasília, 10 ago. 2005. DJe 02 set. 2005.)

As parcelas de seguridade social são próximas às parcelas previdenciárias e constituem-se nos benefícios oriundos das prestações pagas pelo empregado ou pela entidade legalmente indicada à pessoa física, sem contraprestação desta (e neste aspecto se diferenciando das parcelas previdenciárias), em virtude de fato ou circunstância considerada relevante pela norma jurídica instituidora. Têm como exemplos o pagamento do abono eventualmente recebido pelo empregado e relativo à contribuição devida para o sistema PIS/PASEP, e o benefício previdenciário do seguro desemprego, percebido pelo empregado em caso de despedida sem justa causa e uma vez preenchidas as hipóteses legais da lei própria que trata do seguro desemprego³⁹⁵.

3.9.1.6 Parcelas devidas e pagas por terceiro

Esta modalidade é remunerada ao empregado ao longo da relação empregatícia e sua natureza jurídica, conforme se verá alhures, é controvertida. São três as parcelas mais significativas dessas verbas pagas por terceiros no contexto do contrato de emprego: as gorjetas; os honorários advocatícios de sucumbência do advogado empregado; e as retribuições materiais por publicidade pagas a empregados artistas ou atletas.

Quanto às primeiras parcelas, as gorjetas, essas já foram objeto de análise específica no subitem 3.3 da presente pesquisa, motivo pelo qual, não se fará aqui a fim de evitar tautologia. A questão atinente às retribuições materiais pagas a empregados (artistas ou atletas profissionais), concernentes à cessão da licença do uso de imagem, por se tratar do objeto temático desse trabalho, especificamente quanto à natureza salarial ou não de tais parcelas, serão abordadas em capítulo próprio, pela importância de sua discussão a esta pesquisa.

Por fim, no tocante aos honorários advocatícios de sucumbência, trata-se de parcela paga ao empregado por terceiros, e não pelo empregador, e também já foi objeto de análise em subitem anterior (3.3.1).

³⁹⁵ Lei 13.134 de 16.06.2015 (conversão da Medida Provisória nº 665 de 2014).

3.9.2 Parcelas não salariais segundo a sua origem ou seu devedor principal

Ainda segundo a classificação dada por Delgado³⁹⁶, a classificação das parcelas não salariais segundo a sua origem ou seu devedor principal, ou seja, a titularidade da correspondente obrigação, leva em consideração o segmento social ou institucional em que se situa o titular da obrigação de pagar ao obreiro a parcela enfocada. A classificação segundo a origem da parcela as subdivide em três grupos: parcelas devidas e pagas pelo próprio empregador; parcelas pagas por meio do empregador, embora não devidas por ele; e, por fim, as parcelas pagas por terceiros ao empregado.

As parcelas não salariais devidas e pagas pelo próprio empregador ao empregado abrangem quatro tipos de figuras: as parcelas pagas como indenizações diversas; as parcelas meramente instrumentais; as parcelas pagas em correspondência a direitos intelectuais; e as parcelas pagas a título de participação nos lucros e resultados. Todas as figuras, contudo, já foram abordadas no subitem anterior, 3.8.1, motivo pelo qual, deixam de ser objeto de nova análise neste momento.

As parcelas pagas por meio do empregador, por ele repassadas ao empregado, embora não devidas pelo primeiro, constituem-se naquelas previdenciárias oficiais e privadas. No rol das parcelas previdenciárias encontram-se as figuras já examinadas do salário família e salário maternidade, ambas devidas pela previdência oficial (INSS). As parcelas atinentes à previdência privada são aquelas cujo mero repasse deva ser feito pelo empregador, em que pese efetivamente sejam devidas pela entidade de previdência privada complementar.

Por fim, quanto às parcelas não salariais devidas e pagas por terceiros ao empregado, em conexão com o contrato empregatício, destacam-se, fundamentalmente, as gorjetas, referidas pelo caput do artigo 457 da CLT como remuneração. Também inclusas neste item as parcelas relativas às retribuições por publicidade que sejam contratadas perante terceiros por atletas ou artistas profissionais, a partir de agenciamentos feitos pelo próprio empregador. Por fim, tratam-se aqui nesta subdivisão dos honorários de advogado empregado, desde que esta parcela seja efetivamente devida ao profissional pela parte vencida em ações judiciais contra os seus interesses. Todos esses institutos já foram objeto de análise

³⁹⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Salário**: teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 87-88.

na presente pesquisa, de modo que, a fim de evitar repetição, remete-se ao lá abordado.

3.10 CONCLUSÃO DO CAPÍTULO

Diante de todo o exposto, observa-se no presente capítulo de modo sintético, mas não exaustivo, os aspectos principais do instituto do salário no contexto das relações laborais, abordando especificamente a natureza salarial ou não de tais verbas. Além do conceito e noções gerais do salário na relação de emprego, também foram abordadas as principais distinções entre remuneração e salário, a composição deste, no tocante às parcelas salariais e não salariais, contrapondo entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema.

No capítulo seguinte, iniciar-se-á a análise das especificidades atinentes aos contratos de trabalho estabelecidos no âmbito desportivo, bem como as parcelas recebidas pelos atletas profissionais, para, ao fim, adentrar na discussão acerca da natureza jurídica das verbas atinentes aos contratos de licença de cessão de uso de imagem dos desportistas.

4 CONTRATO DE LICENÇA DE USO DE IMAGEM NOS CONTRATOS DE TRABALHO DOS ATLETAS PROFISSIONAIS E ENTIDADES DE PRÁTICA DESPORTIVA

O tema objeto desta pesquisa volta-se à questão dos contratos de trabalho estabelecidos entre desportistas profissionais e as entidades de práticas desportivas, no que tange ao pagamento de verbas intituladas de direito de uso de imagem dos atletas e suas repercussões no contrato de trabalho, preponderantemente sobre o salário e demais verbas de origem salarial, bem como, quais os limites permitidos pela legislação constitucional e inconstitucional.

Para tanto, serão abordadas nesse último capítulo as questões atinentes ao contrato de trabalho do atleta profissional, no tocante à Lei Pelé (Lei 9615/1998) antes e depois da Lei 12.395/2011; o contrato de licença de uso de imagem nos contratos de trabalho dos atletas profissionais e entidades de prática desportiva; e, por fim, a polêmica envolvendo o pagamento de direito de imagem e as suas repercussões no direito do trabalho. Utilizar-se-á como embasamento teórico, não somente a pesquisa doutrinária, como também os entendimentos jurisprudenciais sobre o tema, a fim de respaldar, ao final, a convicção sobre a problemática que envolve o assunto, que longe está de ser pacífica.

Ao final do capítulo, será discutido o problema da presente pesquisa, qual seja, se o contrato de licença de uso de imagem utilizado pelas entidades de práticas desportivas nos contratos de trabalhos estabelecidos com os desportistas profissionais trata-se de uma tentativa mascarada de pagamento de salário ou trata-se do pagamento de uma indenização pela cessão do uso da imagem do atleta, protegida pela Constituição Federal, ou, ainda, em que figura jurídica se situa tal verba.

4.1 CONTRATO DE TRABALHO DO ATLETA PROFISSIONAL: A LEI PELÉ (LEI 9615/1998) ANTES E DEPOIS DA LEI 12.395/2011

A lei 9.615 de 1998, denominada “Lei Pelé”, fez a “clonagem jurídica” de 58%³⁹⁷ da Lei Zico (Lei 8.672 de 1993, revogada pela Lei Pelé), trazendo, *a priori*, algumas

³⁹⁷ MELO FILHO, Álvaro. **Direito Desportivo**. 1. ed. São Paulo: IOB Thompson, 2006. p. 66.

inovações, tais como, o fim do “passe” dos atletas profissionais, e o conseqüente incentivo à relação clube/atleta; o reforço ao “bingo”, que é jogo, mas não é desporto; a obrigatoriedade de transformação de clubes em empresas, quando mais importante que a roupagem jurídica é a profissionalização dos dirigentes desportivos. A Lei Pelé restabelece o intervencionismo estatal no desporto, dotado da retórica da modernização, da proteção e do elevado interesse social da organização desportiva no Brasil, sendo objeto de diversas e sucessivas alterações decorrentes de legislação posterior (citam-se, exemplificativamente, as Leis 9.981/00, 10.264/01, 10.672/03, 11.118/05, 12.395/15), que a modificaram, ora minorando os seus efeitos, ora aumentando os danos colaterais, sendo que, atualmente, remanesce da Lei 9.615/98 apenas 6%³⁹⁸ da redação original. A profissão do atleta profissional de futebol passou a ser regida pela Lei 9.615 de 1998 com as alterações posteriores, por seu decreto regulamentador e pelas leis trabalhistas gerais, sendo a principal, a CLT.

Importante ressaltar que o instituto do passe foi definitivamente extinto com a Lei Pelé. No governo Fernando Henrique Cardoso, Edson Arantes do Nascimento, o Pelé, maior jogador de futebol de todos os tempos, assumiu o Ministério dos Esportes, e teve como uma das suas principais metas, acabar com o passe, na esteira do que acabara de acontecer internacionalmente com as repercussões do caso Bosman³⁹⁹. Foi a partir da antiga redação do artigo 28 da Lei 9615/98, que fixou a obrigatoriedade de constar a cláusula penal do contrato especial de trabalho desportivo, que passou a deixar de existir o instituto do passe e começou a vigor um novo instituto nos

³⁹⁸ MELO FILHO, Álvaro. **Direito Desportivo**. 1. ed. São Paulo: IOB Thompson, 2006. p. 67.

³⁹⁹ Jean-Marc Bosman era um jogador de futebol que atuava na liga de futebol profissional belga, no clube R.C. Liège. Após o encerramento do seu contrato de trabalho, em 30.06.1990, viu-se impedido de jogar em outras agremiações, tendo em vista que, dado o alto valor do seu passe fixado pelo seu empregador, não havia outros clubes interessados em pagar o valor estipulado. Por sua vez, o valor proposto pelo seu clube, a título de salário, para que continuasse a jogar por meio de um novo contrato, consistia em quantia quatro vezes menor do que a sua remuneração anterior. Bosman, então, em 08.08.1990, apelou ao Tribunal Nacional belga contra a Federação Belga e a UEFA, pedindo fosse aplicado o disposto no Tratado de Roma aprovado em 25.03.1957, que assegurava a livre circulação dos trabalhadores na comunidade européia. O processo foi remetido ao Tribunal Europeu que, cinco anos após, em 15.12.1995, criou jurisprudência européia a favor de Bosman, ao permitir a livre circulação de trabalhadores, neste caso, dos atletas de futebol, no continente europeu. Essa data é considerada histórica para o fim da Lei do Passe na Europa e, conseqüentemente, geraria efeitos imediatos por todo o mundo. Na esteira dessa decisão, foi criado o Regulamento de Transferência de Jogadores, em 07.07.2001, aplicável a todos os clubes e jogadores. Embora Bosman não fosse considerado um jogador de grande destaque no cenário internacional, foi, sem dúvidas, a maior bandeira de libertação dos atletas do instituto denominado como passe. (SPINELLI, Rodrigo. **A cláusula penal nos contratos dos atletas profissionais de futebol**. São Paulo: LTr, 2001. p. 27-28.)

contratos laborais dos atletas profissionais, a chamada cláusula penal. Nas palavras de Spinelli⁴⁰⁰,

o fim do passe é visto por desportistas e juristas como a principal vitória legislativa de todo o percurso histórica do nosso esporte. Afinal, para muitos, o passe, em um sentido estrito, colocava o jogador de futebol na condição de escravo de seu empregador, uma vez que se este quisesse, o atleta ficaria sem contrato, ou seja, sem receber, e proibido de exercer a sua profissão.

A Lei 12.395 de 16.03.2011 alterou a Lei 9.615/98, que instituiu normas gerais sobre desporto, e 10.891/04, que instituiu a Bolsa-Atleta, criou os Programas Atleta Pódio e Cidade Esportiva, bem como revogou a Lei nº 6.354/76. As principais alterações da Lei Pelé centraram-se no contrato do atleta profissional de futebol, com a extinção da cláusula penal e instituição da cláusula compensatória desportiva e a cláusula indenizatória desportiva⁴⁰¹, observando sua eficácia e controvérsias.

⁴⁰⁰ SPINELLI, Rodrigo. **A cláusula penal nos contratos dos atletas profissionais de futebol**. São Paulo: LTr, 2001. p. 27.

⁴⁰¹ Art. 28. A atividade do atleta profissional é caracterizada por remuneração pactuada em contrato especial de trabalho desportivo, firmado com entidade de prática desportiva, no qual deverá constar, obrigatoriamente:

I - cláusula indenizatória desportiva, devida exclusivamente à entidade de prática desportiva à qual está vinculado o atleta, nas seguintes hipóteses:

- a) transferência do atleta para outra entidade, nacional ou estrangeira, durante a vigência do contrato especial de trabalho desportivo; ou
- b) por ocasião do retorno do atleta às atividades profissionais em outra entidade de prática desportiva, no prazo de até 30 (trinta) meses; e

II - cláusula compensatória desportiva, devida pela entidade de prática desportiva ao atleta, nas hipóteses dos incisos III a V do § 5o.

§ 1º O valor da cláusula indenizatória desportiva a que se refere o inciso I do caput deste artigo será livremente pactuado pelas partes e expressamente quantificado no instrumento contratual:

I - até o limite máximo de 2.000 (duas mil) vezes o valor médio do salário contratual, para as transferências nacionais; e

II - sem qualquer limitação, para as transferências internacionais.

§ 2º São solidariamente responsáveis pelo pagamento da cláusula indenizatória desportiva de que trata o inciso I do caput deste artigo o atleta e a nova entidade de prática desportiva empregadora.

§ 3º O valor da cláusula compensatória desportiva a que se refere o inciso II do caput deste artigo será livremente pactuado entre as partes e formalizado no contrato especial de trabalho desportivo, observando-se, como limite máximo, 400 (quatrocentas) vezes o valor do salário mensal no momento da rescisão e, como limite mínimo, o valor total de salários mensais a que teria direito o atleta até o término do referido contrato.

§ 4º Aplicam-se ao atleta profissional as normas gerais da legislação trabalhista e da Seguridade Social, ressalvadas as peculiaridades constantes desta Lei, especialmente as seguintes:

I - se conveniente à entidade de prática desportiva, a concentração não poderá ser superior a 3 (três) dias consecutivos por semana, desde que esteja programada qualquer partida, prova ou equivalente, amistosa ou oficial, devendo o atleta ficar à disposição do empregador por ocasião da realização de competição fora da localidade onde tenha sua sede;

II - o prazo de concentração poderá ser ampliado, independentemente de qualquer pagamento adicional, quando o atleta estiver à disposição da entidade de administração do desporto;

III - acréscimos remuneratórios em razão de períodos de concentração, viagens, pré-temporada e participação do atleta em partida, prova ou equivalente, conforme previsão contratual;

A cláusula indenizatória desportiva consiste no valor devido ao clube em que o atleta atua, caso ele rescinda o contrato anteriormente ao seu término. Com o advento dessa Lei, o valor da cláusula indenizatória pertencerá inteiramente ao clube de onde o atleta se retirou antes do prazo final, visando com isso uma forma de indenizar o clube que havia investido no desportista. Já a cláusula compensatória será devida pelo clube ao atleta, nas hipóteses previstas no artigo 28, inciso II, parágrafo 5º, incisos III a IV da citada Lei. Ambas as cláusulas serão examinadas no subitem seguinte.

Considera-se a Lei 12.395/11 um avanço da formação do atleta de futebol, criando um protecionismo ao clube formador e a forma de comprovação e indenização devida aos clubes formadores. O direito de arena⁴⁰² foi conceituado com a alteração

IV - repouso semanal remunerado de 24 (vinte e quatro) horas ininterruptas, preferentemente em dia subsequente à participação do atleta na partida, prova ou equivalente, quando realizada no final de semana;

V - férias anuais remuneradas de 30 (trinta) dias, acrescidas do abono de férias, coincidentes com o recesso das atividades desportivas;

VI - jornada de trabalho desportiva normal de 44 (quarenta e quatro) horas semanais.

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

I - com o término da vigência do contrato ou o seu distrato;

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

III - com a rescisão decorrente do inadimplemento salarial, de responsabilidade da entidade de prática desportiva empregadora, nos termos desta Lei;

IV - com a rescisão indireta, nas demais hipóteses previstas na legislação trabalhista; e

V - com a dispensa imotivada do atleta.

§ 7º A entidade de prática desportiva poderá suspender o contrato especial de trabalho desportivo do atleta profissional, ficando dispensada do pagamento da remuneração nesse período, quando o atleta for impedido de atuar, por prazo ininterrupto superior a 90 (noventa) dias, em decorrência de ato ou evento de sua exclusiva responsabilidade, desvinculado da atividade profissional, conforme previsto no referido contrato.

§ 8º O contrato especial de trabalho desportivo deverá conter cláusula expressa reguladora de sua prorrogação automática na ocorrência da hipótese prevista no § 7º deste artigo.

§ 9º Quando o contrato especial de trabalho desportivo for por prazo inferior a 12 (doze) meses, o atleta profissional terá direito, por ocasião da rescisão contratual por culpa da entidade de prática desportiva empregadora, a tantos doze avos da remuneração mensal quantos forem os meses da vigência do contrato, referentes a férias, abono de férias e 13º (décimo terceiro) salário.

§ 10. Não se aplicam ao contrato especial de trabalho desportivo os arts. 479 e 480 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943." (NR)

⁴⁰² 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.

§ 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.

§ 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:

significativa na descaracterização da natureza trabalhista, emprestando a tal direito natureza cível. Além disso, o enunciado que trata do direito de imagem passou a ter a seguinte redação: “Art. 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.”

Importante salientar também que a Lei Pelé, posteriormente alterada pela Lei 12.395/11, trouxe grandes avanços no que pertine ao conceito do “clube empresa”. Na esteira do disposto no artigo 217 da Constituição Federal de 1988, cuja grande novidade foi emprestar às entidades desportivas, dirigentes e associações, autonomia quanto a sua organização e funcionamento, dispõe os parágrafos 11 e 13 do artigo 27 da Lei 12.395/11 que os administradores de entidades desportivas profissionais respondem solidária e ilimitadamente pelos atos ilícitos praticados, de gestão temerária ou contrários ao previsto no contrato social ou estatuto, nos termos da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil –, que, para os fins de fiscalização e controle do disposto nesta Lei, as atividades profissionais das entidades de que trata o caput deste artigo, independentemente da forma jurídica sob a qual estejam constituídas, equiparam-se às das sociedades empresárias, respectivamente.

4.1.1 Conceito e características do contrato de trabalho desportista

Como examinado no capítulo I dessa dissertação, o contrato de trabalho consiste no instrumento pelo qual uma pessoa física se obriga a prestar serviços à outra, de modo não eventual, pessoal, onerosa e subordinada à outra pessoa física ou jurídica. Neste sentido, o artigo 442 da CLT, que dispõe que o contrato individual de emprego é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

Quanto ao prazo de duração, a regra disposta no artigo 443 consolidado é de que o contrato será fixado a tempo indeterminado, restringindo a lei às hipóteses nas quais será celebrado a prazo determinado. Trata-se, portanto, de uma exceção à

I - a captação das imagens para a exibição de flagrante de espetáculo ou evento desportivo dar-se-á em locais reservados, nos estádios e ginásios, para não detentores de direitos ou, caso não disponíveis, mediante o fornecimento das imagens pelo detentor de direitos locais para a respectiva mídia;

II - a duração de todas as imagens do flagrante do espetáculo ou evento desportivo exibidas não poderá exceder 3% (três por cento) do total do tempo de espetáculo ou evento;

III - é proibida a associação das imagens exibidas com base neste artigo a qualquer forma de patrocínio, propaganda ou promoção comercial.

predeterminação do prazo contratual, somente se justificando nas atividades cuja natureza ou transitoriedade a justifique, nas atividades empresariais de caráter transitório, e nos contratos de experiência. Os contratos a prazo determinado não poderão ultrapassar dois anos, exceção feita ao de experiência, que não poderá ser exceder de 90 dias.

O artigo 30 da lei 9615/98⁴⁰³ dispõe que o contrato de trabalho do atleta profissional deverá ser celebrado por escrito e por prazo determinado, não podendo ser inferior a três meses, nem superior a cinco anos. Nesse sentido, o referido dispositivo legal faz menção expressa à inaplicabilidade dos artigos 445, 451 e 452⁴⁰⁴ da CLT⁴⁰⁵ porque incompatíveis com as disposições especiais previstas na lei específica para esse trabalhador. Para que o atleta tenha condições de jogo em competições oficiais nacionais e internacionais, deverá ser o contrato de trabalho ser devidamente registrado em órgãos como a federação brasileira (CBF) e na FIFA.

Perspectivada essa particularidade, a legislação trabalhista, predominantemente, ou supletivamente, conforme o caso concreto, terá aplicação às relações de emprego entre atletas e clube empregador. Normas de proteção ao trabalhador são integralmente aplicadas, em quaisquer circunstâncias. Catharino⁴⁰⁶ conceitua o contrato de trabalho do jogador de futebol como sendo:

⁴⁰³ Art. 30. O contrato de trabalho do atleta profissional terá prazo determinado, com vigência nunca inferior a três meses nem superior a cinco anos. Parágrafo único. Não se aplica ao contrato especial de trabalho desportivo do atleta profissional o disposto nos arts. 445 e 451 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

⁴⁰⁴ 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.

Parágrafo único. O contrato de experiência não poderá exceder de 90 (noventa) dias.

Art. 451 - O contrato de trabalho por prazo determinado que, tácita ou expressamente, for prorrogado mais de uma vez passará a vigorar sem determinação de prazo.

Art. 452 - Considera-se por prazo indeterminado todo contrato que suceder, dentro de 6 (seis) meses, a outro contrato por prazo determinado, salvo se a expiração deste dependeu da execução de serviços especializados ou da realização de certos acontecimentos.

⁴⁰⁵ ATLETA PROFISSIONAL. CONTRATO DE TRABALHO. PRAZO DETERMINADO. PRORROGAÇÃO. REDUÇÃO SALARIAL. O contrato de trabalho celebrado entre o clube e o atleta profissional é sempre por prazo determinado, consoante exigência do artigo 30, parágrafo único, da Lei nº 9.615/1998, que revogou o disposto no artigo 3º, II, da Lei nº 6.354/76, e, por isso, ainda que celebrados vários contratos sucessivamente, não podem ser tomados de forma unificada. Os artigos 451 e 452 da Consolidação das Leis do Trabalho não se aplicam ao atleta profissional do futebol, porquanto incompatíveis com as disposições especiais previstas para esse trabalhador. Não há falar, tampouco, em redução salarial, porquanto não fora configurada a hipótese de unicidade contratual. Recurso de revista não conhecido. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 660130-20.2000.5.03.5555. Recorrente: Adilson Cândido de Souza. Recorrido: Clube Atlético Mineiro. Relator: Min. Lelio Bentes Corrêa. Brasília, 08 nov. 2006. DJ 24 nov. 2006).

⁴⁰⁶ CATHARINO, José Martins. **Contrato de emprego desportivo no direito brasileiro**. São Paulo: LTr, 1969. p. 3.

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. O contrato de emprego desportivo compreende duas espécies, ou subespécies, como se queira: o de atletas e o de auxiliares desportivos. O de emprego atlético é o mais importante e especial, e, por isso mesmo, o mais regulado com diversificação normativa. A natureza desportiva do trabalho é que caracteriza, embora seja problemático se tenha como desporto a atividade humana remunerada. No sentido nobre e olímpico do termo – o desporto como um fim em si mesmo – a resposta é negativa.

São sujeitos, portanto, do contrato de trabalho, o empregado atleta e o empregador, pessoa jurídica. Empregador e empregado são definidos pela CLT, precisamente pelos artigos 2º e 3º, respectivamente. O artigo 28 da Lei 12.395/2011 estabelece que o a atividade do atleta profissional é caracterizada por remuneração pactuada em contrato especial de trabalho desportivo, firmado com entidade de prática desportiva. Autores como Diniz⁴⁰⁷ põem em dúvidas a inserção desse contrato na seara trabalhista, quando afirma que:

Esse contrato, embora considerado pela jurisprudência (RTST, 1955, n. 153; 1957, n. 545), pela maioria dos doutrinadores e pela Lei 8.672/93 (arts. 22, par. 2º, e 23), como pertencente à seara trabalhista, por pressupor subordinação e dependência econômica, apresenta particularidades, pois haverá estabilidade (RTST, 1957, n. 476) ao jogador, devido à peculiaridade de sua profissão e à finalidade de sua atividade, apesar de ter direito a uma indenização na hipótese de ser despedido injustificadamente. Por sua fisionomia própria e por ser um contrato especial, parece-nos que sua natureza jurídica mais se aproxima da prestação de serviços profissionais às entidades desportivas, sobrevivendo nesta configuração jurídica, não obstante possam ser-lhe aplicadas analogicamente normas de direito do trabalho e de seguridade social. É contrato típico e específico do direito de desporto.

Zainagui⁴⁰⁸ discorda da ilustre professora, argumentado que, sendo contrato de emprego, não há que se falar em prestação de serviços, sendo que as leis trabalhistas são a eles aplicáveis, não por analogia, mas por imperativo de lei e sobretudo de direito, tendo em vista o caráter protecionista do direito do trabalho. Neste sentido, o parágrafo 4º da Lei 12.395/11, dispôs sobre o tema ao estabelecer que se aplicam ao atleta profissional as normas gerais da legislação trabalhista e da seguridade social, ressalvas as peculiaridades desta lei.

⁴⁰⁷ DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 279.

⁴⁰⁸ ZAINAGUI, Domingos Sávio. **Os atletas profissionais de futebol no direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 44.

Menciona Martins⁴⁰⁹ que o contrato de trabalho é um contrato de adesão, pois a maioria dos empregados não tem o que negociar com o empregador. No âmbito desportivo, entende o autor, são “os grandes jogadores 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”. Para Batista⁴¹⁰, o empresário desportivo, por força do exercício das suas funções, adquire competências que o habilitam a restabelecer a igualdade desfeita entre clube/sociedade desportiva e os desportistas profissionais.

Outras particularidades que merece destaque no contrato de trabalho estabelecido entre o atleta e a entidade desportiva dizem respeito aos casos de suspensão, interrupção e terminação do contrato de trabalho. O parágrafo 7º do artigo 28 trata da situação de suspensão parcial do pacto laboral ao dispor que a entidade de prática desportiva poderá suspender o contrato especial de trabalho desportivo do atleta profissional, ficando dispensada do pagamento da remuneração nesse período, quando o atleta for impedido de atuar, por prazo ininterrupto superior a 90 dias, em decorrência de ato ou evento de sua exclusiva responsabilidade, desvinculado da atividade profissional, conforme previsto no referido contrato.

Segundo a Lei Pelé⁴¹¹, as partes podem, na assinatura do contrato, prever nesses casos de suspensão que o período de paralisação seja acrescido no final do contrato. Outra situação de paralisação do contrato diz respeito ao que prevê o artigo 41⁴¹² da Lei Pelé, que trata da participação de atletas em seleções. Também serão casos de suspensão do contrato de trabalho aquelas previstas no artigo 38⁴¹³ da referida lei, que trata da cessão de atletas para outros clubes. Nestes casos,

⁴⁰⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direitos trabalhistas do atleta profissional de futebol**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 12.

⁴¹⁰ BAPTISTA, Albino Mendes. **Estudos sobre o contrato de trabalho desportivo**. Lisboa: Coimbra, 2006. p. 35-36.

⁴¹¹ § 8º O contrato especial de trabalho desportivo deverá conter cláusula expressa reguladora de sua prorrogação automática na ocorrência da hipótese prevista no § 7º deste artigo.

⁴¹² 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.

⁴¹³ Art. 38. Qualquer cessão ou transferência de atleta profissional ou não-profissional depende de sua formal e expressa anuência.

responderá o clube cessionário pelas obrigações trabalhistas do empregado, subsistindo a responsabilidade subsidiária do clube cedente⁴¹⁴.

Por fim, assunto que desperta grande divergência terminológica entre a doutrina é o fim da relação de emprego entre o atleta e a entidade desportiva. Maranhão⁴¹⁵ com muita propriedade afirma que as causas de dissolução dos contratos são a resilição, a resolução, a revogação, a rescisão, a força maior. Cesarino Júnior⁴¹⁶ assevera que a terminação do contrato pode ser de dois tipos: o da cessação das relações de trabalho e o da rescisão. Considera Moraes⁴¹⁷ o “vocábulo cessação o mais genérico, neutro, total e dentro do qual se incluem todas as espécies particulares que levam à solução ou ao fim do contrato”. A CLT, por sua vez, fala em rescisão contratual, expressa no Capítulo V, do Título IV. O parágrafo 5º do artigo 28 da Lei 9615/98 dispõe sobre que o vínculo empregatício desportista dissolverá com o término da vigência do contrato ou de seu distrato; com o pagamento da cláusula indenizatória desportiva ou da cláusula compensatória desportiva; com a rescisão decorrente do inadimplemento salarial, da responsabilidade da entidade de prática desportiva empregadora, nos termos da Lei; com a rescisão indireta, nas demais hipóteses previstas na legislação trabalhista; e, por fim, com a dispensa imotivada do atleta. Nota-se, aqui, que a Lei não fala em rescisão motivada do atleta, o que, para o preenchimento dessa lacuna legal, atrai a incidência do artigo 482 da CLT.

Com o fim do passe em 2001, o atleta está livre para, como qualquer trabalhador, celebrar contrato de trabalho com qualquer outro empregador, pois, na vigência daquele instituto, o empregado estava “preso” ao seu antigo clube, somente podendo celebrar contrato com outro clube caso esse comprasse o seu passe (e nessa condição, o atleta mudava de “dono”). Serão tratadas a seguir as cláusulas

⁴¹⁴ Art. 39. O atleta cedido temporariamente a outra entidade de prática desportiva que tiver os salários em atraso, no todo ou em parte, por mais de 2 (dois) meses, notificará a entidade de prática desportiva cedente para, querendo, purgar a mora, no prazo de 15 (quinze) dias, não se aplicando, nesse caso, o disposto no caput do art. 31 desta Lei.

§ 1º O não pagamento ao atleta de salário e contribuições previstas em lei por parte da entidade de prática desportiva cessionária, por 2 (dois) meses, implicará a rescisão do contrato de empréstimo e a incidência da cláusula compensatória desportiva nele prevista, a ser paga ao atleta pela entidade de prática desportiva cessionária.

§ 2º Ocorrendo a rescisão mencionada no § 1º deste artigo, o atleta deverá retornar à entidade de prática desportiva cedente para cumprir o antigo contrato especial de trabalho desportivo.

⁴¹⁵ SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. 22. ed. São Paulo: LTR, 2005. p. 525.

⁴¹⁶ CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. **Direito Social**. São Paulo: LTr, 1980. p. 247.

⁴¹⁷ MORAES FILHO, Evaristo de. **A justa causa na rescisão do contrato**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 16.

indenizatória e compensatória desportivas, que deverão constar obrigatoriamente do contrato especial de trabalho (artigo 28, caput, da Lei 9615/98).

No caso de rescisão do contrato por uma das hipóteses previstas nos incisos III a V do parágrafo 5º do citado artigo 28, terá o empregador o dever de pagar ao atleta a cláusula compensatória desportiva. Prevista no inciso II, do caput do artigo 28, a cláusula compensatória será devida pela entidade de prática desportiva ao atleta, nas hipóteses dos incisos III a V do parágrafo 5º do mesmo artigo. Assim, nos termos dos mencionados incisos, o clube deverá pagar a cláusula compensatória ao atleta quando houver a rescisão decorrente do inadimplemento salarial, de responsabilidade da entidade de prática desportiva empregadora (inciso III), com a rescisão indireta, nas demais hipóteses previstas na legislação trabalhista (inciso IV), e, por fim, com a dispensa imotivada do atleta (inciso V). O valor da cláusula compensatória desportiva será livremente pactuado entre as partes e formalizado no contrato especial de trabalho desportivo, observando-se, como limite máximo, 400 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 (parágrafo 3º do referido artigo 28).

Prevista no inciso I do artigo 28 da Lei 9615/98, a cláusula indenizatória é devida exclusivamente à entidade de prática desportiva à qual está vinculado o atleta, nas seguintes hipóteses: transferência do atleta para outra entidade, nacional ou estrangeira, durante a vigência do contrato especial de trabalho desportivo (alínea a); por ocasião do retorno do atleta às atividades profissionais em outra entidade de prática desportiva, no prazo de até 30 (trinta) meses (alínea b). O valor da cláusula indenizatória desportiva será livremente pactuado pelas partes e expressamente quantificado no instrumento contratual 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. São solidariamente responsáveis pelo pagamento da cláusula indenizatória desportiva de que trata o inciso I do caput do artigo 28 o atleta e a nova entidade de prática desportiva empregadora.

Tanto a cláusula compensatória desportiva como a cláusula indenizatória desportiva são sucessoras da polêmica cláusula penal⁴¹⁸ que estava prevista na

⁴¹⁸ A cláusula penal representava um obrigação acessória à obrigação principal, servindo de reforço para esta e representando uma estimação de perdas e danos em caso de inadimplemento contratual.

antiga redação do artigo 28 da Lei 9615/98, anteriormente à Lei 12.395/11, que dispunha que era devido o pagamento de multa (a qualquer das partes, pois a lei não fazia distinção) em casos de rescisão antecipada do contrato de trabalho, no valor de até 100 vezes a remuneração anual do atleta. Para Zainagui⁴¹⁹ a verdadeira intenção da cláusula penal era:

um mecanismo de defesa dos clubes para não perder seus atletas por valores ínfimos, pois quando um clube perde um atleta, raramente consegue um na mesma altura técnica, e o atleta ficava livre para celebrar contrato de trabalho com qualquer outro empregador. Ademais, os clubes passaram a vender a cláusula penal, o que se chama no meio desportivo de Direitos Econômicos.

4.1.2 Disposições peculiares à relação de emprego do desportista profissional

Como exposto alhures, a atividade do atleta profissional⁴²⁰ é, em sua essência, regulada pela Lei 9.615 de 1998 (Lei Pelé), com as alterações feitas pela posterior Lei 12.395 de 16.03.2011 (ressaltando-se que esta revogou por inteiro a antiga lei que regulava a matéria, a Lei 6.354 de 1976), bem como, evidentemente, aplicáveis são as disposições da CLT naquilo que for cabível. As entidades de prática desportiva e as entidades de administração do desporto, assim como as ligas de que trata o artigo 20⁴²¹ da Lei Pelé, são pessoas jurídicas de direito privado, com organização, e

Para Caio Mario, “qualquer espécie de obrigação pode receber o reforço de uma cláusula penal”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 103.)

⁴¹⁹ ZAINAGUI, Domingos Sávio. **Os atletas profissionais de futebol no direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 57.

⁴²⁰ Diz Alice Monteiro de Barros sobre as atividades não profissionais: “o desporto realizado de modo não profissional será identificado pela liberdade de prática e pela inexistência de contrato de trabalho, sendo permitido o recebimento de incentivos materiais e de patrocínio (art. 3º, parágrafo único, da Lei 9.615 de 1998, com a nova redação dada pela Lei 9.981 de 14 de julho de 2000)”. (BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 201.)

⁴²¹ Art. 20. As entidades de prática desportiva participantes de competições do Sistema Nacional do Desporto poderão organizar ligas regionais ou nacionais.

§ 2º As entidades de prática desportiva que organizarem ligas, na forma do caput deste artigo, comunicarão a criação destas às entidades nacionais de administração do desporto das respectivas modalidades.

§ 3º As ligas integrarão os sistemas das entidades nacionais de administração do desporto que incluírem suas competições nos respectivos calendários anuais de eventos oficiais.

§ 4º Na hipótese prevista no caput deste artigo, é facultado às entidades de prática desportiva participarem, também, de campeonatos nas entidades de administração do desporto a que estiverem filiadas.

§ 5º É vedada qualquer intervenção das entidades de administração do desporto nas ligas que se mantiverem independentes.

§ 6º As ligas formadas por entidades de prática desportiva envolvidas em competições de atletas profissionais equiparam-se, para fins do cumprimento do disposto nesta Lei, às entidades de administração do desporto.

funcionamento autônomo, definidas as competências nos seus estatutos (artigo 16⁴²² da referida lei).

Algumas disposições são peculiares aos contratos de trabalho estabelecidos com os desportistas profissionais. O contrato firmado com um atleta profissional deve ser por prazo determinado, com duração nunca inferior a três meses nem superior a cinco anos, de acordo com a disposição do artigo 30 da Lei 9.615/98. Para Cassar⁴²³, este prazo visa uma permanência maior do atleta para que possa demonstrar suas habilidades e também desenvolvê-las. Desta forma, inaplicável, portanto, os artigos 479 e 480 da CLT, que tratam da indenização paga quando da rescisão antecipada do contrato de trabalho a prazo determinado, seja por iniciativa do empregador, seja do empregado, respectivamente.

Exemplos de algumas verbas peculiares pagas aos atletas são as atinentes às luvas, bichos, direito de arena e direito de imagem. Para Martins⁴²⁴, as verbas previstas na Lei 9.615/98 são exemplificativas, pois: “Nada impede que em razão da habitualidade sejam pagas outras verbas ao atleta, distintas de luvas, bichos, etc.”. Tais parcelas serão analisadas pormenorizadamente a seguir.

4.1.2.1 Luvas

O termo “luvas” vem da expressão popular “assenta como uma luva”, “feito como uma luva”, “ficou bom como uma luva”, ou seja, algo que é feito sob medida⁴²⁵. O Decreto 24.150 de 20 de abril de 1934, que regulava as condições e processo de renovação dos contratos de locação de imóveis destinados a fins comerciais ou

§ 7º As entidades nacionais de administração de desporto serão responsáveis pela organização dos calendários anuais de eventos oficiais das respectivas modalidades.

⁴²² Art. 16. As entidades de prática desportiva e as entidades de administração do desporto, bem como as ligas de que trata o art. 20, são pessoas jurídicas de direito privado, com organização e funcionamento autônomo, e terão as competências definidas em seus estatutos ou contratos sociais.

§ 1º As entidades nacionais de administração do desporto poderão filiar, nos termos de seus estatutos ou contratos sociais, entidades regionais de administração e entidades de prática desportiva.

§ 2º As ligas poderão, a seu critério, filiar-se ou vincular-se a entidades nacionais de administração do desporto, vedado a estas, sob qualquer pretexto, exigir tal filiação ou vinculação.

§ 3º É facultada a filiação direta de atletas nos termos previstos nos estatutos ou contratos sociais das respectivas entidades de administração do desporto.

⁴²³ BOMFIM, Vólia. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 606.

⁴²⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direitos trabalhistas do atleta profissional de futebol**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 52.

⁴²⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direitos trabalhistas do atleta profissional de futebol**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 53.

industriais, já dispunha sobre as luvas, que eram pagas quando da renovação de locação comercial, pelo fundo de comércio ou pela posse do ponto. De tal forma, que o locatário se via obrigado a dar uma importância em dinheiro, além do aluguel combinado, visando a preferência na locação. As luvas não são uma exclusividade, portanto, do mundo desportivo.

Para Catharino⁴²⁶, as luvas desportivas importam em um reconhecimento de um “fundo de trabalho”, isto é, do valor do trabalho já apresentado pelo atleta que será contratado, estabelecendo um paralelo, por conseguinte, com o “fundo de comércio”, que é o valor do ponto adquirido pelo locatário. Segundo Martins⁴²⁷:

as luvas têm natureza salarial, pois são inclusas no contrato de trabalho. São espécie de gratificação (parágrafo 1º do art. 31 da Lei 9.615/98). Seriam as luvas espécie de salário pago antecipadamente. Não representam indenização, pois não têm por objetivo ressarcir nada. Integram as férias e a gratificação de Natal, além de haver incidência do FGTS sobre a referida verba.

As luvas podem ser pagas em dinheiro, títulos, ou mesmo bens, como automóveis⁴²⁸ e seu valor é fixado precipuamente com base na eficiência do atleta, antes de ser contratado pela entidade desportiva, assim, o seu desempenho funcional já demonstrado no curso de sua vida profissional é levado em consideração para o seu pagamento e mensuração. A exemplo de Martins, Barros⁴²⁹ também entende que, embora as luvas tenham natureza retributiva, não se confundem com os prêmios e gratificações⁴³⁰, cujas causas ocorrem no contrato de trabalho.

Na medida em que a verba recebida a título de luvas origina-se da aquisição de um direito em face do desempenho personalíssimo do atleta, ou seja, o seu valor é previamente convencionado na assinatura do contrato⁴³¹, tendo por base a atuação

⁴²⁶ CATHARINO, José Martins. **Contrato de emprego desportivo no direito brasileiro**. São Paulo: LTr, 1969. p. 33.

⁴²⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direitos trabalhistas do atleta profissional de futebol**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 53.

⁴²⁸ CATHARINO, José Martins. **Contrato de emprego desportivo no direito brasileiro**. São Paulo: LTr, 1969. p. 34.

⁴²⁹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2016. p. 512.

⁴³⁰ Os prêmios e gratificações já foram analisados nos subitens 3.8.3 e 3.8.4, do segundo capítulo, respectivamente.

⁴³¹ 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.

pregressa do atleta na modalidade desportiva. O TST vem demarcando, por meio de alguns julgados⁴³², a sua posição quanto à natureza jurídica salarial das luvas.

4.1.2.2 Bichos

A verba intitulada “bicho” remonta à época do amadorismo, pois os jogadores ganhavam por vitória, mas referiam que o valor era proveniente do “jogo do bicho” para não vincular o seu pagamento às vitórias. O “jogo do bicho”, naquela época, era uma prática lícita. Segundo Zainagui⁴³³,

O jargão se popularizou e faz parte do vocábulo futebolístico. Sua natureza jurídica é de gratificação ou bonificação, uma vez que só é pago em virtude de resultados positivos: vitórias, classificações e conquista de títulos. Algumas vezes os bichos são pagos por empates e até mesmo em derrotas, quando os dirigentes entendem que houve grande esforço e dedicação dos atletas.

Para Catharino⁴³⁴, o bicho é definido como sendo:

um prêmio pago ao atleta-empregado por entidade-empregadora, previsto ou não no contrato de emprego do qual são partes. Tal prêmio tem sempre a singularidade de ser individual, embora resulte de um trabalho coletivo esportivo. Além disto, geralmente, é aleatório, no sentido de estar condicionado a êxito alcançado em campo, sujeito à sorte ou azar.

⁴³² CONTRATO DESPORTIVO. ATLETA PROFISSIONAL DE FUTEBOL. LUVAS. NATUREZA JURÍDICA. As luvas, cujo termo em sentido figurado não é exclusivo do direito desportivo, mas também do Direito Comercial – locação comercial –, instituto com o qual também guarda semelhança, inclusive no tocante à sua finalidade, pois nesta o valor do ponto (fundo de comércio) aproxima-se do valor da propriedade do imóvel, implica em dizer que ‘em certo sentido, as luvas desportivas importam reconhecimento de um fundo de trabalho, isto é, o valor do trabalho desportivo já demonstrado pelo atleta que determinada associação contratar, tudo consoante lição do mestre JOSÉ MARTINS CATHARINO. A verba luvas, portanto, não se reveste de natureza indenizatória, porquanto é sabido que a indenização tem como pressuposto básico o ressarcimento, a reparação ou a compensação de um direito lesado, em síntese, compensa uma perda, de que na hipótese não se trata, na medida em que a verba recebida a título de luvas tem origem justamente na aquisição de um direito em face do desempenho personalíssimo do atleta, ou seja, o seu valor é previamente convencionado na assinatura do contrato, tendo por base a atuação do atleta na modalidade desportiva. Recurso de Revista conhecido e provido”. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Embargos em Recurso de Revista n. 418392-77.1998.5.04.5555. Recorrente: Eduardo Lima de Carvalho. Recorrido: Sport Club Internacional. Relator: Juiz Convocado Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Brasília, 26 jun. 2002. DJ 09 ago. 2002.)

⁴³³ ZAINAGUI, Domingos Sávio. **Os atletas profissionais de futebol no direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 60.

⁴³⁴ CATHARINO, José Martins. **Contrato de emprego desportivo no direito brasileiro**. São Paulo: LTr, 1969. p. 32.

Visa, portanto, o pagamento do bicho, não somente a compensar os atletas, mas também a estimulá-los.

Segundo o entendimento de Barros⁴³⁵, trata-se de uma valorização objetiva, conseqüentemente, dado o seu pagamento habitual e periódico, tem feição retributiva:

Os bichos são fixos e variáveis, podendo, excepcionalmente, ser pagos até mesmo em caso de derrotas quando verificado o bom desempenho da equipe. Isso porque a obrigação do atleta é de meio e não de resultado, ou seja, sua atividade não está circunscrita à obtenção de um resultado positivo, exitoso, mas ao fato de executar as funções com diligência ou estar à disposição do clube para fazê-lo, pois compete ao técnico convocá-lo ou não, bem como mantê-lo ou retirá-lo da partida de futebol.

Martins⁴³⁶ entende que pode o bicho representar salário-condição, pois dependerá do atingimento do objetivo determinado pela entidade desportiva, ou pode caracterizar gratificação ajustada, em vista de ser liberalidade do empregador ou espécie de prêmio pago pelo desempenho coletivo da equipe, muito embora pago individualmente. Nascimento⁴³⁷ disserta sobre a sua origem nos usos e costumes:

Por influência dos usos e costumes, as gratificações tornaram-se uma tradição. Os empregadores repetiram o ato espontâneo que passou, assim, a entrar nos quadros normais da relação de emprego. Essa reiteração criou, para o empregado, uma expectativa de contar com o valor correspondente nos seus ingressos econômicos. O empregado passou a exigí-la sempre que habitual. Sensível ao aspecto econômico, a legislação trabalhista passou a considerar o que era antes uma liberalidade, uma verdadeira obrigação do empregador. Assim, as gratificações constituem uma modalidade de salário.

Por força do citado artigo 31, parágrafo 1º, da Lei 9.615/98⁴³⁸, o bicho tem natureza de prêmio, portanto, natureza salarial. Dispõe a Súmula 207 do STF que todas as gratificações habituais, inclusive a de Natal, consideram-se tacitamente convencionadas, integrando o salário. No mesmo sentido, é a Súmula 152 do TST: “o fato de constar do recibo de pagamento de gratificação o caráter de liberalidade não

⁴³⁵ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 511.

⁴³⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direitos trabalhistas do atleta profissional de futebol**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 56.

⁴³⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Teoria jurídica do salário**. São Paulo: LTr, 1994. p. 246.

⁴³⁸ Art. 31. A entidade de prática desportiva empregadora que estiver com pagamento de salário ou de contrato de direito de imagem de atleta profissional em atraso, no todo ou em parte, por período igual ou superior a três meses, terá o contrato especial de trabalho desportivo daquele atleta rescindido, ficando o atleta livre para transferir-se para qualquer outra entidade de prática desportiva de mesma modalidade, nacional ou internacional, e exigir a cláusula compensatória desportiva e os haveres devidos. § 1º São entendidos como salário, para efeitos do previsto no caput, o abono de férias, o décimo terceiro salário, as gratificações, os prêmios e demais verbas inclusas no contrato de trabalho.

basta, por si só, para excluir a existência de um ajuste tácito”. Saad⁴³⁹ entende que, se o bicho é pago com habitualidade, tem natureza salarial, devendo, por conseguinte, compor a remuneração do empregado e, via de consequência, sofrer a incidência do FGTS. A jurisprudência do TST tem se inclinado pela natureza salarial da parcela relativa ao bicho⁴⁴⁰. Todavia, há entendimentos contrários⁴⁴¹ quando não detectada a habitualidade no pagamento da verba.

Importante que a parcela bicho não seja paga como incentivo em cada partida em parcelas superiores à remuneração do atleta, a fim de se evitar fraudes ao pagamento de salários, já que, sendo superior ao salário do atleta, ficaria implícita a tentativa de mascarar a contraprestação principal do empregado, caracterizando fraude nos direitos trabalhistas (artigo 9º, da CLT), que é o pagamento do salário. Catharino⁴⁴², neste sentido, leciona que

Quando o salário propriamente dito é pequeno e a ‘gratificação’ é elevada, fica fortalecida a convicção de que esta deriva de obrigação assumida pelo patrão, embora a ela queira se furtar. Quando isto se dá, muitas vezes é até flagrante a fraude grosseira ao salário.

⁴³⁹ SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários à lei do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço**. 3. ed. São Paulo: LTr, 1995. p. 276.

⁴⁴⁰ ATLETA PROFISSIONAL. FUTEBOL. LEI PELÉ. DIREITO DE ARENA. DIREITO DE IMAGEM. NATUREZA JURÍDICA. A jurisprudência desta Corte tem se inclinado no sentido de atribuir natureza de remuneração às parcelas em discussão qual seja direito de imagem e direito de arena, de forma semelhante às gorjetas, que também são pagas por terceiros. Nos termos do art. 42 § 1º da Lei 9.615/1998 (Lei Pelé), pertence à entidade desportiva empregadora, o direito de autorizar a transmissão de imagem de eventos desportivos, de cuja arrecadação é destinado 20% a ser distribuído entre os atletas que participarem dos eventos. Por essas razões a parcela recebida pelo atleta e esse título tem natureza salarial. Todavia, adotando-se por analogia a diretriz da Súmula 354 deste Tribunal, os valores correspondentes aos direitos de imagem e de arena compõem o salário apenas para fins de cálculo do FGTS, do 13º salário e das férias. BICHOS. NATUREZA JURÍDICA. Não demonstrada divergência jurisprudencial. Recurso de Revista de que não se conhece. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 16300-65.2004.5.03.0106. Recorrente: Clube Atlético Mineiro. Recorrido: Cleison Edson Assunção. Relator: Min. João Batista Brito Pereira. Brasília, 02 set. 2009. DEJT 25 set. 2009.)

⁴⁴¹ PARCELA – BICHOS. Conforme asseverado pelo eg. TRT, soberano na análise da prova, à luz da Súmula nº 126 do TST, na hipótese dos autos, conquanto paga por liberalidade do reclamado, não foi comprovada a habitualidade no pagamento da parcela -bichos-. Logo, ao afastar sua natureza salarial, o eg. TRT logrou atribuir a correta subsunção da descrição dos fatos às normas pertinentes, estando ileso o artigo 457 da CLT. Com efeito, ao contrário do que alega o recorrente, não se trata de gratificação ajustada, mas sim, de parcela condicionada a evento incerto. Os arestos trazidos a dissenso são inservíveis. O segundo modelo de fl. 527 é oriundo de Turma do TST, ao passo que os demais, não guardam pertinência fática com a premissa observada pelo eg. TRT, ao apreciar a prova documental, de que a verba era paga aleatoriamente, sem habitualidade. Incide o óbice da Súmula nº 296 do TST. Recurso de revista não conhecido. (BRASIL. Recurso de Revista n. 130400-49.2003.5.04.0006. Recorrente: Anderson Corrêa Polga. Recorrido: Grêmio Foot-Ball Porto Alegrense. Relator: Min. Renato de Lacerda Paiva. Brasília, 22 set. 2010. DEJT 01 out. 2010).

⁴⁴² CATHARINO, José Martins. **Tratado jurídico do salário**. São Paulo: LTr, 1994. p. 478.

O bicho, em síntese, não é pago por gol marcado ou mesmo evitado, e sim, pela atuação e comprometimento do time como um todo no sucesso da partida, recompensando o espírito coletivo de colaboração entre os seus integrantes. Não importa se a quantia paga seja vultuosa, como, por exemplo, no caso de conquista de um título internacional⁴⁴³, ou se seja de menor monta, pelo simples ganho de uma partida durante um campeonato estadual ou nacional.

4.1.2.3 Direito de arena

O termo “arena” tem origem latina e significa “areia”. Pois bem, o termo é utilizado nos meios esportivos e remonta à antiguidade, ocasiões em que os gladiadores romanos enfrentavam-se, ou digladiavam com animais ferozes, em locais cobertos de piso de areia, denominados “arenas”, o que facilitava a limpeza de sangue que ficava no solo após as lutas⁴⁴⁴. Trata-se, o direito de arena, da forma de remunerar o atleta em razão de participar de partida desportiva transmitida por meios midiáticos (televisivos, rádio, ou, atualmente, por meio da rede mundial de *internet*).

O direito de arena é tradicional no meio desportivo desde os anos 1970, com a participação dos atletas nos valores arrecadados pelos clubes, e possui evidente correlação com o direito de uso da imagem do atleta, que será analisado pormenorizadamente no item posterior. Mas tem o direito de arena dimensão própria, “que é a circunstância de constituir nova realidade, específica, que é a obra coletiva, o espetáculo, algo superior e distinto do simples somatório de individualidades”⁴⁴⁵.

⁴⁴³ É o caso, por exemplo, do jogador Carlos Adriano de Souza Vieira, que propôs reclamatória trabalhista em face do Sport Clube Internacional, em que pretendeu a integração de vultuosa quantia paga a título de bicho pela conquista do campeonato mundial de clubes ocorrido em 2006, no qual o clube foi campeão. Neste caso, tanto o juízo de primeiro grau como o colegiado em segundo grau entenderam pela natureza salarial de tal parcela. O clube recorreu da decisão que considerou a parcela bicho como de natureza salarial. O TRT da 4ª Região manteve a condenação de primeiro grau, ao dispor, na fundamentação do acórdão, que: “Quanto à premiação pela conquista do título mundial, entende-se que o montante pago, ainda que de cifras vultosas, não descaracteriza a natureza salarial da parcela. Dispõe o parágrafo primeiro do art. 31 da Lei nº 9.615/98: ‘São entendidos como salário, para efeitos do previsto no caput, o abono de férias, o décimo terceiro salário, as gratificações, os prêmios e demais verbas inclusas no contrato de trabalho’”. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0001418-49.2010.5.04.0013. Reclamante: Carlos Adriano de Souza Vieira. Reclamado: Sport Club Internacional. Relator: André Reverbel Fernandes. Porto Alegre, 23 abr. 2015. DEJT 29 abr. 2015.)

⁴⁴⁴ ZAINAGUI, Domingos Sávio. **Os atletas profissionais de futebol no direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 115.

⁴⁴⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 835.

Não se confunde, portanto, com o direito de imagem, por enfatizar a atividade coletiva, global e unitária do espetáculo esportivo, que tem, por si só, realidade própria.

O direito de arena está garantido pelo artigo 5º, inciso XXVIII⁴⁴⁶, da Constituição Federal de 1988, que assegura, nos termos da lei, a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humana, inclusive em atividades desportivas, foco da presente pesquisa. Doutrinadores como Melo Filho⁴⁴⁷ entendem que o reconhecimento do direito de arena em nível constitucional trouxe maturidade a tais relações jurídicas, além do inevitável reconhecimento de direitos aos atletas-empregados que participam de forma direta do espetáculo:

Ao dar guarida, no contexto constitucional, ao direito de arena nas atividades desportivas, o legislador constituinte demonstrou conhecimento e sensibilidade, pois, atualmente, não se pode olvidar que os estádios foram transformados em estúdios e as modernas técnicas de comunicação de massa reduziram o mundo desportivo a uma aldeia global, abrindo espaço para a 'exploração da imagem coletiva dos atletas' ou direito de arena durante a competição desportiva, não alcançando o uso da imagem individual do atleta desatrelada ou desvinculada do espetáculo desportivo. Por isso mesmo, reconhecer, constitucionalmente o direito de arena, nos termos da lei, era imperativo da mais estrita justiça para com aqueles que fazem o público espetáculo desportivo.

Ocorre que a Lei 12.395 de 16.3.2011, que alterou a Lei 9.616/98, houve por bem modificar natureza jurídica do direito de arena, embora, como se verá alhures, a jurisprudência siga entendendo pelo caráter remuneratório de tal verba. Segundo essa nova disposição, ele deixou de ser uma verba trabalhista, para assumir, por expressa disposição legal, uma relação de natureza civil. Nos termos da citada norma, as entidades de prática desportiva, que detêm a titularidade do direito de arena, gozam

⁴⁴⁶ Art. 5º (...)

XXVIII – São assegurados, nos termos da lei:

a – a proteção às participações individuais em obras coletivas, e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

⁴⁴⁷ MELO FILHO, Álvaro. **Direito Desportivo**. 1. ed. São Paulo: IOB Thompson, 2006. p. 132. Segundo o autor, ainda, o direito de arena que alcança o espetáculo desportivo não afasta o direito do atleta à própria imagem, se for destacado do conjunto, de modo que se exclui do campo de incidência do direito de arena todas as demais situações onde a reprodução ou a divulgação da imagem não decorram diretamente do espetáculo desportivo ou que independam da autorização da entidade desportiva a que estiver vinculada o atleta.

Por isso que a lei portuguesa (Lei 28/98), no seu artigo 10º, itens 1 e 2, inclui no contrato de trabalho a imagem coletiva dos atletas profissionais, ao mesmo tempo que exclui a imagem individual do praticante desportivo: Lei 28/98, art. 10º Direito de imagem. 1 – Todo o praticante desportivo profissional tem direito a utilizar a sua imagem pública ligada à prática desportiva e a opor-se a que outrem a use ilicitamente para exploração comercial ou para outros fins económicos. 2 – Fica ressalvado o direito de uso de imagem do colectivo dos praticantes, o qual poderá ser objecto de regulamentação em sede de contratação colectiva.

da prerrogativa exclusiva de negociar, autorizar ou proibir a captação, fixação, emissão, a transmissão ou a reprodução das imagens, por qualquer meio ou processo, dos eventos esportivos de que participem. Neste sentido, dispõe a Lei nº 9.615/98, com a nova redação do artigo 42⁴⁴⁸.

Em síntese, há quatro grandes mudanças a partir do novo texto legal: a primeira, que a cota parte dirigida aos atletas passa a ser de 5%, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; a segunda, que o montante do valor devido aos atletas será repassado pela entidade sindical dos atletas profissionais; a terceira, que tais sindicatos deverão repassar em partes iguais aos profissionais participantes do espetáculo; e, por fim, a quarta mudança refere a verba como parcela de natureza civil.

Assim, o direito de arena passa a assegurar aos atletas o percentual mínimo de 5% do total auferido pelo clube empregador. Anteriormente à Lei 12.395/2011, o percentual mínimo era de 20% do preço total da autorização⁴⁴⁹ e, na condição de verba trabalhista, era distribuído diretamente pelos clubes aos atletas profissionais. A entidade sindical assume, a partir da Lei 12.395/2011, a responsabilidade pelo recebimento dessa receita proveniente da exploração de direitos desportivos audiovisuais e obriga-se a repassar o montante apurado, em partes iguais, aos atletas profissionais que tenham participado do evento. O direito de arena é, pois, devido em partes iguais para os atletas partícipes do espetáculo, sendo que esse pagamento poderá ou não se revestir de periodicidade, em vista de que condicionado à

⁴⁴⁸ 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.

§ 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.

⁴⁴⁹ RECURSO DE REVISTA. DIREITO DE ARENA. À luz do artigo 42, parágrafo 1º, da Lei nº 6.915/98, a parcela -direito de arena- é decorrente da participação do profissional de futebol em jogos e eventos esportivos, estando diretamente relacionada à própria prestação laboral do atleta e não apenas ao uso de sua imagem. Com efeito, referido direito é vinculado ao trabalho prestado pelo autor, ao longo dos 90 minutos do jogo, momento em que desempenha a sua atividade específica de profissional jogador de futebol. Observe-se, por relevante, que o mencionado artigo 42 é flexível somente no que se refere à percentagem a ser ajustada - e ainda assim, garantindo ao trabalhador atleta um limite de 20 por cento. Entende-se, portanto, devida a contraprestação, a qual deverá ser previamente ajustada, respeitando-se aquele percentual mínimo, o que não significa retirar-se sua natureza salarial, como entendeu o eg. TRT. Recurso de revista conhecido e provido. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 130400-49.2003.5.04.0006. Recorrente: Anderson Corrêa Polga. Recorrido: Grêmio Foot-Ball Porto Alegrense. Relator: Min. Renato de Lacerda Paiva. Brasília, 22 set. 2010. DEJT 01 out. 2010).

transmissão – ou retransmissão – de imagem dos jogos ou dos eventos em que participarem os atletas profissionais.

Os clubes são beneficiários da maior parte do valor pago pela transmissão do espetáculo desportivo, embora parte da doutrina, a exemplo de Jacobina⁴⁵⁰, discorde do fato de o montante principal ser destinado ao clube empregador e não aos atletas, verdadeiros protagonistas do espetáculo:

Embora agentes do espetáculo, diretamente, a maior parte do que é arrecadado com o direito de arena ficaria com a entidade a que filiados, não com os atletas, a menos que estes, pessoalmente, ou por meio de seus sindicatos, impusessem aos clubes, por convenção, uma maior participação sua no preço da autorização. (...) A imagem é gerada pelo atleta, não pela entidade que filiado o atleta. Com o primeiro, principalmente, deveria ficar a vantagem decorrente do direito de arena, direito que não alcança apenas o jogador de futebol, mas qualquer atleta. Agora, é esperar os resultados da lei tudo o que importa. Os tribunais judiciais, possivelmente, terão muito o que decidir a respeito.

Alguns autores, a exemplo de Martinez⁴⁵¹, entendem que a Lei 12.395/2011 trouxe consigo dois graves problemas jurídicos, quais sejam:

O primeiro, relacionado à possibilidade de admitir-se a constitucionalidade de uma norma que viola o princípio do não retrocesso social. Note-se que, sem qualquer vantagem compensatória, os atletas simplesmente passaram a ter o direito ao recebimento de arena no percentual de 5%, em lugar de 20% sobre a mesma base. O segundo, relacionado à atribuição às entidades sindicais de uma função que normalmente não lhe diz respeito. Trata-se de uma verdadeira interferência legislativa na organização dos sindicatos (vide art. 8º, I, da CF/88) que, saindo do plano de missão institucional, terão que despender grandes esforços para distribuir o direito de arena, em partes iguais, aos atletas profissionais participantes do espetáculo, independentemente da filiação sindical destes.

Partilha desse entendimento Zainaghi⁴⁵², ao referir que a alteração legal de 2011 veio deitar por terra duas conquistas sociais, pois, não se tivesse chegado à conclusão de que a parte cabível aos atletas tinha natureza salarial (como, por exemplo, o entendimento do autor), o percentual poderia ser alterado sem qualquer problema ou preocupação dos juslaboralistas e constitucionalistas, por se tratar de um

⁴⁵⁰ RABELLO, José Geraldo de Jacobina. Do 'direito de arena'. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, São Paulo, v. 54, p.13-18, 1978.

⁴⁵¹ MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 469. (grifos no original)

⁴⁵² ZAINAGUI, Domingos Sávio. **Os atletas profissionais de futebol no direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 123.

instituto de natureza civil. Ocorre, segundo o autor, que a partir do momento em que se trata, o direito de arena, de um instituto que tem origem no contrato de trabalho, que visa a *remunerar* o atleta em casos de transmissão de jogos com a sua participação, a alteração do percentual para menor há de ser tratada sob a ótica do Direito Constitucional e do Direito do Trabalho.

Cabem aqui algumas considerações sobre a possível ofensa ao princípio da proibição do retrocesso social. Como é sabido, o Direito do Trabalho, a partir do mega princípio da proteção, visa coibir o retrocesso de conquistas já alcançadas pelos trabalhadores. Direitos sociais já adquiridos devem ser mantidos e não suprimidos sem que haja qualquer compensação⁴⁵³, e, exatamente por isso, são protegidos pelo artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição Federal⁴⁵⁴ que os considera como cláusula pétrea. Sarlet⁴⁵⁵ disserta sobre a eficácia dos direitos fundamentais:

Ainda no que concerne à eficácia dos direitos a prestações de cunho programático, não se pode deixar de considerar a problemática dos direitos que já foram objeto de concretização pelo legislador. Neste sentido, impõe-se a indagação sobre se um dos efeitos inerentes às normas constitucionais que consagram direitos fundamentais desta natureza não seria também o de gerarem o que habitualmente se denominou de uma proibição de retrocesso, isto é, de impedir o legislador de abolir determinadas posições jurídicas por ele próprio criadas.

Neste sentido, perquire-se se a alteração dada pela Lei de 2011 não teria afrontado o disposto no artigo 7º, inciso VI⁴⁵⁶, da Constituição Federal, que trata da garantia de direitos aos trabalhadores, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, como a irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo. Canotilho⁴⁵⁷ ensina que a constitucionalização de determinados direitos representaria uma espécie de garantia, de modo que qualquer medida

⁴⁵³ “Assim, uma vez prevista no rol de direitos constitucionais do trabalhador uma série de garantias mínimas, tais garantias merecem especial tutela, não podendo ser simplesmente abolidas ou desconsideradas sem qualquer ação complementar ou substitutiva que garanta a preservação do núcleo essencial dos direitos”. (SOUZA, Vanessa Roberta do Rocio. **Flexibilização dos direitos trabalhistas & o princípio da proibição do retrocesso social**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 224.)

⁴⁵⁴ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...)

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...)

IV - os direitos e garantias individuais”.

⁴⁵⁵ SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 275.

⁴⁵⁶ Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

⁴⁵⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 338.

legislativa posterior que buscasse restringir, anular ou revogar direitos já realizados sem contemplação de medidas alternativas compensatórias seria inconstitucional, e que a vedação do retrocesso social representaria, assim, um limite à atuação do legislador, que precisaria se ater ao núcleo essencial dos direitos já alcançados.

Para Zainaghi⁴⁵⁸, por se tratar o direito de arena de um direito social, portanto fundamental, a alteração da Lei 9.615/98 é flagrantemente inconstitucional, na medida em que fere o princípio da proibição do retrocesso social, e, até que haja a declaração da inconstitucionalidade da norma, poderão os atletas cobrar a diferença de 15% em dissídios individuais ou coletivos. Ainda, no entendimento do citado autor, andou mal o legislador ao declarar como de natureza civil o direito de arena, pois, segundo ele,

a natureza jurídica de um instituto quem a dá é o Direito e não a lei, pelo menos quando tratamos de Direito do Trabalho. Neste, existe o princípio da primazia da realidade, onde fatos reais são mais importantes que a forma. Américo Plá Rodriguez assim ensina sobre esse princípio: 'Entendemos que o princípio da primazia da realidade é algo mais que uma presunção; constitui um critério básico que ordena que se prefiram os fatos a papéis, às formalidades e aos formalismos'.

A despeito do entendimento de que houve um retrocesso social com a modificação para menor do percentual pago aos atletas, não há dúvidas, de que, com respaldo na Constituição Federal de 1988, a Lei 9.615 de 1998, e, posteriormente a Lei 12.395 de 2011, trouxeram inequívocos avanços para os atletas profissionais empregados, no sentido de que passaram a participar da arrecadação dos valores da autorização da transmissão de imagens das partidas de que participam. Para Alice Monteiro de Barros⁴⁵⁹:

Salvo estipulação em contrário, o atleta tem direito de participar dos ganhos obtidos com a divulgação da imagem dos jogos de futebol que contaram como sua presença e, considerando o princípio da continuidade da prestação de serviços, a presunção é de que ele tenha participado de todos os jogos do clube, cuja imagem foi produzida ou reproduzida, competindo ao clube de futebol provar possíveis ausências do atleta nos eventos desportivos. Assim, defere-se ao atleta, a título de direito de arena, o pagamento da fração de 1/14 (considerando-se o número de atletas que podem participar de um jogo de futebol) do percentual de 5% incidente sobre o preço total das autorizações concedidas pelo Clube, para transmissão ou retransmissão de imagem de eventos desportivos.

⁴⁵⁸ ZAINAGUI, Domingos Sávio. **Os atletas profissionais de futebol no direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 127.

⁴⁵⁹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 514.

Melo Filho⁴⁶⁰ entende que não há dúvidas de que, no direito de arena, sua titularidade é da entidade de prática desportiva, ou seja, do clube, e não do atleta profissional (empregado), e, nada obstante esse valor seja pago por terceiros⁴⁶¹, ou seja, pelos meios de comunicação que adquiriram o direito de transmissão do espetáculo, a maioria da doutrina e jurisprudência têm entendido que o direito de arena tem um caráter salarial ou natureza remuneratória, à semelhança do tratamento dado às gorjetas. A discussão atinente à fixação da natureza jurídica do instituto ora examinado não é, todavia, tarefa simples.

Como examinado acima, trata-se de um direito personalíssimo⁴⁶² consagrado pela Constituição Federal como sendo, o direito de arena, um direito à imagem, e, portanto, um direito pertencente à personalidade humana. O pagamento do direito de arena decorre, evidentemente, da obrigação principal do atleta empregado (já que se destina ao fim para o qual foi contratado, qual seja, jogar pelo clube empregador), o de participar de partida de futebol, que poderá ser transmitida, ou não. Caso seja transmitida, sua imagem será mostrada a várias pessoas, e, dependendo da importância do evento esportivo, a milhares ou mesmo milhões de espectadores (a exemplo dos jogos televisionado nas partidas da Copa Mundial de Futebol).

Martins entende que a sua natureza é remuneratória, pois decorre da prestação de serviços na vigência do contrato de trabalho, que visa retribuir ou remunerar o atleta pela participação na partida e no televisionamento – fato gerador da verba devida – do jogo. Como se trata de verba paga por terceiros, se equipararia o direito de arena ao pagamento das gorjetas⁴⁶³. Discorre o autor⁴⁶⁴, ao explicar a natureza remuneratória do direito de arena, sobre o porquê deve ser afastado o caráter

⁴⁶⁰ MELO FILHO, Álvaro. **Direito Desportivo**. 1. ed. São Paulo: IOB Thompson, 2006. p. 132.

⁴⁶¹ Conforme analisado no item 3.9.1.6, o direito de arena é incluso nas parcelas devidas e pagas por terceiro, cuja modalidade é remunerada ao empregado ao longo da relação empregatícia e sua natureza jurídica é controvertida. São três as parcelas mais significativas dessas verbas pagas por terceiros no contexto do contrato de emprego: as gorjetas; os honorários advocatícios de sucumbência do advogado empregado; e as retribuições materiais por publicidade pagas a empregados artistas ou atletas.

⁴⁶² Sobre o assunto, foi visto no item sobre direitos personalíssimos no item 2.5.1.1.

⁴⁶³ No mesmo sentido, Alice Monteiro de Barros entende: “A doutrina tem atribuído a natureza jurídica de remuneração ao direito de arena, de forma semelhante às gorjetas que também são pagas por terceiro. A onerosidade desse fornecimento decorre não só da lei, mas da oportunidade concedida ao empregado para auferir vantagem. O valor alusivo ao direito de arena irá compor apenas o cálculo do FGTS, 13º salário, férias e contribuições previdenciárias, pois a Súmula nº 354 do TST, aplicada por analogia, exclui sua incidência do cálculo do aviso-prévio, repouso, horas extras e adicional noturno”. (BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 515.)

⁴⁶⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direitos trabalhistas do atleta profissional de futebol**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 68.

indenizatório da verba, pois, em síntese, não visa a compensação de ato ilícito ou de dano causado ao atleta:

O pagamento não está indenizando o atleta, pois não há ato ilícito ou dano para que exista indenização. Equipara-se à gorjeta paga pelo cliente ao trabalhador, pois as gorjetas também podem ser compulsórias, se assim for adotado como sistema. A equiparação à gorjeta se dá pelo fato de o pagamento do direito de arena ser feito por terceiro. Não se trata exatamente de gorjeta, pois a gorjeta significa algo para dar de beber (pour boire, do francês) para a gorja ou garganta, que não é o caso do direito de arena, que não visa dar de beber. A gorjeta não integra o salário, mas a remuneração. Como o pagamento é feito por terceiro, alheio ao contrato de trabalho, pode-se dizer que é uma espécie de gorjeta, mas decorre do contrato de trabalho. Inexistindo esse, não haveria o respectivo pagamento. O direito de arena não é salário por não ser pago pelo empregador. Compõe o direito de arena a remuneração, como ocorre com as gorjetas, que são pagas por terceiros, mas integram a remuneração. São decorrentes do contrato de trabalho. Sem ele não há pagamento de direito de arena.

Uma vez equiparado às gorjetas, o direito de arena incidiria sobre o cálculo do FGTS, 13º salário, férias e contribuições previdenciárias, já que a Súmula nº 354 do TST⁴⁶⁵, aplicada por analogia, exclui sua incidência do cálculo do aviso-prévio, repouso, horas extras e adicional noturno. Zainaghi⁴⁶⁶ partilha da mesma posição, ao esboçar que a natureza jurídica do direito de arena no campo do Direito do Trabalho é a de remuneração, e, traçando também o autor um paralelo com o instituto jurídico das gorjetas, incidiria sobre as demais verbas trabalhistas na forma do disposto pela Súmula 354 do TST, sobre tal verba deverá ser recolhido o FGTS, bem como incidirá no 13º salário, férias e contribuições previdenciárias.

Outros autores⁴⁶⁷, com respaldo no que dispunha o artigo 42 da Lei 9.615/98 (na sua redação anterior à alteração dada pela Lei 12.395/11), entendem que, embora

⁴⁶⁵ Súmula nº 354 do TST. GORJETAS. NATUREZA JURÍDICA. REPERCUSSÕES - As gorjetas, cobradas pelo empregador na nota de serviço ou oferecidas espontaneamente pelos clientes, integram a remuneração do empregado, não servindo de base de cálculo para as parcelas de aviso-prévio, adicional noturno, horas extras e repouso semanal remunerado.

⁴⁶⁶ ZAINAGUI, Domingos Sávio. **Os atletas profissionais de futebol no direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 118.

⁴⁶⁷ OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **Direito do Trabalho**. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 264. Neste sentido, a jurisprudência, com previsão de efeito modulatório: DIREITO DE ARENA. ATLETA PROFISSIONAL DE FUTEBOL. NATUREZA JURÍDICA SALARIAL. NÃO CONHECIMENTO. A natureza jurídica do direito de arena depende, inexoravelmente, do período de vigência do contrato de trabalho celebrado entre o atleta profissional de futebol e a entidade de prática desportiva, se anterior ou posterior à atual redação do artigo 42, § 1º, da Lei nº 9.615/98 (Lei Pelé), dada pela Lei nº 12.395/11. Ou seja, para os contratos celebrados no período anterior à alteração do parágrafo 1º do artigo 42 da Lei nº 9.615/98 (Lei Pelé) pela Lei nº 12.395/11, é forçoso reconhecer a natureza jurídica do direito de arena remuneratória da parcela, em analogia às gorjetas, nos moldes da Súmula nº 354. Destarte, o v. acórdão regional determinou que, para os eventos ocorridos a partir da vigência da Lei 12.395/2011, fosse observado o percentual de 5%

o direito de arena fosse tido como majoritariamente parcela de natureza remuneratória, a atual redação do parágrafo primeiro do citado dispositivo deixa clara a intenção do legislador em outorgar-lhe natureza civil, ao dispor que, salvo convenção coletiva de trabalho em contrário, 5% 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.

O entendimento do TST sobre a natureza jurídica do direito de arena tem sido no sentido de que se trata de parcela de natureza remuneratória, porque, embora tenha como pressuposto o contrato de trabalho, é pago por terceiros, se equiparando, portanto, às gorjetas, com incidência, por analogia, da Súmula 354, ou seja, refletindo apenas sobre o 13º salário, férias acrescidas do terço constitucional e o FGTS, mas não sobre o aviso-prévio, o adicional noturno, as horas extras e o repouso semanal remunerado. A grande maioria dos julgados desta Corte perfilha a tese remuneratória do direito de arena⁴⁶⁸.

Segundo Delgado⁴⁶⁹, o fato de a jurisprudência dominante considerar a verba como parcela remuneratória, por analogia às gorjetas, resultaria da circunstância de o texto original do artigo 42, parágrafo 1º, da Lei 9.615/98 não ter explicitado expressamente a natureza jurídica da vantagem repassada parcialmente aos atletas

e a não integração ao salário dos valores pagos a título de direito de arena, observados os termos de eventuais disposições em sentido diverso em Convenções Coletivas de Trabalho. Decisão em sintonia com a atual, iterativa e notória jurisprudência desta Corte Superior. Incidência do artigo 896, § 7º, da CLT e da Súmula nº 333. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 9890300-64.2004.5.09.0013. Recorrente: Clube Atlético Paranaense. Recorrido: Ministério Público do Trabalho da 9ª Região. Relator: Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos. Brasília, 23 nov. 2016. DEJT 02 dez. 2016).

⁴⁶⁸ DIREITO DE ARENA. NATUREZA JURÍDICA REMUNERATÓRIA. De origem constitucional e ligada à imagem, a participação em jogos de futebol e eventos desportivos gera o direito à percepção de parte da receita auferida pela entidade que contrata a sua transmissão ou retransmissão (artigos 5º, XXVIII, da Constituição Federal e 42, § 1º, da Lei nº 9.615/98). Tal retribuição constitui direito individual, na medida em que, sem o atleta, não há que se falar no espetáculo e é por meio do esforço humano por ele despendido, a sua energia produtiva, que o resultado é alcançado. É direito conexo ao contrato de trabalho, com o qual possui inquestionável vínculo, e apresenta natureza remuneratória, mas não salarial, considerando que, embora também decorra do labor prestado pelo atleta, o pagamento é efetuado por terceiro, representado pela dedução do percentual aludido, incidente sobre a quantia obtida pelo clube. Dessa conclusão decorre que, para efeito de reflexos, a parcela se equipara às gorjetas. Assim, a citada verba gera reflexos apenas sobre o 13º salário, férias acrescidas do terço constitucional e o FGTS, mas não sobre o aviso-prévio, o adicional noturno, as horas extras e o repouso semanal remunerado, nos moldes da Súmula nº 354 desta Corte. Precedentes. Recurso de revista de que não se conhece". (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 1539-35.2010.5.01.0054. Recorrente: Botafogo de Futebol e Regatas. Recorrido: Victor Simões de Oliveira. Relator: Min. Cláudio Mascarenhas Brandão. Brasília, 08 jun. 2016. DEJT 17 jun. 2016).

⁴⁶⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Salário**: teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 84.

a partir do preço ajustado com as redes de transmissão dos espetáculos desportivos. Ainda segundo o autor, a omissão da lei desportiva específica (anterior às mudanças trazidas pela Lei 12.395/2011), faria incidir, por corolário, a regra celetista relativa aos pagamentos habituais feitos por terceiros ao empregado em vista do trabalho prestado por este no contexto da relação empregatícia, atraindo, por conseguinte, o disposto na regra geral concernente à parcela remuneração, inferida pela jurisprudência do artigo 457, caput, da CLT, conforme Súmula 354 do TST. Apesar de toda essa discussão inerente à natureza jurídica da parcela de direito de arena, tem-se que o artigo 42 é suficientemente claro ao tratar-lhe como verba de natureza civil, paga por terceiros, no curso de uma relação de emprego.

4.1.2.4 Direito de imagem

Anteriormente à análise do direito de imagem no contexto da relação desportiva de trabalho, cabem aqui *a priori* algumas considerações. A realidade corpórea do homem no mundo, em sua individualidade, lhe proporciona uma identidade, uma imagem própria que o distingue dos seus semelhantes. Esta imagem também lhe proporciona o desenvolvimento de sua dimensão social, na medida em que é passível de captação visual, sendo um meio para se relacionar com outros, não somente pelo trato direto, mas também pelos novos avanços científicos das novas tecnologias, como câmeras de vídeo e outros instrumentos técnicos, que permitem a reprodução da figura humana de forma visível e reconhecível. O direito de imagem é um direito da personalidade do indivíduo.

Em outras palavras⁴⁷⁰:

El derecho a la propia imagen corresponde a la esfera personal – y, por lo tanto, privada, aunque no íntima, de cada individuo – de conformar su propia apariencia externa, como parte del desarrollo de su personalidad. Por lo tanto, la imagen que cada persona proyecta tiene como fin mostrarse particularmente a los demás. He aquí la interrelación entre el derecho a la propia imagen y el derecho a la intimidad. El derecho a la propia imagen estaría referido no al derecho a la intimidad, en sentido estricto, sino a la dimensión del derecho a la intimidad que corresponde a la protección a la vida privada que implica, como ya dijimos, una ‘autodeterminación del individuo’ con respecto a su relación con otros.

⁴⁷⁰ ALDANA, Rebeca Karina Aparicio. **Derecho a la intimidad y a la propia imagen en las relaciones jurídico laborales**. Pamplona: Thompson Reuters Aranzadi, 2016. p. 226.

A imagem permite a identificação da pessoa como um ser único e particular, lhe projetando para o mundo exterior, desde sua própria individualidade, daí resultando o seu direito à própria imagem. Não somente a imagem propriamente dita, diga-se, mas também a sua dimensão moral que advém daquela exposição, pelas suas características não somente físicas, mas também de personalidade. O direito fundamental à própria imagem outorga ao seu titular a faculdade de expô-la ou não, de divulgá-la, ou não, e o de permitir a terceiro que o faça.

A priori, esclareça-se, não se pode falar em contrato de imagem pelo simples fato de que a imagem da pessoa não está à venda, por se tratar de direito personalíssimo, pertencente ao ser humano, logo, apenas pode-se aventar a hipótese de cessão da licença para o seu uso. Utiliza-se a expressão “contrato de licença de uso de imagem” ou “contrato de cessão de imagem” e não contrato de imagem⁴⁷¹. Decorre, o direito de imagem, da imagem de certas personalidades públicas, aqui especificamente se tratando daqueles atletas que, por sua importância no mundo esportivo, aparecem com grande regularidade na mídia. Sua importância na sociedade decorre justamente da sua história atual e/ou pregressa, e dos feitos importantes realizados no âmbito desportivo. Sua importância é tão grande, que muitas pessoas se identificam com tais atletas, outras se espelham em suas histórias, e muitas outras desejam até mesmo se tornar tais personalidades.

Como abordado anteriormente no capítulo I, item 1.5.1.1 (direitos personalíssimos do empregado decorrentes da personalidade), trata-se o direito de imagem de um personalíssimo protegido pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, incisos V, X e XXVIII, “a”⁴⁷².

Bittar⁴⁷³ afirma que o direito de imagem representa o que a pessoa tem sobre sua forma plástica e respectivos componentes, distintos, e que a individualizam do

⁴⁷¹ Embora comumente seja utilizado o termo “direito de imagem” nesta dissertação.

⁴⁷² Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (...)

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

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

⁴⁷³ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 87.

todo, no meio social, incidindo sobre a conformação física da pessoa. Diz o autor⁴⁷⁴ que, em outras, palavras, é o vínculo que une uma pessoa à sua expressão externa, tomada no seu conjunto, ou parte significativa deste:

Reveste-se de todas as características comuns aos direitos da personalidade. Destaca-se, no entanto, dos demais, pelo aspecto da disponibilidade, que, com respeito a esse direito, assume dimensões de relevo, em função da prática consagrada de uso de imagem humana em publicidade, para efeito de divulgação de entidades, de produtos ou de serviços postos à disposição do público consumidor. Daí, tem sido comum o ingresso de pessoas notórias - em especial, artistas ou desportistas - no meio publicitário, povoando-se todos os veículos de comunicação com anúncios, em que aparecem a elogiar as condições da entidade ou do produto visado e a recomendar a sua utilização.

Essa disponibilidade permite ao titular extrair proveito econômico do uso de sua imagem, ou de seus componentes, mediante contratos próprios, firmados com os interessados, em que autorizam a prévia fixação do bem almejado (figura; efígie; silhueta; rosto; perfil; ou partes: como os olhos, as pernas, os seios, a cintura, as nádegas).

O contrato adequado é o de licença, ou de concessão de uso, em que se devem explicitar, necessariamente, todos os elementos integrantes do ajuste de vontades, a fim de evitar-se eventuais dúvidas: direito objetivado, fim, prazo, condições, inclusive a remuneração: possibilidade de renovação e outras.

Sobre o tema, lecionam Araújo e Nunes Júnior⁴⁷⁵:

O direito à imagem possui duas variações. De um lado, deve ser entendido como o direito relativo à reprodução gráfica (retrato, desenho, fotografia, filmagem, etc.) da figura humana. De outro, porém, a imagem assume a característica do conjunto de atributos cultivados pelo indivíduo e reconhecidos pelo conjunto social. Chamemos a primeira de imagem-retrato e a segunda de imagem-atributo.

A imagem, assim, tem duas colorações: a de retrato físico da pessoa e a de "retrato social" do indivíduo, ou seja, a forma na qual o indivíduo esculpiu sua imagem perante a sociedade. Exemplo dessa situação é a do cantor de rock que deseja ser visto como rebelde. Essa imagem de rebeldia pode ter sido propositadamente desenhada ao longo dos anos e também é objeto da proteção constitucional.

O direito à imagem (imagem-retrato) garante também o direito às partes do corpo, desde que identificáveis. Vozes famosas e narizes conhecidos do cinema recebem a proteção do direito à imagem.

Quando se fala em imagem-retrato, deve-se ter em conta sempre a imagem dentro de seu contexto correto. Não se pode, servindo-se da imagem de determinada pessoa, alterar seu contexto de forma a usá-la com outro cenário. A imagem está protegida, mas o cenário é outro, podendo, portanto, desfigurar a situação enquadrada. Dessa forma, a proteção da imagem estende-se ao contexto em que ela é incluída.

Como decorrência do direito de imagem temos o direito à identidade. O indivíduo tem direito a sua imagem como forma de identidade. A correlação

⁴⁷⁴ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p-94-95.

⁴⁷⁵ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 84.

entre imagem e identidade é direito do cidadão, que pode, portanto, utilizar-se de sua imagem ao lado de seu nome.

Também é derivativo do direito de imagem o direito à integridade da imagem, o que faz que se indenize o dano estético. A propósito, o texto constitucional tratou de elencar, como formas de proteção da violação da privacidade, intimidade, imagem e honra, a indenização por dano material e moral, consistindo este uma forma de proteção da integridade moral, bem protegido como extensão do direito à vida.

Podemos afirmar que a proteção da imagem-retrato está no art. 5º, X, enquanto a imagem-atributo vem protegida no artigo 5º, V, da Constituição.

Muito embora a ninguém seja dado o direito de ver exposto em público a sua imagem sem seu consentimento⁴⁷⁶, o ponto principal aqui discutido relaciona-se a pessoas que vivem de sua imagem, justamente por se tratar de expoentes de sua própria profissão, e, por isto mesmo, estarem em um nível de exposição que foge a maior parte das pessoas comuns. Não por acaso, muitas pessoas, como comumente se fala, “vivem” de sua imagem, pois dela extraem seu sustento, ou ainda que dela o complementem significativamente. E, paradoxalmente, exatamente porque sua imagem está mais exposta ao grande público do que a da maioria comum das pessoas, a implicação de sua exposição suscita a reclamação de direitos envolvidos em grau menos extensivo do que os particulares em geral.

Tal conclusão não excluiu o fato, contudo, de que figuras públicas não tenham o direito de ter sua imagem protegida nos termos do texto constitucional, apenas que sua maciça exposição faz parte da sua condição perante a sociedade. Neste sentido, Bastos⁴⁷⁷ afirma que

É curial, portanto, que estas pessoas que profissionalmente estão ligadas ao público, a exemplo dos políticos, não possam reclamar um direito de imagem com a mesma extensão daquele conferido aos particulares não comprometidos com a publicidade. Isto não quer dizer que estas pessoas estejam sujeitas a ser filmadas ou fotografadas sem o seu consentimento em lugares não públicos, portanto privados, e flagradas em situações não das mais adequadas para o seu aparecimento.

⁴⁷⁶ DANO MORAL. USO DA IMAGEM DO TRABALHADOR. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO. A ausência de autorização para o uso da imagem do trabalhador em material com destinação comercial gera o direito à indenização por dano moral, porquanto evidenciada a ofensa aos artigos 5º, X, da Constituição Federal, e 20 do Código Civil. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0000489-54.2012.5.04.0010. Reclamante: Almir de Souza Fraga. Reclamadas: Editora Abril Panini e outra. Relatora: Tânia Regina Silva Reckziegel. Porto Alegre, 24 abr. 2014. DEJT 02 maio 2014.)

⁴⁷⁷ BASTOS, Celso. **Comentários à Constituição do Brasil**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 62.

A imagem, como direito personalíssimo, é tratada pelo Código Civil em seu artigo 11 como “os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis”, ou seja, trata-se de um direito que não se pode dispor ou renunciar. E, justamente, por isso abarca proteção constitucional. Ao ser violada a imagem, desperta o fato gerador de seu direito a ser indenizado, já que aqui, se adentra no campo dos direitos de personalidade da pessoa humana, os quais, justamente por tal qualidade, são direitos subjetivos, assim conceituados por Varela⁴⁷⁸:

Quanto aos chamados direitos de personalidade, apesar de ser extremamente duvidoso que se possa falar, quanto a muitos deles, de verdadeiros direitos subjetivos, não restam dúvidas de que a sua violação pode dar lugar à obrigação de indenizar: assim sucede com a usurpação do nome, o uso não autorizado da imagem de outrem (v.g. para propaganda de quaisquer produtos), a publicação de cartas confidenciais, a violação da intimidade do lar, etc.

A imagem constitui um bem jurídico inalienável, protegido pela Constituição Federal. Tanto é assim, que a violação do direito da imagem gera, a partir do disposto no artigo 186 do Código Civil de 2002, indenização por danos morais, com intuito de reparar a lesão afeta ao patrimônio moral da pessoa que tem seu direito atingido⁴⁷⁹. A teoria dos direitos fundamentais objetiva a não mercantilização humana, na medida em que a vida e a dignidade de todos são bens jurídicos universais, independente se possam ou não render frutos por exploração econômica.

Muito embora a violação do direito de imagem da pessoa humana esteja ligada à indenização quando utilizado sem o seu consentimento, portanto, tratando de uma compensação da lesão que atinge valores físicos e espirituais da pessoa, no campo desportivo essa denominação atinge outra dimensão, cuja análise se fará a seguir.

⁴⁷⁸ VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. v. I. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 534.

⁴⁷⁹ Recentemente, a doutrina tem destacado o caráter punitivo do dano moral, muito mais do que simples compensação, ressaltando uma visão pedagógica na condenação por dano moral. Nesse sentido, Sílvio Venosa esclarece: “O Código de 2002 resolveu, em boa hora, ser expresso a respeito, no art. 186, admitindo a indenização por dano exclusivamente moral. A Constituição de 1988 a ele se referiu expressamente e abriu um novo horizonte para as indenizações em nosso país. Esse dano é o que afeta a integridade física, estética, a saúde em geral, a liberdade, a honra, a manifestação do pensamento, etc. Trata-se de lesão que atinge valores físicos e espirituais da pessoa e que trazem amargura, privação do bem-estar, padecimento, inquietação mental e perturbação da paz. (...) Não pode igualmente a indenização ser instrumento de enriquecimento injustificado para a vítima; nem ser de tal forma insignificante a ponto de ser irrelevante ao ofensor, como meio punitivo e educativo, uma vez que a indenização desse jaez tem também esta finalidade”. (VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 376-377.

4.2 CONTRATO DE LICENÇA DE USO DE IMAGEM NOS CONTRATOS DE TRABALHO DOS ATLETAS PROFISSIONAIS E ENTIDADES DE PRÁTICA DESPORTIVA

No mundo desportivo, muito se tem falado, escrito e julgado sobre o direito de imagem dos atletas, que, por se tratar de campo de maior interesse do público, tanto no caso de aficionados pelo esporte, como também pelos que não se interessam tanto pelo assunto, gera um mundo de teorias e debates a respeito, mais precisamente, o que vem a ser o cerne da presente pesquisa, quanto à natureza jurídica do valor que retribui (ou indeniza) pela sua cessão ou licença. Como visto acima, a toda imagem corresponde um valor, seja ela a imagem-retrato ou a imagem-atributo⁴⁸⁰. Majoritariamente, a imagem dos atletas desperta mais interesse do público em razão de seus atributos profissionais, independente da beleza⁴⁸¹ (como ocorre, por exemplo, com artistas, modelos e outras personalidades públicas que vivem de sua imagem).

O direito de imagem do atleta atrela-se ao fenômeno contemporâneo e visa, ao fim, tirar proveito econômico para as partes envolvidas da exposição da imagem do empregado. Pode-se dizer que se trata de uma patrimonialização das relações humanas, com vistas à obtenção de uma vantagem econômica. Tem, na sua raiz, a pretensão de auferir ganhos com a exploração da imagem do atleta, por aquilo que se traduz nos seus atributos pessoais, mediante o seu consentimento, ou seja, por meio do exercício da autonomia da sua vontade.

Os contratos de licença de uso de imagem dos atletas levam em consideração os atributos pessoais e as características individuais do trabalhador. São geralmente ajustados em favor de atletas profissionais e decorrem de livre negociação com o empregador, não sendo produto da necessária exposição pública, mas da exploração

⁴⁸⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direitos trabalhistas do atleta profissional de futebol**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 68.

⁴⁸¹ Todavia, existem atletas que agregam à sua imagem diversos atributos, quais sejam, técnica, popularidade, carisma, influência, beleza, etc., como é o caso do ex-jogador inglês David Beckham, “considerado uma das personalidades mais populares do esporte, em 2004, foi inserido pelo brasileiro Pelé no FIFA 100, uma lista com os 125 maiores jogadores vivos da história do futebol mundial. No mesmo ano, também foi incluído na lista da revista estadunidense Time Time 100. É também considerado o jogador mais Pop Star da história do futebol mundial. Já em 2008, foi considerado pela também estadunidense Forbes a quinta personalidade mais influente do mundo. De acordo com a France Football, Beckham é o jogador de futebol mais rico do mundo, ganhando cerca de €37 milhões por ano, somando salários e publicidade”. Fonte: Wikipédia, a enciclopédia livre. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/David_Beckham>. Acesso em: 27 jan. 2017.

privada do reconhecimento que, por mérito profissional, eles alcançaram⁴⁸². São, portanto, decorrentes da livre autonomia privada das partes negociantes⁴⁸³. Neste sentido, dispõe o artigo 104 do Código Civil de 2002 que a validade do negócio jurídico requer: agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei, de modo que, em tese, restariam afastadas eventuais fraudes trabalhistas, como as previstas na lei celetista⁴⁸⁴, uma vez estabelecidos estes pressupostos legais.

O direito de uso de imagem para os atletas profissionais está expressamente previsto no artigo 87-A, da Lei 9.615/98, acrescentado pela Lei 12.395/11.⁴⁸⁵ Tratado como “ajuste contratual personalíssimo”⁴⁸⁶ para a cessão ou exploração do direito de imagem, visa às qualidades individuais do atleta, fruto daquilo que ele consegue expressar fora do evento desportivo. Mas aqui, cabem algumas particularidades. É possível que uma pessoa mostre sua imagem a outros, representando a si mesmo, mas também representando a outros. É o caso do atleta que ajusta com o seu clube empregador contrato para exploração de sua imagem. O direito de imagem, aqui inserido em uma relação laboral, deve ajustar-se ou modular-se às suas particulares características⁴⁸⁷:

la existencia de un poder de dirección ejercido por el empleador, el mutuo deber de buena fe laboral que existe entre las partes, la particular relación de sujeción del trabajador, entre otros; más aún, en aquellos contratos cuyo

⁴⁸² Veja-se, quanto à proteção da imagem associada à atuação, o disposto na Lei 9.610/98, que altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências, artigo 90, § 2º, que: “A proteção aos artistas intérpretes ou executantes estende-se à reprodução da voz e imagem, quando associadas às suas atuações”.

⁴⁸³ Sobre o tema, leciona Ronaldo Lima Santos que o negócio jurídico é um dos instrumentos de objetivação da autonomia privada, sendo o gênero do qual o contrato é uma das suas espécies. E, sendo este um meio de ordenação de interesses individuais, traz um conteúdo normativo para as próprias partes estipulantes, cujo fundamento encontra-se na autonomia privada individual, sendo “o negócio jurídico um dos meios para a auto-regulamentação de interesses; é um veículo de atuação da vontade na esfera jurídica do próprio sujeito; é o principal instrumento da autonomia privada”. (SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das Normas Coletivas**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 119.)

⁴⁸⁴ CLT, art. 9º. Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

⁴⁸⁵ Art. 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.

Parágrafo único. Quando houver, por parte do atleta, a cessão de direitos ao uso de sua imagem para a entidade de prática desportiva detentora do contrato especial de trabalho desportivo, o valor correspondente ao uso da imagem não poderá ultrapassar 40% (quarenta por cento) da remuneração total paga ao atleta, composta pela soma do salário e dos valores pagos pelo direito ao uso da imagem.

⁴⁸⁶ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 470.

⁴⁸⁷ ALDANA, Rebeca Karina Aparicio. **Derecho a la intimidad y a la propia imagen en las relaciones jurídicas laborales**. Pamplona: Thompson Reuters Aranzadi, 2016. p. 227.

desarrollo supone que el trabajador realice ciertas actividades, que por su propia naturaleza, implican cierto contacto con el público o conlleven una exposición de la imagen del trabajador a la comunidad en general, pues, en estos casos, la relación contractual que el trabajador tiene con su empleador, lleva implícita la disposición del trabajador de representarlo con su presencia y, por ello, su imagen deberá ajustarse a las necesidades propias del giro del negocio, siempre que con ello, no se vulnere su dignidad.

O direito de imagem difere do direito de arena, em que é outorgado coletivamente aos atletas pela mera participação destes em eventos desportivos, ainda que não participarem do jogo efetivamente⁴⁸⁸. Outra diferença ocorre quanto à titularidade do direito, enquanto que na arena o titular é o empregador, a entidade de prática desportiva, que por força de lei tem o dever de repassar um percentual à entidade sindical, que, por sua vez, o divide igualmente aos profissionais. Já no direito de imagem, este pertence única e exclusivamente ao titular do direito de personalidade, o empregado. Portanto, somente será devido a este, em caso de divulgação, exploração de sua imagem.

Como visto na citada nova redação do artigo 87-A, da Lei 9.615/98, quis o legislador da Lei 12.395/11, ao modificar o antigo teor do disposto na redação anterior, atribuir ao ajuste contratual sobre o direito ao uso de imagem cedido pelo atleta, natureza contratual de natureza civil e com fixação de direitos, deveres e condições inconfundíveis com o contrato especial de trabalho desportivo (anteriormente a esta modificação, a Lei 9.615/98 nada tratava sobre o assunto). Desta forma, tem tido grande aplicação na esfera desportiva o ajuste entre clubes e atletas, que, não raro

⁴⁸⁸ DIREITO DE ARENA. EXTENSÃO AO JOGADOR RESERVA. É de conhecimento notório para os amantes do esporte, e mesmo para aqueles que nem tanto se atentam para os detalhes técnicos que envolvem um campeonato futebolístico, que os jogadores escalados no banco de reservas são frequentemente assediados pela mídia durante a partida, sobretudo na tentativa de se sanar a ansiedade e a curiosidade dos torcedores sobre as inúmeras possibilidades disponíveis ao técnico em relação aos jogadores. Os olhos dos torcedores, ou meros telespectadores, voltam-se, portanto, não só para os jogadores em campo, atuantes na partida, como também para aqueles que se encontram na iminência de ser chamado, iniciando, até mesmo, um pré-aquecimento, que por vezes tem como motivo apenas incitar a torcida ou instigar o adversário. Inevitável, nesse contexto, ainda que em menor escala, a exposição pública do jogador que mantém-se no banco de reservas durante a partida, haja vista que tem seu nome vinculado à equipe oficial do clube desportista e sua imagem explorada durante o espetáculo. Dessa forma, uma vez que o Autor fazia parte do elenco oficial do clube Réu durante o campeonato paranaense de 2007 e foi escalado para participar das competições, conforme comprova a documentação antes analisada, faz jus ao direito de arena em relação à partidas das quais participou, na qualidade de titular ou reserva, pela razão percentual já fixada em sentença, considerando que nem a lei faz essa diferenciação e que não consta nos autos nenhum ajuste diverso. Sentença que se reforma em parte para estender a condenação também à participação do Autor no evento futebolístico na condição de reserva, ainda que não tenha atuado efetivamente na partida". (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Recurso Ordinário n. 02837-2008-009-09-00-7. Reclamante: Rodrigo Peters Marques. Reclamados: Coritiba Foot Ball Club e outro. Relatora: Márcia Domingues. Curitiba, 01 set. 2010. DEJT 14 set. 2010.)

constituem pessoas jurídicas para, licitamente, reduzir as incidências tributárias e encargos previdenciários, do direito do uso de sua imagem.

Há casos em que o ajuste desperta suspeitas e é considerado fraudulento. Apenas para citar um exemplo, recentemente, um atleta brasileiro⁴⁸⁹ de grande renome mundial sofreu investigações pelas autoridades competentes da Espanha e do Brasil, por significativa sonegação fiscal em sua contratação por um grande clube europeu, e isto gerou inúmeros questionamentos de em que medida tais relações podem mascarar as legislações tributárias e trabalhistas dos países envolvidos, além de, evidentemente, macular a imagem do desportista.

Para Melo Filho⁴⁹⁰, é evidente que a cessão do direito de uso de imagem, no plano teórico-jurídico, é ajuste de natureza civil, e não trabalhista, o que valeria dizer que a paga da exploração comercial da imagem do desportista não pode ser considerada remuneração. Contudo, os contratos de licença de uso de imagem entre clube e atleta muitas vezes são eivados por vícios, que, uma vez aproximada a lente investigativa do contrato-realidade, calcada no princípio da primazia da realidade, desnaturam essa realidade.

A imagem do atleta, como acima introduzido, trata-se de um direito personalíssimo seu, cuja cessão se destinaria a uma exploração lícita, consistindo, e ao fim e ao cabo, uma boa utilização a sua exploração. Estivesse sua imagem atrelada a algo ilícito, fosse mal utilizada, violada, deturpada ou maculada por qualquer outra

⁴⁸⁹ “Alvo de processo na Justiça espanhola, Neymar foi considerado culpado por sonegação de imposto de renda, conluio e fraude por uma corte administrativa da Receita Federal do Rio de Janeiro, de acordo com informações do jornal "Folha de S. Paulo" nesta sexta-feira. A corte teria tomado a decisão no último dia 4 de março, concluindo que o brasileiro omitiu rendimentos pagos por Santos, Barcelona e a Nike, um de seus patrocinadores. Neymar teria utilizado as empresas controladas por seu pai - Neymar Sport e Marketing, N&N Consultoria e N&N Administração de Bens - para não pagar pelo menos R\$ 63,6 milhões de impostos entre 2012 e 2014. Por isso, o jogador será autuado a pagar R\$ 188,8 milhões pelos impostos atrasados, com juros e multas. O brasileiro, porém, ainda pode entrar com recurso junto ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf), em Brasília. Analisando-se os atos e negócios jurídicos levados a efeito pelo contribuinte, as três empresas mencionadas e seus sócios, é possível confirmar que foram praticados por eles negócios jurídicos simulados, fraudulentos - escreveu a auditora fiscal Claudia Develly Montez, relatora do caso, de acordo com a "Folha". Os julgadores teriam considerado que houve simulação de contratos na transferência de seus direitos de imagem para algumas empresas - o que permitira o enquadramento em taxas mais baixas que o Imposto de Renda de pessoa física. Neymar repassou as receitas de seus direitos para a Neymar Sport e não recebeu nenhum repasse de volta, de acordo com suas declarações de imposto - o que foi considerado "inverossímil" pelos responsáveis pelo julgamento”. (GloboEsporte.com. **Neymar é considerado culpado por sonegação de imposto de renda.** 18 mar. 2016. Disponível em: <<http://globoesporte.globo.com/futebol/futebol-internacional/noticia/2016/03/jornal-neymar-e-considerado-culpado-por-sonegacao-de-imposto-de-renda.html>>. Acesso em: 25 dez. 2016.)

⁴⁹⁰ MELO FILHO, Álvaro. **Direito Desportivo**. 1. ed. São Paulo: IOB Thompson, 2006. p. 132.

espécie de lesão ou vício, ou utilizada sem autorização, estar-se-ia certamente diante do instituto reparatório da indenização⁴⁹¹. Mas não é o caso de que se trata.

A boa utilização da imagem do atleta reverte ao clube resultados econômicos, e, por conseguinte, reverte ao primeiro ganhos patrimoniais também, além, é claro, do inevitável ganho extrapatrimonial proporcionado pela sua exposição. Quanto mais exposto na mídia está um atleta de alto nível, mais oportunidades ele tem de mostrar seu trabalho, de ser conhecido pessoal e profissionalmente, de com isso proporcionar-lhe ganhos publicitários e futuros contratos de trabalho com outros clubes, sem olvidar do fato de que, quanto maior a visibilidade do atleta, aliada a um bom desempenho, evidentemente mais chance tem ele de ser convocado para atuar na seleção brasileira, e, com isso, como num ciclo virtuoso, aumenta suas chances de contratação por um clube europeu, permitindo-lhe ainda melhores ganhos. Visto está, portanto, que a cessão da imagem do atleta é, em regra, algo positivo, que lhe rende bons e desejáveis frutos.

Mas como nem todos negócios jurídicos são pautados pela licitude, do ponto de vista legal, há algumas situações enumeradas por Melo Filho⁴⁹² que maculam a validade contratual deste tipo de ajuste, imprimindo-lhe vícios insanáveis. Entre eles, quando o ajuste para a cessão da imagem tem como prazo a mesma duração do contrato de trabalho e efetuado por interposta pessoa, geralmente por empresa constituída pelo esportista apenas para este fim, o que, para o autor, caracterizaria o salário pago extra-folha ou por fora, e violaria o disposto na Súmula 331, I, do TST, atraindo a aplicação do artigo 9º consolidado.

A segunda situação diz respeito à inexigibilidade da contraprestação de serviços vinculados ao uso da imagem do atleta fora da situação de eventos ou de competições esportivas, sob o argumento de que o pagamento é feito somente para que outro clube não utilize o direito de imagem de seu atleta. Aqui o atleta percebe o

⁴⁹¹ INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. USO DA IMAGEM NÃO AUTORIZADO. A existência de cláusula contratual entre as reclamadas prevendo a distribuição de parte dos valores percebidos pelos clubes de futebol entre os jogadores que participaram do álbum de figurinhas do campeonato brasileiro implica em obrigação plenamente imputável às reclamadas, de forma solidária, visto que se beneficiaram da utilização da imagem do reclamante sem a sua expressa autorização, obtendo lucros. Não comprovado o pagamento de valores a tal título ao reclamante é devida a indenização por danos materiais postulada. Recurso parcialmente provido". (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0020013-02.2015.5.04.0020. Reclamante: Saulo da Fé de Freitas. Reclamada: Editora Abril S.A. Relator: João Batista de Matos Danda. Porto Alegre, 12 ago. 2016. DEJT 16 ago. 2016.)

⁴⁹² MELO FILHO, Álvaro. **Direito Desportivo**. 1. ed. São Paulo: IOB Thompson, 2006. p. 133.

direito de imagem, embora não haja a sua exposição fora de eventos desportivos, fato gerador da percepção da referida verba.

A terceira hipótese alude à situação de pagamentos dos direitos de imagem ser feitos mensalmente pelo clube ao atleta⁴⁹³, cumulativamente com os salários, e em valor fixo, sendo muitas vezes significativamente superiores aos salários objeto do contrato de trabalho. Por fim, torna-se nítida a fraude contratual quando o clube empregador ajusta os contratos de cessão de imagem com quase a totalidade de seus atletas, mesmo com aqueles que não possuem a mínima notoriedade pública, deixando evidente de que se trata de contratos de trabalho dissimulados e não de ajustes de natureza civil de licença de uso da imagem⁴⁹⁴.

Sinala-se que a celebração dos contratos de licença de uso de imagem a desportistas profissionais muitas vezes tem por escopo mascarar a remuneração salarial. Por tal fato, tanto a legislação espanhola como a francesa já impuseram limites ao valor a ser pago a título de cessão da imagem pelo atleta, dispondo a primeira como limitação o valor de 15% da remuneração salarial do atleta, e na segunda, o percentual de até 40% de seus ganhos salariais.

Recentemente, a legislação brasileira, por meio do disposto no parágrafo único do artigo 87-A da Lei 9.615/98, com redação incluída pela Lei 13.155 de 2015⁴⁹⁵,

⁴⁹³ DIREITO DE IMAGEM. NATUREZA JURÍDICA. JOGADOR DE FUTEBOL. Os valores pagos pelo reclamado a título de retribuição pela cessão do uso do direito de imagem do autor tem natureza nitidamente salarial, uma vez que decorria diretamente do trabalho desenvolvido pelo jogador profissional em favor do clube. Com efeito, a rubrica direito de imagem paga sem qualquer justificativa em uma condição especial do atleta e adimplida mensalmente, visa, na realidade, a contraprestação pelo trabalho prestado ao clube pelo atleta, constituindo-se em salário stricto sensu. Recurso do reclamado desprovido no aspecto". (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0001418-49.2010.5.04.0013. Reclamante: Carlos Adriano de Souza Vieira. Reclamado: Sport Club Internacional. Relator: André Reverbel Fernandes . Porto Alegre, 23 abr. 2015. DEJT 29 abr. 2015.)

⁴⁹⁴ DIREITO DE IMAGEM. NATUREZA DOS VALORES. O direito de imagem assegurado no art. 5º, XXVIII, "a", da Constituição Federal, é inato, ínsito à personalidade. Seu titular é, portanto, o indivíduo, e a ele compete, se assim o desejar, negociar a licença de uso do direito, mediante contrato que, prima facie, detém natureza civil, desvinculado do contrato de trabalho. Necessário, contudo, atentar para as circunstâncias do caso concreto, que podem, não raro, revelar, escondida sob a égide de um contrato eminentemente civil, parcela de natureza nitidamente salarial. Se a agremiação ajusta o pagamento de parcela fixa mensal, supostamente em retribuição pela cessão do direito de uso da imagem do atleta, sem, contudo, dela fazer uso conclui-se que, em verdade, tratou-se de efetiva contraprestação da atividade profissional do atleta e não do uso de sua imagem. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0000967-36.2010.5.04.0203. Reclamante: Carlos Alberto Rodrigues Gavião. Reclamado: Canoas Sport Club. Relatora: Maria Cristina Schaan Ferreira. Porto Alegre, 25 jan. 2012. DEJT 03 fev. 2012.)

⁴⁹⁵ Parágrafo único: Quando houver, por parte do atleta, a cessão de direitos ao uso de sua imagem para a entidade de prática desportiva detentora do contrato especial de trabalho desportivo, o valor correspondente ao uso da imagem não poderá ultrapassar 40% (quarenta por cento) da remuneração total paga ao atleta, composta pela soma do salário e dos valores pagos pelo direito ao uso da imagem.

imprimiu um valor máximo a ser pago a título de cessão de uso de imagem, o que não impede de, frequentemente, ocorrer de o empregado atleta perceber valores expressivos, por vezes superiores ao salário⁴⁹⁶, a título de cessão da imagem. Sobre tais valores, pagos a título indenizatório, não há incidência de férias, 13º salário, FGTS, INSS, entre outros encargos trabalhistas, portanto, ganha o clube empregador. Para o atleta, também há evidentes benefícios financeiros, já que sobre o salário há a retenção na fonte de 27,5% de imposto de renda, enquanto que a incidência do imposto de renda sobre os ganhos do contrato de cessão do uso da imagem estabelecido entre o clube e a empresa formada pelo empregado para este fim (pessoa jurídica), é da ordem de 8,5%. Esse procedimento, não raro, encontra fortes críticas da doutrina⁴⁹⁷, para quem:

Em suma, o uso dos chamados contratos de cessão de direito de imagem servindo de 'biombo' para perpetrar a dissimulação de salários decorrentes de liame empregatício é uma praxe quase endêmica que contaminou não apenas as práticas desportivas profissionais. Vale dizer, o contrato de direito de imagem é também um ardil utilizado para 'disfarçar' a natureza trabalhista e 'ocultar' a natureza salarial de ajustes celebrados na esfera do desporto praticado de modo não-profissional (vôlei, futsal, basquete, atletismo, natação, etc.), o que corresponde a um 'falso amadorismo', com o propósito inconfessável de reduzir de 51% para 17,5% o montante de obrigações trabalhistas, sociais, fiscais e previdenciárias, beneficiando atletas e clubes.

Por outra perspectiva, há entendimentos doutrinários⁴⁹⁸ e jurisprudenciais⁴⁹⁹ de que a remuneração oriunda do contrato de licenciamento de uso de imagem pelo

⁴⁹⁶ DIREITO DE IMAGEM. NATUREZA JURÍDICA SALARIAL. INTEGRAÇÃO EM DEMAIS PARCELAS. Com efeito, o direito de imagem cuida-se de pactuação conexa ao contrato de trabalho do atleta profissional de futebol, que, quando não desvirtuada, ostenta nítida natureza de ajuste civil. Nesse sentido, o artigo 87-A da Lei nº 9.615/98. No caso em exame, constata-se que o autor auferia salário mensal equivalente a R\$ 10.000,00. Por outro lado, em uma das pactuações de cessão do direito de imagem, recebeu o importe de R\$ 14.000,00 por mês, valor que extrapola seu ordenado. Da mesma forma quanto ao ano em que ocorreu a rescisão contratual (2014), quando o autor auferia salário de R\$ 15.000,00, mas recebia R\$ 24.000,00 a título de direito de imagem. Alie-se a isto o fato de que não há qualquer demonstração de que a entidade desportiva tenha de fato explorado a imagem do demandante na forma contratada, isto é, em procedimentos publicitários e de marketing, como exibição em DVD, internet, jornais, revistas etc. Apelo do Clube reclamado a que se nega provimento. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso Ordinário n. 0000819-65.2015.5.02.0442. Reclamante: Overath Breitner da Silva Medina. Reclamado: Santos Futebol Clube. Relator: Valdir Florindo. São Paulo, 05 jul. 2016. DJ 11 jul. 2016.)

⁴⁹⁷ MELO FILHO, Álvaro. **Direito Desportivo**. 1. ed. São Paulo: IOB Thompson, 2006. p. 134.

⁴⁹⁸ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 469.

⁴⁹⁹ ATLETA PROFISSIONAL. VALORES PAGOS EM DECORRÊNCIA DE CONTRATO DE LICENCIAMENTO DE USO DA IMAGEM. NATUREZA DA PARCELA. Os valores pagos em decorrência de "Contrato de Licenciamento de Uso da Imagem, Nome, Apelido Desportivo e Direitos Derivados", ainda que este tenha sido celebrado paralelamente ao contrato de trabalho, não possuem natureza de contraprestação pelo trabalho do atleta, mas de indenização, de natureza civil, pelo uso de sua imagem, conforme a vontade e o interesse da contratante. Mantida a sentença que não

atleta não possui natureza de contraprestação pelo trabalho do atleta, mas de indenização, de natureza civil, pelo uso de sua imagem, conforme a vontade e o interesse da contratante e nos termos do artigo 87-A da Lei 9.615/98. Nos itens a seguir serão analisadas as diferentes perspectivas acerca das repercussões do direito de imagem no Direito do Trabalho.

4.2.1. Aspectos práticos e relevantes do contrato de licença de uso de imagem e suas repercussões no contrato de trabalho entre o atleta profissional e as entidades de prática desportiva: casos paradigmáticos

Traçando um paralelo entre o contrato especial de direito desportivo e o contrato de natureza civil que estipula a cessão do direito de imagem, tem-se, com base na legislação vigente, resumidamente, que: o primeiro é de natureza trabalhista, o segundo, civil; o contrato desportivo deverá ser registrado na entidade nacional de administração do desporto, no segundo, não há esse registro; o primeiro vincula atleta e clube (pessoa física e jurídica), no segundo, há o vínculo entre o atleta, o clube, e a pessoa jurídica do atleta ou diretamente com este (uma vez que o artigo 87-A da Lei 9615/98 não determina expressamente que o contrato será celebrado entre o atleta ou entre empresa constituída por este e o empregador); no primeiro, o seu *quantum* é base de incidência para contribuição previdenciária, FGTS, férias e 13º salário, o segundo não gera tais incidências; por fim, no primeiro, o objeto do contrato envolve a força de trabalho, e no segundo, a utilização da imagem. Todavia, muitas vezes, estas premissas podem se mesclar, e, por vezes, a regra específica retratada no segundo caso se subsume à primeira, a regra geral.

Serão abordadas a seguir quatro situações consideradas “casos tipo”, ou seja, casos paradigmáticos em que ocorrem situações distintas envolvendo a cessão ou licença do uso de imagem pelo atleta à agremiação desportiva. A primeira, correspondendo ao caso chamado “ideal”, em que o contrato de licença de uso de imagem de natureza civil é celebrado em paralelo ao contrato de trabalho entre o atleta e a entidade desportiva; a segunda, quando o direito de imagem é estabelecido entre

reconheceu natureza salarial aos valores percebidos pelo autor a título de direito de imagem. Recurso ordinário do reclamante improvido, no aspecto”. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0001355-50.2012.5.04.0402. Reclamante: Jubercki Alves da Cruz. Reclamadas: Sociedade Esportiva e Recreativa Caxias do Sul e outra. Relatora: Flávia Lorena Pacheco . Porto Alegre, 20 mar. 2014. DEJT 28 mar. 2014.)

as partes contraentes como cláusula do contrato de trabalho; a terceira, diz respeito à hipótese de a imagem como fato gerador de frutos às agremiações desportivas; por fim, a quarta, trata da situação em que há prejuízos ao atleta com o ajuste do direito de imagem, ao passo que em outras tal ajuste lhe traz benefícios.

4.2.1.1 Caso ideal: contrato de indenização do direito de imagem em paralelo ao contrato de trabalho

A primeira hipótese diz respeito à situação idealmente concebida pelo legislador infraconstitucional, que foi a de permitir a cessão ou exploração do direito ao uso de imagem do atleta, desde que mediante um ajuste contratual de natureza civil, nele sendo fixados os direitos, deveres e as condições, inconfundíveis com o contrato especial de trabalho desportivo (artigo 87-A, da Lei 9.615/98).

Nos termos da lei, portanto, os ganhos advindos da cessão da imagem pelo atleta adquirem a feição de indenização. Mas, neste caso, o enquadramento se faz questionável⁵⁰⁰. A indenização, em seu conceito jurídico, refere-se à reparação de um dano provocado por um ato ilícito. Mas a cessão da imagem não é algo ilícito, quando consentida, é a retribuição pela exposição do atleta, e esta exposição, em tese, não lhe acarreta prejuízos. Ao contrário, ganha o clube com a cessão da imagem do atleta, e ganha o empregado, com quem são partilhados estes frutos.

Nos termos do artigo 31 da Lei da Lei 9.615/98⁵⁰¹, a ausência do pagamento advindo do contrato de direito de imagem, pelo clube, por período igual ou superior a três meses, autoriza a rescisão do contrato de trabalho com o atleta empregado (incidindo, na hipótese, o previsto na cláusula compensatória, disposta no artigo 28, inciso II, c/c parágrafo 5º, inciso III), ficando este autorizado a transferir-se para outra entidade de prática desportiva, inclusive da mesma divisão, independentemente do

⁵⁰⁰ Essa premissa será abordada no último item desse capítulo.

⁵⁰¹ Art. 31. A entidade de prática desportiva empregadora que estiver com pagamento de salário ou de contrato de direito de imagem de atleta profissional em atraso, no todo ou em parte, por período igual ou superior a três meses, terá o contrato especial de trabalho desportivo daquele atleta rescindido, ficando o atleta livre para transferir-se para qualquer outra entidade de prática desportiva de mesma modalidade, nacional ou internacional, e exigir a cláusula compensatória desportiva e os haveres devidos.

§ 1º São entendidos como salário, para efeitos do previsto no caput, o abono de férias, o décimo terceiro salário, as gratificações, os prêmios e demais verbas inclusas no contrato de trabalho.

§ 2º A mora contumaz será considerada também pelo não recolhimento do FGTS e das contribuições previdenciárias.

número de partidas das quais tenha participado na competição, bem como a disputar campeonatos que estiverem em andamento por ocasião da rescisão contratual.

É o caso da situação envolvendo o atleta Kléber Giacomazzi de Souza Freitas, ex-empregado do Grêmio Foot-ball Porto Alegrense. Conhecido como “Kléber Gladiador”, o atleta ajuizou reclamação trabalhista⁵⁰² em face do seu empregador à época, por meio da qual pleiteava a rescisão indireta do contrato de trabalho sob a justificativa de estar sem receber as parcelas correspondentes ao seu direito de imagem há vários meses. A pretensão se justificava, na versão autora, pois a maior parte de sua remuneração era composta, justamente, da parcela ajustada a título de cessão do direito de imagem. Kleber pretendia a rescisão unilateral do contrato de trabalho, devido à falta de pagamento de cinco parcelas de R\$ 233 mil dos direitos de imagem, de outubro de 2014 a fevereiro de 2015, cuja soma equivalia a cerca de R\$ 1,1 milhão. O jogador foi contratado pelo Grêmio por um salário de R\$ 294 mil, mas, aliado aos valores pagos a título de luvas e imagens, totalizava R\$ 583 mil. O contrato de direito de imagem lhe rendia R\$ 233 mil.

O contrato de cessão de uso de imagem firmado entre Kléber e Grêmio, na cláusula 12, previa que, se houvesse falta de pagamento de pelo menos três parcelas dos direitos de imagem, o jogador teria direito à rescisão contratual. Sem a percepção

⁵⁰² “O atacante Kleber entrou na justiça contra o Grêmio e já obteve a rescisão do contrato de trabalho, através de uma liminar. Além disso, o jogador cobra uma série de valores relativos à rescisão contratual, atraso de direitos de imagem e até uma multa por danos morais. No total, o valor que Kleber Gladiador cobra do Grêmio supera os R\$ 30 milhões. Kleber recebia no Grêmio R\$ 583 mil mensais, entre salário, luvas e direitos de imagem. O salário do jogador na Carteira de Trabalho era de R\$ 294 mil. As luvas que o atleta recebeu ao assinar o contrato foram divididas em 60 parcelas, que lhe rendiam mais R\$ 56 mil mensais, totalizando um salário de R\$ 350 mil. Além disso, o Grêmio firmou com o atacante um contrato de exploração da imagem, pagando ao atleta a quantia de R\$ 233 mil mensais. Com isso, a soma de salário (R\$ 294 mil), luvas (R\$ 56 mil) e direitos de imagem (R\$ 233 mil) chega aos R\$ 583 mil mensais. A alegação principal de Kleber para pleitear a rescisão unilateral de contrato é a falta de pagamento de cinco parcelas de R\$ 233 mil dos direitos de imagem, de outubro de 2014 a fevereiro de 2015. A soma equivale a cerca de R\$ 1,1 milhão. O contrato firmado entre Kleber e Grêmio, na cláusula 12, prevê que, se houver falta de pagamento de pelo menos três parcelas dos direitos de imagem, o jogador terá direito à rescisão contratual. Além disso, Kléber reclama do tratamento recebido por parte do Grêmio. Treinando separado desde janeiro, o atleta alega ter tido a sua imagem “arranhada e marcada como a de um “jogador-problema”. Segundo trecho da petição, o atacante teve atingidas a sua “dignidade, honra e integridade psicológica”. Alega também que foi “discriminado” e submetido à situação “humilhante e vexatória”. Por isso, cobra do clube uma multa por danos morais. Como a multa pedida é de 50 vezes o salário do atleta (R\$ 350 mil), a multa pedida é de R\$ 17,5 milhões. Logo, com os direitos de imagem atrasados (R\$ 1,1 milhão), a rescisão de contrato (R\$ 12 milhões) e a multa por danos morais (R\$ 17,5 milhões), o valor que Kleber cobra do Grêmio é de cerca de R\$ 30,6 milhões”. (Gre-Nal da Gaúcha. **Kleber alega danos morais e cobra R\$ 30 mi do Grêmio; veja o processo e o contrato**. 07 maio 2015. Disponível em: <<http://wp.clicrbs.com.br/grenal/2015/05/07/kleber-alega-danos-morais-e-cobra-mais-de-r-30-milhoes-do-gremio-veja-o-processo-e-o-contrato>>. Acesso em: 25 nov. 2016.)

desta quantia, alegava, estava sem receber salário, por conseguinte, enquadrando-se esta situação em uma das hipóteses previstas no artigo 483 da Consolidação das Leis do Trabalho⁵⁰³. Desta forma, segundo o desportista, além da pretensão estar amparada na Lei Pelé (artigo 31 da Lei 9.615/98), também encontrava guarida na legislação trabalhista a falta grave cometida pelo empregador ao não efetuar o pagamento de salário, incluído aí o direito de imagem⁵⁰⁴. Kléber também fundamentava seu pedido de rescisão indireta do contrato de trabalho com fulcro no artigo 28 da Lei 9.615/98, que dispõe que o vínculo desportivo do atleta com a entidade desportiva dissolve-se, para todos os efeitos legais, com a rescisão decorrente do inadimplemento salarial, de responsabilidade da entidade de prática desportiva empregadora e com a rescisão indireta, nas demais hipóteses previstas na legislação trabalhista (inciso III e IV, do parágrafo 5º, respectivamente, ambos incluídos pela Lei nº 12.395, de 2.011).

Nota-se aqui, portanto, um caso clássico em que o contrato de cessão de uso de imagem do atleta foi perfectibilizado nos termos da lei específica, como um contrato civil paralelo ao contrato especial de trabalho, e o direito de imagem era pago a título de indenização, não repercutindo, portanto, nas demais verbas trabalhistas. Por fim, nos exatos termos da lei, sob a alegação de não estar percebendo as parcelas da imagem há mais de cinco meses, o atleta se viu no direito de pleitear a rescisão indireta do contrato de trabalho, com fulcro na legislação celetista (artigo 483) e na lei Pelé (artigo 28 c/c artigo 31), situação esta que é confortada pela jurisprudência atual do TST⁵⁰⁵.

⁵⁰³ Art. 483. O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando: (...)

d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato;

⁵⁰⁴ Observa-se que a remuneração do atleta totalizava R\$ 583 mil, sendo composto de salário (R\$ 294 mil), luvas (R\$ 56 mil) e direitos de imagem (R\$ 233 mil).

⁵⁰⁵ RECURSO DE REVISTA. 1) ATLETA PROFISSIONAL DE FUTEBOL. CONTRATO DE CESSÃO DO DIREITO DE USO DA IMAGEM. PARCELA ACESSÓRIA AO CONTRATO DE TRABALHO. GRAVE INADIMPLEMENTO. RESCISÃO INDIRETA DO CONTRATO DE TRABALHO. Na cessão do direito de uso da imagem - efetivada mediante a celebração do denominado contrato de cessão do direito de uso da imagem -, é entabulado um negócio jurídico em que a atleta profissional de futebol consegue uma contrapartida financeira pela utilização de sua imagem pelo clube de futebol que o contrata, ostentando natureza civil. Nesse aspecto, não possui o obreiro direito a que a verba - direito de uso de imagem - opere reflexos em férias, gratificações natalinas, verbas rescisórias e FGTS. Contudo, deve ser ressaltado que, apesar de não deter natureza salarial, - e por isso não poder gerar reflexos nas demais parcelas trabalhistas -, a cessão do direito de uso da imagem é parcela acessória ao contrato de trabalho, razão por que o seu grave inadimplemento é hábil a provocar a rescisão indireta. No caso concreto, depreende-se, da leitura do acórdão recorrido, que foi celebrado um contrato de cessão do direito de uso da imagem entre o Reclamante e o Reclamado, estabelecendo-se, em sua cláusula 4ª, o pagamento da importância de R\$ 2.133.600,00 (dois milhões e cento e trinta e três mil e

Na situação analisada, o direito de imagem foi contratado pelas partes a título indenizatório e toda a pactuação envolveu os limites dados pela lei infraconstitucional (artigo 87-A da Lei 9.615/98) e também constitucional (artigo 5º, inciso V, X e XXVIII, “a”). Ressalte-se que o jogador não pleiteou a integração das parcelas do direito de imagem ao salário, mas apenas o seu pagamento em atraso e a rescisão do contrato de trabalho de forma indireta. Atleta de grande renome no cenário nacional, Kléber foi contratado em grande parte pela sua imagem, e dela renderiam frutos tanto ao clube como a próprio desportista. Sua contratação envolveu evidentemente a sua popularidade, tanto dentro como fora do espetáculo desportivo, com vistas a angariar patrocinadores e consumidores, vender produtos relacionados à imagem do atleta vinculada ao clube, divulgar marcas por meio de outras formas “que não se categorizam como vínculo de subordinação ou de dependência atrelada a contrato de trabalho desportivo”⁵⁰⁶. O clube defendia que o jogador não havia concretizado com boas atuações aquilo que sua imagem protegia, de modo que esta imagem não lhe seria mais proveitosa nem mereceria ser aproveitada, o que lhe daria o direito de cessar o pagamento do direito de imagem. Controvérsias a parte, a ação trabalhista não chegou a ser julgada pelo Poder Judiciário, tendo o atleta e o clube formalizado acordo totalizando o valor de R\$ 7.200.000,00.

Outro caso emblemático no desporto nacional foi o que envolveu o jogador Luiz Carlos Goulart, vulgo Luizão, e o Sport Club Corinthians. O atleta ingressou com ação trabalhista que tramitou na Justiça do Trabalho da 2ª Região, sob número 00321.2002.012.02.003, pleiteando, além da rescisão indireta do contrato de trabalho por atraso no pagamento da parcela paga a título de cessão de sua imagem por período superior a três meses, o seu enquadramento como de natureza salarial. Aqui, diferente de Kleber, Luizão pretendia o enquadramento dessa parcela como salarial e seus reflexos nas demais verbas trabalhistas. Neste caso, atleta e clube ajustaram

seiscentos reais), em 50 (cinquenta) parcelas iguais e sucessivas de R\$ 42.672,00 (quarenta e dois mil e seiscentos e setenta e dois reais). Com o fito de viabilizar o aludido contrato, o Reclamante constituiu a Empresa CQ Assessoria e Marketing Esportivo Ltda, da qual é sócio gerente, sendo que as parcelas a título de cessão do direito de uso da imagem deveriam ser quitadas pelo Reclamado. Ocorre que o Reclamado incidiu em grave inadimplemento contratual, pois não cuidou de promover o pagamento de 11 (onze) parcelas referentes ao contrato de cessão do direito do uso da imagem, sendo este fato inequívoco e incontroverso, o que enseja a rescisão indireta do contrato de trabalho, conforme o disposto no art. 31 da Lei 9.615/98 c/c o art. 483, -d-, da CLT. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido no particular. [...] (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 152000-81.2004.5.02.0060. Recorrente: São Paulo Futebol Clube. Recorrido: Elpídio Barbosa Conceição. Relator: Min. Mauricio Godinho Delgado. Brasília, 29 fev. 2012. DEJT 16 mar. 2012).

⁵⁰⁶ MELO FILHO, Álvaro. **Direito Desportivo**. 1. ed. São Paulo: IOB Thompson, 2006. p. 136.

não apenas um contrato paralelo ao contrato de trabalho, mas três contratos: o primeiro, entre a empresa constituída pelo autor para este fim, “Goulart Consultoria de Negócios S/C Ltda.”, e o clube, no valor de R\$ 2.888.000,00, divididos em 36 parcelas de R\$ 80.000,00; o segundo, ajustado entre uma empresa criada pelo clube, a “Corinthians Licenciamentos”, e o atleta, no valor de R\$ 3.281.652,00, divididos em 36 parcelas de R\$ 91.157,00; e, por fim, o terceiro contrato celebrando entre a “Corinthians Licenciamentos” e a “Goulart Consultoria de Negócios S/C Ltda.”, com o ajuste de uma parcela de US\$ 900.000,00 e outras três parcelas subsequentes de US\$ 71.770,00, que, à época, importava o valor de R\$ 172.170,00. Observa-se que o salário do atleta registrado em sua carteira de trabalho correspondia a R\$ 40.000,00, logo, a diferença entre este e sua real remuneração totalizava a quantia de R\$ 350.507,00.

O magistrado da 12ª Vara do Trabalho de São Paulo, Dr. Glenes Pimenta Stroppa, analisou em sentença que não havia razoabilidade nos valores pagos ao atleta pela exploração de sua imagem pelo clube. Ora, Luizão não era um atleta de grande renome nacional e internacional. Além disso, o magistrado questionou a existência de tantos contratos de imagem – todos com o mesmo prazo do contrato principal – se não houvesse um contrato de trabalho entre as partes. Reconheceu o Juízo, a partir da incidência do artigo 9º da CLT, a natureza salarial das parcelas pagas como direito de imagem, “em virtude de a feitura dos contratos de licença externarem o claro objetivo de desvirtuar a aplicação das normas consolidadas, sobretudo no que diz respeito à incidência em férias, 13º salário, FGTS e tributos aplicáveis”⁵⁰⁷. Em trecho de sua decisão nos autos do processo 00321.2002.012.02.003⁵⁰⁸, assim se pronunciou o magistrado:

Mas falemos mais sobre o famigerado contrato de imagem. Nas cláusulas constantes dos documentos de fls. 37/39 percebe-se que basicamente estava se contratando a exploração da imagem do reclamante, genericamente falando. Pois bem. Como exceção dos documentos números 46/50 – onde aparecem fotos do reclamante nem sempre fardado com o uniforme do reclamado – não há nos autos qualquer prova de que o autor tenha participado de alguma campanha publicitária feita pelo reclamado ou pela

⁵⁰⁷ GRISARD, Luiz Antônio. **Considerações sobre a relação entre contrato de trabalho de atleta profissional de futebol e contrato de licença de uso de imagem**. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3490/consideracoes-sobre-a-relacao-entre-contrato-de-trabalho-de-atleta-profissional-de-futebol-e-contrato-de-licenca-de-uso-de-imagem>>. Acesso em: 04 fev. 2017.

⁵⁰⁸ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO. 12ª Vara do Trabalho de São Paulo. Processo n. 00321.2002.012.02.003. Reclamante: Luiz Carlos Goulart. Reclamado: Sport Club Corinthians Paulista. Julgador: Glener Pimenta Stoppa. DJ 06 mar. 2002.

empresa CORINTHIANS LICENCIAMENTOS, que justificasse a alta quantia paga ao autor a título de contrato de imagem. Realmente, parece-me fora de qualquer critério de razoabilidade pagar-se ao reclamante a quantia de aproximadamente R\$ 350.000,00 mensais (somando-se os três contratos de imagem) tão somente para participação do lançamento da construção de um estádio de futebol que, aliás, não se tem notícia se realmente foi encampado.

Nada obstante tais discussões, por força do que dispõe a lei específica, em casos em que, uma vez analisada a situação concreta sob a luz do princípio da primazia da realidade, não constatada a fraude a direitos trabalhistas (o que atrairia a disposição do artigo 9º da CLT e do artigo 167, parágrafo 1º, do Código Civil⁵⁰⁹, tornando nulo o contrato e declarando como de natureza remuneratória a parcela ajustada), a jurisprudência do TST tem entendido pela validade do contrato de cessão do uso de imagem de natureza civil⁵¹⁰:

4.2.1.2 Direito de uso de imagem como cláusula do contrato de trabalho

Neste particular, algumas vezes o direito de imagem não compõe um contrato acessório ao contrato especial de trabalho, e sim, está previsto como uma cláusula

⁵⁰⁹ Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando: (...)

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

⁵¹⁰ RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO ANTES DA LEI Nº 13.015/2014. ATLETA PROFISSIONAL. DIREITO DE IMAGEM. NATUREZA JURÍDICA. INEXISTÊNCIA DE FRAUDE. O Tribunal Regional, com base nas provas dos autos, consignou que "os valores pagos a título de direito de imagem correspondiam à contraprestação financeira pelo ajuste contratual firmado por conta das características do autor como atleta e sua exposição na mídia, conforme prevê a legislação específica aplicável, não havendo falar em fraude à lei trabalhista". Registrou ainda que "os documentos juntados comprovam que a imagem do autor foi efetivamente utilizada pelo réu para diversas campanhas publicitárias, o que evidencia que os valores pagos a este título tinham efetivamente o intuito de remunerar o uso de sua imagem". Esta Corte firmou o entendimento de que a parcela a título de direito de imagem paga ao atleta profissional possui natureza remuneratória quando comprovado o intuito fraudulento do contrato de natureza civil. Neste caso, comprovada a fraude, o contrato é nulo de pleno direito, devendo-se atribuir caráter salarial à parcela recebida fraudulentamente a título de direito de imagem e sua consequente integração na remuneração para todos os efeitos. No caso em apreço, entretanto, verifica-se que o direito de imagem foi pactuado em contrato civil, no qual restou estipulado que a cessão de direitos está diretamente vinculada à imagem do atleta junto ao clube e o público em geral, totalmente alheio ao contrato de trabalho. Há o registro, ainda, que o jogador participou efetivamente das campanhas publicitárias do clube, o que evidencia que o direito foi pago em razão da exposição da imagem do atleta, não havendo comprovação de fraude ao contrato civil. Destarte, tendo as instâncias ordinárias e soberanas na análise da prova, decidido que não houve burla à legislação, inviável o processamento do apelo, pois para se concluir de forma distinta, seria imprescindível a reapreciação da prova coligida nos autos, procedimento vedado em sede de recurso de revista, nos termos da Súmula nº 126 do TST. Precedentes. (Recurso de revista não conhecido. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 2958-19.2012.5.12.0053. Recorrente: Andrey Nazario Afonso. Recorrido: Criciúma Esporte Clube. Relatora: Min. Maria Helena Mallmann. Brasília, 19 out. 2016. DEJT 28 out. 2016).

deste ajuste. Como já observado, o artigo 87-A da Lei 9.615/98, com a redação incluída pela Lei 12.395/11, prevê a concessão e licença do direito de imagem mediante ajuste contratual de natureza civil, com fixação de direitos, deveres e condições inconfundíveis com o contrato especial de trabalho desportivo. Mas, não raras vezes, o direito de imagem está previsto como cláusula contratual do próprio ajuste principal do vínculo empregatício⁵¹¹.

Independentemente de qualquer discussão, evidencia-se que o direito de imagem está intrinsecamente atrelado ao próprio contrato de trabalho do atleta profissional, pois, não fosse a relação de emprego ajustada com o clube empregador, não haveria que se falar em exposição do empregado pela circunstância de ser jogador de determinado clube. A partir dessa exposição, nessa qualidade, daí nasce o seu direito à cessão de sua imagem. Situação controversa e que pode mais facilmente atrair o disposto na legislação celetista no tocante à existência de fraude contratual (artigo 9º da CLT), é aquela que atrela o direito de imagem ao próprio contrato especial de emprego, e não nos termos da lei vigente que o prevê como um contrato paralelo, de natureza civil, pactuado entre a entidade desportiva e o atleta ou a pessoa jurídica estabelecida para este fim.

Faz-se aqui algumas considerações que podem desvirtuar o ajuste da cessão do direito de imagem estabelecido como cláusula do contrato de trabalho. Neste caso, a remuneração pela cessão da imagem do atleta estará disposta como uma das cláusulas do contrato de trabalho, a exemplo da fixação do horário de trabalho, salário, entre outras disposições. A cláusula fixará que o empregado terá direito a determinado valor, uma vez transmitida ou explorada a sua imagem por qualquer meio midiático em atividades extracampo, como em situações em que representa o clube em participações em campanhas, promoções publicitárias, reuniões, eventos, etc.

⁵¹¹ No contrato de trabalho de atleta profissional de futebol (fls. 37/39), consta que quando da fixação do salário contratual mensal, foi levado em consideração o direito de exploração da sua imagem, voz, nome e apelido profissional. O contrato de 'licença de uso de imagem, voz, nome profissional e apelido desportivo de atleta profissional de futebol' (fls. 40/42), foi firmado entre o primeiro reclamado e a empresa Dias & Neves Ltda., tendo como anuente o reclamante, em prática comumente utilizada pelas associações desportivas, em que a sociedade é criada apenas para tal finalidade. O art. 42 da Lei nº 9.615/98 nada refere acerca da possibilidade das partes fixarem natureza diversa da parcela cessão de imagem de cunho reconhecidamente salarial, pela doutrina e jurisprudência pátria, sendo que tampouco consta dos contratos antes referidos cláusula que estabeleça cunho indenizatório para a parcela em questão." (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0122800-07.2009.5.04.0025. Reclamante: Michel Neves Dias. Reclamados: Sport Club Internacional e outros. Relatora: Tânia Maciel de Souza. Porto Alegre, 21 jun. 2012. DEJT 28 jun. 2012.)

Como visto, o contrato de trabalho desportivo não poderá ser menor do que três meses ou superior a cinco anos. Valerá, portanto, a cláusula em questão, durante a vigência do contrato de trabalho. Ademais, será o pagamento pelo direito de imagem efetuado de forma mensal, conjuntamente com o salário, em valor fixo. Neste ajuste, as partes são o próprio empregado (e não empresa constituída para este fim) e o empregador. Por fim, não há que se olvidar de casos em que a verba paga a título de cessão de uso de imagem pode mesmo ultrapassar o valor do salário, sendo mais um elemento para desconstituir o instituto em questão⁵¹². Aqui se enquadraria também o caso “Luizão”, discutido no item 3.2.1.1. Note-se que o valor pago a título de imagem superou em grande parte o salário pago (R\$ 40.000,00), totalizando a diferença entre este e sua real remuneração na quantia de R\$ 350.507,00. Além disso, não restou comprovado que a imagem de Luizão fosse utilizada em qualquer campanha publicitária ou outro evento promovido pelo clube empregador.

Assim, o pagamento da vantagem, realizado de forma habitual, em valor fixo, e no decorrer de todo o contrato de trabalho, tem tornado, perante o Poder Judiciário, inevitável o reconhecimento da natureza eminentemente salarial da verba, por força do artigo 457 da CLT e do artigo 9º da CLT⁵¹³. Casos como estes devem ser examinados de forma individualizada, a fim de enquadrar a situação fática no tipo legal correspondente. O caso “Kléber”, abordado no item anterior, também de alguma forma se encaixa neste exemplo. Isto porque, naquele caso, mesmo havendo contrato ajustado em paralelo ao contrato de trabalho dispendo sobre a exploração da imagem do jogador, constou do contrato principal que o atraso dessa parcela acarretaria a

⁵¹² NATUREZA SALARIAL DO DIREITO DE IMAGEM. A Turma, em sua composição majoritária, entende que a verba alcançada ao reclamante a título de direito de imagem conta com natureza jurídica salarial. Não há prova da participação e/ou exposição da imagem do reclamante em campanhas, promoções publicitárias, reuniões ou eventos a fim de justificar a cessão de imagem como fato de natureza civil, como sustentado pela defesa. Além disso, o pagamento do direito de imagem, por ser feito mensalmente na folha de pagamento e por ser adimplido independentemente do uso ou não da imagem, trata-se de uma forma de mascarar o salário dos jogadores de futebol. Recurso provido (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 00939-2006-203-04-00-1. Reclamante: Mauro Machado. Reclamado: Canoas Sport Club. Relatora: Eurídice Josefina Bazo Tôres. Porto Alegre, 26 jun. 2008. DEJT 10 jul. 2008.)

⁵¹³ DIREITO DE IMAGEM. ATLETA PROFISSIONAL. Encontrando-se o direito de imagem intrinsecamente atrelado ao próprio contrato de trabalho do atleta profissional e tendo sido ajustado o pagamento habitual da verba, em valor fixo, no decorrer de todo o contrato de trabalho do reclamante, deve ser reconhecida a natureza eminentemente salarial da vantagem, por força dos artigos 9º e 457, ambos da CLT. Recurso ordinário do reclamado a que se nega provimento no item. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0000271-72.2011.5.04.0006. Reclamante: Rogerio Correa de Oliveira. Reclamado: Payssandu Sport Club. Relator: João Borges Antunes de Miranda. Porto Alegre, 23 ago. 2012. DEJT 31 ago. 2012.)

rescisão contratual, ou seja, o equívoco aqui foi que a imagem foi tratada como direito contratual do ajuste principal.

Examine-se a seguir o caso do atleta Lucas Ramos Roggia, discutido em ação trabalhista ajuizada⁵¹⁴ em face de seu ex-clube, o Sport Club Internacional. Fato incontroverso nos referidos autos foi o de que a figura de Lucas não era exatamente conhecida, seja por seus méritos profissionais, ou pessoais, perante o grande público. O atleta não era, portanto, um jogador de destaque nacional ou internacional, a ponto de assegurar ao empregador que auferisse maior benefício com sua imagem do que com a prestação direta de serviços. Matérias jornalísticas anexadas aos autos do referido processo demonstraram que o autor era um jogador iniciante, ainda sem projeção ou destaque na mídia, e cujo uso da imagem em nada substancial revertia ao clube.

Em análise da situação concreta, no recurso ordinário promovido pelo clube empregador, o desembargador relator do caso, Francisco Rossal de Araújo, fez questão de asseverar que o contrato de trabalho é um contrato de Direito Privado, em que existe amplo espaço para a autonomia da vontade, e que

Esse aspecto é particularmente relevante no que tange à remuneração, pois o empregador pode contraprestar o trabalho de várias formas, desde que lícitas. O fundamental é conciliar o espaço da autonomia da vontade com as normas de ordem pública limitadoras dessa autonomia constantes da legislação trabalhista.

Seria, então, a primeira tarefa do intérprete, saber se a situação narrada se enquadra na regra especial e, se isso não ocorrer, aplicar a norma geral. Ou seja, primeiramente, caberia analisar se o caso se enquadraria no disposto no artigo 87-A da Lei Pelé. Esta norma jurídica não deixa de ser uma exceção e, por essa condição, sua interpretação deve ser restritiva. Uma vez não se amoldando à lei específica, restaria enquadrar a situação na regra celetista geral, nos termos do seu artigo 457. Além disso, segundo o entendimento do ilustre desembargador⁵¹⁵, há um segundo

⁵¹⁴ DIREITO DE IMAGEM. Para que o direito de imagem adquira natureza indenizatória, é necessário que seu pagamento guarde nexos de causalidade com algum fato da vida real, que realmente se caracterize por exploração do direito de imagem". (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0020425-39.2015.5.04.0017. Reclamante: Lucas Ramos Roggia. Reclamado: Sport Club Internacional. Relator: Francisco Rossal de Araújo. Porto Alegre, 10 mar. 2016. DEJT 15 mar. 2016.)

⁵¹⁵ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0020425-39.2015.5.04.0017. Reclamante: Lucas Ramos Roggia. Reclamado: Sport Club Internacional. Relator: Francisco Rossal de Araújo. Porto Alegre, 10 mar. 2016. DEJT 15 mar. 2016.

critério, aplicável a alguns casos específicos – ressaltando a sua compatibilidade com o primeiro critério –, que pode ser descrito como a relação entre a parcela ser paga como um fim em si mesmo ou como um meio necessário para a realização do trabalho:

No primeiro caso, a parcela alcançada ao empregado integra definitivamente o seu patrimônio. O empregado estará de posse da remuneração alcançada e não possuirá nenhuma finalidade específica determinada pela empresa, podendo usufruí-la livremente. Assim, a parcela será considerada um fim em si mesma e, ressalvadas as regras especiais que podem atribuir-lhe natureza indenizatória, terá natureza salarial.

No segundo caso, a parcela é alcançada ao empregado apenas como meio para a realização do serviço. O empregado não usufrui a parcela a não ser como elemento que possibilite a prestação de seu trabalho. Como exemplo, estão as indenizações com despesas com hospedagem, alimentação, transporte, entre outras. Os valores são alcançados ao empregado para que ele possa trabalhar em benefício da empresa. Sempre que houver exigência da comprovação desse tipo de despesa, a natureza será indenizatória. Para evitar abusos, que poderiam levar ao mascaramento da remuneração, o parágrafo 2º do art. 457 da CLT traz a exceção relativamente às diárias para viagens, limitando a natureza indenizatória a 50% do salário. Se houver pagamento em valores excedentes a esse limite, toda a parcela perderá a natureza indenizatória e adquirirá a natureza salarial.

Para que o *direito de imagem* adquira natureza indenizatória, é necessário que seu pagamento guarde nexos de causalidade com algum fato da vida real, que realmente se caracterize por exploração do *direito de imagem*. Saliente-se que, em princípio, o *direito de imagem* faz parte dos direitos de personalidade, assim definido no capítulo que envolve os artigos 11 a 21 do Código Civil. No sistema de *direito* privado brasileiro, os direitos de personalidade são intransmissíveis e indisponíveis, salvo as exceções previstas em lei (art. 11, do CC). É verdade que a Lei 9.615/98 (Lei Pelé) trata da possibilidade de comercialização do *direito de imagem*. Entretanto, tal norma jurídica não deixa de ser uma exceção e, por esse motivo, sua interpretação deve ser restritiva. Também é preciso lembrar que a causa, em princípio, não é elemento essencial do negócio jurídico no nosso sistema de *direito* privado. Somente a capacidade, a manifestação de vontade sem vícios e a licitude do objeto é que são elementos essenciais. Entretanto, de forma excepcional, a causa aparece como elemento essencial ao negócio, como no caso em tela. Dito de outra forma, a comercialização do *direito de imagem* está relacionada a uma causa, o uso por parte do empregador, da *imagem* do empregado, e, por ter caráter excepcional, tal necessidade de uso e o uso efetivo deve ser provada no processo.

No caso examinado, não demonstrou o clube empregador que o pagamento de direito de imagem ao autor estivesse, de fato, vinculado à efetiva utilização deste. Como documentos juntados aos autos pelo clube, que demonstrariam a efetiva utilização da imagem do jogador, foram juntados apenas um extrato *online* de uma única edição da revista do Sport Clube Internacional, bem como extrato da página

*wikipedia*⁵¹⁶ do jogador, que não tiveram por fim a plena demonstração da credibilidade processual. Ademais, não passou despercebido ao ilustre julgador que os montantes recebidos como direito de imagem se aproximavam ao salário pago pela reclamada:

Em última análise, reconhecer a validade de tal procedimento demandaria reconhecer um pagamento cujas parcelas indenizatórias seriam capazes de ultrapassar o próprio salário em que ausente o nexo de causalidade do fato gerador do direito, qual seja, a percepção de ganhos ao clube com a exposição da imagem do atleta.⁵¹⁷

Houve, desta forma, o enquadramento da parcela paga ao atleta a título de direito de imagem como parcela salarial.

Casos como este, demonstram que o atleta, jogador iniciante, ainda sem projeção ou destaque na mídia, e cujo uso da imagem, prevista como cláusula do contrato de trabalho⁵¹⁸ como de natureza indenizatória – e não em contrato civil de exploração de sua imagem –, em nenhum ganho substancial revertia ao clube empregador, logo, inquestionável seria a sua atribuição salarial, portanto, passível de integração ao salário e nas demais verbas trabalhistas do contrato de trabalho.

⁵¹⁶ Wikipédia é um projeto de enciclopédia multilíngue de licença livre, baseado na web, escrito de maneira colaborativa e que se encontra atualmente sob domínio da Fundação Wikimedia. (<https://www.wikipedia.org/>).

⁵¹⁷ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0020425-39.2015.5.04.0017. Reclamante: Lucas Ramos Roggia. Reclamado: Sport Club Internacional. Relator: Francisco Rossal de Araújo. Porto Alegre, 10 mar. 2016. DEJT 15 mar. 2016

⁵¹⁸ Caso semelhante foi do jogador Roberto Cláudio Milar Decuara que atuava pelo Grêmio Esporte Brasil de Pelotas: “JOGADOR DE FUTEBOL. DIREITO DE ARENA E DE IMAGEM. NATUREZA SALARIAL. Parcela mensal percebida por jogador de futebol profissional, a título de direito de arena e de imagem e que correspondia a quase 80% de seus ganhos, tem nítida natureza salarial, sendo devida sua integração nas demais parcelas que integram a remuneração. Recurso provido”. Conforme fundamentação do acórdão pelo Relator Desembargador Wilson Carvalho Dias: “No caso, verifica-se que o de cujus atuou em diversas oportunidades como atleta profissional de futebol para o reclamado, conforme contratos de trabalho das fls. 25-31. No último contrato, por exemplo, firmado em 28-12-2008, foi avençado salário mensal de R\$ 785,00, acrescido de R\$ 3.138,27, a título de cessão de direito de imagem e de arena, valor último a ser majorado, a partir de maio de 2009, para R\$ 3.922,96, fls. 30-31. Os demais contratos de trabalho estabelecem condições semelhantes. Destaca-se que o último contrato não foi cumprido totalmente em razão da morte do atleta em acidente de trânsito ocorrido em 15-01-2009, fl. 09. Verifica-se que a cessão de direitos fixada nos referidos contratos de trabalho constitui verdadeira fraude à legislação trabalhista, porquanto correspondem a cerca de 80% do valor total dos ganhos mensais do atleta sobre ela não incidindo quaisquer outros encargos. Acrescenta-se inexistir prova da utilização da imagem do atleta em campanhas publicitárias ou outros eventos, o que também faz presumir que os valores pagos eram referentes apenas à contraprestação dos próprios serviços como atleta profissional de futebol”.

(BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0013100-53.2009.5.04.0104. Reclamante: Roberto Claudio Milar Decuadra (Sucessão). Reclamado: Grêmio Esportivo Brasil. Relator: Wilson Carvalho Dias. Porto Alegre, 04 mar. 2010. DEJT 15 mar. 2010.)

4.2.1.3 Imagem como fato gerador de frutos às agremiações desportivas

Disse Nelson Rodrigues⁵¹⁹ certa feita: “E, por isso, eu lhes digo que A Primeira Missa, de Portinari, é inexata. Aqueles índios de biquíni, o umbigo à mostra, não deviam estar na tela, ou por outra: — podiam estar, mas de calções, chuteiras e camisa amarela”. Certo que estava o ilustre escritor ao reverberar que o futebol, mais que um simples esporte, é uma paixão nacional, como uma expressão da nacionalidade brasileira. Não à toa, pois, que tal paixão mova milhares de espectadores aos estádios, que adquiram os produtos de seus clubes e que estampem sua imagem com orgulho. Não à toa, também, que as agremiações desportivas lucrem – e muito – com essas práticas.

Não há dúvidas, e não é de hoje, que as grandes agremiações desportivas de futebol visam ao lucro, não somente com os eventos/espetáculos esportivos, mas também com o licenciamento de marcas e produtos atrelados à imagem do time. Há várias explicações para esse fenômeno, sendo, na visão de Azambuja⁵²⁰:

A principal delas diz com a extraordinária absorção cultural do futebol em nosso país, via a incorporação de milhões de aficionados, formando mercado cativo de crescimento vegetativo constante (gerações em sucessão). Nessas condições, esse esporte, elevado no concerto universal como uma das mais sólidas expressões (senão a maior) da nossa nacionalidade, por causa desse fator herdado e enquanto houver alguma margem de disponibilidade de renda pelo povo, será, como negócio, sempre viável no Brasil, seja qual for o tipo de gerência a ele emprestado ou a estrutura jurídica dos agentes habilitados a explorar-lhes os efeitos.

A utilização da imagem de atletas por empresas e clubes de futebol trata-se de uma prática de quase 80 anos, nas palavras de Soares⁵²¹:

O fascínio que o esporte exerce sobre a população estimula o pagamento de cachês vultuosos pela utilização da imagem dos atletas. Após a conquista do terceiro lugar na Copa do Mundo de Futebol de 1938, os principais jogadores da Seleção Brasileira, Leônidas da Silva, o Diamante Negro, artilheiro da competição, e Domingos da Guia, o Divino, tornaram-se verdadeiros garotos-propaganda, ganhando com a publicidade muito mais que com os contratos com os clubes.

⁵¹⁹ RODRIGUES, Nelson. **A pátria de chuteiras**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2013. p. 132.

⁵²⁰ AZAMBUJA, Antonio Carlos de. **Clube empresa: Preconceitos, conceitos e preceitos (o 1001º gol)**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. p. 27.

⁵²¹ SOARES, Jorge Miguel Acosta. **Direito de imagem e direito de arena no contrato de trabalho do atleta profissional**. São Paulo: LTr, 2008. p. 80.

Neste sentido, atualmente a linha Cristiano Ronaldo da Nike fatura 70 milhões de euros por ano, enquanto que Neymar Júnior recebe da mesma fabricante de produtos desportivos por volta de 6 milhões de dólares atualmente. Desta forma, os atletas alçados ao patamar de ídolos nacionais e internacionais tornam-se verdadeiros garotos-propaganda de seus times, vendendo desde barbeadores até automóveis, gerando milhões em lucro.

Evidente que, não houvessem ganhos econômicos para a associação desportiva com a exploração da imagem do atleta, não haveria motivos para que houvesse o ajuste contratual do pagamento desta verba com o jogador. O clube inevitavelmente auferiria frutos a partir da exploração da imagem de atleta conhecido e renomado. Em síntese, ganha o clube e o atleta. O primeiro, ganha ao ter a imagem do atleta de renome associada à sua agremiação, o segundo, tem remunerada a sua aparição em eventos relacionados ao clube.

Sendo a imagem um bem inerente à personalidade, existem limites ao seu exercício, que devem ser observados. Tanto pode ser a imagem-fotografia, como a imagem-atributo, sendo esta última aquela que corresponde à divulgação de determinadas qualidades/atributos da pessoa, como por exemplo, o jogador de futebol, que passa a ser divulgada e ressaltada a qualificação profissional do atleta e o bom desempenho profissional, seja tático ou técnico. Esta é a imagem que passa a ser transacionada entre o jogador e clube ao qual está vinculado por meio de contrato, visando a promover ambos, clube de futebol e jogador⁵²².

A agremiação esportiva contrata a exploração da imagem do ídolo, que arregimenta fãs e movimentada cifras tanto pelos feitos no passado, quanto pelas atuações em campo no presente (ou somente pela primeira hipótese). O uso efetivo da imagem do atleta dá-se pela sua condição de notoriedade, e justifica a ênfase

⁵²² “É certa, e não se desconhece, a existência de casos em que a contratação do uso do direito de imagem é, de fato, um fim em si mesmo, a justificar a inversão da lógica, adquirindo o efetivo desempenho da atividade de atleta um caráter secundário. Nesses casos específicos e que constituem a exceção, a agremiação esportiva contrata a imagem do ídolo, que segue arregimentando fãs e movimentando cifras muito mais pela glória do passado do que pelas atuações em campo no presente. Necessário nessa hipótese, contudo, demonstrar o efetivo uso da imagem do atleta, bem assim a sua condição de notoriedade, a justificar a ênfase conferida ao ajuste no sentido do uso da imagem do jogador de futebol, restando em segundo plano a contraprestação salarial propriamente dita”. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0000007-63.2013.5.04.0401. Reclamante: Diego Torres de Almeida. Reclamada: Sociedade Esportiva e Recreativa Caxias do Sul. Relator: Maria Cristina Schaan Ferreira. Porto Alegre, 06 ago. 2014. DEJT 14 ago. 2014.)

conferida ao ajuste do uso da imagem do jogador de futebol (aqui, resta em segundo plano a contraprestação do salário).

Analise-se a situação do atleta Andrés Nicolás D'Alessandro⁵²³: “Em uma só noite, D'Alessandro fez mais pela imagem do Inter do que todo o ano de 2016”⁵²⁴.

Foi, pois, com essa frase, que a coluna de esportes do principal jornal da capital rio-grandense estampou a sua versão digital em 21.12.2016, ao noticiar os efeitos positivos que o evento beneficente “Lance de Craque⁵²⁵” promovido pelo atleta com o intuito de angariar fundos para instituições em prol de crianças carentes, entre outras situações de vulnerabilidade social, geraram ao clube. Com contrato de trabalho com o Sport Club Internacional vigente até o final de 2017, D'Alessandro foi, por “empréstimo”⁵²⁶, atuar em 2016 no seu clube de origem, o River Plate da Argentina⁵²⁷. De personalidade forte e aguerrida, além de ter contribuído para ótimas campanhas

⁵²³ Andrés Nicolás D'Alessandro é um futebolista argentino que atua como meia. Atualmente joga pelo Sport Club Internacional. (Fonte: https://pt.wikipedia.org/wiki/Andrés_D'Alessandro).

⁵²⁴ OLIVIER, Diogo. **Em uma só noite, D'Alessandro fez mais pela imagem do Inter do que todo 2016**. 21 dez. 2016. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/opiniao/colunistas/diogo-olivier/noticia/2016/12/em-uma-so-noite-d-alessandro-fez-mais-pela-imagem-do-inter-do-que-todo-2016-8847110.html#showNoticia=c1kvT0w2MXk1Nzg2OTAzMDkxNzk0MTQ5Mzc2QSxiNTMyMzg2NDY2MDUxNzU1NTMzOH1HfTQ1NzQzMTY1ODg3MDYwMzc3NjAoLIFHT3luNn0hRvX0bjs3eHM=>>>. Acesso em: 09 mar. 2017.

⁵²⁵ “Lance de Craque – Um Gol Pelas Crianças: o projeto é a realização de um sonho do seu idealizador e embaixador, o atleta Andrés Nicolás D'Alessandro, que sempre quis retribuir à sociedade as oportunidades positivas que o futebol lhe proporcionou: ‘O futebol me deu muito. Eu senti que tinha a necessidade de retribuir um pouco, podendo fazer do futebol um instrumento para ajudar às pessoas que mais precisam’”. (Disponível em: <<http://www.lancedequaque.com/>>. Acesso em: 04 fev. 2017.)

⁵²⁶ Empréstimo, no futebol, é uma espécie de negociação em que um futebolista joga por um clube sem perder o vínculo contratual com seu clube anterior. Não há uma duração estipulada para um empréstimo: pode ir de três meses a quanto for renovado. Ao contrário das negociações normais, para a renovação de um empréstimo, é necessário que o clube que detém os direitos federativos do atleta o libere para outro clube. Na maioria das vezes, jogadores jovens ou pouco utilizados no clube são os mais emprestados. Apesar do nome não evidenciar, na maior parte dos empréstimos, o clube emprestador recebe dinheiro para emprestar o jogador. A Lei 9.615/98 dispõe que o “empréstimo” dependerá de expressa concordância do atleta: “Art. 38 Qualquer cessão ou transferência de atleta profissional ou não-profissional depende de sua formal e expressa anuência”.

⁵²⁷ “Com a alta do dólar (e o salário de D'Alessandro desde 2008 foi firmado na moeda norte-americana), o salário do meia chegou a bater na casa de R\$ 950 mil mensais. Não que tenha sido pago em sua totalidade. Nos bastidores, conta-se que o Inter chegou a dever mais de R\$ 5 milhões ao argentino (ainda deveria quase R\$ 2 milhões), por causa da diferença de cotação do dólar — ele começou no Inter recebendo a R\$ 2,88 (hoje, o valor bate na casa dos R\$ 4). Por conta disso, houve certo temor que o Inter perdesse o seu garoto-propaganda para a Florida Cup. O Inter já havia vendido D'Alessandro como o seu rosto para o torneio — e para o desfile na Disney, com Ronaldo, Mickey e companhia. Na virada do ano, um acordo foi feito com D'Alessandro, com o dólar cotado a R\$ 3,88. No pacote também estava incluída uma liberação facilitada para o River, em caso de interesse portenho. O clube argentino bancará boa parte dos vencimentos de seu novo camisa 10 (ou camisa 15, o seu número de origem em Nuñez)”. (Colorado ZH. **D'Alessandro e direção do Inter se reúnem para negociar empréstimo do meia ao River Plate**. 03 fev. 2016. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/esportes/inter/noticia/2016/02/d-alessandro-e-direcao-do-inter-se-reunem-para-negociar-emprestimo-do-meia-ao-river-plate-4966766.html>>. Acesso em: 09 mar. 2017.

para o clube gaúcho, o jogador se identificou intensamente, não somente com a agremiação, com a torcida⁵²⁸, e também com a cidade de Porto Alegre⁵²⁹. Retornou a esta para jogar pelo Internacional em janeiro de 2017 e é, indubitavelmente, considerado um dos três grandes ídolos do clube. Daí advém a conclusão de que sua imagem, não somente pelo fato de estar fortemente atrelada ao clube, como também pelo seu histórico profissional e pessoal⁵³⁰, gera inúmeros benefícios, não somente à própria imagem do clube, como também lhe proporciona inquestionáveis ganhos financeiros, seja por meio de vendas de ingressos para eventos, seja para fins de agremiações de novos sócios ao clube, seja pela venda de camisetas e materiais desportivos com a numeração da camisa do atleta ou contendo sua imagem, seja por meio da presença de torcedores em eventos em que o jogador esteja presente.

A nova direção do Sport Club Internacional, eleita no final de 2016 para os próximos dois anos, visando reconstruir a imagem do clube, abalada após a baixa atuação do time nos anos anteriores, teve como grande triunfo a volta do craque ao time (em que pese o atleta tenha se indisposto com o uso político de sua imagem⁵³¹

⁵²⁸ “A relação com a torcida é única. Ela me deu tudo, me apoiou em todos os momentos. Foi a responsável por me fazer ficar em 2012 (quando o futebol chinês tentou sua contratação). Decidi usando a cabeça, mas principalmente o coração, e não me arrependo”. (JB Filho Repórter. **O dia que mudou a vida de Andrés Nicolás D’Alessandro**. 31 jul. 2014. Disponível em: <<http://jbfilhoreporter.final.com.br/2014/07/31/o-dia-que-mudou-a-vida-de-andres-nicolas-dalessandro/>>. Acesso em: 04 fev. 2017.)

⁵²⁹ “Foram 340 partidas em que vesti com o maior orgulho do mundo a camisa colorada. Estreei em um Gre-Nal, fui muito feliz nos clássicos que disputei, conquistei todas as taças possíveis na América, dominamos o Campeonato Gaúcho, fui até artilheiro. Os momentos vividos na Libertadores de 2010 serão para sempre inesquecíveis. Pelo Inter, fui escolhido o melhor jogador das Américas e voltei a jogar pela seleção. Minha história no Inter rompeu a barreira das quatro linhas. Fiquei esse tempo todo aqui não apenas pela identificação que criei com o clube. Foi muito mais que isso! Em Porto Alegre, finquei raízes. Minha família foi muito bem tratada aqui. Nós, argentinos, com toda a rivalidade que se diz entre os dois países, vivemos anos maravilhosos aqui! Posso dizer que sou gaúcho de coração! Sou porto-alegrense (até título de cidadão da cidade ganhei). Meu filho, Gonzalo, nasceu aqui! É brasileiro, gaúcho e, claro, Colorado”. (ANDRÉS NICOLÁS D’ALESSANDRO. **Perfil do Craque**. Disponível em: <<http://dalessandro10.com/perfil/>>. Acesso em: 04 fev. 2017.)

⁵³⁰ O argentino D’Alessandro jogou pelos clubes River Plate da Argentina, Wolfsburg da Alemanha, San Lorenzo, da Argentina, todos em que desempenhou ótimas campanhas, e, já conhecido já internacionalmente, ingressou em 2009, aos 27 anos no Sport Club Internacional. Com a camisa do Inter, D’Alessandro ganhou sete de oito Campeonatos Gaúchos disputados. Fez parte do grupo campeão da Copa Sul-Americana (2008), da Copa Libertadores da América (2010) e da Recopa (2011). Se despediu do clube, consagrado como um dos três maiores ídolos do clube, com mais um título: a Recopa Gaúcha, em 2016. Além dele, são também ídolos do Inter, Paulo Roberto Falcão e Fernando Lúcio da Costa, o Fernandão, atletas que contribuíram incomensuravelmente para imagem do clube. Fernandão, cuja imagem está fortemente associada à Conquista do Mundial de Clubes da FIFA em 2006, teve sua imagem imortalizada por meio de uma estátua, erguida em frente ao estádio Beira-Rio, após a sua morte, ocorrida em 07.06.2014.

⁵³¹ “O D’Alessandro colocou uma mensagem no Twitter (rede social) sobre o uso político da imagem dele. E vou respeitar porque ídolos do clube da grandeza como ele tem, merece este respeito. Mas vou fazer uma ressalva de algo que é fato. Ele tem contrato conosco até 31 de dezembro de 2017. Porque nós em 2014 prorrogamos o contrato dele. O empréstimo termina no final do ano e vamos esperar o

durante a campanha para a eleição da nova presidência). Trata-se do jogador com o mais alto salário da América Latina, totalizando o valor mensal de R\$ 920.000,00⁵³². A despeito de seu alto custo para o empregador, a sua volta ao clube, definitivamente, trouxe inequívocos frutos à agremiação⁵³³. O atleta possui a sua marca própria, a “D’Ale10”, com licenciamento de produtos em conjunto com o clube⁵³⁴. O Internacional licencia a marca “D’Alessandro” para empresas, recebe um percentual dos lucros, e o atleta, a outra fatia. Camisas e outros produtos esportivos da linha oficial do clube, com o seu nome e número (10), são os mais vendidos. Jogos organizados pelo atleta no clube, como o “Lance de Craque”, que visa arrecadar fundos em prol de instituições beneficentes⁵³⁵, além de angariar valores expressivos, trazem milhares de

jogo de amanhã para ver se podemos acertar. No que depender da gente ele está de volta". (SALDANHA, Marinho. **Presidente eleito quer reconstruir imagem do Inter e volta de D’Alessandro**. 10 dez. 2016. Disponível em: <<https://esporte.uol.com.br/futebol/ultimas-noticias/2016/12/10/presidente-eleito-quer-reconstruir-imagem-do-inter-e-volta-de-dalessandro.htm>>. Acesso em: 09 mar. 2017.

⁵³² O segundo maior salário pertencia ao jogador Fred, quando atuava pelo Fluminense, percebendo R\$ 800.000,00, entre salário e direito de imagem (Frederico Chaves Guedes, mais conhecido como Fred, é um futebolista brasileiro, que atua como centroavante, atualmente contratado pelo Clube Atlético Mineiro. Fonte: https://pt.wikipedia.org/wiki/Frederico_Chaves_Guedes).

⁵³³ “Em uma só noite, D’Alessandro fez mais pela imagem do Inter do que todo o ano de 2016. Em amistoso beneficente, argentino elegeu Alan Ruschel como a estrela da noite. Em uma só noite, D’Alessandro reparou boa parte da imagem fustigada por declarações fora do lugar de seus dirigentes no auge da comoção nacional em torno das mortes causadas pela queda do avião da Chapecoense. Fernando Carvalho misturou estações em torno da palavra tragédia”. (OLIVIER, Diogo. **Em uma só noite, D’Alessandro fez mais pela imagem do Inter do que todo 2016**. 21 dez. 2016. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/opiniao/colunistas/diogo-olivier/noticia/2016/12/em-uma-so-noite-d-alessandro-fez-mais-pela-imagem-do-inter-do-que-todo-2016-8847110.html#showNoticia=c1kvT0w2MXk1Nzg2OTAzMDkxNzk0MTQ5Mzc2QSxiNTMyMzg2NDY2MDUxNzU1NTMzOH1HfTQ1NzQzMTY1ODg3MDYwMzc3NjAoLIFHT3luNn0hRVx0bjs3eHM=>>>. Acesso em: 09 mar. 2017.)

⁵³⁴ “D’Alessandro vai virar chiclete, muito em breve. O Internacional tabula os últimos detalhes de um contrato para gerir a imagem de seu camisa 10. E a primeira ação do novo projeto de marketing do colorado levará o argentino para gomas de mascar e balas. O produto deve estar à disposição a partir de julho e inicialmente só no Rio Grande do Sul. O processo para levar D’Ale até a boca dos colorados ainda precisa vencer duas etapas, basicamente. A primeira é a assinatura do contrato com o argentino, que já topou e vê a licença de sua imagem como um aumento nos lucros. A outra depende da empresa que fabricará os chicletes. “O D’Alessandro tem uma grande penetração no público jovem, a marca dele é extremamente forte e vamos produzir outros materiais para incrementar as receitas dele e do clube”, disse ao UOL Esporte o diretor de marketing do Inter, Jorge Avancini. Na parte financeira, a divisão será tal qual ocorre com a 9ine – empresa de Ronaldo Fenômeno, e o Santos diante de Neymar. O Internacional licencia a marca para empresas, recebe um percentual e o atleta outra fatia, bem mais gorda, dos lucros. Além do chiclete e de uma linha completa de doces, D’Alessandro deve estampar cadernos e outros materiais escolares em breve. Uma linha de vestuário também deve sair do papel. Aos 31 anos, o meia abriu mão de uma proposta milionária do futebol chinês no começo do ano para ficar em Porto Alegre. Na renovação de contrato, após a investida asiática, o plano de exploração da imagem foi apresentado para D’Ale’. (WERNEK Jeremias. **Inter assume gestão da imagem de D’Alessandro e vai lançar chiclete do gringo**. 04 maio 2012. Disponível em: <<https://esporte.uol.com.br/futebol/ultimas-noticias/2012/05/04/inter-assume-gestao-da-imagem-de-dalessandro-e-vai-lancar-chiclete-do-gringo.htm>>. Acesso em: 04 fev. 2017.)

⁵³⁵ “Parte da renda do Lance de Craque, jogo beneficente promovido pelo ex-capitão colorado D’Alessandro, será doada às famílias das vítimas do vôo que vitimou a delegação da Chapecoense. O

espectadores ao estádio⁵³⁶, o que certamente também beneficia o clube, cuja imagem positiva é evidentemente atrelada ao evento. Não há dúvidas, portanto, de que em casos como esse, ganha o clube de forma significativa.

O clube obtém benefícios com a exploração e divulgação da imagem de atletas reconhecidos pela sua atuação dentro e fora do campo. Fato é, que atletas como D'Alessandro, vendem camisetas (e outros produtos) do clube para os quais atuam. Estes jogadores têm sua imagem amplamente explorada, participando de campanhas dos clubes para angariar sócios, patrocinadores e vender ingressos nos estádios. A importância de suas figuras ultrapassa as linhas do campo de futebol e acabam por se tornar símbolos do próprio clube. A exploração de suas imagens por meio das mais variadas campanhas, com fotos em jornais, vídeos veiculados na televisão e *internet* ou áudios transmitidos em rádios, geram inevitáveis frutos aos clubes, daí porque o direito de imagem de atletas reconhecidos pela sua positiva popularidade é considerado rentável para o clube empregador⁵³⁷, logo, há evidente interesse em as

jogo está marcado para o dia 21 de dezembro de 2017, às 20h30, no Beira-Rio. Nas duas edições anteriores, foi arrecadado o montante de R\$ 1.282.000,00, dividido entre 13 instituições, tais como Centro de Reabilitação Porto Alegre, Pequena Casa da Criança, Centro da Promoção da Infância e da Juventude, Casa das Juventudes, ONG Instituto Amigos de Lucas, Escola Campos do Cristal, Hospital Veterinário e Hospital da Criança Santo Antônio". (ZH Esportes. **Lance de Craque doará parte da renda do jogo a famílias das vítimas do voo da Chapecoense**. 08 dez. 2016. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/esportes/noticia/2016/12/lance-de-craque-doara-parte-da-renda-do-jogo-a-familias-das-vitimas-do-voo-da-chapecoense-8666554.html>>. Acesso em: 09 mar. 2017)

⁵³⁶ Com um público de Brasileiro, 15.022 pessoas, foi realizada no Beira-Rio a terceira edição do Lance de Craque, o evento beneficente criado por D'Alessandro e disputado no Estádio Beira-Rio. (ZH Esportes. **Com 15 mil pessoas, Lance de Craque termina com vitória do time Solidarietà**. 21 dez. 2016. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/esportes/noticia/2016/12/com-15-mil-pessoas-lance-de-craque-termina-com-vitoria-do-time-solidariedade-8846953.html#showNoticia=OIZ5IXFVcDI3NzI2ODQ4OTcyMjQ5MTEyNTc2d0guODg2NjQxNzQ1NzkzMjc2NjM0NihAlzY1NDc1NzMyNzM0MzYwOTQ0NjQhRC03TFpQXjVRaiQxWI02TDs=>>>. Acesso em: 09 mar. 2017.)

⁵³⁷ O contrário não é verdadeiro. Observe-se o caso do jogador Adriano Leite Ribeiro (o "Adriano Imperador"), que se envolveu em diversas confusões, que acarretaram a sua rescisão contratual com os clubes para os quais jogou, entre eles, o Sport Club Corinthians Paulista: "Só o fato de ter treinado mal não seria motivo para dispensá-lo. No caso dele foi uma somatória. Quantas e quantas vezes fui explicar situações chatas com o Adriano. O que aconteceu sexta foi uma gota d'água em um copo cheio, que transbordou. Não foi um fato isolado que o tirou do clube - disse o dirigente corintiano, diretor de futebol Roberto de Andrade". (Globoesporte.com. **O adeus do Imperador: Adriano rescinde contrato com o Corinthians**. 12 mar. 2012. Disponível em: <<http://globoesporte.globo.com/futebol/times/corinthians/noticia/2012/03/adriano-rescinde-contrato-com-o-corinthians.html>>. Acesso em: 09 mar. 2017.)

"Tentando reviver a carreira na França, onde está prestes a assinar contrato com o Le Havre, da segunda divisão, o centroavante Adriano viu seu nome mais uma vez envolvido em polêmicas extracampo nesta semana. Na última terça-feira, o ministério público do Rio de Janeiro denunciou o jogador por tráfico de drogas e associação ao tráfico, crimes que, combinados, podem render pena de até 25 anos de reclusão. O atacante entrou na mira do MP por ter comprado uma moto que foi usada por traficantes da Vila Cruzeiro, no Rio, local de nascimento dele. Esta, é claro, passa longe de ser a única confusão fora das quatro linhas na carreira de Adriano. Deixando de fora os problemas que já

agregações desportivas ajustarem contratos de licenciamento de imagem com tais atletas.

4.2.1.4 Contratos de licença de cessão de uso de imagem: prejuízos x benefícios ao atleta

Há muitos casos em que o atleta é jogador sem o menor apelo público, absolutamente desconhecido da mídia por sua atuação profissional. O valor pago pelo clube a título de salário é o mínimo, muitas vezes correspondente ao piso salarial, e o restante em direito de imagem.

Pois bem, como visto, o direito de imagem, constitucionalmente assegurado (artigo 5º, XXVIII, “a”, da Constituição Federal), não se caracteriza pela participação do atleta em treinos ou partidas (atividade principal), mas sim em comerciais, campanhas publicitárias ou vendas de produtos da agremiação. Em casos de jogadores desconhecidos, sua imagem não é efetivamente explorada, como forma de render frutos às agremiações ou ao próprio ao atleta. A contrário, a imagem do atleta, nestes casos, não é individualizada, mas se confunde com a imagem do próprio clube, hipóteses em que a jurisprudência entende que tal parcela é flagrantemente salarial⁵³⁸, na esteira do parágrafo 1º do artigo 457 da CLT.

É o caso do atleta Mauro Machado, ex-jogador do Canoas Sport Club, contratado por um salário de R\$ 3.000,00, acrescido de R\$ 1.500,00 pagos a título de cessão do direito de imagem, ajustado por meio de respectivo contrato civil, o que foi motivo de ação trabalhista (processo 00939-2006-203-04-00-1) movida pelo atleta com o intuito de que fosse declarada a natureza salarial de tal parcela. Inconformado com a sentença de primeiro grau que havia dado ganho de causa ao clube, o atleta

teve diretamente ligados ao futebol - como atrasos, festas, noitadas, excesso de peso e rebeldia com treinadores”. (Terra. **Armas, tráfico e motel**: 11 confusões extracampo de Adriano. 05 nov. 2014. Disponível em: <<https://esportes.terra.com.br/flamengo/armas-traffic-e-motel-11-confusoes-extracampo-de-adriano,7314c1f29cf79410VgnVCM5000009ccceb0aRCRD.html>>. Acesso em: 10 fev. 2017.)

⁵³⁸ DIREITO DE IMAGEM. O direito de imagem, previsto na Lei 9.615/98, integra o contrato de trabalho do atleta profissional, constituindo a retribuição em razão do trabalho (participação nos eventos desportivos). Ademais, a “imagem” do atleta está sempre vinculada à figura do empregador. Os valores pagos a título de “imagem” possuem caráter salarial, remunerando a atividade do atleta profissional propriamente dita, devendo integrar o salário para todos os fins. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0001134-59.2010.5.04.0201. Reclamante: Antonio Augusto Bego. Reclamados: Canoas Sport Club e outros. Relator: Luiz Alberto De Vargas. Porto Alegre, 20 nov. 2012. DEJT 27 nov. 2012.)

interpôs recurso ordinário ao Tribunal. As alegações do clube tinham como embasamento a existência de um contrato de “venda de imagem” (sic), em que havia sido ajustado o pagamento de R\$1.500,00 ao empregado pela utilização de sua imagem, bem como que esse contrato não exigia a exploração da imagem do reclamante, mas apenas a facultava. O clube argumentou que a imagem do atleta foi explorada em âmbito regional, não alcançando maior notoriedade porque o reclamante não se destacou em sua atividade. Enfatizou que não houve fraude ou simulação no pagamento dessa verba. Todavia, entendeu a 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região⁵³⁹ que restou escancarada a fraude aos direitos trabalhistas do empregado, ao fundamentar que:

a verba alcançada ao reclamante a título de “direito de imagem” conta com natureza jurídica salarial. Não há prova da participação e/ou exposição da imagem do reclamante em campanhas, promoções publicitárias, reuniões ou eventos a fim de justificar a cessão de imagem como fato de natureza civil, como sustentado pela defesa. Além disso, o pagamento do direito de imagem, por ser feito mensalmente na folha de pagamento e por ser adimplido independentemente do uso ou não da imagem, trata-se de uma forma de mascarar o salário dos jogadores de futebol.

Casos como este são analisados pela jurisprudência sob o prisma do princípio da primazia da realidade, entendendo esta que o pagamento da imagem funciona como salário disfarçado, atraindo, por corolário, a aplicação do artigo 9º consolidado, devido à existência de fraude a direitos trabalhistas do empregado⁵⁴⁰. A parcela paga adquire o *status* de remuneração pelo serviço prestado, em decorrência unicamente do contrato de trabalho ajustado entre as partes – e não da exposição da imagem do atleta em campanhas, promoções publicitárias, reuniões ou eventos a fim de justificar

⁵³⁹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 00939-2006-203-04-00-1. Reclamante: Mauro Machado. Reclamado: Canoas Sport Club. Relatora: Eurídice Josefina Bazo Tôres. Porto Alegre, 26 jun. 2008. DJ 10 jul. 2008.

⁵⁴⁰ DIFERENÇAS SALARIAIS. DIREITO DE IMAGEM. NATUREZA JURÍDICA DA PARCELA. O eg. TRT considerou que a parcela paga como contraprestação pelo uso da imagem do reclamante, de forma fixa, mensal e no decorrer do contrato de trabalho, detém natureza jurídica salarial, razão por que deve integrar a remuneração do autor. Não se trata, no caso dos autos, de ofensa ao direito de imagem garantido constitucionalmente, passível de reparação moral e material, mas de remuneração pela utilização da imagem do autor, em razão do contrato de trabalho firmado entre as partes. Conquanto decorra de direito personalíssimo de natureza civil, no caso concreto a parcela está ligada diretamente do contrato de trabalho e remunera o profissional pela participação em partidas disputadas em favor do clube reclamado. Portanto, a parcela detém natureza salarial, devendo integrar a remuneração para todos os fins. Precedentes. Recurso de revista conhecido e desprovido (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 990-47.2011.5.09.0028. Recorrente: Paraná Clube. Recorrido: Ricardo Pinto. Relator: Min. Aloysio Corrêa da Veiga. Brasília, 11 dez. 2013. DEJT 13 dez. 2013.)

a cessão de imagem como fato de natureza civil, como quis o legislador –, ou seja, trata-se de retribuição pela mera prestação do serviço do empregado. Tal prática é rechaçada pela doutrina, a exemplo do que entende Neuhaus⁵⁴¹:

Há cerca de cinco anos, os clubes, na ânsia de minorar custos com encargos sociais e trabalhistas, têm exigido que os jogadores abram empresas em seus nomes, com a finalidade de explorar a imagem do *atleta*. Firma contrato com a empresa do jogador e este assina como interveniente anuente. Informam aos atletas que, como empresa, pagarão apenas uma alíquota de 1,5% de Imposto de Renda, que é retido na fonte conforme determinação legal, deixando de recolher sobre a alíquota de 27,5% como pessoa física. Não alertam os jogadores que além destes 1,5% retidos na fonte, a empresa do *atleta* terá que pagar COFINS, PIS, INSS, ISSQN, além de não ter direito de receber 13º salário, FGTS e férias com o terço constitucional sobre este valor pago à empresa. Comparando o recebimento como empresa e como pessoa física, o atleta terá prejuízo em abrir sua empresa, pois em um ano os encargos da empresa serão maiores do que como pessoa física. Vantagem somente para os clubes que escapam dos encargos sociais e trabalhistas. Já há diversas ações trabalhistas pedindo a nulidade desta transação por se tratar de mera elisão fiscal. Ademais, os clubes, no anseio de economizar, acabam assinando um contrato de trabalho com valor de salário bem inferior ao pago à empresa do jogador. Comum o valor do contrato com a empresa do *atleta* ser 10, 20 vezes maior do que a remuneração paga. Trata-se na realidade de fraude ao contrato de trabalho, pois o contrato de exploração de imagem subordina-se ao vínculo empregatício. Há cláusulas em determinados contratos que expressam que, havendo o rompimento do contrato de trabalho, estará rompido o contrato com a empresa. Não haveria o contrato com a empresa do jogador, geralmente uma microempresa, se não houvesse o contrato de trabalho [...].

Por outro lado, há casos em que se faz clara outra realidade, a de que os atletas também eles têm benefícios com a exploração de sua imagem por meio de ajuste contratual com o clube. Assim, há situações em que ganha o clube, mas ganha o atleta também, uma vez que, não houvesse vantagens recíprocas, tais ajustes não seriam firmados. Em outras palavras, Melo Filho alerta que⁵⁴²:

Este instituto jusdesportivo que integra o direito do atleta de explorar ou, como ocorre na maioria das vezes, de ceder economicamente o uso da própria imagem ao clube empregador por intermédio de uma pessoa jurídica, em geral constituída pelo próprio atleta, tem sido utilizado, muitas vezes, distorcidamente, para dissimular a remuneração salarial decorrente do conluio ou da conivência do atleta, sua empresa e seu clube, reduzindo, substancialmente, as obrigações fiscais, previdenciárias e sociais das partes contratantes, beneficiando tanto os atletas, quanto os clubes, no cálculo de alguns. Com efeito, esta estratégia de pagamento, plausível e lícita para uns, fraudulenta e desvirtuante para outros, gera uma economia significativa para

⁵⁴¹ NEUHAUS, Décio. **ATLETA PROFISSIONAL – Estudos sobre a Lei Pelé e os desafios para a Justiça do Trabalho**. p. 40/41.

⁵⁴² MELO FILHO, Álvaro. **Nova Lei Pelé: avanços e impactos**. Rio de Janeiro: Maquinaria, 2011. p. 129.

os contratantes, posto que, não houvesse vantagens recíprocas, tais pactos não seriam firmados.

A percepção dos dividendos da exploração de sua imagem por intermédio de uma empresa criada para tal finalidade torna atraente ao atleta esta modalidade de contratação. Sendo menor o valor consignado em sua carteira de trabalho, a título de salário, também serão menores os descontos previdenciários e fiscais incidentes sobre o salário, ainda que seus ganhos mensais sejam volumosamente aumentados com o pagamento pela exploração de sua imagem.

Assim, se é verdade que o clube obtém alguma espécie de vantagem nessa modalidade contratual, não menos certo é o fato de que o atleta igualmente se beneficiou com a percepção dos dividendos da exploração de sua imagem por intermédio de uma empresa criada para tal finalidade. Neste contexto, o Judiciário, muitas vezes, não considera fraudulenta a situação noticiada nestes autos, a qual, aliás, vem se tornando prática reiterada e habitual no meio futebolístico. Nestes casos, a participação voluntária do atleta na constituição de uma empresa para a exploração de sua imagem e os benefícios auferidos com esta prática afastam a noção de fraude, a qual pressupõe malícia de alguém em detrimento ou em prejuízo de outrem, do que não se trata, pois, no mínimo, ambas as partes contratantes foram beneficiadas com essa modalidade contratual⁵⁴³.

⁵⁴³ “Diversamente do alegado pelo autor e do fundamentado pelo magistrado prolator da sentença, não há, nos autos, sequer indícios de fraude na constituição da referida empresa ou na contratação do direito de imagem por meio dela. Seus atos constitutivos, como antes afirmado, foram inscritos na Junta Comercial do Estado. Além disso, o instrumento particular de constituição da sociedade foi regularmente elaborado, mediante cláusulas expressas e explícitas a respeito do objeto social, responsabilidade dos sócios, prazo de duração da sociedade, capital social e sua integralização, hipóteses de extinção da sociedade, apuração e distribuição de lucros etc., não evidenciando qualquer irregularidade quanto ao seu objetivo - exploração da imagem do atleta - ou à sua forma de atuação, tanto que firmado por duas testemunhas e vistado por profissional do direito, todos devidamente identificados. Não é demasiado referir que o reclamante, assim como tantos outros jogadores, atuou sempre assessorado por seu procurador”. (grifos no original). (**VALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO REALIZADO ENTRE O CLUBE E A EMPRESA CONSTITUÍDA PELO ATLETA PARA A EXPLORAÇÃO DE SUA IMAGEM. AUSÊNCIA DE FRAUDE.** Não há como considerar fraudulenta a situação noticiada nos autos, a qual, aliás, vem se tornando prática reiterada e habitual no meio futebolístico. A participação voluntária do atleta na constituição de uma empresa regularmente criada para a exploração de sua imagem, e os notórios benefícios por ele auferidos dessa forma, afastam por completo a noção de fraude, a qual pressupõe malícia de alguém em detrimento ou em prejuízo de outrem, o que não se vislumbra no presente caso, em que, no mínimo, ambas as partes foram notoriamente beneficiadas nessa modalidade contratual. Validade do negócio jurídico realizado entre o Clube reclamado e a empresa Jadão Marketing Esportivo Ltda. para a exploração da imagem do reclamante. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0067900-09.2002.5.04.0029. Reclamante: José Adão Fonseca. Reclamado: Grêmio Foot-Ball Porto Alegrense. Relatora: Denise Pacheco. Porto Alegre, 10 dez. 2003. DJ 13 jan. 2004.))

Neste sentido, oportuno transcrever trecho de acórdão de lavra do Juiz Milton Dutra, Relator no processo nº 00462-2001-028-04-00-0, julgado pela 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, em 11.09.2003:

Não há dúvida, pelo que revelam os autos, que a prática de contratação por interposta empresa jurídica constituída pelo jogador é disseminada na realidade do futebol brasileiro, ao menos no âmbito do recorrente, (...) emergindo evidente que ao firmarem contrato de cessão de imagem, as partes, conforme concluído na sentença, praticaram simulação bilateral com intenção de violar disposição de lei, pois visavam evadir-se da responsabilidade pelas obrigações fiscais e previdenciárias incidentes sobre os valores decorrentes do contrato de cuja simulação não podem valer-se em litígio de um contra o outro conforme a disposição contida no art. 104 do Código Civil de 1916, vigente à época dos fatos, *verbis*: 'Tendo havido intuito de prejudicar a terceiros ou infringir preceito de lei, nada poderão alegar, ou requerer os contraentes em juízo quanto à simulação do ato, em litígio de um contra o outro, ou contra terceiros'. (grifos no original).

Nessa mesma perspectiva, é o julgamento proferido pela 3ª Turma do TRT da 3ª Região, em acórdão de lavra do Juiz Paulo Araújo, Relator no processo TRT-RO-16695/01, julgado em 06.02.2002, cujo trecho de sua fundamentação merece destaque:

O contrato de trabalho é especial e no tipo de atividade existe, sim, e mais do que em outras atividades esportivas no país, a imagem do *atleta*, que tem relevante valor. E não é salário. **Porém, não se pode ignorar que por esta via, ambas as partes contratantes e não só os clubes buscam uma forma de, uma, escapar dos altos encargos sociais trabalhistas e, outra, dos altos encargos tributários, em especial o imposto de renda. Enquanto o pacto está em vigor, todos se contentam e calam. Rompido, é hora das reivindicações zelosamente guardadas desde o início e cada qual sustenta que tem a totalidade da razão e não se contenta com menos** (grifado).

Ao finalizar a fundamentação do acórdão do processo 0067900-09.2002.5.04.0029 (vide nota 543), concluiu a desembargadora relatora Denise Pacheco: “Por todos estes fundamentos, e porque a ninguém é dado se beneficiar da própria torpeza, não se vislumbra a ocorrência de fraude na situação noticiada nestes autos”.

4.3 A POLÊMICA ENVOLVENDO O PAGAMENTO DE DIREITO DE IMAGEM E AS SUAS REPERCUSSÕES NO DIREITO DO TRABALHO

O contrato de licença de uso de imagem utilizado pelas entidades de práticas desportivas nos contratos de trabalhos estabelecidos com os desportistas profissionais trata-se de (i) uma tentativa mascarada de pagamento de salário; (ii) pagamento de uma indenização pela permissão da cessão do uso da imagem do atleta, ou, por fim; (iii) de outra parcela jurídica, e em que esfera ela se situa? Eis a problemática que a presente pesquisa pretende responder.

De todo o exposto, há situações que merecem ser analisadas anteriormente às suas conclusões. Cada caso concreto merece criteriosa análise, para que se possa aplicar – ou não –, em um primeiro plano, a regra especial (Lei 8.915/98), e, em segundo plano (caso não se aplique a regra específica), a regra geral (artigo 457 da CLT). Há que se identificar, a partir da análise da situação concreta, e, uma vez aplicado o princípio da primazia da realidade, sob o ângulo do Direito do Trabalho, qual a natureza jurídica da verba paga a título de cessão do direito de imagem. As respostas serão identificadas no item a seguir.

4.3.1 A natureza indenizatória do contrato de licença de uso de imagem x a tentativa de mascarar a sua natureza salarial. Os impactos dos valores pagos a título de cessão do uso de imagem no contrato de trabalho e o seu enquadramento jurídico.

Na esfera jurídica, a todo problema de difícil solução, existe grande controvérsia, seja na doutrina, seja na jurisprudência, seja na própria análise da legislação aplicável. A todo fato, se aplica a lei, ou seja, cabe ao direito positivo enquadrá-lo juridicamente, mas àquele é dado o benefício da análise do julgador, quando posto o fato a prova perante o Judiciário, ainda que não alcance exatamente o que fixado pelo legislador⁵⁴⁴. Mas antes da aplicação desta, há que se analisar

⁵⁴⁴ “Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc. Do ponto de vista do Direito positivo, nada se pode dizer sobre a sua validade

critérios o fato em si. E não é diferente com a problemática envolvendo o enquadramento da parcela atinente ao direito de imagem do atleta no curso de uma relação empregatícia com a entidade desportiva, o clube empregador. Será indenização, nos moldes previstos na Constituição Federal e no Código Civil? Será salário, nos moldes do artigo 457 consolidado? Ou está-se diante de outra modalidade de verba jurídica? As respostas não são de todo fáceis.

A primeira premissa que se entende como verdadeira é a de que, não existe direito de imagem se não houver contrato de trabalho. Somente a partir deste, e por causa deste, que haverá o direito de cessão do direito do uso de imagem do atleta ao clube empregador. Fixada esta premissa, passa-se a analisar as hipóteses.

4.3.1.1 *Natureza indenizatória do direito de imagem*

Seguindo uma ordem argumentativa das hipóteses expostas, parte-se primeiramente da análise do enquadramento da parcela de imagem como sendo uma parcela indenizatória. A rigor, o contrato de cessão dos direitos de uso da imagem do atleta profissional detém natureza civil, por força do artigo 87-A, da Lei 9.615/98, desvinculado (formalmente) do contrato de trabalho desportivo. Logo, da análise, *a priori*, de tal dispositivo legal, teria o cessionário direito ao pagamento de uma indenização pela cessão de sua imagem. O direito de imagem assegurado no artigo 5º, inciso XXVIII, "a", da Constituição Federal, é inato, ínsito à personalidade. Seu titular é, portanto, o indivíduo, e a ele compete, se assim o desejar, negociar a licença de sua exploração. Também o artigo 5º da Constituição Federal, trata no inciso V e X, respectivamente, que

é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem" e "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

e verificabilidade. Deste ponto de vista, todas as determinações desta espécie apenas podem ser caracterizadas negativamente: são determinações que não resultam do próprio Direito positivo. Relativamente a este, a produção do ato jurídico é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato." KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 391.

Todavia, entende-se que não, não se aplica o pagamento de indenização como forma de remunerar a cessão da imagem do atleta. Necessário elencar alguns argumentos a partir daqui. Primeiramente, deve-se aclarar o conceito jurídico de indenização, que, nas palavras de Monteiro⁵⁴⁵, nasce da prática de um ato ilícito e visa à reparação de um dano:

É sabido, na verdade, que a prática de um ato ilícito faz incorrer o seu autor em responsabilidade, preenchidos que estejam certos pressupostos. O lesante constitui-se na obrigação de ressarcir o lesado, devendo, nos termos da lei, reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação (art. 562º). O autor do facto danoso, desde que responsável, deve indemnizar a vítima pelos danos causados: indemnizar é, assim, reparar um dano, ou mediante a reconstituição natural, ou por equivalente, em dinheiro. Trata-se, como se sabe, de uma consequência ou efeito comum à responsabilidade contratual e à responsabilidade aquiliana.

Ora, como visto, o uso da imagem do atleta, nas situações previstas pela lei, não causa dano, pois é retribuição pelo ganho do clube com a imagem do atleta e, este ganho, é partilhado com o desportista. Há a coexistência de dois contratos na mesma relação jurídica – qual seja, a relação empregatícia existente entre o atleta e seu clube empregador. A relação laboral dá azo à negociação de um contrato paralelo, que estabelece, a partir da primeira, um ganho proveniente da exploração ou cessão da imagem do empregado. Ainda que esse ganho seja de natureza civil, por força do disposto em lei, não se trata aqui da indenização de um dano provocado por um ato ilícito, mas sim da retribuição a um ato positivo, desejável, em que ambas as partes obtêm frutos – materiais e imateriais –, tanto o atleta empregado, como o clube empregador. Neste contexto, analisar a parcela do ponto de vista de simples indenização seria por demais simplório, e não exato como nomenclatura jurídica.

Se a imagem do atleta renomado é algo positivo ao clube, e tanto é assim que este ajusta com o empregado um contrato de licença para cessão de sua imagem, a retribuição pela exploração desta imagem não pode ser considerada como de natureza indenizatória, pelo simples fato, porém decisivo, de que o fato gerador do direito a ser indenizado aqui não é algo ilícito, não provoca um dano, seja moral, seja material. Não há aqui a violação à imagem do atleta, que lhe assegure o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Entende-se que

⁵⁴⁵ MONTEIRO, Antônio Pinto. **Cláusula penal e indemnização**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 26.

se há a expressa e formal concordância do empregado em ceder sua imagem para o empregador, não há vício de vontade a eivar de nulidade o ato, uma vez ausentes as hipóteses previstas no artigo 166 do Código Civil⁵⁴⁶. Afinal, o artigo 11 do Código Civil dispõe que, com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária, e o artigo 18 do mesmo código que, sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial. Aqui, no contrato de licença de cessão de uso de imagem, em tese, há a autorização do atleta para a exploração de sua imagem, bem como há previsão legal para que haja tal cessão ao clube empregador. Logo, por força da autonomia privada, é conferido ao titular do direito à liberdade de contratar a cessão de sua imagem. Nestes casos, portanto, não há falar em indenização pelo uso da imagem do atleta⁵⁴⁷, posto que não há um fato gerador – a ilicitude – a lhe dar fundamento.

⁵⁴⁶ Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;

IV - não revestir a forma prescrita em lei;

V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;

VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção”.

⁵⁴⁷ NÃO HAVENDO NENHUM PREJUÍZO À HONRA, À BOA FAMA OU À RESPEITABILIDADE DO EMPREGADO, NÃO HÁ QUE SE FALAR EM INDENIZAÇÃO POR VIOLAÇÃO A DIREITO DE IMAGEM. e) Direito de imagem A Constituição Federal de 1988 garante a proteção do direito à imagem no inciso X de seu artigo 5º. Trata-se de direito personalíssimo, correspondente à projeção dos atributos físicos, incluindo-se aí o modo de ser, de agir, de vestir-se etc., perante a sociedade. O Código Civil estabelece em seu artigo 20 o seguinte: 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. A Súmula 403 do STJ, por sua vez, estabelece o seguinte: Independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais. No caso, o reclamante alegou que o reclamado “autorizou a veiculação da sua imagem no programa da rede globo denominado ‘Fantástico’ no mês de agosto de 2010 para o quadro denominado ‘turma 1901’ apresentado por Zeca Camargo, além de divulgar matéria em 4 edições de revista estrangeira japonesa e mais 2 edições da revista do próprio reclamado” (fl. 10). As fotos evidenciam que não houve nenhum prejuízo à honra, à boa fama ou à respeitabilidade do reclamante. Pelo contrário, trata-se de matérias jornalísticas que exaltam conquistas do clube nas categorias de base, valorizando o trabalho do autor. Também não há que se falar em publicação com fins comerciais. As revistas japonesas aparentemente vieram aos autos sem tradução (artigo 192, parágrafo único, do CPC/2015), não sendo possível aferir o teor da publicação e, por conseqüência, se tinha fins comerciais ou não. Já as publicações de fls. 139 e 154/156 (volume em apartado) são de caráter informativo e institucional, sem nenhum cunho comercial, conforme simples análise permite concluir”. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso Ordinário n. 0000032-17.2013.5.02.0083. Reclamante: Celso Rodrigues Chaves. Reclamado: São Paulo Futebol Clube. Relator: Moisés dos Santos Heitor. São Paulo, 27 out. 2016. DJ 18 nov. 2016.)

Todavia, diferente é o fato da utilização da imagem *sem* o consentimento do trabalhador, ou que dessa exploração se excedam os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Neste caso, entende-se, plenamente aplicável o disposto no artigo 5º, incisos V e X da Constituição Federal, bem como o artigo 12 do Código Civil, (“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”), e artigos 186, 187 e 927 do Código Civil⁵⁴⁸. Em outras palavras, segundo a lição de Aldana⁵⁴⁹:

Así, cuando se trata de la difusión de la imagen de los trabajadores por razones ajenas al cumplimiento del contrato, como, por ejemplo, la difusión de su imagen en una página web de libre acceso para cualquier usuario de internet con el único fin de reflejar el movimiento y la actividad de la empresa, dicha actividad debe ser consentida inequívocamente por el personal laboral afectado. La ausencia de dicho consentimiento no solo vulnera su derecho a la propia imagen, en tanto los expone injustificadamente a la vista pública, sino también, como ya dijimos, al derecho de protección de datos, pues la difusión de su imagen a través de internet constituye un uso indebido de un dato de carácter personal que no ha cumplido, para su legítimo tratamiento, con lo establecido en los artículos 5 y 6 de La Orgánica 15/1999.

Visto sob esse prisma, caberia o direito à indenização pela exploração indevida – e ilícita – da imagem do atleta, quando dela resultar um dano. Neste sentido, perfilham alguns entendimentos do Tribunal Superior do Trabalho⁵⁵⁰ e de Tribunais

⁵⁴⁸ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

⁵⁴⁹ ALDANA, Rebeca Karina Aparicio. **Derecho a la intimidad y a la propia imagen en las relaciones jurídico laborales**. Pamplona: Thompson Reuters Aranzadi, 2016. p. 252.

⁵⁵⁰ AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL E QUANTIFICAÇÃO. DIREITO DE IMAGEM DO EMPREGADO. USO DA IMAGEM SEM A DEVIDA AUTORIZAÇÃO. ÁLBUM DE FIGURINHAS. DECISÃO EM CONSONÂNCIA COM ITERATIVA, NOTÓRIA E ATUAL JURISPRUDÊNCIA DO TST. SÚMULA 333 DO TST. DESPROVIMENTO DO APELO. A Carta Constitucional elenca como bem maior o ser humano e, para que a sua dignidade moral e material possam ser desenvolvidas, adota precipuamente o valor social do trabalho, pois este é o instrumento para que se cumpra este objetivo constitucional do Estado Democrático de Direito. Neste sentido, consagrou a imagem como direito fundamental, aliado à dignidade da pessoa, consoante disposto nos citados arts. 1º, III e 5º, V e X da CF, garantindo-se ao ofendido indenização em caso de dano material ou moral. No caso da utilização indevida da imagem do empregado, a ofensa toma maior proporção na medida em que o obreiro, enquanto hipossuficiente, acaba por se submeter a situações em prol da manutenção do emprego, fonte de sua subsistência. O uso da imagem do empregado, para fins comerciais, sem autorização do trabalhador, configura ofensa ao seu direito de imagem, motivando a correspondente reparação, nos termos dos art. 5º, V e X da CF e 20 do Código Civil. Agravo de

Regionais do Trabalho⁵⁵¹. Ao revés, em casos outros, que são em verdade a sua grande maioria, em que há a autorização expressa do atleta por meio do contrato de cessão de uso de imagem, a retribuição desta exploração, que, repita-se, se traduz em algo positivo e desejável por ambas as partes contraentes, não se traduz em parcela de cunho indenizatório paga ao empregado licenciante⁵⁵², porque foge ao escopo da intenção que o legislador constitucional e infraconstitucional quis dar ao instituto – reparar um dano causado por ato ilícito. Cabem aqui as palavras de López⁵⁵³:

En cambio la indemnización no se entiende como una prestación típica de la relación de trabajo, ni en modo alguno como el objeto de un deber integrante de la relación de trabajo, sino como un deber de reparación de un daño, en el sentido más propio o, como veremos más adelante, incluyendo también la idea de cobertura por algún particular (no por un sistema organizado de la Seguridad Social), de alguna 'contingencia social' dañosa.

Conclui-se, não há salário sem contraprestação, por um lado, nem há indenização sem dano, por outro. Sobre estas bases são, *a priori*, nitidamente distintas as prestações do empregador ao trabalhador que são salário e as que são

instrumento a que se nega provimento, pois a decisão proferida está em consonância com a iterativa, notória e atual jurisprudência desta Corte. Incidência da Súmula 333, TST e do artigo 896, § 4º, da CLT. Ademais o dano moral possui natureza jurídica compensatório-punitiva e visa compensar financeiramente a dor sofrida pelo lesado, tendo por finalidade punir o lesante. Observados pelo Regional tais critérios, não há falar em violação ao artigo 944, do CCB. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 489-54.2012.5.04.0010. Agravante: Panini Brasil Ltda. Agravados: Almir de Souza Fraga e outro. Relator: Desembargador Convocado Cláudio Armando Couce de Menezes. Brasília, 19 ago. 2015. DEJT 28 ago. 2015.)

⁵⁵¹ AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DIREITO DE IMAGEM. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO. USO INDEVIDO. A imagem constitui-se em direito personalíssimo inviolável e garantido constitucionalmente pelo art. 5º, X e XXVIII da CF. Ademais, conforme disposto no art. 20 do Código Civil, sua veiculação, sem autorização expressa do titular, enseja direito à indenização, mormente quando utilizada em publicação com fins comerciais. Nesse contexto, inexistindo nos autos prova acerca de autorização expressa concedida pelo autor ao reclamado, é devida indenização decorrente da utilização indevida da imagem. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0000211-34.2013.5.04.0005. Reclamante: Luiz Alberto Figueira de Moraes. Reclamado: Sport Club Internacional. Relator: Cláudio Antônio Cassou Barbosa. Porto Alegre, 17 nov. 2015. DEJT 26 nov. 2015.)

⁵⁵² Há também entendimento jurisprudencial em sentido oposto: ATLETA PROFISSIONAL. DIREITO DE IMAGEM. O direito de imagem tem previsão no artigo 5º, incisos V, X e XXVIII, "a", da Constituição da República, e se trata de um direito personalíssimo. O pagamento efetuado ao profissional pela exposição da sua imagem decorre da proteção deste direito prevista no inciso XXVIII já mencionado, ou seja, não se confunde com a remuneração pela prestação de trabalho. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0000971-16.2010.5.04.0028. Reclamante: Thiago Freitas Pedroso. Reclamado: Vila Nova Futebol Clube. Relator: Clóvis Fernando Schuch Santos. Porto Alegre, 21 fev. 2013. DEJT 01 mar. 2013.)

⁵⁵³ LÓPEZ, Justo. Salario e indemnización. In: **El salario**: estudios en homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez. v. 2. Montevideo: A. M. Fernandez, 1987. p. 319-331. p. 320.

indenização⁵⁵⁴. Quando não houver um dano à imagem do atleta, como, por exemplo, quando este não autoriza de forma expressa sua concordância com a cessão de sua imagem ou quando esta é veiculada de forma danosa, não há que se falar em indenização como retribuição pela exploração da imagem do atleta empregado.

4.3.1.2 Natureza salarial do direito de imagem

Grande parte da doutrina e da jurisprudência tem entendido pelo caráter salarial da verba destinada a retribuir a cessão do direito de imagem, a exemplo de Zainagui⁵⁵⁵, quando afirma que:

O artigo 9º da CLT afirma que: 'Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação'. Foi esse o ponto que os clubes não se aperceberam do erro que estavam cometendo quando passaram indiscriminadamente a celebrar contrato de imagem (ou cessão da imagem). Como afirmado, nem todo o contrato de cessão de uso da imagem é fraudulento, mas se um atleta desconhecido ou ainda que conhecido não tenha apelo de marketing, invariavelmente a consequência será a Justiça do Trabalho declará-lo fraudulento.

Martins⁵⁵⁶, por sua vez, não tem dúvidas sobre o caráter salarial da parcela em apreço:

Entendo, porém, que os pagamentos feitos ao atleta a título de uso da imagem são direitos trabalhistas. Têm natureza de remuneração, pois decorrem da existência do contrato de trabalho e são pagos pelo próprio clube empregador. Se não houver a cessão do direito de imagem do atleta e o clube, não se faz contrato de uso de imagem do atleta. O pagamento feito a título de direito de imagem não representa participação nos lucros, pois o clube não visa lucro, nem diz respeito a qualquer lucro obtido. Os clubes têm tentado mascarar o pagamento feito a título de direito de imagem, determinado que o atleta constitua empresa, sendo o pagamento feito a esta, justamente para descaracterizar a natureza salarial do pagamento. Há casos em que se constatou que o clube paga uma pequena parte no recibo de pagamento de salários do atleta e todo o restante é pago a pessoa jurídica, constituída pelo atleta. O objetivo dos clubes é diminuir os encargos trabalhistas e previdenciários sobre os pagamentos feitos aos atletas, pois grandes jogadores ganham até R\$ 1.000.000,00 por mês. Empresas de televisão têm feito o mesmo em relação a determinados apresentadores ou artistas. Incide na hipótese o artigo 9º da CLT, pois está havendo fraude ou

⁵⁵⁴ LÓPEZ, Justo. Salario e indemnización. In: **El salario**: estudios en homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez. v. 2. Montevideo: A. M. Fernandez, 1987. p. 319-331. p. 321.

⁵⁵⁵ ZAINAGUI, Domingos Sávio. **Os atletas profissionais de futebol no direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 69.

⁵⁵⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direitos trabalhistas do atleta profissional de futebol**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 63.

simulação em relação ao direito de remuneração do atleta. Está sendo criada interposta pessoa inexistente para o pagamento do direito de imagem. Vale a realidade dos fatos, que indica que o pagamento tem natureza salarial, visando retribuir o trabalho do atleta.

Parte da jurisprudência entende que, mesmo não havendo flagrante presença de fraude ou simulação do negócio jurídico, a parcela tem natureza salarial. Diz-se flagrante fraude ou simulação quando presentes alguns requisitos, como o fato de o jogador ser de pouca expressão, sem notoriedade popular, ou mesmo a tendo, sem que haja a efetiva exposição de sua imagem em eventos fora de sua participação em jogos, o que em regra atrairia a aplicação do artigo 9º consolidado. Ou, ainda, será salário mesmo que não haja o pagamento fixo e mensal ao atleta a título de imagem. Estes entendimentos⁵⁵⁷ se baseiam no pressuposto de que, não existisse o contrato de trabalho entre atleta e clube, não haveria o pagamento pelo uso da imagem do jogador, logo, a despeito de ser previsto em contrato de natureza civil, se reveste de natureza salarial, pois decorre unicamente da prestação de serviços, nesta englobando a participação em eventos e peças publicitárias.

No entanto, a maioria da jurisprudência⁵⁵⁸ tem decidido pela natureza salarial da parcela paga a título de direito de imagem, quando, uma vez analisado o caso

⁵⁵⁷ ATLETA PROFISSIONAL. VALORES PAGOS EM DECORRÊNCIA DE CONTRATO DE LICENCIAMENTO DE USO DA IMAGEM. NATUREZA DA PARCELA. Os valores pagos em decorrência de "Contrato de Licenciamento de Uso da Imagem embora formalmente válido o ajuste civil, a sua eficácia frente ao contrato de trabalho subjacente fica comprometida, havendo que concluir, com fundamento no art. 9º da CLT, que os valores pagos por força desse contrato acessório se revestiram de natureza salarial, vinculados à contraprestação direta pela força de trabalho empreendida em favor do reclamado, devendo ser considerados para fins de cálculo das demais parcelas que emergem como direito vinculado ao contrato de trabalho. Recurso ordinário do reclamante provido. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0000612-31.2013.5.04.0232. Reclamante: Alexandre Bindé. Reclamado: Cerâmica Atlético Clube. Relatora: Flávia Lorena Pacheco. Porto Alegre, 12 fev. 2015. DEJT 24 fev. 2015.)

⁵⁵⁸ ATLETA PROFISSIONAL. DIREITO DE IMAGEM. NATUREZA JURÍDICA SALARIAL. INTEGRAÇÃO À REMUNERAÇÃO. O direito contratualmente assegurado à entidade desportiva de explorar comercialmente a imagem do atleta profissional não se revestiria, em princípio, de natureza remuneratória, não fosse a prática – que se disseminou sobretudo no meio futebolístico – de usar-se a parcela para disfarçar-se salário. É lamentável constatar que o contumaz desvirtuamento do direito esteja vigorosamente a desnaturá-lo, conforme se extrai de cediça jurisprudência segundo a qual a verba paga pela entidade desportiva ao atleta a título de cessão do uso do direito de imagem não pode ser excluída da definição de salário. Ademais, também tem enfatizado a jurisprudência que a parcela auferida pelo atleta profissional pelo uso comercial de sua imagem pelo clube que o emprega decorre diretamente do trabalho desenvolvido pelo empregado. Há precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo em Recurso de Revista n. 392-60.2013.5.02.0047. Recorrente: Sociedade Esportiva Palmeiras. Recorrido: Lincoln Cássio de Souza Soares. Relator: Min. Augusto César Leite de Carvalho. Brasília, 28 set. 2016. DEJT 07 out. 2016.) "PELO PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE QUE ORIENTA O DIREITO DO TRABALHO, DEVE O JULGADOR BUSCAR O CONTEÚDO ESSENCIAL DAS RELAÇÕES JURÍDICAS, ROMPENDO OS RÓTULOS OU APARÊNCIAS ENGANOSAS PARA CAPTAR A VERDADE REAL. Assim, o pagamento fixo e mensal ao jogador de futebol de valores a título de direito de imagem, por intermédio de pessoa

concreto e a sua utilização para fins de fraudar direitos trabalhistas, há a inequívoca pretensão de mascarar o pagamento de verdadeira parcela salarial sob a roupagem da “indenização pela cessão do direito de imagem”. Assim, casos em que não configurada a própria essência do direito de imagem, e sim, uma forma de retribuição – salarial – do empregado atleta

Necessário, de todo o exposto, atentar para as circunstâncias do caso concreto, que podem, não raro, revelar, escondida sob a égide de um contrato eminentemente civil, parcela de natureza nitidamente salarial. Se, por exemplo, o atleta recebe mais com a cessão do direito de uso de sua imagem do que realizando a própria atividade profissional para a qual foi contratado, como se a imagem fosse o fim último da contratação e não uma contratação acessória, já há aí um forte indicativo de fraude.

Portanto, partilha-se do entendimento de que, sob a análise do princípio da primazia da realidade, uma vez detectados indícios da existência de fraude ou dissimulação, como, por exemplo, em se tratando de jogadores de pouca ou nula notoriedade, ou quando, embora tenham forte apelo popular, sua imagem não tenha sido explorada fora da prestação de serviços propriamente dita (ou seja, fora de jogos e eventos competitivos), ou quando tal parcela tenha sido, a despeito de ajustada nos parâmetros estabelecidos pela Lei 9.615/98, pactuada em valores fixos e mensais, pagos conjuntamente com a retribuição de salários, tais pressupostos atraem inevitavelmente a aplicação do artigo 9º da CLT, e a parcela se reveste de evidente natureza salarial, devendo repercutir para todos os fins em todas as demais parcelas trabalhistas.

4.3.1.3 Natureza jurídica do direito de imagem

A grande celeuma existente na doutrina e jurisprudência diz respeito à natureza das verbas recebidas pelo atleta em decorrência da cessão dos direitos de imagem. Como expõe Soares⁵⁵⁹:

jurídica criada exclusivamente para receber tais créditos, sem evidência de prestação de qualquer serviço de consultoria na área desportiva ou exploração e divulgação de imagens de atletas profissionais, tem indiscutível natureza jurídica de salário com todas as repercussões pertinentes”. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso Ordinário n. 01494-2002-112-03-001. Reclamante: Gilberto Aparecido da Silva. Reclamado: Clube Atlético Mineiro. Relator: Sebastiao Geraldo de Oliveira. Belo Horizonte, 05 nov. 2003. DJ 15 nov. 2003.)

⁵⁵⁹ SOARES, Jorge Miguel Acosta. **Direito de Imagem e Direito de Arena no Contrato de Trabalho do Atleta Profissional**. São Paulo: LTr, 2008. p. 81.

De um lado os autores que defendem os clubes, os quais são unânimes em afirmar que o contrato de imagem é assinado entre duas pessoas jurídicas de direito privado, tem natureza civil, sem qualquer implicação no contrato de trabalho, devendo ser apreciado pela Justiça Estadual Civil e não pela Justiça do Trabalho. De outro lado, aqueles que defendem o atleta de futebol, os quais afirmam que tais contratos não passam de mera fraude ao contrato de trabalho, devendo, com base no art. 9º da CLT, ser declarados nulos e seus valores agregados à remuneração do desportista, expandindo seus reflexos sobre todas as outras verbas trabalhistas.

Em nosso entendimento, a situação terá que ser analisada caso a caso. Não há uma regra geral aplicável a todos os casos. Individualmente, portanto, haverá de ser analisado a situação concreta. A base para análise da situação será o princípio da primazia da realidade, princípio basilar do Direito do Trabalho. Segundo Barros⁵⁶⁰, este princípio determina que as relações jurídico-trabalhistas se definem pela situação de fato, isto é, pela forma como se realizou a prestação de serviços, pouco importando o nome que lhes foi atribuído pelas partes, desprezando-se, assim, a ficção jurídica pré-estabelecida no ajuste.

Há casos, portanto, como ilustrado nos itens precedentes, dos jogadores Neymar Júnior, Andrés Nicolás D'Alessandro, e, em menor escala, Kléber "Gladiador", que são reconhecidos por serem atletas de forte apelo popular, como sendo ídolos de seus times, cujas imagens estão atreladas um histórico progresso e presente de sucesso. Estes atletas, entre outras características, "vendem" camisas do time, "chamam" o público aos jogos e eventos, "angariam" sócios para o clube. Tratam-se, por conseguinte, de atletas que têm sua imagem amplamente explorada, participando de campanhas do clube, atraindo patrocinadores e vendendo ingressos nos estádios. A sua importância, como mencionado alhures, ultrapassa as linhas do campo de futebol e acaba por se tornar um símbolo, uma marca, da própria entidade desportiva.

O jogador tem sua imagem explorada por meio das mais variadas campanhas, vídeos e fotografias expostas na mídia televisiva e na internet, áudios transmitidos em rádio, etc. Sua importância extrapola os limites do contrato de trabalho e ingressa no uso de sua imagem nos moldes preconizados pelo artigo 87-A da Lei 9.615/98. Mas aqui, neste aspecto, não se concorda que a verba que lhe é contraprestada pelo clube se traduza em indenização, como prevista pela legislação constitucional e infraconstitucional.

⁵⁶⁰ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 125.

Para adequar a natureza jurídica do direito de imagem, neste caso, toma-se como ponto de partida a divisão utilizada por Delgado⁵⁶¹ (vide item 2.9 e seguintes) para situar a parcela como parcela de natureza não salarial, segundo a sua natureza jurídica e origem. Segundo a sua natureza jurídica, se enquadra o direito de imagem como próximo àquele correspondente aos direitos intelectuais, e, segundo a sua origem, trata-se de parcela devida e paga pelo próprio empregador.

Os direitos intelectuais derivam da propriedade intelectual e se relacionam à autoria e utilização de obra decorrente da produção mental da pessoa. São as vantagens jurídicas concernentes aos interesses morais e materiais resultantes de qualquer produção científica, literária ou artística. No direito de imagem, não se está explorando uma obra científica, literária ou artística do empregado, mas sim, e de modo mais amplo, a própria imagem do atleta, como sendo a extensão da sua personalidade. Na lição de Aldana⁵⁶², o direito à própria imagem corresponde à esfera pessoal do indivíduo, íntima, privada, tendo como fim mostrar-se particularmente aos demais, o que leva a crer que há uma interrelação entre o direito e a imagem e o direito e a intimidade:

El derecho a la propia imagen estaría referido no al derecho a la intimidad, en sentido estricto, sino a la dimensión del derecho a la intimidad que corresponde a la protección a la vida privada que implica, como ya dijimos, una 'autodeterminación del individuo' con respecto a su relación con otros.

Tanto o direito de imagem como o direito intelectual traduzem a verdadeira identidade do titular do direito, o primeiro, diz respeito à obra intelectual do indivíduo, o segundo, à sua exteriorização pessoal. Castells⁵⁶³ explica que a identidade constitui fonte de significado para o ser humano, que é originada e construída necessariamente por meio de processos concomitantes de internalização e de autoconstrução dos atores sociais. Ou seja, a identidade organiza significados quanto à finalidade da ação praticada pelo homem, seja em sua vivência individual ou socializada. Em outras

⁵⁶¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Salário**: teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 65-90.

⁵⁶² ALDANA, Rebeca Karina Aparicio. **Derecho a la intimidad y a la propia imagen en las relaciones jurídico laborales**. Pamplona: Thompson Reuters Aranzadi, 2016. p. 226.

⁵⁶³ CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. Trad. Klauss Brandini Gerhardt. 3. ed. São Paulo: Ática, 2004. p. 130-132.

palavras, para Castells, quanto maior a reflexão do homem quanto ao reconhecimento de sua própria identidade, maior a sua capacidade de emancipação⁵⁶⁴:

Especificamente, quanto à identidade social desenvolvida por meio do trabalho, importa destacar que ela possibilita ao homem identificar-se intensamente como ser humano consciente e capaz de participar e de ser útil na dinâmica da vida em sociedade. Possibilita-lhe, também, desenvolver a consciência de que deve cuidar de si mesmo, preservando-se e exigindo que a dinâmica tutelada pelo Direito seja cumprida e aperfeiçoada para que esteja materialmente protegido.

Como nos direitos intelectuais, o direito à imagem está previsto na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXVIII (“Inciso XXVIII – são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;”). Ou seja, se de tais direitos pode o indivíduo dispor, também pode ceder a sua exploração mediante uma contraprestação. Embora retribuídos pelo empregador no curso de uma relação de trabalho, não transfere a este a autoria da invenção ou da propriedade da imagem⁵⁶⁵. Mas essa contraprestação, como visto, não se traduz essa verba em indenização, pois não há dano, não se originando de um fato ilícito.

Também a exemplo dos direitos intelectuais, o direito à imagem preserva uma natureza jurídica própria, distinta da salarial, derivando de um direito específico, adquirido pelo trabalhador, ao longo do contrato. No primeiro caso, deriva do direito à produção intelectual do indivíduo, no segundo, da sua imagem pessoal. Pode ocorrer até mesmo, que o próprio ajuste ensejador do direito intelectual não seja o próprio contrato de trabalho, mas um contrato paralelo ao liame empregatício original. Ora, assim ocorre com o direito à imagem do atleta, cuja cessão é permitida por meio de um contrato paralelo ao contrato de trabalho, nos moldes do artigo 87-A, da Lei 9.615/98.

Entende-se, do exposto, que a verba atinente ao direito de imagem não se traduz em salário e nem em indenização, mas se assemelha ao disposto no artigo 89 da Lei 9.279/96, que regula os direitos e obrigações relativos à propriedade intelectual, qual seja:

⁵⁶⁴ DELGADO, Gabriela Neves; DELGADO, Mauricio Godinho. **Constituição da República e Direitos Fundamentais**. São Paulo: LTr, 2015. p. 59.

⁵⁶⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Salário: teoria e prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 73.

Art. 89. O empregador, titular da patente, poderá conceder ao empregado, autor de invento ou aperfeiçoamento, **participação nos ganhos econômicos resultantes da exploração da patente, mediante negociação com o interessado** ou conforme disposto em norma da empresa. Parágrafo único. A participação referida neste artigo não se incorpora, a qualquer título, ao salário do empregado. (grifou-se).

Assim, embora a lei específica aplicável ao direito de licença de uso de imagem (artigo 87-A da Lei 9.615/98) disponha expressamente sobre ajuste de natureza civil, entende-se que não se trata a hipótese de indenização pela exploração da imagem do atleta, nem muito menos em remuneração salarial, em sentido amplo, ou em salário, em estrito (ambos previstos artigo 457 da CLT), mas de uma retribuição por título jurídico não trabalhista, isto é, uma retribuição na forma de participação nos ganhos econômicos da exploração imagem do empregado, mediante ajuste específico. Novamente aqui se faz presente a hipótese prevista na Lei 9.279/96, em seu artigo 91, de aplicação análoga:

Art. 91. A propriedade de invenção ou de modelo de utilidade será comum, em partes iguais, quando resultar da contribuição pessoal do empregado e de recursos, dados, meios, materiais, instalações ou equipamentos do empregador, ressalvada expressa disposição contratual em contrário.

§ 1º Sendo mais de um empregado, a parte que lhes couber será dividida igualmente entre todos, salvo ajuste em contrário.

§ 2º **É garantido ao empregador o direito exclusivo de licença de exploração e assegurada ao empregado a justa remuneração.**

§ 3º A exploração do objeto da patente, na falta de acordo, deverá ser iniciada pelo empregador dentro do prazo de 1 (um) ano, contado da data de sua concessão, sob pena de passar à exclusiva propriedade do empregado a titularidade da patente, ressalvadas as hipóteses de falta de exploração por razões legítimas. (grifou-se).

Concorda-se com Delgado⁵⁶⁶ quando aponta que:

é inquestionável que a retribuição concernente ao empregado em vista de sua invenção produzida não constitui verba trabalhista em sentido estrito – e muito menos salarial. É que, embora ambos os textos legais valham-se do vocábulo remuneração, na verdade estão ambos se referindo a uma retribuição por título jurídico não trabalhista, isto é, um contrato paralelo ao contrato empregatício e a este acoplado. Isso fica claro ao se saber que o pagamento pelo invento seria feito mesmo que o inventor não fosse empregado, mas mero prestador de serviços autônomo de serviços. Desse modo, o pagamento tem como causa o invento e não a prestação de serviços ou o conteúdo contratual trabalhista. Por fim, embora não possa haver dúvida quanto à natureza jurídica não salarial desse tipo de retribuição, a própria Lei 9.279/96 procurou eliminar qualquer insegurança com respeito ao tema, através do texto expresso de seu art. 89, parágrafo único, já examinado.

⁵⁶⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Salário**: teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 75.

Diferente é o caso do atleta que tem sua imagem veiculada sem o seu consentimento, ou que esta exploração lhe traga um dano, como, por exemplo, atrelar a sua imagem a algo ilícito, imoral, não desejável, pois advém daí um fato gerador ilícito provocado pelo clube, e, desta forma estar-se-á diante da necessidade de prestar-lhe indenização, nos moldes previstos no artigo 5º, incisos V e X da Constituição Federal, bem como o artigo 12 do Código Civil, e artigos 186, 187 e 927 também do mesmo código.

Outras situações dizem respeito aqueles casos em que o direito de imagem é utilizado com o intuito evidente de fraudar a legislação trabalhista, casos estes em que observado o caso sob o prisma do princípio da primazia da realidade, a natureza salarial desses valores deve ser reconhecida pelo Poder Judiciário, condenando o clube ao pagamento de todos os reflexos que daí se originam, a despeito de constituírem empresa que, em tese, detém a propriedade da licença do uso da imagem do atleta, licenciam o seu uso para exploração do clube empregador. Foi analisado no item 4.2.1.1 o caso de Luizão e do Sport Club Corinthians, cuja situação é vista como paradigmática no mundo desportivo. O atleta constituiu empresa para o ajuste da cessão da licença de uso de sua imagem, por meio da qual percebia valores pela exploração de sua imagem. Não foram celebrados apenas um contrato civil, mas três contratos entre a empresa do jogador e o clube (também por meio de empresas constituídas para este fim). Com isto, o salário do atleta registrado em sua carteira de trabalho correspondia a R\$ 40.000,00, e a diferença entre este e sua real remuneração totalizava a quantia de R\$ 350.507,00.

Ao analisar a situação submetida ao Judiciário, o magistrado responsável pela sentença prolatada nos autos não vislumbrou que o atleta de fato havia participado de ações que utilizassem sua imagem, e chamou a atenção para a importância existente entre a real exploração da imagem e o pagamento das verbas referentes ao direito de imagem. Entendeu o magistrado que não havia uma verdadeira utilização da imagem do atleta que ultrapassasse os limites da própria relação de emprego, logo, inexistia a necessidade de pagamento de tais verbas, configurando verdadeira fraude trabalhista. Concluiu ainda o julgador pela existência de fraude pelo não equilíbrio entre o valor pago a título de salário e aquele referente ao direito de imagem, não se acreditando que a imagem do atleta fosse mais valiosa do que a sua habilidade em praticar sua profissão.

Casos como esse levam à inevitável conclusão de que o direito de imagem em questão configura-se em verba de natureza salarial, seja porque a imagem do atleta não seja explorada, ainda que este tenha certo renome no âmbito desportivo, seja porque o valor pago atinge ou supera o valor do salário que lhe é contraprestado, ou seja, ultrapassando forçosamente os limites do contrato de trabalho, seja porque o valor ajustado é pago de forma mensal e em valor fixo. Aqui emerge a flagrante tentativa de burlar a legislação trabalhista e com isso tornar menos oneroso o vínculo de trabalho, com o pagamento de tributos em menor escala e evitar a majoração de reflexos em outras verbas trabalhistas. Como visto, em situações como estas, pode obter benefícios tanto o clube, como o atleta, o que encontra óbice na legislação jurídica, para quem a ninguém é dado se beneficiar da própria torpeza.

Em conclusão, entende-se que, em se tratando de situações em que exista verdadeiramente a exploração da imagem do atleta com vistas a promover o clube e a sua marca, ou seja, a sua própria imagem, desde que os valores sejam pagos com critérios de razoabilidade e proporcionalidade, a verba em questão não terá natureza salarial, nem indenizatória, e sim de retribuição na forma de participação de ganhos econômicos resultantes da exploração da imagem do atleta.

Ao contrário, não havendo a exploração da imagem do atleta, por ser este desconhecido ou, mesmo sendo conhecido, não seja utilizada em eventos e campanhas publicitárias, escancara-se a fraude à legislação trabalhista, atraindo a incidência do artigo 9º consolidado e, por conseguinte, há que se reconhecer a verbas em questão como salário e fazê-la incidir sobre as demais verbas trabalhistas na forma da lei.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa intentou a discussão da natureza jurídica das verbas atinentes à cessão do uso de imagem dos atletas, especificamente quanto à natureza salarial ou não de tais verbas, no contexto da relação empregatícia ajustada com o clube empregador.

Como ponto de partida dessa dissertação, relevante se fez a discussão acerca do contrato de trabalho e relação de emprego, delineando seus principais aspectos. Tal não poderia ser diferente, pois a pesquisa volta-se à análise específica dos contratos estabelecidos entre os atletas profissionais, na condição de empregados, e das entidades de prática desportiva, como empregadoras. Portanto, para adentrar nesta peculiaridade, imprescindível a abordagem inicial das características, classificação, da natureza jurídica e dos sujeitos que compõem a relação de emprego.

Essencial no primeiro capítulo foi a abordagem de uma das características elementares da relação de emprego, qual seja, a personalidade, pois é dela que emerge o direito de imagem do trabalhador, como direito personalíssimo, elencado na categoria de Direitos Fundamentais (artigo 5º, inciso X, e artigo 5º, inciso V).

No capítulo seguinte, significativa foi discussão acerca das parcelas salariais e não salariais que compõem os contratos de trabalho, não sem antes deter-se nos conceitos de salário e remuneração, sucedida de uma análise profunda da natureza jurídica do instituto salarial, seus princípios informativos e características. Por fim, como fechamento do capítulo, são elencadas as modalidades de parcelas salariais e não salariais. Somente com a definição de salário e remuneração, bem como da análise do conceito jurídico de indenização e suas repercussões no contrato de trabalho, poderia ser aprofundada a problemática envolvendo a natureza jurídica da cessão do uso de imagem dos atletas.

Cumpridas tais etapas, estabeleceu-se como objetivo final da pesquisa enfrentar no terceiro e derradeiro capítulo as questões peculiares atinentes aos contratos de trabalho estabelecidos entre atletas e entidades desportivas. Neste último capítulo, entendeu-se importante apresentar quais as características e especificidades de tais contratos, sob o enfoque da legislação atual dado pela Lei 9.615/98, complementada posteriormente pela Lei 12.395/11. Por meio de uma abordagem ampla, permeada pela análise da legislação atual sobre o tema, foram

tratadas as disposições específicas desta relação jurídica, em particular, a análise do direito de cessão do uso de imagem.

Fundamental para a presente pesquisa foi a análise dos contratos de licença de uso de imagem estabelecidos no âmbito dos contratos de trabalho desportivos enfocando aspectos constitucionais, infraconstitucionais, entendimentos jurisprudenciais e doutrinários, análise dos usos e costumes, e, por fim, investigando casos concretos e paradigmáticos. Isso porque, o ajuste da cessão do direito de imagem do atleta tem como ponto de partida a relação de emprego com o clube empregador, e somente nela se perfectibiliza.

Foi tratada, por fim, a polêmica envolvendo o pagamento de direito de imagem e as suas repercussões no direito do trabalho, sob a perspectiva de sua natureza jurídica, constitui-se em salarial, indenizatória ou se transita entre uma e outra órbita jurídica. Foram analisados, além dos conceitos dados pela doutrina, casos paradigmáticos e entendimento jurisprudencial sobre o tema.

Em síntese, o terceiro capítulo envolveu a discussão da problemática desta pesquisa, qual seja, (i) se o contrato de licença de uso de imagem utilizado pelas entidades de práticas desportivas nos contratos de trabalhos estabelecidos com os desportistas profissionais trata-se de uma tentativa mascarada de pagamento de salário; (ii) trata-se do pagamento de uma indenização pela cessão do uso da imagem do atleta, levando-se em consideração que o direito à imagem é protegido pela Constituição Federal, ou, ainda; (iii) se está situado em outra esfera jurídica, e, neste caso, qual a sua natureza jurídica.

Após a análise de situações envolvendo a consulta legislativa e jurisprudencial, complementada pelo entendimento doutrinário, compreende-se que a questão não é de fácil solução e comporta mais de um entendimento, merecendo prudente exame do caso concreto, cuja análise poderá ser realizada observando os seguintes critérios.

Não havendo a exploração da imagem do atleta, por ser este desconhecido ou, mesmo sendo conhecido, não seja utilizada em eventos e campanhas publicitárias, escancara-se a fraude à legislação trabalhista, atraindo a incidência do artigo 9º consolidado e, por conseguinte, há que se reconhecer a verbas em questão como salário e fazê-la incidir sobre as demais verbas trabalhistas na forma da lei.

Ao passo que, quando houver o ato gravoso e for atingido o direito de imagem do atleta, seja porque não consentida a sua exploração pelo clube empregador, seja porque dela emergja danos ao empregado, devida será uma indenização nos moldes

previstos no artigo 5º, incisos V e X da Constituição Federal, bem como o artigo 12 do Código Civil, e artigos 186, 187 e 927 também do mesmo código.

Por fim, em se tratando de situações em que exista verdadeiramente a exploração da imagem do atleta com vistas a promover o clube e a sua marca, ou seja, a sua própria imagem, desde que os valores sejam pagos com critérios de razoabilidade e proporcionalidade, partilha-se do entendimento que a verba em questão não terá natureza salarial, nem indenizatória, e sim de retribuição na forma de participação de ganhos econômicos resultantes da exploração da imagem do atleta, a exemplo da remuneração paga ao empregado a título de direitos autorais, prevista nos artigos 89 e 91 da Lei 9.279/96, que regula os direitos e obrigações relativos à propriedade intelectual.

REFERÊNCIAS

AIDAR, Carlos Miguel (coord.). **Curso de direito desportivo**. São Paulo: Ícone, 2003.

ALBUQUERQUE, Rafael. La inembargabilidad y los privilegios del salario. In: **El salario: estudios en homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez**. v. 2. Montevideo: A. M. Fernandez, 1987. p. 79-93.

ALCANTARA, Cleberson; AKITA, Eric. **Final da NFL chama atenção pelos números estratosféricos do espetáculo**. 07 fev. 2016. Disponível em: <<https://esportes.terra.com.br/futebol-americano/super-bowl-50-e-outros-milhoes-veja-numeros-da-final-da-nfl,2a541f165ef923c3ef68d04e06c12cbaobt28bfw.html>>. Acesso em: 25 nov. 2016.

ALDANA, Rebeca Karina Aparicio. **Derecho a la intimidad y a la propia imagen em las relaciones jurídico laborales**. Pamplona: Thompson Reuters Aranzadi, 2016.

ALONSO OLEA, Manuel. **Introdução ao direito do trabalho**. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1969.

ANDRÉS NICOLÁS D'ALESSANDRO. **Perfil do Craque**. Disponível em: <<http://dalessandro10.com/perfil/>>. Acesso em: 04 fev. 2017.

ARAÚJO, Francisco Rossal. Contrato de emprego e contrato de empreitada. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região**, Porto Alegre, v. 28, n. 27, p. 29-39, jan./dez. 1995.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998.

AZAMBUJA, Antonio Carlos de. **Clube empresa: Preconceitos, conceitos e preceitos (o 1001º gol)**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

BAPTISTA, Albino Mendes. **Estudos sobre o contrato de trabalho desportivo**. Lisboa: Coimbra, 2006.

BARASSI, Ludovico. **Tratado de derecho del trabajo**. Buenos Aires: Editorial Alfa, 1953.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1994.

BARZOTTO, Luciane Cardozo. **Direitos humanos e trabalhadores: atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho e os limites do Direito Internacional do Trabalho**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**: Promulgada em 5 de Outubro de 1988. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1988.

BASTOS, Celso. **Comentários à Constituição do Brasil**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1989.

BATTAGLIA, Felice. **Filosofia do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 1958.

BETTI, Emílio. **Teoria General del negocio jurídico**. Granada: Comares, 2001.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BOMFIM, Vólia. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1194/DF. Requerente: Confederação Nacional da Indústria – CNI. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 20 maio 2009. DJe 10 set. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 565714/SP. Recorrente: Carlos Eduardo Junqueira. Recorrido: Estado de São Paulo. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 30 abr. 2008. DJe 08 ago. 2008.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Recurso Ordinário n. 00841-2008-0454-12-00-9. Reclamante: Jean Carlos de Melo. Reclamadas: INPLAC Indústria de Plásticos Ltda. e outros. Relatora: Lourdes Dreyer. Florianópolis, 17 jun. 2009. DO 21 jul. 2009.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso Ordinário n. 0000819-65.2015.5.02.0442. Reclamante: Overath Breitner da Silva Medina. Reclamado: Santos Futebol Clube. Relator: Valdir Florindo. São Paulo, 05 jul. 2016. DJ 11 jul. 2016.)

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso Ordinário n. 0000032-17.2013.5.02.0083. Reclamante: Celso Rodrigues Chaves. Reclamado: São Paulo Futebol Clube. Relator: Moisés dos Santos Heitor. São Paulo, 27 out. 2016. DJ 18 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso Ordinário n. 01494-2002-112-03-001. Reclamante: Gilberto Aparecido da Silva. Reclamado: Clube Atlético Mineiro. Relator: Sebastiao Geraldo de Oliveira. Belo Horizonte, 05 nov. 2003. DJ 15 nov. 2003.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Agravo de Petição n. 0000148-05.2011.5.04.0029. Reclamante: Carlos Alberto Rodrigues Ferreira (Sucessão de). Reclamada: Vonpar Refrescos S.A. Relatora: Maria da Graça Ribeiro Centeno. Porto Alegre, 07 jul. 2015. DEJT 13 jul. 2015.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0000429-94.2014.5.04.0371. Reclamante: Maicon Roberto Ayres Fetzter. Reclamadas: Expresso Conventos Ltda. e outras. Relator: Clóvis Fernando Schuch Santos. Porto Alegre, 07 abr. 2016. DEJT 14 abr. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0001273-90.2013.5.04.0561. Reclamante: Adão Costa Almeida. Reclamada: Cooperativa Agropecuária Petrópolis Ltda. Relator: Roberto Antonio Carvalho Zonta. Porto Alegre, 26 ago. 2015. DEJT 02 set. 2015.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0001208-27.2012.5.04.0013. Reclamante: Rogério Luz Bueno. Reclamada: Expressa Distribuidora de Medicamentos Ltda. Relator: André Reverbel Fernandes. Porto Alegre, 07 maio 2015. DEJT 14 maio 2015.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0000345-22.2015.5.04.0351. Reclamante: Rodrigo Moacir Anacleto Oliveira. Reclamadas: Rio Grande Energia S.A. e outra. Relator: Manuel Cid Jardon. Porto Alegre, 01 jun. 2016. DEJT 06 jun. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0000758-10.2010.5.04.0028. Reclamante: Miguel Ângelo de Araújo Borges. Reclamadas: AGCO do Brasil Comércio e Indústria Ltda. e outra. Relator: Juraci Galvão Júnior. Porto Alegre, 22 ago. 2013. DEJT 28 ago. 2013.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0000736-82.2014.5.04.0101. Reclamante: José Flaubiano Mello Galvão. Reclamada: Banco do Estado do Rio Grande do Sul S/A (Banrisul). Relator: Manuel Cid Jardon. Porto Alegre, 01 jun. 2016. DEJT 06 jun. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0000015-26.2012.5.04.0611. Reclamante: Jairton Santana Garcia. Reclamada: Gasil Comércio e Importação Ltda. Relator: Marcelo José Ferlin D Ambroso. Porto Alegre, 14 nov. 2014. DEJT 20 nov. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0000540-90.2014.5.04.0561. Reclamante: Município de Coqueiros do Sul. Reclamadas: Confederação dos Servidores Públicos do Brasil – CSPB e outros. Relator: Roberto Antonio Carvalho Zonta. Porto Alegre, 25 mar. 2015. DEJT 07 abr. 2015.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0001168-29.2013.5.04.0007. Reclamante: Luiz Carlos Guimarães. Reclamada: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT. Relatora: Brígida Joaquina Charão Barcelos Toschi. Porto Alegre, 26 mar. 2015. DEJT 06 abr. 2015.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0020008-08.2014.5.04.0022. Reclamante: Sindicato dos Aeroviários de Porto Alegre. Reclamada: TAP Manutenção e Engenharia Brasil S/A. Relatora: Carmen Izabel Centena Gonzalez. Porto Alegre, 06 abr. 2016. DEJT 08 abr. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0000798-91.2014.5.04.0661. Reclamante: Tadeu Morais da Silveira. Reclamada: Airgas Comércio e Transportes Ltda. Relatora: Laís Helena Jaeger Nicotti. Porto Alegre, 03 ago. 2016. DEJT 08 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0000510-77.2015.5.04.0801. Reclamante: Altamir Prazer Rodrigues. Reclamada: Expresso Hercules Transportes e Comércio Ltda. Relatora: Maria Madalena Tedesca. Porto Alegre, 28 jun. 2016. DEJT 07 jul. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0000247-45.2015.5.04.0801. Reclamante: Mário Sérgio Valensuela Papale. Reclamado: Município de Uruguaiana. Relatora: Rosane Serafini Casa Nova. Porto Alegre, 02 dez. 2015. DEJT 07 dez. 2015.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0000501-07.2014.5.04.0234. Reclamante: Jaci Alves. Reclamada: Olaria Estância Ltda. Relator: Raul Zoratto Sanvicente. Porto Alegre, 27 jan. 2016. DEJT 04 fev. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0000611-17.2015.5.04.0801. Reclamante: Edi Wilson Shneider Guedes. Reclamada: Fundação de Atendimento Sócio-Educativo do Rio Grande do Sul - FASE. Relator: Marcelo José Ferlin D Ambroso. Porto Alegre, 16 jun. 2016. DEJT 24 jun. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0000685-71.2013.5.04.0662. Reclamante: Luciano dos Santos Dossa. Reclamada: Sulbra Veículos Ltda. Relatora: Ana Rosa Pereira Zago Sagrilo. Porto Alegre, 18 set. 2014. DEJT 26 set. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0000510-77.2015.5.04.0801. Reclamante: Altamir Prazer Rodrigues. Reclamada: Expresso Hercules Transportes e Comércio Ltda. Relatora: Maria Madalena Telesca. Porto Alegre, 28 jun. 2016. DEJT 07 jul. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0001418-49.2010.5.04.0013. Reclamante: Carlos Adriano de Souza Vieira. Reclamado: Sport Club Internacional. Relator: André Reverbel Fernandes. Porto Alegre, 23 abr. 2015. DEJT 29 abr. 2015.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0000489-54.2012.5.04.0010. Reclamante: Almir de Souza Fraga. Reclamadas: Editora Abril Panini e outra. Relatora: Tânia Regina Silva Reckziegel. Porto Alegre, 24 abr. 2014. DEJT 02 maio 2014.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0020013-02.2015.5.04.0020. Reclamante: Saulo da Fé de Freitas. Reclamada: Editora Abril S.A. Relator: João Batista de Matos Danda. Porto Alegre, 12 ago. 2016. DEJT 16 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0001418-49.2010.5.04.0013. Reclamante: Carlos Adriano de Souza Vieira.

Reclamado: Sport Club Internacional. Relator: André Reverbel Fernandes. Porto Alegre, 23 abr. 2015. DEJT 29 abr. 2015.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0000967-36.2010.5.04.0203. Reclamante: Carlos Alberto Rodrigues Gavião. Reclamado: Canoas Sport Club. Relatora: Maria Cristina Schaan Ferreira. Porto Alegre, 25 jan. 2012. DEJT 03 fev. 2012.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0001355-50.2012.5.04.0402. Reclamante: Jubercki Alves da Cruz. Reclamadas: Sociedade Esportiva e Recreativa Caxias do Sul e outra. Relatora: Flávia Lorena Pacheco. Porto Alegre, 20 mar. 2014. DEJT 28 mar. 2014.)

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0122800-07.2009.5.04.0025. Reclamante: Michel Neves Dias. Reclamados: Sport Club Internacional e outros. Relatora: Tânia Maciel de Souza. Porto Alegre, 21 jun. 2012. DEJT 28 jun. 2012.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 00939-2006-203-04-00-1. Reclamante: Mauro Machado. Reclamado: Canoas Sport Club. Relatora: Eurídice Josefina Bazo Tôrres. Porto Alegre, 26 jun. 2008. DEJT 10 jul. 2008.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0000271-72.2011.5.04.0006. Reclamante: Rogerio Correa de Oliveira. Reclamado: Payssandu Sport Club. Relator: João Borges Antunes de Miranda. Porto Alegre, 23 ago. 2012. DEJT 31 ago. 2012.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0020425-39.2015.5.04.0017. Reclamante: Lucas Ramos Roggia. Reclamado: Sport Club Internacional. Relator: Francisco Rossal de Araújo. Porto Alegre, 10 mar. 2016. DEJT 15 mar. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0013100-53.2009.5.04.0104. Reclamante: Roberto Claudio Milar Decuadra (Sucessão). Reclamado: Grêmio Esportivo Brasil. Relator: Wilson Carvalho Dias. Porto Alegre, 04 mar. 2010. DEJT 15 mar. 2010.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0000007-63.2013.5.04.0401. Reclamante: Diego Torres de Almeida. Reclamada: Sociedade Esportiva e Recreativa Caxias do Sul. Relator: Maria Cristina Schaan Ferreira. Porto Alegre, 06 ago. 2014. DEJT 14 ago. 2014.)

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0001134-59.2010.5.04.0201. Reclamante: Antonio Augusto Bego. Reclamados: Canoas Sport Club e outros. Relator: Luiz Alberto De Vargas. Porto Alegre, 20 nov. 2012. DEJT 27 nov. 2012.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 00939-2006-203-04-00-1. Reclamante: Mauro Machado. Reclamado: Canoas Sport Club. Relatora: Eurídice Josefina Bazo Tôrres. Porto Alegre, 26 jun. 2008. DJ 10 jul. 2008.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0067900-09.2002.5.04.0029. Reclamante: José Adão Fonseca. Reclamado: Grêmio Foot-Ball Porto Alegrense. Relatora: Denise Pacheco. Porto Alegre, 10 dez. 2003. DJ 13 jan. 2004.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0000211-34.2013.5.04.0005. Reclamante: Luiz Alberto Figueira de Moraes. Reclamado: Sport Club Internacional. Relator: Cláudio Antônio Cassou Barbosa. Porto Alegre, 17 nov. 2015. DEJT 26 nov. 2015.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0000971-16.2010.5.04.0028. Reclamante: Thiago Freitas Pedroso. Reclamado: Vila Nova Futebol Clube. Relator: Clóvis Fernando Schuch Santos. Porto Alegre, 21 fev. 2013. DEJT 01 mar. 2013.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n. 0000612-31.2013.5.04.0232. Reclamante: Alexandre Bindé. Reclamado: Cerâmica Atlético Clube. Relatora: Flávia Lorena Pacheco. Porto Alegre, 12 fev. 2015. DEJT 24 fev. 2015.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Recurso Ordinário n. 02837-2008-009-09-00-7. Reclamante: Rodrigo Peters Marques. Reclamados: Coritiba Foot Ball Club e outro. Relatora: Márcia Domingues. Curitiba, 01 set. 2010. DEJT 14 set. 2010.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 152000-81.2004.5.02.0060. Recorrente: São Paulo Futebol Clube. Recorrido: Elpídio Barbosa Conceição. Relator: Min. Mauricio Godinho Delgado. Brasília, 29 fev. 2012. DEJT 16 mar. 2012).

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Embargos de Declaração em Recurso de Revista n. 121100-12.2006.5.01.0501. Embargante: ASB S.A. - Crédito Financiamento e Investimento. Embargado: Robson Luiz Falcão Alves. Relator: Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte. Brasília, 27 ago. 2014. DJe 29 ago. 2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 489-54.2012.5.04.0010. Agravante: Panini Brasil Ltda. Agravados: Almir de Souza Fraga e outro. Relator: Desembargador Convocado Cláudio Armando Couce de Menezes. Brasília, 19 ago. 2015. DEJT 28 ago. 2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo em Recurso de Revista n. 392-60.2013.5.02.0047. Recorrente: Sociedade Esportiva Palmeiras. Recorrido: Lincoln Cássio de Souza Soares. Relator: Min. Augusto César Leite de Carvalho. Brasília, 28 set. 2016. DEJT 07 out. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Embargos em Recurso de Revista n. 418392-77.1998.5.04.5555. Recorrente: Eduardo Lima de Carvalho. Recorrido: Sport Club Internacional. Relator: Juiz Convocado Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Brasília, 26 jun. 2002. DJ 09 ago. 2002.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 12554-97.2013.5.03.0164. Recorrente: CNH Latin América Ltda. Recorrido: Rogério Altivo

Campos. Relatora: Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. Brasília, 28 ago. 2016. DEJT 30 set. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 130400-49.2003.5.04.0006. Recorrente: Anderson Corrêa Polga. Recorrido: Grêmio Foot-Ball Porto Alegrense. Relator: Min. Renato de Lacerda Paiva. Brasília, 22 set. 2010. DEJT 01 out. 2010.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 130400-49.2003.5.04.0006. Recorrente: Anderson Corrêa Polga. Recorrido: Grêmio Foot-Ball Porto Alegrense. Relator: Min. Renato de Lacerda Paiva. Brasília, 22 set. 2010. DEJT 01 out. 2010.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 1539-35.2010.5.01.0054. Recorrente: Botafogo de Futebol e Regatas. Recorrido: Victor Simões de Oliveira. Relator: Min. Cláudio Mascarenhas Brandão. Brasília, 08 jun. 2016. DEJT 17 jun. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 16300-65.2004.5.03.0106. Recorrente: Clube Atlético Mineiro. Recorrido: Cleison Edson Assunção. Relator: Min. João Batista Brito Pereira. Brasília, 02 set. 2009. DEJT 25 set. 2009.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 2958-19.2012.5.12.0053. Recorrente: Andrey Nazario Afonso. Recorrido: Criciúma Esporte Clube. Relatora: Min. Maria Helena Mallmann. Brasília, 19 out. 2016. DEJT 28 out. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 528280-28.1999.5.01.5555. Recorrente: Ney Mesquita Fernandes Costa Junior. Recorrido: Banco América do Sul S.A. Relator: Min. Renato de Lacerda Paiva. Brasília, 10 ago. 2005. DJe 02 set. 2005.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 660130-20.2000.5.03.5555. Recorrente: Adilson Cândido de Souza. Recorrido: Clube Atlético Mineiro. Relator: Min. Lelio Bentes Corrêa. Brasília, 08 nov. 2006. DJ 24 nov. 2006.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 9890300-64.2004.5.09.0013. Recorrente: Clube Atlético Paranaense. Recorrido: Ministério Público do Trabalho da 9ª Região. Relator: Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos. Brasília, 23 nov. 2016. DEJT 02 dez. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 990-47.2011.5.09.0028. Recorrente: Paraná Clube. Recorrido: Ricardo Pinto. Relator: Min. Aloysio Corrêa da Veiga. Brasília, 11 dez. 2013. DEJT 13 dez. 2013.

CAMINO, Carmem. **Direito Individual do Trabalho**. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. Trad. Klauss Brandini Gerhardt. 3. ed. São Paulo: Ática, 2004.

CATHARINO, José Martins. **Compêndio de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1983.

CATHARINO, José Martins. Concepto de 'salario social'. In: **El salario**: estudios en homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez. v. 1. Montevideo: A. M. Fernandez, 1987. p. 137-152.

CATHARINO, José Martins. **Contrato de emprego desportivo no direito brasileiro**. São Paulo: LTr, 1969.

CATHARINO, José Martins. **Tratado jurídico do salário**. São Paulo: Freitas Bastos, 1951.

CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. **Direito Social**. São Paulo: LTr, 1980.

Colorado ZH. **D'Alessandro e direção do Inter se reúnem para negociar empréstimo do meia ao River Plate**. 03 fev. 2016. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/esportes/inter/noticia/2016/02/d-alessandro-e-direcao-do-inter-se-reunem-para-negociar-emprestimo-do-meia-ao-river-plate-4966766.html>>. Acesso em: 09 mar. 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003.

CORRÊA, Alcione Niederauer. Remuneración y salario en el derecho brasileño. In: **El salario**: estudios en homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez. v. 1. Montevideo: A. M. Fernandez, 1987. p. 239-262.

DELGADO, Gabriela Neves; DELGADO, Mauricio Godinho. **Constituição da república e direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. **Revista LTr**: Legislação do Trabalho, São Paulo, v. 70, n. 6, p. 657-667, jun. 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **Salário**: teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

DEVEALI, Mario L. **Lineamentos de derecho del trabajo**. 3. ed. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1953.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 1993.

DONATO, Messias Pereira. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 1979.

ESCRÍBAR MANDIOLA, Héctor. Algunos aspectos del salario. In: **El salario: estudios en homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez**. v. 1. Montevideo: A. M. Fernandez, 1987. p. 121-136.

EXAME.COM. **Rio-2016: os bastidores do show para bilhões de espectadores**. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/marketing/rio-2016-os-bastidores-de-um-show-para-5-bilhoes-de-espectadores>>. Acesso em: 25 nov. 2016.

FERNANDES, Antônio Monteiro. **Direito do Trabalho**. 14. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

FERRARA, Luigi Cariota. **Il negozio giuridico nel diritto privato italiano**. Napoli: A. Morano, 1949.

FIFA: Fédération Internationale de Football Association (FIFA). Disponível em: <www.fifa.com>. Acesso em: 25 nov. 2016.

GloboEsporte.com. **Neymar é considerado culpado por sonegação de imposto de renda**. 18 mar. 2016. Disponível em: <<http://globoesporte.globo.com/futebol/futebol-internacional/noticia/2016/03/jornal-neymar-e-considerado-culpado-por-sonegacao-de-imposto-de-renda.html>>. Acesso em: 25 dez. 2016.

Globoesporte.com. **O adeus do Imperador: Adriano rescinde contrato com o Corinthians**. 12 mar. 2012. Disponível em: <<http://globoesporte.globo.com/futebol/times/corinthians/noticia/2012/03/adriano-rescinde-contrato-com-o-corinthians.html>>. Acesso em: 09 mar. 2017.

GÓES, Maurício Carvalho. A equiparação salarial nos contratos de emprego. **Revista jurídica empresarial**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 89-121, mar./abr. 2008.

GÓES, Maurício de Carvalho. A remuneração e o salário e a sua vinculação com a natureza do direito do trabalho. **Justiça do Trabalho**, Porto Alegre, v. 25, n. 295, p. 30-52, jul. 2008.

GOLDIN, Adrián (director). **Curso de derecho del trabajo y la seguridad social**. Buenos Aires: La Ley, 2009.

GOMES, Orlando. **O salário no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: J. Konfino, 1947.

GOMES, Orlando. **Questões de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1974.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

Gre-Nal da Gaúcha. **Kleber alega danos morais e cobra R\$ 30 mi do Grêmio; veja o processo e o contrato**. 07 maio 2015. Disponível em: <<http://wp.clicrbs.com.br/grenal/2015/05/07/kleber-alega-danos-morais-e-cobra>>

mais-de-r-30-milhoes-do-gremio-veja-o-processo-e-o-contrato>. Acesso em: 25 nov. 2016.

GRISARD, Luiz Antônio. **Considerações sobre a relação entre contrato de trabalho de atleta profissional de futebol e contrato de licença de uso de imagem**. 2002. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/3490/consideracoes-sobre-a-relacao-entre-contrato-de-trabalho-de-atleta-profissional-de-futebol-e-contrato-de-licenca-de-uso-de-imagem>>. Acesso em: 04 fev. 2017.

HOYOS, Arturo. La protección del salario y las funciones sociales de la familia. In: **El salario**: estudios en homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez. v. 2. Montevideo: A. M. Fernandez, 1987. p. 67-78.

JB Filho Repórter. **O dia que mudou a vida de Andrés Nicolás D'Alessandro**. 31 jul. 2014. Disponível em: <<http://jbfilhoporter.final.com.br/2014/07/31/o-dia-que-mudou-a-vida-de-andres-nicolas-dalessandro/>>. Acesso em: 04 fev. 2017.

JOÃO, Paulo Sérgio. **Participação nos lucros e resultados das empresas**. São Paulo: Dialética, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

KROTOSCHIN, Ernesto. **Instituciones de Derecho del Trabajo**. v. I. Buenos Aires: Dapalma, 1961.

LA CUEVA, Mario de. **Derecho mexicano del trabajo**. 2. ed. México: Editorial Porrúa, 1943.

LA CUEVA, Mario de. **Derecho mexicano del trabajo**. t. I. 4. ed. México: Editorial Porrúa, 1954.

LACERDA, Dorval de. **A renúncia no direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1944.

LACERDA, Dorval de. **Repertório Enciclopédico de Direito Brasileiro**. Organizado por J. M. de Carvalho Santos. v. XXIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1980.

LÓPEZ GUERRA, Guillermo. Salario. In: **El salario**: estudios en homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez. v. 1. Montevideo: A. M. Fernandez, 1987. p. 29-54.

LÓPEZ, Justo. Salario e indemnización. In: **El salario**: estudios en homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez. v. 2. Montevideo: A. M. Fernandez, 1987. p. 319-331.

MACHADO, Jayme Eduardo. **O Novo Contrato Desportivo Profissional**. São Paulo: Notadez, 2000.

MAGANO, Octávio Bueno. Contribuições do IAPI sobre gratificações. **Revista LTr**: Legislação do Trabalho e Previdência Social, São Paulo, v. 26/15.

MAGANO, Octávio Bueno. **Manual de Direito do Trabalho**. 3 ed. São Paulo: LTr, 1992. p. 47. MAGANO, Octávio Bueno. **Política do Trabalho**. v. 2. São Paulo: LTr, 1995.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Negociação coletiva e contrato individual de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2001.

MARANHÃO, Délio. **Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1979. MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa. **Direito do Trabalho**. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora da FGV, 1993.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direitos trabalhistas do atleta profissional de futebol**. São Paulo: Atlas, 2011.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Manual do FGTS**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MELO FILHO, Álvaro. **Direito Desportivo**. 1. ed. São Paulo: IOB Thompson, 2006.

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

MESQUITA, José Luiz de. **Das gratificações no Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 1957.

MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; GÓES, Maurício de Carvalho. Notas sobre a distinção entre relação de trabalho e relação de emprego. **Justiça do Trabalho**, Porto Alegre, v. 25, n. 290, p.61-65, fev. 2008.

MONTEIRO, Antônio Pinto. **Cláusula penal e indenização**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

MORAES FILHO, Evaristo de. **A justa causa na rescisão do contrato**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

MORAES FILHO, Evaristo de. **Do contrato de trabalho como elemento da empresa**. São Paulo: LTr, 1993.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito Contemporâneo do Trabalho**. 29. ed. São Paulo: Saraiva: 2014.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito do Trabalho na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1994.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Lineamientos del concepto de salario. In: **El salario: estudios en homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez**. v. 1. Montevideo: A. M. Fernandez, 1987. p. 55-78.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Manual do Salário**. São Paulo: LTr, 1984.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **O salário**. São Paulo: LTr, 1970.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Teoria jurídica do salário**. São Paulo: LTr, 1994.

NEUHAUS, Décio. **ATLETA PROFISSIONAL – Estudos sobre a Lei Pelé e os desafios para a Justiça do Trabalho**. p. 40/41.

Notícias STF. **Liminar suspende Súmula do TST sobre pagamento de insalubridade**. 17 jul. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=93498>>. Acesso em: 04 nov. 2016.

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. **La hora de la igualdad en el trabajo: informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo**. Ginebra: OIT, 2003..

OLIVEIRA, Cíntia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **Direito do Trabalho**. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico.

OLIVIER, Diogo. **Em uma só noite, D'Alessandro fez mais pela imagem do Inter do que todo 2016**. 21 dez. 2016. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/opiniaocolumnistas/diogo-olivier/noticia/2016/12/em-uma-so-noite-d-alessandro-fez-mais-pela-imagem-do-inter-do-que-todo-2016-8847110.html#showNoticia=c1kvT0w2MXk1Nzg2OTAzMDkxNzk0MTQ5Mzc2QSXiNTMyMzg2NDY2MDUxNzU1NTMzOH1HfTQ1NzQzMTY1ODg3MDYwMzc3NjAoLIFHT3luNn0hRVx0bjs3eHM=>>>. Acesso em: 09 mar. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 06 out. 2016.

PASCO COSMÓPOLIS, Mario. El salario y su protección. In: **El salario: estudios en homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez**. v. 2. Montevideo: A. M. Fernandez, 1987. p. 9-34.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v. 1. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 61-83.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **El derecho laboral y la protección de la intimidad del trabajador**. Derecho Laboral. t. XXIX, n. 144, oct./dic. 1986.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. El Régimen de los feriados pagados. **Revista Trabalho e Seguro Social**, Rio de Janeiro, v. XXI.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **El salario en el Uruguay**. v. II. Montevideo: Facultad de Derecho, 1956.

PLACAR. **Copa de 2014 teve 3,2 bilhões de espectadores**. 16 dez. 2015. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/placar/copa-de-2014-teve-3-2-bilhoes-de-espectadores/>>. Acesso em: 25 nov. 2016.

PRADO, Roberto Barreto. **Direito do Trabalho**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

PRUNES, José Luiz Ferreira. **As gorjetas no direito brasileiro do trabalho**. São Paulo: LTr, 1982.

PRUNES, José Luiz Ferreira. **Salário sem trabalho**: situações em que o empregado recebe salários sem prestar serviços. São Paulo: LTr, 1976.

RABELLO, José Geraldo de Jacobina. Do 'direito de arena'. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, São Paulo, v. 54, p.13-18, 1978.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de Direito do Trabalho**: Parte I – Dogmática Geral. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

REQUIÃO, Rubens. **Do representante comercial**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. **O moderno Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 1994.

RODRIGUES, Nelson. **A pátria de chuteiras**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2013.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. v. 3. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

ROMITA, Arion Sayão. **A subordinação no contrato de trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

ROMITA, Arion Sayão. Conceito objetivo de subordinação. **Arquivos do Ministério da Justiça**, Rio de Janeiro, a. 35, n. 148, p. 75-87, out./dez. 1978.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

ROMITA, Arion Sayão. **Temas de direito social**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1984.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **O empregado e o empregador no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SAAD, Eduardo Gabriel. Breves comentários à LF-9601, de 1998 que institui novo contrato por prazo determinado. **Ltr: Suplemento Trabalhista**, São Paulo, n. 26, p.111-117, 1998.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários à lei do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço**. 3. ed. São Paulo: LTr, 1995.

SALDANHA, Marinho. **Presidente eleito quer reconstruir imagem do Inter e volta de D'Alessandro**. 10 dez. 2016. Disponível em: <<https://esporte.uol.com.br/futebol/ultimas-noticias/2016/12/10/presidente-eleito-quer-reconstruir-imagem-do-inter-e-volta-de-dalessandro.htm>>. Acesso em: 09 mar. 2017.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das Normas Coletivas**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.

SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

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

SOUZA, Vanessa Roberta do Rocio. **Flexibilização dos direitos trabalhistas & o princípio da proibição do retrocesso social**. Curitiba: Juruá, 2012.

SPINELLI, Rodrigo. **A cláusula penal nos contratos dos atletas profissionais de futebol**. São Paulo: LTr, 2001.

SUPIOT, Alain. **Derecho del trabajo**. Buenos Aires: Heliasta, 2008.

SUSSEKIND, Arnaldo Lopes. El salario-utilidad en el derecho brasileño. In: **El salario: estudios en homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez**. v. 1. Montevideo: A. M. Fernandez, 1987. p. 263-273.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

SUSSEKIND, Arnaldo; MARANÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. v. 1. 22. ed. São Paulo: LTR, 2005.

Terra. **Armas, tráfico e motel: 11 confusões extracampo de Adriano**. 05 nov. 2014. Disponível em: <<https://esportes.terra.com.br/flamengo/armas-traffic-e-motel-11-confusoes-extracampo-de-adriano,7314c1f29cf79410VgnVCM5000009ccceb0aRCRD.html>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO. 12ª Vara do Trabalho de São Paulo. Processo n. 00321.2002.012.02.003. Reclamante: Luiz Carlos Goulart. Reclamado: Sport Club Corinthians Paulista. Julgador: Glener Pimenta Stoppa. DJ 06 mar. 2002.

UNRIC. **No Fórum de Davos, Ban pede a ajuda de empresas para combater a desigualdade de gênero, as alterações climáticas e a fome.** 24 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.unric.org/pt/actualidade/31374-no-forum-de-davos-ban-pede-a-ajuda-de-empresas-para-combater-a-desigualdade-de-genero-as-alteracoes-climaticas-e-a-fome>>. Acesso em: 30 set. 2016.

VALLE, Márcio Ribeiro de. Insalubridade e periculosidade. In: BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho: Estudos em memória de Célio Goyatá.** v. II. 2. ed. São Paulo: LTr, 1994. p. p. 140-142.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral.** v. I. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos.** 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

VIANA, Márcio Túlio. **Para entender o salário.** São Paulo: LTr, 2014.

VIANA, Márcio Túlio. **Para entender o salário.** São Paulo: LTr, 2014.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego: estrutura legal e supostos.** 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.

WERNEK Jeremias. **Inter assume gestão da imagem de D'Alessandro e vai lançar chiclete do gringo.** 04 maio 2012. Disponível em: <<https://esporte.uol.com.br/futebol/ultimas-noticias/2012/05/04/inter-assume-gestao-da-imagem-de-dalessandro-e-vai-lancar-chiclete-do-gringo.htm>>. Acesso em: 04 fev. 2017.

ZAINAGUI, Domingos Sávio. **Os atletas profissionais de futebol no direito do trabalho.** 2. ed. São Paulo: LTr, 2015.

ZH Esportes. **Lance de Craque doará parte da renda do jogo a famílias das vítimas do voo da Chapecoense.** 08 dez. 2016. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/esportes/noticia/2016/12/lance-de-craque-doara-parte-da-renda-do-jogo-a-familias-das-vitimas-do-voo-da-chapecoense-8666554.html>>. Acesso em: 09 mar. 2017.