

DIREITO DE ARENA DO JOGADOR E DO ÁRBITRO DE FUTEBOL – NATUREZA JURÍDICA, PAGAMENTO, MORA E OUTROS ENFOQUES

Jorge Pinheiro Castelo

INTRODUÇÃO GERAL

Com o objetivo de facilitar a abordagem do tema, esse ensaio será dividido em três partes essenciais, sendo que cada uma delas trará suas subdivisões.

A primeira parte, da exposição tratará, especificamente, das questões que envolvem a classificação pertinente as diferentes categorias de direito.

A segunda parte trará a discussão a respeito da natureza jurídica do direito de arena.

A terceira parte, desse texto, será direcionada aos atletas profissionais e o direito de arena.

A quarta parte desse ensaio terá sua atenção voltada para a discussão em torno do direito de arena e o árbitro de futebol.

1ª PARTE

**CLASSIFICAÇÃO E CATEGORIA DE DIREITOS:
DIREITO ABSOLUTO – DIREITO MORAL -
DIREITO DA PERSONALIDADE (RELACIONADO
A DEVERES) X DIREITO OBRIGACIONAL**

**E RELATIVO
(O B R I G A Ç Õ E S
D O D I R E I T O D A S**



Jorge Pinheiro Castelo

Advogado, especialista (pós-graduação), mestre, doutor e livre docente pela Faculdade de Direito da Universidade São Paulo. Sócio do Escritório Palermo e Castelo Advogados

Foto: <http://www.palermoecastelo.com.br/>

OBRIGAÇÕES VINCULADAS A PRESTAÇÃO DE ATIVIDADE/FAZER OU PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS)

I. INTRODUÇÃO ESPECÍFICA

A discussão em torno do direito de arena exige que se proceda a correta classificação desse direito.

Noutros termos, a correta identificação e classificação do direito de arena passa por examinarmos um direito maior, que é o próprio direito da personalidade, direito fundamental, garantido constitucionalmente.

Logo, passa por verificar a natureza jurídica ou a gênese do direito de arena a partir da busca do reino, da classe e da família de direitos na qual se insere, depois, no gênero a que pertence e da espécie que se trata, observando as características dessa figura jurídica, suas nuances e especificidades.¹

1 Já que estamos tratando da gênese do direito de arena, vamos adotar o sistema de classificação dos seres vivos: reino, filo, classe, ordem, família, gênero e espécie (do direito de arena)

Assim, a abordagem inicial se dá a partir do reino e da classe a que pertence o direito de arena, qual seja, o direito constitucional, que está inserido no filo dos direitos fundamentais, na classe dos direitos absolutos, na ordem dos direitos morais e na família dos direitos da personalidade.

Depois, pela análise do seu gênero, que é o direito de imagem, para que se possa identificar sua espécie (como direito de arena) em correspondência a outros direitos do mesmo gênero ainda que de espécies diversa.

Esse processo classificatório nos possibilitará identificar as diversas categorias, as diferenças e as semelhanças e, a final, extrair as melhores conclusões daí decorrentes.

II. CATEGORIA E CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS

1. DIREITO E BEM DA VIDA

“Vários são os direitos, como vários são os modos de inclinar-se a um bem da vida, e os próprios bens.”

Por bem se entende o gozo de uma coisa exterior, e, quando **a lei garante o gozo absoluto de uma coisa impondo a todos o respeito ao nosso gozo, surge entre nós um direito fundamental.**

Mas, bem pode ser da mesma forma o gozo limitado de uma coisa... ou a possibilidade de exercer determinada atividade relativamente a coisa alheia, para melhor gozo da nossa. Bem pode ser a atividade alheia... como meio de obter uma utilidade... Bem, finalmente, pode ser a modificação do estado

jurídico existente.”²

2. DIREITOS ABSOLUTOS E DIREITOS RELATIVOS

“Direito absoluto assim se diz o direito (sentido subjetivo) que, por sua própria força e plenitude, é oposto a toda e qualquer pessoa, *erga omnes*, tal como o direito de propriedade...”³

“O direito absoluto dá assim a faculdade de agir ou poder agir, sem restrições, contra a pessoa que venha atentar ou ferir o direito de que se é titular, diferenciando-se do direito relativo, que nascido de uma relação jurídica ou de um vínculo jurídico estabelecido pela vontade de duas ou mais pessoas somente pode ser oposto contra uma dessas mesmas pessoas, tal como o direito do credor.”⁴

“Direito Relativo: Opondo-se ao direito absoluto, assim se diz do direito que somente pode ser exercido contra determinada pessoa.”⁵

“Direitos absolutos e direitos relativos.

Funda-se esta classificação na consideração das pessoas a que se endereça o mandamento legal de fazer e não fazer. Isto é de prestar alguma coisa positiva ou negativa.

Nos casos, em que a garantia do

2 Chiovenda, Giuseppe, Instituições de Direito Processual Civil, Vol I, tradução de J. Guimarães Menegale, 1969, Saraiva, SP, pg. 10.

3 Silva, De Plácido e, Vocabulário Jurídico, Vol. II, Forense, pg. 76.

4 Silva, De Plácido, idem, pg. 76

5 Silva, De Plácido, ibidem, pg. 95.

bem da vida, a que tendemos consiste nisto: que a todos é vedado exercer certos atos relativamente a nós, costuma-se falar em direitos absolutos, porque todos se nos apresentam como obrigados negativamente com respeito a nós (propriedade, servidão, direito da personalidade em suas várias manifestações).

Nos casos em que nisso reside a garantia: que se tornou obrigação para determinadas pessoas fazer ou não fazer alguma coisa, fala-se de direitos relativos, porque como obrigada (predominantemente) se nos apresenta certa pessoa (embora ainda aqui sejam todos obrigados a não fazer coisa alguma contra o nosso direito, desde que todos são obrigados a não lesar alguém. Por isso, os direitos relativos mais comumente se dizem direitos de obrigação.”⁶ (Chiovenda, op. cit., pg. 11)

3. DIREITOS REAIS (DIREITO ABSOLUTO)

“Entendem-se por direitos reais aqueles direitos absolutos, que nos garantem o gozo completo de uma coisa exterior (propriedade), aí compreende a faculdade de dispor da coisa; quer o gozo limitado de uma coisa exterior cuja propriedade cabe a outrem (direito sobre coisa alheia).

Costuma-se dizer que nos direitos reais domina uma relação entre uma pessoa e uma coisa, e que só se fazem presentes outras pessoas quando obrigadas a não turbar essa relação.

Isto só se admite figuradamente,

6 Chiovenda, op. cit., pg. 11.

porquanto o que imprime a natureza do gozo da coisa é exatamente aquele complexo de deveres negativos das outras pessoas.

Mas a características dos direitos reais com respeito aos outros direitos absolutos estaria em que as coisas, de que se frui o gozo completo ou limitado, são exteriores, e, portanto, podem atribuir-se a uma como a inúmeras pessoas, podem transferir de uma a outra.”⁷

4. DIREITOS MORAIS – DIREITOS DA PERSONALIDADE (DIREITO ABSOLUTO)

“As declarações desses poderes essenciais da personalidade reúnem e realizam todos os elementos constitutivos dos direitos subjetivos, tais os da titularidade, exercício e oponibilidade a terceiros, sob a proteção que as respectivas normas atributivas, constitucionais ou legais, lhes conferem: são reconhecidos **como direitos fundamentais, ou básicos de todo o sistema jurídico.**”⁸

“As relações de conteúdo não patrimonial são “situações que o ordenamento substantivo reconhece ou atribui à pessoa uma vantagem insuscetível de traduzir-se com propriedade em termos pecuniários, ou exclusivamente tais. Basta pensar em certas categorias, longamente negligenciadas em contexto sociocultural desfavorável típico – se quisermos fazer eco à denúncia do filósofo – de uma civilização mais voltada para o ter que para o ser.”⁹

7 Chiovenda, idem, pgs. 12/13.

8 Ráo, Vicente, O Direito e a Vida dos Direitos, RT, pg. 638.

9 Moreira, Barbosa, José Carlos, Tutela Sancionatória e Tutela Preventiva, “in” Temas de Direito Processual Civil,

Enquanto aos direitos patrimoniais correspondem a um bem do mundo exterior à personalidade humana, que esteja em comércio, **os direitos morais são direitos que correspondem ao mundo interior da personalidade humana em todas as suas manifestações.**

“Recordem-se aqui **os direitos da personalidade...** Desde as espécies clássicas – direito à vida, à integridade física e psíquica, à liberdade, à honra, ao nome, **à própria imagem** – até os mais modernos desdobramentos como direito à preservação à intimidade.”¹⁰

Os direitos morais são direitos de natureza extrapatrimonial relacionados (ou integrantes da) com a personalidade do indivíduo abrangendo suas várias manifestações: a honra, o decoro, a paz interior, as crenças íntimas, os sentimentos afetivos, a liberdade, a vida, a dignidade, a intimidade, a integridade física e psíquica, nome, **imagem e voz.**

Tratam-se **os direitos morais de direitos direta e imediatamente relacionados a personalidade em si**, alcançando como se viu todo o espectro da personalidade humana.¹¹

5. DIREITOS ABSOLUTOS (REAIS E PERSONALÍSSIMO – RELAÇÃO ORIGINAL ÚNICA ENTRE O TITULAR DO DOMÍNIO ((DA PROPRIEDADE FÍSICA (DIREITO REAL) OU

INTELLECTUAL/PSÍQUICA (PERSONALIDADE))

– VIOLAÇÃO DE DEVER NEGATIVO E NÃO VIOLAÇÃO DE OBRIGAÇÃO RELACIONADA A PRESTAÇÃO PESSOAL

Nos direitos absolutos, tal como no direito real e, no direito da personalidade, não se tem, originalmente, uma obrigação e relação pessoal, vinculativa e determinada extraída do direito das obrigações, mas sim, uma relação de domínio diretamente entre a pessoa e a coisa (direito real), ou, a pessoa e sua personalidade (direito da personalidade) que é oponível *erga omnes*, ou seja, cuja correlato não é uma obrigação pessoal, mas sim, um dever para todos.

Assim, no caso dos direitos absolutos, como, também, é o caso do direito da personalidade; o domínio do ser humano sobre a sua personalidade como direito absoluto é *erga omnes* e, por isso, correlato a ele há um dever oponível a todas as pessoas e não uma prestação pessoal extraída de um vínculo obrigacional pessoal de qualquer prestação extraído do direito das obrigações.

Não se pode, pois, proceder a absorção do direito relativo ou pessoal pertinente a uma obrigação de prestar atividade (serviço) do direito das obrigações com outra coisa, como é o direito absoluto, referente ao direito da personalidade (em todas as suas manifestações), onde a relação de origem é entre a pessoa e o bem (propriedade ou a personalidade sob seu domínio) a qual todos tem o dever (e não obrigação relativa e pessoal) de respeitar, sob pena de proceder a um alargamento do conceito de obrigação que obscurece o de

segunda série, pg. 23.

10 Moreira, Barbosa, José Carlos, idem, pg. 23.

11 Conferir artigos anteriores de nossa autoria: “Dano Moral Trabalhista – Configuração Própria...” (Revista LTr, 63, fevereiro/99) e “A Prova do Dano Moral Trabalhista” (Revista LTr, Vo. 66, de outubro/2002).

dever e o direito absoluto de origem.¹²

“Ou, pior, sob o risco de reduzir-se todo direito material a uma relação obrigacional de débito e crédito, como se toda ação de direito material derivasse ‘do direito a uma prestação’¹³

“Ora, tem direito a uma prestação o credor do Direito das Obrigações, não pelo menos originalmente, o proprietário (*do direito real ou do direito da personalidade – acréscimo nosso*) em sua relação com o objeto do domínio.”¹⁴

‘Da lesão de um direito absoluto – isto é da violação do dever negativo de não lesar o meu direito, extrai-se um novo direito contra determinada pessoa, que é obrigada a satisfazê-lo, restituindo-me o que me pertence e, caso não possa, a ressarcir o dano.’¹⁵

“Para que toda ação seja resultante de uma ‘prestação não satisfeita’... é necessário, antes, que se tenha uniformizado o Direito Material e, de um modo geral, todos os direitos reais, reduzindo-os aos direitos pessoais originários de uma relação obrigacional.”¹⁶

“... Significa que, tendo o proprietário ‘direito a uma prestação’ contra quem usurpara

12 Silva, Ovídio Baptista da, “in” *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*, Forense, pg.40.

13 Silva, Ovídio, op. cit., pg. 40. O Prof. Ovídio Baptista no texto original se refere apenas aos direitos reais (absolutos), então, adotamos e adaptamos o mesmo raciocínio para o direito da personalidade.

14 Silva, Ovídio, idem, pg. 40.

15 Silva, Ovídio, ibidem, pg. 40.

16 Silva, Ovídio, idem, pg. 40.

seu domínio, apossando-se do que lhe pertence sua ação será sempre orientada numa direção pessoal determinada quer dizer, não será mais uma pretensão genérica à omissão dirigida contra toda a comunidade jurídica, e, sim uma ação pessoal contra o violador. Em última análise, da usurpação teria milagrosamente nascido uma relação obrigacional entre o titular do domínio e o usurpador.”¹⁷

“Não será lícito obscurecer a notória diferença entre domínio e obrigação”¹⁸

“Ora, o usurpador não se obrigara absolutamente a nada, posto que deveria apenas sofrer a ação privada do titular do domínio, uma vez reconhecido o direito de propriedade do autor. Nos direitos absolutos, especialmente, no direito real, não cabia o conceito de prestação, traduzida na fórmula das *actiones in personam* pelo vocábulo *oportere* que jamais teria lugar nas ações *in rem*.”¹⁹

6. DIREITOS RELATIVOS, PESSOAIS E DIREITOS DAS OBRIGAÇÕES

– VIOLAÇÃO DE OBRIGAÇÃO RELACIONADA A PRESTAÇÃO PESSOAL

“Direito das Obrigações: Compreende-se no Direito Civil, **o Direito das Obrigações forma uma especialidade dele para traçar as regras que regem as relações de ordem patrimonial, consistentes principalmente nas prestações que devem ser cumpridas pelo devedor obrigado, as quais podem ser**

17 Silva, Ovídio, idem, pg. 40.

18 Silva, Ovídio, idem, pg. 46.

19 Silva, Ovídio, idem, pg. 55.

positivas ou negativas.

Nesta razão, distinguindo-se o objeto do Direito das Coisas, do Direito das Obrigações, verifica-se que os direitos subjetivos que se fundam no primeiro, dizem-se reais, recaindo diretamente sobre a coisa, enquanto os do segundo **se mostram pessoais, consistindo, como consistem, na prestação de ato ou fato ou na abstenção do ato**, somente, indiretamente recaindo sobre o objeto”²⁰

“Os direitos pessoais, ao invés, derivam de uma relação corrente desde sua origem entre duas ou mais pessoas determinadas das quais uma ou algumas são (por contrato, por fato lícito, por quase contrato, por testamento, por lei) obrigadas a uma prestação para com a outra ou outras.”²¹

A obrigação corresponde, pela sua própria natureza e desde as suas origens, a um vínculo de sujeição, de que o obrigado haveria de libertar-se através de um ato pessoal e voluntário de prestação.²²

A essência da obrigação não consiste em que alguém tenha o dever de respeitar a nossa propriedade real ou intelectual - moral (direitos da personalidade) -, mas em obrigar a alguém a fazer ou não fazer alguma coisa/prestação.²³

No direito das obrigações não há o dever de restituir ou o dever de respeitar o domínio que se tem quando se refere a propriedade ou a

personalidade, porque a relação predominante não é obrigacional pessoal, não existe pretensão de parte a parte, mas sim, dever *erga omnes* diante do domínio absoluto que a pessoa tem sobre a coisa ou com sua personalidade.²⁴

7. DIREITO REAL OU DA PERSONALIDADE NA ORIGEM - E DIREITO PESSOAL DERIVADO

Os direitos da personalidade relacionados imagem (e voz) puros, os direitos autorais (direito de autor e direito conexo) e o direito de arena, também, correspondem, há mais, duas sub espécies (ou há mais duas ramificações ou modalidades), quais sejam: direitos morais (personalíssimos e indisponíveis) e direitos patrimoniais (passíveis de negociação e alienação).

Dessa forma, os direitos da personalidade – assim como ocorre com os direitos reais – No que concerne a seu aspecto por assim dizer patrimonial podem ser objeto de negociação e alienação surgindo um feixe de relações e direitos concorrentes: É direito real ou da personalidade enquanto deriva da propriedade transferida e pessoal enquanto deflui da obrigação então assumida.

“Também o gozo de uma coisa pode, entretanto, formar o conteúdo de um direito pessoal. Posso obrigar-me a fazer que outra pessoa desfrute o gozo de uma coisa minha, por determinado tempo, dando-lhe por locação: o direito daí decorrente a favor do locatário é pessoal, porque a temporária concessão que lhe faço é unicamente um modo para mim de

20 Silva, De Plácido, pg. 81

21 Chiovenda, op. cit., pg. 12/13.

22 Silva, Ovídio, idem, pg. 41.

23 Silva, Ovídio, idem, pg. 41.

24 Silva, Ovídio, idem, pg. 41.

gozar a minha coisa deduzindo-lhe um preço.”²⁵

2ª PARTE

DIREITOS DA PERSONALIDADE – PURO DIREITO DE IMAGEM – DIREITO AUTURAL (DIREITO DE AUTOR E DIREITO CONEXO) - DIREITO DE ARENA - NATUREZA JURÍDICA – GENÉTICA DO DIREITO DE IMAGEM, AUTURAL (DIREITO DE AUTOR E DIREITO CONEXO) E DE ARENA: DIREITO ABSOLUTO –DIREITO MORAL - DIREITO DA PERSONALIDADE = TÍTULO DE PROPRIEDADE DE DOMÍNIO DE BEM MÓVEL (RELACIONADO A DEVERES) DISSOCIADO DE QUALQUER OBRIGAÇÃO DO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES PERTINENTES À ATIVIDADE/FAZER OU PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

I. DIAGRAMA SINTÉTICO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

a) Conforme se constata do diagrama supra, a família dos direitos da personalidade está inserida na ordem dos direitos morais, na classe dos direitos absolutos, no filo dos direitos fundamentais e no reino dos direitos constitucionais.

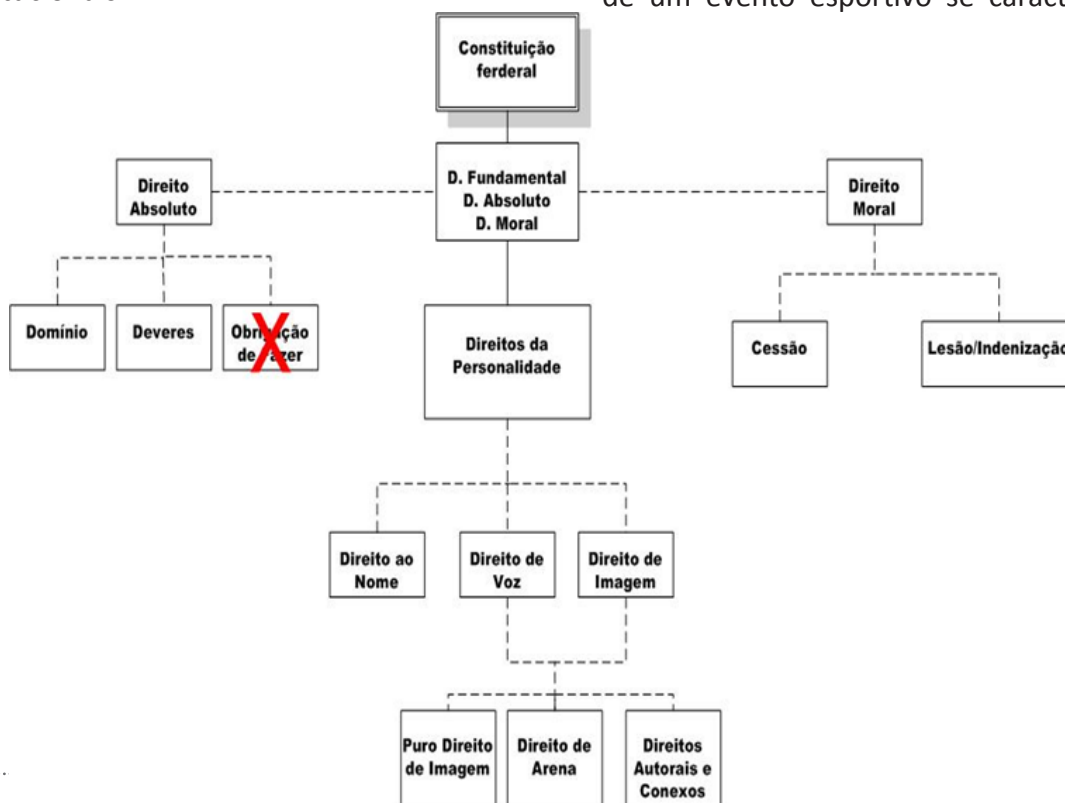
b) Por sua vez, dentro da família dos direitos da personalidade, está localizado o gênero direito de imagem, voz e nome.

c) O gênero direito de imagem e voz se subdivide em três espécies: puro direito de imagem (e voz), direito autoral (direito de autor e direitos conexos) e no direito de arena.

d) O direito de imagem (e de voz) puro não está relacionado à criação de obra científica, literária e artística e nem a nenhuma prática desportiva.

e) A utilização de voz e imagem, somente, se caracteriza como direito autoral, da modalidade dos direitos conexos aos do autor, quando utilizados na interpretação ou execução de obra literária, artística ou científica.

f) Já a captação de voz e imagem do participante de um evento esportivo se caracteriza como



25

direito de arena.

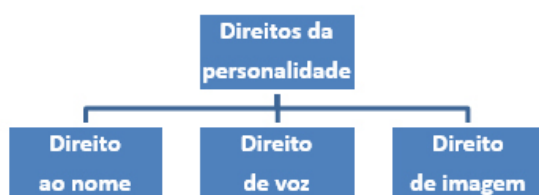
g) Os direitos de imagem (e voz) puros, os direitos autorais (direito de autor e direito conexo) e o direito de arena, também, correspondem, há mais, duas sub espécies (ou há mais duas ramificações ou modalidades), quais sejam: direitos morais (personalíssimos e indisponíveis) e direitos patrimoniais (passíveis de negociação e alienação).

h) A exploração da imagem e voz como direitos próprios da personalidade (na modalidade de puro direito de imagem e voz, ou, de direito de arena) não são abrangidos pelas disposições específicas da Lei 9.610/98, como ocorre com os direitos autorais (direitos de autor e direitos conexos).

i) A imagem e voz como direitos próprios da personalidade (na modalidade de puro direito de imagem e voz, ou, de direito de arena) estarão disciplinados pelos incisos V, X e XXVIII (alínea “a”) do art. 5º da C.F. e, ainda, quando atleta profissional especificamente pela lei 9.615/98.

II. DIREITO DA PERSONALIDADE – DIREITO ABSOLUTO

a) O direito da personalidade engloba as faculdades físicas e de representação do ser



humano.²⁶

b) E, conforme Carlos Alberto Bittar, os direitos da personalidade subdividem-se em direito de imagem (físicos), direito à intimidade (psíquicos) e direito à privacidade e o direito à informação de dados pessoais (morais).²⁷

III. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

a) Os direitos da personalidade são constitucionalmente protegidos.

b) Estabelece o inc. V do art. 5º da C.F. que:

“É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, **além da indenização por dano material, moral ou à imagem.**”

c) Fixa o inc. X do art. 5º da C.F. que:

“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**”

IV. DIREITO DE IMAGEM – PURO DIREITO DA PERSONALIDADE

a) Dessa forma, o nome, a imagem e a voz na sua dimensão de puro direito da personalidade humana tem proteção constitucional, mesmo quando não relacionados à interpretação ou execução de uma atuação e/ou a atividade desenvolvida por um participante de um evento

26 Pimenta SS. Eduardo Ss. Pimenta, Código de Direitos Autorais, Lejus, SP, 1998, pg. 243.

27 Bittar, Carlos Alberto, Tutela dos Direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais, RT, SP, 1993

esportivo.

b) Ou seja, o nome, a imagem e a voz ainda que situadas, apenas, enquanto atributos próprios da pessoa humana e não associadas a sua imagem artística ou do personagem que interpreta ou do esportista que participa de uma competição esportiva, tem proteção constitucional (incisos V e X do art. 5º da C.F.).

V. DIREITO DE IMAGEM E VOZ ARTÍSTICA E DIREITO AUTORAL

1. CONCEITO DE DIREITOS DO AUTOR – 1ª ESPÉCIE: DOS DIREITOS AUTORAIS

a) De acordo com o art. 11 da lei 9.610/98:

“Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica”.

b) Por conseguinte, os direitos do autor são aqueles relativos à proteção da pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica.

Conforme leciona Eliane Yachouh Abrão, “direitos do autor são um conjunto de

prerrogativas de ordem moral e de ordem patrimonial, que se interpenetram quando da disponibilização pública de uma obra literária, artística e/ou científica”.²⁸

2. CONCEITO DE DIREITOS CONEXOS AO DO AUTOR – 2ª ESPÉCIE DOS DIREITOS AUTORAIS

a) O art. 89 da lei 9.610/98, ao tratar dos direitos conexos ao do autor, estabelece que:

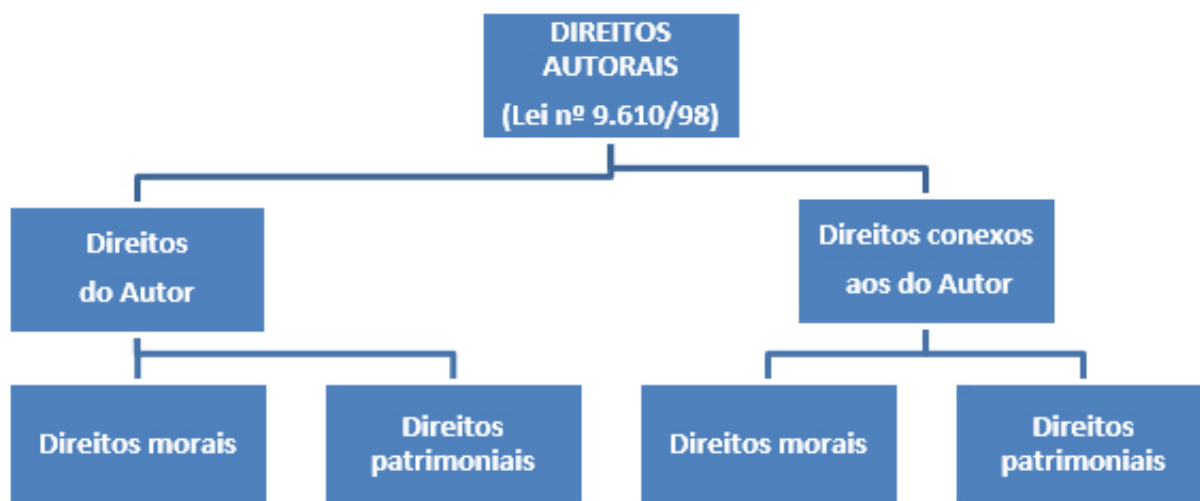
“As normas relativas aos direitos do autor aplicam-se no couber, aos direitos dos **artistas intérpretes ou executantes**, dos produtores fonográficos e das empresas de radiodifusão”

b) E, mais, o §2º do art. 90 da lei 9.610/98, fixa:

“A proteção aos artistas intérpretes ou executantes **estende-se à reprodução da voz e imagem, quando associadas às suas atuações.**”

Assim, ao lado dos direitos do autor, existem os direitos conexos aos do autor que são os detidos pelos artistas intérpretes ou executantes de

28 Abraão, Eliane Yachouh. *Direitos de Autor e Direitos Conexos*. Editora do Brasil: São Paulo, 2002 – p. 16.



obra, produtores fonográficos e empresas de radiodifusão.

c) De acordo com Antônio Chaves, “os direitos conexos são, em primeiro lugar, os direitos dos artistas de interpretação musical ou dramática (em termos amplos), como elaboradores já não, evidentemente, de obras originárias (as literárias e as musicais que executam), mas de obras ‘conexas’, isto é, que criam a partir daquelas preexistentes, adquirindo, quando meritariamente desempenhadas, sua própria individualidade, como obras interpretadas, através de execuções ‘ao vivo’ ou mediante gravações”.²⁹

d) Nesse quadrante, é que se entende que a proteção a voz e a imagem dos artistas interpretes ou executantes quando associadas às suas atuações insere-se dentro da família do direito da personalidade, do gênero do direito de imagem e voz; e, na espécie dos direitos conexos ao do autor, na medida que não é uma mera proteção da voz e da imagem enquanto direito da personalidade dos artistas interpretes ou executantes, em si mesmos, mas, apenas, quando associadas às suas atuações.

VI. DIREITO DE IMAGEM NAS ATIVIDADE ESPORTIVAS – DIREITO DE ARENA

a) Dispõe, mais, a alínea “a” do inciso XXVIII do art. 5º da C.F. que:

“a proteção às participações individuais em obras coletivas e a reprodução da imagem e voz humanas, inclusive, nas atividades

desportivas.”

b) Ao declarar a proteção no tocante a reprodução da imagem, ainda, ou, inclusive, quando da sua tomada nas atividades esportivas, o dispositivo constitucional, acima reproduzido, deixou claro que o legislador constitucional afastou qualquer polêmica ou discussão a respeito, atribuindo e definindo a natureza jurídica do direito de arena como uma espécie do gênero do próprio direito de imagem e da família do direito da personalidade.

3ª PARTE:

- DIREITO DE ARENA DO ATLETA DE FUTEBOL

I. DIFERENCIAÇÃO ENTRE DIREITOS DO AUTOR E CONEXOS (DIREITO DE IMAGEM E VOZ ARTÍSTICA) E DIREITOS DE IMAGEM, COMO DIREITOS DA PERSONALIDADE

- DIFERENCIAÇÃO ENTRE DIREITOS AUTORAIS E CONEXOS (DIREITO DE IMAGEM E VOZ ARTÍSTICA) E DIREITOS PURO DIREITO DE IMAGEM

a) A imagem e a voz humana quando relacionadas à interpretação ou execução de uma atuação, ou seja, quando associadas a sua imagem artística ou do personagem que interpreta, se inserem na família do direito personalidade, no gênero direito de imagem, e, são catalogados na espécie dos direitos autorais, disciplinados pela lei 9.610/98.

b) A utilização de voz e imagem, somente, se caracteriza como direito autoral, da modalidade dos direitos conexos aos do autor, quando utilizados na interpretação ou execução de obra literária, artística ou científica.

²⁹ Chaves, Antônio. Direitos Conexos. Ltr: São Paulo, 1999, p. 22.

c) A imagem e a voz humana quando não relacionadas à interpretação ou execução de uma atuação, ou seja, quando situadas enquanto atributos próprios da pessoa humana e não associadas a sua imagem artística ou do personagem que interpreta, representam puro direito da personalidade, constitucionalmente protegido.

d) Assim, a utilização da voz e da imagem quando ocorre com propósito diverso da execução ou interpretação de obra literária, artística ou científica, não está relacionada (não se trata) de direitos autorais (direitos conexos aos do autor).

e) Nesse caso, tem-se, apenas e tão-somente, a exploração da imagem e voz como direitos próprios da personalidade, os quais não são abrangidos pelas disposições da Lei 9.610/98.

f) Porém, como integrantes da família dos direitos da personalidade, a imagem e a voz (ainda que não associadas a atuação artística), igualmente, estarão protegidos pelos incisos V, X e XXVIII (alínea “a”) do art. 5º da C.F.

DIFERENCIAÇÃO ENTRE DIREITOS AUTORAIS E CONEXOS (DIREITO DE IMAGEM E VOZ ARTÍSTICA) E DIREITO DE ARENA – RETIRADOS DA INCIDÊNCIA DA LEI 5.988/73 E NÃO INSERIDOS NA LEI 9.610/98, MAS SIM, NA LEI 9.615/98

a) Como já foi dito, a imagem e a voz humana quando não relacionadas à interpretação ou execução de uma atuação, ou seja, quando situadas enquanto atributos próprios da pessoa humana e não associadas a sua imagem artística ou do personagem que interpreta, representam puro direito da personalidade.

b) A imagem e voz humana (independentemente de estar associada a atuação artística) insere-se na categoria/família dos direitos da personalidade, constitucionalmente protegido (*inc. X do art. 5º da C.F.: “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”*).

c) Sendo que, tais direitos da personalidade (imagem e voz), não relacionados a atividade artística, mas sim, se associados a atividade esportiva, estarão, igualmente, inseridos na família do direito da personalidade, no gênero do direito de imagem, e, na espécie do direito de arena, e, por isso, agora, receberão um feixe de proteção, ainda, mais específico e visível pelo inciso XXVIII (alínea “a”) do art. 5 da C.F. da qual é emanada a luz específica incidente da lei 9.615/98, observada a alteração do §1º do art. 42 feita pela lei 12.395/2011.

d) Isso fica, ainda, mais claro quando se constata que o direito de arena devido aos atletas profissionais foi excluído da categoria jurídica de direitos autorais (direitos de autor e direitos conexos).

e) Realmente, na vigência da lei 5.988/73, o direito de arena era tratado, anomalmente, como direito conexo (cfr. art.100). O que era um equívoco.

Isto porque, os atletas profissionais não são interpretes de um personagem de uma obra coletiva.

f) Noutras palavras, os atletas profissionais não são atores de si mesmos.

Não estão lá a se auto representarem, apenas,

desenvolvem, sem qualquer interpretação, seus dotes atléticos (físicos), como mera extensão de sua própria personalidade.

g) Exatamente, por isso, o direito de arena foi retirado da categoria de direitos autorais (direitos de autor e direitos conexos - disciplinados pela lei de direitos autorais (9.610/98) e inserido na lei 9.615/98 (que trata do desporto).

h) Insista-se, pois, o inciso XXVIII (alínea “a”) do art. 5 da C.F ao declarar a proteção no tocante a reprodução da imagem, ainda, e/ou inclusive, quando da sua tomada nas atividades esportivas, deixou claro que o legislador constitucional definiu a natureza jurídica do direito de arena como uma espécie do gênero do próprio direito de imagem.

i) Assim, tais direitos da personalidade quando associados às atividades esportivas receberão um *flash* de proteção, mais visível disparado a partir da luz do inciso XXVIII (alínea “a”) do art. 5 da C.F, raio esse incidente sobre o atleta profissional consistente na aplicação da lei 9.615/98, observada a alteração do §1º do art. 42 feita pela lei 12.395/2011.

j) De qualquer forma, uma vez que são integrantes da família dos direitos da personalidade e do gênero do direito de imagem, a remuneração pertinente a esse direito de imagem e voz, como direito de natureza imaterial, sempre, configurará pagamento de direitos (bens/títulos) e não de atividade ou de prestação de serviços.

k) Não se remunera, por óbvio, a prestação de serviços de imagem que não existe.

l) Porém, se remunera a utilização ou o direito

de uso da imagem do atleta profissional, que, genética e legalmente, não é serviço.

1- CONCEITO DE SALÁRIO= CONTRAPRESTAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO – REMUNERAÇÃO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO (OBRIGAÇÃO DE FAZER) E NÃO DE BEM MÓVEL (TÍTULO OU DIREITOS IMATERIAIS) E OBRIGAÇÃO DE DAR/ CEDER (CESSÃO DO USO DA IMAGEM)

a) Dispõe o artigo 2º da CLT que:

“Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”

Estabelece o artigo 457 da CLT:

“Compreendem-se na remuneração do empregado, para todo os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber”

E, ainda, dispõe o §1º do art. 457 da CLT: “Integram o salário, não só a importância fixa estipulada, como, também, as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagens e abonos pagos pelo empregador.”

b) “Salário é o pagamento que tem direito o empregado, em razão do contrato de trabalho, pelo trabalho prestado, por estar à disposição do empregador e pelas interrupções remuneradas do trabalho. Não se consideram salário as indenizações, as complementações e os benefícios previdenciários.”³⁰

c) O contrato de trabalho e/ou prestação de serviços é um contrato de atividade, de obrigação de fazer, um “*facere*” humano.

“Há uma obrigação fundamental que é a prestação de serviços.”³¹

“Trata-se, pelo visto, na prestação de serviços de um contrato de atividade, de uma obrigação de fazer, pelo qual alguém se compromete a colocar sua força de trabalho ou capacidade de trabalho (Capitant-Cuche), a sua atividade, enfim, a favor de outrem.”³²

Não é possível se pensar num contrato de trabalho que tenha como objeto principal obrigação para o contratado em face do contratante, a obrigação de não fazer, ou, de se abster de atividade, visto que tal espécie incidiria numa contradição em essência e lógica.

d) A não ocorrência da atividade (ou da efetiva prestação de serviços) num contrato de trabalho, por ser a ele inerente à disponibilidade (estar à disposição) para o trabalho, não é uma situação de normalidade.

De fato, o contrato de trabalho e o contrato de prestação de serviços são geneticamente contratos de atividade, de obrigação de fazer.

Com efeito, não se contrata um empregado ou um prestador de serviços para não fazer. Tanto é que a disponibilidade (não contratual) forçada é vista como uma infração contratual.

Paulo, Ltr, pg. 47.

31 Rodrigues, Américo Plá, Curso de Direito do Trabalho, São Paulo, Ltr, pg. 129

32 Moraes Filho, Evaristo, Introdução ao Direito do Trabalho, São Paulo, Ltr, pg.197

e) Tudo isso, evidente, sem perder de vista a inexistência de atividade por ausência de serviço, ou, mesmo as paralisações obrigatórias que, rigorosamente, devem ocorrer para descansos legais e/ou doença.

f) Muito embora o salário, ou, mesmo a remuneração (conceito mais amplo que, inclui, pagamentos indiretos advindos de terceiros), não esteja necessariamente atrelado a existência efetiva da prestação de serviços, a ela, ao menos, potencialmente, estará sempre relacionada.

Destaque-se que, mesmo, a gorjeta, ainda, que seja um pagamento indireto, por ser feito através de terceiro, está a remunerar o serviço prestado. O cliente, aliás, remunera o bom serviço prestado.

E as paralisações obrigatórias que, rigorosamente, devem ocorrer para descansos legais e/ou doença estão vinculadas a um contrato de prestação de serviços prévios.

g) Em síntese, o pagamento de salário está, necessariamente, vinculado a um contrato de atividade, de prestação de serviços ou de trabalho.

CESSÃO DE DIREITOS DA PERSONALIDADE = CESSÃO DO DIREITO DE ARENA – OBRIGAÇÃO DE DAR (CEDER USO DA IMAGEM) E NÃO OBRIGAÇÃO DE FAZER

a) O conceito e a natureza jurídica do pagamento de salário como contraprestação de serviços não se confunde com outra coisa que é a remuneração (pagamento de natureza não salarial ou civil) pela obrigação de dar (ou ceder) a cessão de direito da personalidade (direito de imagem; direitos autorais; direito de arena) –

cessão que, por óbvio, não se está relacionada a prestação/obrigação de fazer.

b) Noutras palavras, juridicamente não se pode pensar em pagamento de salário para remunerar títulos ou direitos móveis, mas, sempre prestação de serviços.

c) Como já foi descrito, os direitos da personalidade reputam-se bens móveis (art. 3º da lei 9.610/98³³), exatamente, porque, bens móveis não correspondem a obrigação de fazer ou a prestação de serviços, mas sim, correspondem a obrigação de dar (ceder ou locar ou uso de um bem móvel, como é a cessão do uso do direito de imagem³⁴).

d) Portanto, os direitos da personalidade são bens móveis ou direitos de titularidade de pessoas e os atos que deles decorrem correspondem a fruição de um título que, evidentemente, não se manifesta como atividade humana.

e) Com efeito, o cedente não serve, não presta atividade de qualquer ordem que implique obrigação de fazer, a que se possa considerar “locação de serviços”.

f) Realmente, a cessão da imagem configura típica obrigação de dar, que se opera pela cessão (transmissão ou permissão) temporal do direito para que outrem tenha a fruição mediante remuneração que não importa ou demanda por parte do cedente qualquer atividade que não a de dar ou ceder, afastada a idéia de trabalho, de

33 “Art. 3º da Lei 9.610/98: Os direitos autorais reputam-se, para efeitos legais, bens móveis.”

34 “Art. 565 do Código Civil: Na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível mediante certa retribuição.”

esforço humano, de um “*facere*”.

g) Por isso, juridicamente a exploração dos direitos da personalidade se denomina cessão ou autorização de utilização/uso de título ou de direitos (direito de imagem e voz; direitos autorais; direito de arena) e não remuneração de serviços de imagem, autorais (e conexos) e ou de arena.

h) Logo, o pagamento do direito de arena (assim como ocorre com os direitos autorais) não remunera prestação de serviços (de imagem e voz, autorais, ou de arena) mas, um “título” (direito da personalidade) que é cedido e/ou utilizado.

i) Com a cessão ou autorização de utilização de um direito, por óbvio, não se está remunerando uma atividade (prestação de serviços), mas, a cessão (uso, licenciamento, permissão, etc.) para o uso de um direito.

j) A cessão de direitos da personalidade (imagem, autorais (e/ou conexos) e de arena) corresponde ao exercício de um direito (de cessão, licenciamento, etc.) sobre outro direito (imagem, autorais e conexos; arena). Ou seja, corresponde a fruição (ao uso e gozo) de um direito sobre um título e não direito (resultante, *rectius*;) sobre atividade (prestação de serviços).

k) Exatamente, por isso, para a Previdência Social direitos da personalidade, como os direitos autorais (direitos do autor e direitos conexos), não integram o conceito de salário de contribuição (inc. XXI do § 9º do art. 214 do Decreto 3.048/99³⁵ e inc. XX do art. 58 da IN

35 Nesse sentido, dispõe inc. XXI do § 9º do art. 214

RFB 71/2009)³⁶.

j) E, da mesma forma, para Receita Federal, outros direitos da personalidade, como os direitos autorais quando pagos ao próprio autor não correspondem a salário e quando pagos, por terceiros, correspondem a remuneração de royalties (arts. 45, 52, 628 e 633 do Decreto 3000/99)

Até porque, os royalties não correspondem a obrigação de fazer, ou, melhor a prestação de serviços, são pagamentos a atrelados a um título (ou um bem móvel)

L) Dessa forma, os direitos da personalidade (imagem e voz; autorais; arena), assim como ocorre com o pagamento de royalties – que são pagamentos por uso ou licença de marca, franquia, patente (título de propriedade industrial) – correspondem a remuneração de título e não de prestação de serviços.

3. PAGAMENTO DE DIREITOS DA PERSONALIDADE = NATUREZA JURÍDICA = PARCELA DA REMUNERAÇÃO DO DIREITO ARENA RELACIONADO AO CONTRATO DE TRABALHO = AFASTADA A SUA NATUREZA E DISCIPLINA SALARIAL (MAS SIM, INTEGRANTE DO CONCEITO E DA DISCIPLINA DE REMUNERAÇÃO) E, PORTANTO, O SEU PAGAMENTO/REMUNERAÇÃO NÃO GERA

do Decreto 3.048/99 (Regulamento da Previdência Social): “Art. 214. (...) § 9º Não integram o salário-de-contribuição, exclusivamente: XXI - os valores recebidos em decorrência da cessão de direitos autorais;”

36 “Seção V “Parcelas Não-Integrantes da Base de Cálculo Art. 58. Não integram a base de cálculo para incidência de contribuições: XX - os valores recebidos em decorrência da cessão de direitos autorais”

REPERCUSSÃO/REFLEXOS NOS DEMAIS DIREITOS TRABALHISTAS

a) Tratando-se, apenas e tão somente, de direitos, os direitos da personalidade; a remuneração pertinente a imagem e voz, sempre, configurará pagamento de direitos (bens/títulos) pertinente à obrigação de dar ou ceder (cessão do direito de imagem) e não de prestação de serviços (ou obrigação de fazer).

Por isso, seu pagamento configura remuneração de obrigação de dar (cessão de direito de imagem), bem móvel e direito (e parcela) de natureza civil (*rectius*: parcela de natureza não salarial).

b) Nesse sentido, é expresso o § 1º do art. 42 da lei 9.615/98, com a alteração dada pela lei 12.395/11: “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.”

c) Portanto, ilegal e injustificável se elaborar o direito de arena como situação jurídica análoga à gorjeta – como, incorretamente, faz parte da doutrina e jurisprudência.

d) Isto porque, a gorjeta, ainda, que seja um pagamento indireto, por ser feito através de terceiro, está a remunerar o serviço prestado. O cliente, aliás, remunera o “bom” serviço prestado.

e) No caso da imagem e voz, como já

demonstrado, o que ocorre é um pagamento de um título de personalidade (direito moral e bem móvel) que (no seu aspecto patrimonial – inciso III do art. 83 do Código Civil c/c o art. 3º da LDA) é negociado/cedido (obrigação de dar).

f) Não se remunera, por óbvio, a (obrigação de fazer relativa a) prestação de serviços de imagem e voz que não existe.

g) Porém, se remunera a utilização ou o direito absoluto, o direito moral pertinente ao direito da personalidade e inserido no direito de uso da imagem do atleta profissional, que, genética e legalmente, não é serviço (obrigação de fazer).

h) Ora, se não há remuneração do serviço (obrigação de fazer ou *facere* humano), mas sim, a remuneração de direito moral, mais, especificamente à cessão de direitos da personalidade, não se trata de pagamento de salário e, sim, de direitos (bem móvel de titularidade do atleta) – até porque foram classificados como direitos ou parcela de natureza civil (*rectius*: parcela de natureza não salarial) pelo § 1º do art. 42 da lei 9.615/98, com a alteração dada pela lei 12.395/11.

i) Por isso, a legislação previdenciária estabelece que os valores pagos a título de direitos da personalidade não compõem o salário-de-contribuição.

j) Na verdade, o critério juridicamente utilizado pela legislação previdenciária é o mesmo aplicável ao Imposto Sobre Serviços – ISS, ou seja, não havendo nenhum tipo de prestação de esforço humano (obrigação de fazer) não há como se falar em pagamento de salário ou remuneração.

k) Logo, o pagamento de direitos da personalidade (imagem, autorais e arena) não configura salário por prestação de serviços e, dessa forma, torna-se inexigível o Imposto Sobre Serviços – ISS – (e a contribuição previdenciária) em relação às receitas auferidas pela pessoa física a este título.

L) Como já reiterado, o conceito de prestação de serviços não tem como abranger a cessão de direitos da personalidade (imagem e voz; autora; arena), por não se tratar de prestação de serviços, assim entendida como obrigação de fazer.

José Eduardo Soares de Melo leciona que:

“o cerne da materialidade do ISS não se restringe a “serviço”, mas a uma prestação de serviço, compreendendo um negócio (jurídico) pertinente a uma obrigação de “fazer”, de conformidade com as diretrizes do direito privado. A obrigação de “fazer” concerne à prestação de uma utilidade ou comodidade a terceiro, de modo personalizado e incindível, configurando-se de modo negativo à obrigação de “dar” (entrega de coisas móveis ou imóveis a terceiros).”³⁷

Aires Fernandino Barreto, por sua vez, leciona que o conceito constitucional de serviço tributável somente abrange:

“as obrigações de fazer e nenhuma outra; b) os serviços submetidos ao regime de direito privado não incluindo, portanto, o serviço público (porque este, além de sujeito ao

37 Melo, José Eduardo Soares de. *Curso de Direito Tributário*, 4ª edição, Dialética, 2003, p. 343.

regime de direito público, é imune a imposto, conforme o art. 150, VI, "a", da Constituição; c) que revelam conteúdo econômico, realizados em caráter negocial - o que afasta, desde logo, aqueles prestados a si mesmo, ou em regime familiar ou desinteressadamente (afetivo, caritativo, etc.); d) prestados sem relação de subordinação - como definida pela legislação própria excluído, pois, o trabalho efetuado em regime de subordinação (funcional ou empregatício) por não estar "in comércio".³⁸

m) A cessão de direito sobre bem móvel material ou imaterial não implica em obrigação de fazer.

n) Trata-se de uma relação contratual cuja prestação independe de esforço humano e, pois, não aperfeiçoa o comportamento necessário à configuração do critério material da hipótese de incidência do ISS e/ou da contribuição previdenciária.

o) É obrigação de dar coisa certa, consistente em transferir a propriedade ou os direitos de uso e gozo de bem móvel imaterial a terceiro.

p) Verifica-se, portanto, a materialidade do ISS e da contribuição previdenciária é inerente à constatação de ação humana, consistente em obrigação de fazer, vinculada a contrato de direito privado, escrito ou verbal.

O ISS e a contribuição previdenciária não incide sobre o contrato em si, mas, em virtude da prestação que corresponda a um fazer, nele fundada.

38 Barreto, Aires Fernandino. *ISS - Não incidência sobre franquia*, artigo publicado na Revista de Direito Tributário nº 64, p. 217

q) Conclui-se pela não incidência do ISS e da contribuição previdenciária sobre a cessão de direitos da personalidade face a inexistência da obrigação de fazer (da prestação de serviços).

r) Esse entendimento, restou, ainda, mais consolidado com a publicação da Lei Complementar 116/2003, tendo em vista o veto do sub-item 3.01 pelo Presidente da República, na esteira da posição do STF³⁹ de que a locação de bens móveis não se enquadrava no conceito de serviço.⁴⁰

s) Partindo dessa premissa, a legislação, expressamente, prevê que tais valores não se sujeitarão à tributação pelas contribuições previdenciárias, por não comporem o chamado "salário-de-contribuição" do beneficiário, ou, em outras palavras, não compõem a base tributável das referidas exações.

t) Todavia, a despeito da natureza não salarial, o pagamento do direito da personalidade,

39 O Plenário do STF, em sede do julgamento do RE nº 116.121, declarou inconstitucional a expressão "locação de bens móveis", contida no item 79 da Lista de Serviço, anexa ao Dec. Lei 406/68, com redação dada pela LC 56/87. A referida decisão, cujo julgamento se deu no dia 11/10/2000, sendo o extrato da ata publicado no DJU do dia 23/10/2000, tem a seguinte ementa, verbis: "Decisão: O Tribunal, por unanimidade, conheceu do Recurso Extraordinário, pela letra 'c', 'e' por maioria, vencidos os senhores Min. Otávio Galotti (Relator), Carlos Velloso (Presidente), Ilmar Galvão, Nelson Jobim e Maurício Corrêa, deu-lhe provimento, declarando, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão "locação de bens móveis", constante do item 79 da lista de serviços a que se refere o decreto-lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968, na redação dada pela Lei Complementar nº 56, de 15 de dezembro de 1987, pronunciando, ainda, a inconstitucionalidade da mesma expressão "locação de bens móveis" contida no item 79 do §3º do artigo 50 da lista de serviços da Lei nº 3.750, de 20 de dezembro de 1971, do Município de Santos/SP.

40 Enunciado da Súmula Vinculante 31/STF, que dispõe: "É inconstitucional a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS sobre operações de locação de bens móveis".

inclusive, do direito de arena, representa remuneração passível de incidência do imposto sobre a renda da pessoa física.

IV. ATLETA DE FUTEBOL X DIREITO ARENA X MORA SALARIAL X RESCISÃO CONTRATUAL

1. REMUNERAÇÃO E DIREITO

a) Como já vimos acima, no contrato de trabalho há uma grande confusão em relação a natureza jurídica dos direitos e dos pagamentos realizados por conta de direitos da personalidade (imagem e voz; autorais; arena) e daqueles outros feitos por conta da prestação de serviços.

Isto porque, a (o contrato de) cessão de direitos da personalidade (imagem e voz; autorais (e conexos) e de arena) se apresenta correlata, anexa e inserida no contrato de trabalho.

b) Assim, por conta de uma percepção que corresponde a uma ilusão de ótica, como no prisma que se confundem os feixes de luzes e cores, se confunde dois direitos com naturezas jurídicas distintas, que envolvem duas sub espécies da remuneração que tem como causa o contrato de trabalho, do qual se podem extrair parcelas da remuneração de diferentes matizes, assim como ocorre como o pagamento de cessão de direitos da personalidade (imagem e voz; autorais; direito de arena) e o pagamento de salários pela prestação de serviços.

2. DIREITO ARENA X MORA SALARIAL X RESCISÃO CONTRATUAL

a) Tratando-se de parcela integrante da remuneração, a despeito da natureza não salarial, a mora no pagamento do direito de arena configura mora salarial *lato sensu*, ou melhor, configura mora da remuneração.

b) Por consequência, o não pagamento do direito de arena abre ensejo a rescisão contratual.

c) Da mesma forma, no tocante ao não pagamento do direito de imagem contratual, ou seja, do direito de arena ajustado para além dos parâmetros mínimos fixados pelo art. 42 da lei 9.615/98, até porque, não há como dissociar o direito de arena (ou de imagem do evento esportivo contratual assinado em paralelo ao contrato de trabalho) do vínculo empregatício já que a causa remota e genética é única.

d) Destaque-se que o caput do art. 31 da lei 9.615/98: “A entidade de prática desportiva empregadora que estiver com pagamento de salário de atleta profissional em atraso, no todo ou em parte, por período igual ou superior a 3 (três) meses, terá o contrato especial de trabalho desportivo daquele atleta rescindido, ficando o atleta livre para se transferir para qualquer outra entidade de prática desportiva de mesma modalidade nacional ou internacional, e exigir a cláusula compensatória desportiva e os haveres devidos.”

e) Ainda acrescenta o § 1º do artigo 31 da Lei Pelé de forma expressa que: “são entendidos como salário, para efeito do previsto no caput, o abono de férias, o décimo terceiro salário, as gratificações, os prêmios e as demais verbas inclusas no contrato de trabalho.”

4ª PARTE

- DO DIREITO DE ARENA (IMAGEM) DO ÁRBITRO DE FUTEBOL (E DAS DEMAIS MODALIDADES ESPORTIVAS) – O ÁRBITO NÃO É UM MERO COMPOSÉ QUE APENAS COMPÕE O CENÁRIO DO ESPETÁCULO – E MESMO QUE FOSSE TERIA DIREITO AO PAGAMENTO TENDO EM VISTA A

PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE IMAGEM E VOZ

I. COBERTURA INTEGRAL DO SISTEMA, SISTEMA DE DIREITOS, CONCEITOS ABERTOS E INDETERMINADOS

a) No sistema jurídico contemporâneo, a garantia constitucional dos direitos (e da respectiva ação) significa a cobertura integral do mundo jurídico substancial.

b) O direito moderno não é mais um sistema de figuras e ações típicas, mas, um sistema integrado por direitos que ficam cobertos integralmente pela garantia da ação, caracterizando-se como um sistema integrado por direitos que ficam inteiramente cobertos contra qualquer ameaça ou lesão, inclusive de ordem moral.

c) O ilícito civil e o ilícito trabalhista são ditos contínuos, vez que não se exige que, necessariamente, venham traçados em tipos legais estritos, bastando que estejam relacionados com todo o sistema jurídico.

d) Esta característica permite que a garantia da aplicação da lei civil e da lei trabalhista (e, respectivamente, das suas ações) abranjam integralmente o ordenamento jurídico e não apenas uma figura típica, diferentemente do que ocorre no direito penal e no direito tributário.

e) Fica claro que a configuração do ilícito civil e trabalhista não é necessariamente condicionado à tipicidade da figura legal prévia, ao atentarmos que, no âmbito do direito civil e trabalhista, admite-se a integração do ordenamento jurídico através da aplicação da

analogia, dos princípios e normas de ordem geral extraídas do ordenamento jurídico, dos usos e costumes.

f) O entendimento de que o ordenamento jurídico não tem por base apenas a garantia da figura típica, mas, do direito e do dano considerados como conceitos abertos permite a tutela de direitos vitais da sociedade que possam ser extraídos do ordenamento jurídico e não apenas de figuras típicas.

g) Muitas vezes, o legislador labora a partir de conceitos (*rectius*: termos) abertos e indeterminados, sem descrever em termos pormenorizados e exaustivos todas as situações fáticas a que há de ligar-se este ou aquele efeito do mundo jurídico.

h) Ou seja, recorre o legislador ao expediente de fornecer simples indicações de ordem genérica, dizendo o bastante para tornar claro o que lhe pareça essencial e deixando ao aplicador da norma, no momento da subsunção o cuidado de preencher os claros, de cobrir os espaços em branco, tudo isso se passa com os conceitos juridicamente abertos e indeterminados.

i) Os conceitos indeterminados integram a descrição do fato e uma vez estabelecida a coincidência entre o acontecimento real e o modelo normativo aberto, a solução será aplicá-lo.

O exemplo mais claro é o conceito de dano, que é um conceito aberto e indeterminado, observando o acontecimento real e seu modelo normativo, a solução será aplicá-lo.

j) Tal se dá, também, com o conceito de direito da personalidade e o gênero direito de

imagem, bem como com suas espécies (direito de imagem puro, direito autoral – (direito de autor e direito conexo) - e direito de arena).

II. DIREITO DE ARENA - IMAGEM DE ESPETÁCULO DESPORTIVO DO ATLETA E DOS DEMAIS INTEGRANTES/PARTICIPANTES DA CONCEPÇÃO E DA ESTRUTURA DO JOGO – APLICAÇÃO DIRETA DOS INCISOS V, X E XXVII (ALÍNEA ‘A’) DO ARTIGO 5º DA C.F.

“É o espetáculo que origina o direito, incluindo, assim, todos os outros elementos que nele figuram, como esportistas, juízes, bandeirinhas, cuja imagem esteja não fugazmente, nem como composição do cenário, relacionada com o espetáculo desportivo...entre os quais ressalta como figura central, imprescindível...o juiz.” (Chaves, Antônio, Direito de Arena, Julex Livros Ltda, 1988, pg. 61)

a) Como já visto, o direito de arena é espécie do gênero direito de imagem (e voz) que integra a família do direito da personalidade.

b) **É o direito de imagem daquele que é peça integrante essencial e própria da concepção do jogo/espetáculo.**

c) Portanto, o direito de arena é espécie do gênero direito de imagem, individualizada na pessoa daquele que é elemento integrante do jogo/espetáculo.

d) Tem direito a proteção da sua imagem e voz, a pessoa cuja presença é parte imprescindível da concepção do jogo/espetáculo.

e) Faz jus a proteção constitucional e legal referente ao direito de arena, aquela pessoa cuja presença é parte da concepção do jogo, tem

este o direito de que a tomada de sua imagem extraída da arena pelo fato de fazer parte do evento esportivo (*rectius*: direito de arena), somente, seja divulgada ou retransmitida, por terceiros, com sua devida autorização de forma graciosa ou onerosa (remunerada) conforme sua conveniência.

f) Portanto, o que recebe tutela é a situação oriunda do direito à própria imagem prevista nos incisos V, X e XXVIII (alínea “a”) do art. 5º da C.F. e que tem uma identificação ou concreção e classificação específica como direito de arena em se tratando de evento esportivo, não havendo, pois, como afastar ou negar a incidência no que toca ao árbitro de futebol ou de outras atividades desportivas, a aplicação do § 1º do art. 42 da lei 9.615/98 que é mera consequência ou corolário de algo bem maior, que é o fato de que o direito de arena é espécie do gênero direito de imagem que é integrante da família do direito de personalidade que encontra proteção em sede (reino) constitucional.

g) Ou seja, tal como ocorreria com relação aos atletas profissionais, a rigor, nem mesmo seria necessária a previsão na lei (§ 1º do art. 42 da lei 9.615/98) para que houvesse o direito ao pagamento do direito de arena, quer seja para o atleta de futebol, como também o é desnecessário para o árbitro de futebol, porque tal direito a proibição da divulgação ou retransmissão da sua imagem no evento esportivo - para o qual sua participação é da natureza da própria concepção do jogo e sem a qual não haverá o espetáculo – uma vez que o mesmo na sua forma matriz (direito de imagem sem outra adjetivação/classificação), ou, na

sua matriz genética (direito de imagem puro ou direito da personalidade) já está consagrado e protegido constitucionalmente nos incisos V, X e (alínea “a” do inciso) XXVIII do art. 5 da C.F.

III. DIREITO DE ARENA – DIREITO DE IMAGEM DOS PARTICIPANTES QUE FAZEM PARTE DA PRÓPRIA CONCEPÇÃO DO JOGO/ESPETÁCULO (CUJA PRESENÇA É CONDIÇÃO *SINE QUA NON* PARA A REALIZAÇÃO) DO ESPETÁCULO DESPORTIVO

a) O árbitro de futebol não compõe o cenário do espetáculo, nem sua imagem é fugazmente captada como dos policiais ou mesmo dos torcedores, ele é figura imprescindível da própria concepção do jogo.

b) Tanto é participante do evento ou do jogo que recebe premiação pela participação, tal qual os jogadores de uma competição, sendo eleito entre eles, qual foi o melhor árbitro e assistente da competição/campeonato com a outorga pública de medalha e premiação.

Tal como os jogadores e agremiações é julgado por conta de sua atuação e participação no evento pelo Tribunal Arbitral da Justiça Desportiva.

c) De fato, o jogo de futebol foi concebido com esse personagem detendo papel de destaque e imprescindível a realização do evento.

d) É possível se conceber jogos sem torcida e mesmo, assim, televisionado, é público e notório, que há pouco tempo tivéssemos o jogo do Corinthians com um clube boliviano,

realizado com portões fechados e televisionado.

e) Também, é possível a realização de jogos de futebol sem policiamento, este último não faz parte da concepção do jogo. E, de fato, pode ocorrer em diversos países, bastando os *stewards* para organização do evento.

f) Outrossim, por evidente, que o árbitro de futebol não é o organizador do evento, tanto é que, por força da lei, não tem relação jurídica de emprego ou permanente com a Federação ou a Confederação. Aliás, “*ex vi lege*”, é autônomo em relação a ela (§ único do art. 88 da lei 9.615/98).

g) Outrossim, se ao contrário do texto da lei e ao arrepio da natureza das coisas, se pudesse classificar o árbitro como organizador do evento, não sendo empregado (então, também, não seria mais autônomo em relação à Federação/Confederação), mas sim, titular dos direitos, agora, não mais, apenas, relativos a imagem, mas, a própria venda do evento, tal como as entidades organizadoras. Aí, então, teria direito a participação direta nos valores dos contratos e não apenas pela imagem.

IV. DO DIREITO DE ARENA (IMAGEM) DO ÁRBITRO DE FUTEBOL (E DAS DEMAIS MODALIDADES ESPORTIVAS) – ALICAÇÃO ANALÓGICA DO § 1º DO ARTIGO ART. 42 DA LEI 9.615/98

“Dada uma proposição jurídica que afirma que uma obrigação jurídica relativa a um sujeito ou classe de sujeito, esta mesma obrigação existe com respeito a qualquer outro sujeito ou classe de sujeitos que tenham com o primeiro sujeito

ou classe de sujeitos uma analogia bastante para que a razão que determinou a regra relativa ao primeiro sujeito (ou classe de sujeitos) seja válida com respeito ao segundo sujeito (ou classe de sujeitos).” (Chaim Perelman, *La Logica Juridica y La Nueva Retorica*, Madrid, Civitas, 1988, pg. 79).

a) Como já visto acima, no sistema jurídico contemporâneo, a garantia constitucional dos direitos (e da respectiva ação) significa a cobertura integral do mundo jurídico substancial.

b) O direito moderno não é mais um sistema de figuras típicas, mas um sistema integrado por direitos que ficam inteiramente cobertos contra qualquer ameaça ou lesão, inclusive de ordem moral.

c) Repita-se, o ilícito civil e o ilícito trabalhista são ditos contínuos, vez que não se exige que, necessariamente, venham traçados em tipos legais estritos, bastando que estejam relacionados com todo o sistema jurídico.

d) Insista-se, fica claro que a configuração do ilícito civil e trabalhista não é necessariamente condicionado à tipicidade da figura legal prévia, ao atentarmos que, no âmbito do direito civil e trabalhista, admite-se a integração do ordenamento jurídico através da aplicação da analogia, dos princípios e normas de ordem geral extraídas do ordenamento jurídico, dos usos e costumes.

Dessa forma, embora, não haja referência expressa aos árbitros de futebol (e dos demais esportes) no texto do art. 42 da lei

9.615/98, que trata do direito de arena dos atletas profissionais a analogia entre as duas “*fattispecie*” é evidente.

f) Analogia, bastante e suficiente para que a razão - (proteção constitucional do direito da personalidade (no caso, imagem e voz) - que determinou a incidência e aplicação da regra do direito de arena (expressa no art. 42 da lei 9.615/98) aos primeiros seja válida para os segundos.

g) Reitere-se, a participação dos árbitros de futebol (ou de outras modalidades) no evento esportivo (no jogo) é própria da concepção do jogo.

h) Sem a participação dos árbitros, o jogo concebido, na forma concebida, não sairia do papel.

i) Com o gestual obrigatório, os árbitros exercem função decisiva para que as regras do jogo sejam compreendidas e divulgadas, inclusive, além das fronteiras do estádio.

j) A participação dos árbitros de futebol (e de outras modalidades esportivas) dão vida e cor própria (inclusive, no sentido literal) ao espetáculo.

k) A ponto de que, atualmente, sem participação de comentaristas, específicos, sobre a atuação e participação do árbitro no jogo/evento, as regras do jogo se tornariam incompreensíveis e inacessíveis ao grande público.

L) Até porque, os árbitros, além de partícipes do evento esportivo - participação sem a qual o evento esportivo de natureza profissional não pode ocorrer - tem uma importância crucial

e fundamental no próprio resultado e na qualidade do evento.

Muitas vezes, são eles (os árbitros) e sua atuação (e polêmicas) mais importantes e comentados que o próprio espetáculo e os atletas.

m) Destaque-se que, a importância e a interferência no resultado do evento esportivo têm reflexos, não apenas, na pontuação, classificação, rebaixamento, acesso e resultado final para as equipes, como reflexos exteriores relacionados aos consumidores que pagaram para assistir o evento (no local ou pela televisão), dos apostadores das loterias, para os patrocinadores e contratos com os clubes e destes com a televisão e estas e seus patrocinadores, etc.

n) Tanto é que, atualmente, nas partidas de futebol, se passou de um árbitro e dois auxiliares, para o árbitro principal e quatro árbitros auxiliares.

o) Todas essas situações, nuances e semelhanças, oferecem clara similitude e compatibilidade entre a participação dos árbitros e dos jogadores no evento esportivo, a ponto que, fica claro que devem ser vencidas as resistências, e, não mais se hesitar em aplicar o §1º do artigo 42 da lei 9.615/98 para protegê-las (a imagem e voz deles) em situação e sentido análogo a dos demais participantes do jogo/evento.

p) Não se mostra razoável, pois, que sua imagem e voz (dos árbitros) possa ser exibida, por terceiros com finalidade e forma lucrativa

sem que, assim, como os demais participes da partida ou do jogo, recebam a contrapartida do lucro e dos resultados financeiros advindos do evento.

q) E, não da bilheteria do jogo que, conforme distinção já feita, anteriormente, estaria está a remunerar, apenas e tão somente, a prestação de serviços, mas, não a imagem (direito e bem móvel), especialmente, face aos valores econômicos relacionados ao patrocínio e comercialização da própria transmissão do evento.

r) Por conseguinte, os árbitros também fazem jus a remuneração pertinente a imagem e voz, deles, decorrentes da captação, emissão, transmissão, retransmissão e reprodução de sua imagem e voz, por qualquer meio ou processo, de espetáculo desportivo de que participem, face ao dispositivo constitucionais e legais supra mencionados.

s) Também, nos parece proporcional e razoável, para satisfação do direito de arena aos árbitros, a aplicação do mesmo percentual referido pelo §1º do art. 42 da lei 9.615/98: *“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.”*

5ª PARTE

I. NATUREZA JURÍDICA – GENÉTICA DO DIREITO DE IMAGEM, AUTORAL, CONEXO E DE ARENA: DIREITO = TÍTULO DE PROPRIEDADE

DE BEM MÓVEL DISSOCIADO DE QUALQUER OBRIGAÇÃO DE ATIVIDADE/FAZER OU PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

1. DO PAGAMENTO DO DIREITO DE ARENA = DIREITO DE NATUREZA CIVIL RELACIONADO A BEM MÓVEL E NÃO ASSOCIADO A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO (NÃO EXISTE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE DIREITO DE IMAGEM)

a) Como já dissemos, antes, ao tratarmos dos atletas profissionais, tratando-se apenas de direitos, direitos da personalidade, a remuneração pertinente a imagem e voz, sempre, configurará pagamento de direitos (bens/títulos) e não de prestação de serviços.

Por isso, seu pagamento configura remuneração de bem móvel e direito (e parcela) de natureza civil.

b) Nesse sentido, é expresso o § 1º do art. 42 da lei 9.615/98, com a alteração dada pela lei 12.395/11: “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.”

c) Assim, no caso da imagem e voz, como já demonstrado, o que ocorre é um pagamento de um título de personalidade (bem móvel) que (no seu aspecto patrimonial – inciso III do art. 83 do Código Civil c/c o art. 3º da LDA) é negociado/cedido.

d) Não se remunera, por óbvio, a prestação de serviços de imagem que não existe.

f) Remunera-se a utilização ou o direito de uso da imagem do atleta profissional, que, genética e legalmente, não é serviço.

g) Portanto, no caso do direito de arena não há remuneração do serviço, mas sim, a remuneração da cessão de direitos da personalidade, não se trata de pagamento de salário e, sim, de direitos (bens de titularidade do atleta e como já observamos acima dos árbitros) – até porque foram classificados como direitos ou parcela de natureza civil pelo § 1º do art. 42 da lei 9.615/98, com a alteração dada pela lei 12.395/11.

2. DO PAGAMENTO DO DIREITO DE ARENA DOS ÁRBITROS = DIREITO DE NATUREZA CIVIL RELACIONADO A BEM MÓVEL E NÃO ASSOCIADO A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO (NÃO EXISTE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE DIREITO DE IMAGEM)

a) No caso da imagem e voz, como já demonstrado, o que ocorre é um pagamento de um título de personalidade (bem móvel) que é cedido, tal qual como ocorre com os direitos conexos ao de autor (art. 3º da lei 9.610/98 c/c inciso III do art. 83 do Código Civil).

b) Destaque-se, que, por força de lei, os direitos autorais e conexos, espécie do mesmo gênero (direito de imagem) e da mesma família (direito da personalidade) reputam-se bens móveis.

O art. 3º da lei 9.610/98 estabelece, expressamente, que: “Os direitos autorais reputam-se, para os efeitos legais, bens móveis”.

Nesse sentido, também, o inciso III do art. 83 do Código Civil.

Noutras palavras, os direitos autorais como bens móveis conferem ao seu titular título de propriedade de um bem móvel, ainda, que imaterial.

O proprietário dos direitos autorais tem o direito de explorar o referido bem móvel (imaterial) como qualquer outro proprietário titular de bem móvel que detenha sua propriedade.

c) Por consequência, para todos os efeitos legais e negociais, os direitos autorais, assim como os demais direitos da personalidade (direito de imagem) são considerados bens móveis, ou seja, sua remuneração se faz por conta da fruição (cessão e utilização) da propriedade desse bem móvel e não por conta de prestação de serviços.

d) Assim, os direitos de titularidade de pessoas e os atos que deles decorrem correspondem a fruição de um título de propriedade, como é o caso dos direitos da personalidade, evidentemente, não se manifesta como atividade humana.

e) Até porque, bens móveis relacionados aos direitos da personalidade (título de propriedade imaterial – direito de imagem (direito autoral e direito de arena) não correspondem a obrigação de fazer (ou a prestação de serviços) e, no caso do direito de arena, por expressa previsão legal, tem natureza jurídica de direito civil.

3. ÁRBITRO DE FUTEBOL X DIREITO DE ARENA = DIREITO DE NATUREZA CIVIL = PRESTADOR DE SERVIÇOS AUTÔNOMO - CUJA PRETENSÃO PODE SER EXERCIDA (INDIVIDUALMENTE E) POR MEIO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA PELAS ASSOCIAÇÕES E PERANTE A JUSTIÇA COMUM

Tendo em vista que os árbitros de futebol (e de outras modalidades esportivas não são empregados, mas sim, prestadores de serviços de natureza autônoma (§ único do art. 88 da lei 9.615/98), e, mais, que a remuneração por eles recebida pela prestação de serviços, assim como aquela devida pelo direito de arena tem natureza civil (§1º do art. 42 da lei 9.615/11) e não está atrelado a prestação de serviço e sim a cessão de um direito/bem móvel, resta claro que a competência para apreciar os pedidos relativos ao pagamento da prestação de serviços, bem como do direito de imagem/arena é da Justiça Comum.

E que poderá ser cobrado pessoalmente, ou, através de suas associações por meio de ação civil pública, posto que manifesta a característica de direito coletivo ou individual homogêneo.