

AG.REG. NA RECLAMAÇÃO 99.860 MINAS GERAIS

RELATOR	: MIN. ALEXANDRE DE MORAES
AGTE.(S)	: CLUBE ATLETICO MINEIRO
ADV.(A/S)	: MATHEUS PIMENTA DE FREITAS CARDOSO E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S)	: GABRIEL FREITAS VIEIRA
AGDO.(A/S)	: JOSUE ANUNCIADO DE OLIVEIRA
ADV.(A/S)	: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
INTDO.(A/S)	: TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO
ADV.(A/S)	: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

V O T O

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR): Trata-se de Agravo Interno interposto em face de decisão que negou seguimento à Reclamação.

Os argumentos trazidos pelas partes agravantes não são suficientes para alterar a decisão recorrida.

Como tive oportunidade de enfatizar, os parâmetros de confronto invocados, a partir da interpretação sistemática da narrativa inicial em cotejo com as razões de decidir do ato reclamado, consistem na decisão desta CORTE proferida nos autos da ADPF 324, na tese fixada no julgamento do Tema 725-RG, RE 958.252, Rel. Min. LUIZ FUX e na fixada no julgamento do Tema 1.038-RG, RE 970.823, Rel. Min. MARCO AURÉLIO.

Da análise dos autos, não é possível constatar qualquer violação aos paradigmas debatidos.

No Acórdão reclamado, as razões de decidir não estão na ilegalidade de contratos civis, por sua natureza, frente à legislação trabalhista, mas, sim, no reconhecimento do direito do ora beneficiário recebimento do adicional noturno, bem como na distinção entre o “direito de arena” e “receita de TV”, nos termos que seguem:

“Como se nota, a conclusão de que não é possível deferir o pagamento do adicional noturno, decorre do fundamento de que ‘Não há como entender que a prática do desporto profissional em período noturno não está abrangida pelos valores pagos a título de

remuneração contratual, na medida em que é da vida profissional do atleta, notadamente o atleta de futebol, a participação em eventos esportivos que ocorrem, pelo menos uma ou duas vezes por semana, no horário noturno, seguindo a grade de transmissão dos jogos em rede de televisão.'

A Constituição Federal dispõe que o trabalho noturno será remunerado de forma superior ao trabalho diurno (art. 7º, IX, da CF), deixando a cargo do legislador ordinário definir os parâmetros do adicional noturno.

A Lei 5.889/93 definiu os parâmetros para o pagamento do adicional noturno para os trabalhadores rurais, do mesmo modo que a CLT, em seu artigo 73, estipulou os critérios para o pagamento do referido adicional para os trabalhadores urbanos.

É certo que a Lei 9.615/98 nada dispõe acerca do adicional noturno dos atletas profissionais, mas isso, por óbvio, não significa que tal direito não deva ser observado em relação a esses profissionais, segundo recai do § 4º do art. 28 da Lei 9.615/1998.

Não se desconhece que os horários das partidas de futebol, sobretudo no decorrer dos dias úteis da semana, são fixados a partir de critérios de ordem essencialmente econômica, que atendem aos interesses das agremiações e das empresas que adquirem o direito de transmissão desses espetáculos futebolísticos, mas isso, evidentemente, em nada impacta o debate ligado à efetiva existência do direito ao adicional noturno, assegurado em nível constitucional, como direito fundamental, ao conjunto de trabalhadores brasileiros.

Não há qualquer incompatibilidade entre o adicional noturno e o regime jurídico da Lei 9.615/1998 ou mesmo em relação à realidade observada nesse segmento econômico.

[...]

O pagamento do adicional noturno aos atletas profissionais de futebol é assegurado pelo art. 7º, IX, da CF c/c o art. 28, § 4º, da Lei 9.615/98, aplicando-se a disciplina do artigo

73 da CLT, Segundo a qual, *‘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’*.

Ante o exposto, peço vênia para dissentir do voto condutor, porquanto entendo que o Reclamante faz jus ao adicional noturno os termos dos arts. 7º, IX, da CF e 73 da CLT, por força do disposto no artigo 28, § 4º, da Lei 9.615/98.

Voto, pois, pelo provimento do agravo de instrumento para exame da violação legal afirmada.” (eDoc. 15, fls. 41-43)

“Como se sabe, o direito de arena surgiu no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Lei 5.988/1973, que regulava os direitos autorais. Nos termos do artigo 100 da referida Lei, cabia à entidade desportiva autorizar ou não a transmissão ou retransmissão do espetáculo desportivo, devendo repassar 20% (vinte por cento) do preço da autorização aos atletas participantes do espetáculo, salvo convenção em contrário.

Antes da referida Lei, as entidades desportivas a que estavam vinculados os jogares de futebol profissionais não eram remuneradas pelas transmissões dos espetáculos esportivos, que eram disponibilizados pelos meios de comunicações de forma gratuita.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, reconheceu-se o direito à *‘proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução de imagem e voz humana, inclusive nas atividades desportivas’* (art. 5º, XXVIII, ‘a’).

Todavia, a despeito da previsão constitucional, o direito de arena, no âmbito do direito desportivo, apenas passou a ser tutelado pela Lei 8.672/93 (Lei Zico) e, posteriormente, pela Lei 9.615/98 (Lei Pelé).

Convém registrar que o artigo 42 da Lei 9.615/98, em sua redação original, dispunha que 20% (vinte por cento) do preço total da autorização da transmissão seriam distribuídos em

partes iguais aos atletas participantes do espetáculo.

[...]

Mais significativa, porém, foi a inovação inserta no § 1º do art. 42 da propalada lei, introduzindo-se uma nova e genérica categoria jurídica, denominada '*direitos desportivos audiovisuais*'.

Outorgado às entidades de prática desportiva, o '*direito de arena*' corresponde à '*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*' (art. 42, '*caput*', da Lei 9.615/1998), em nada se confundindo com os demais ativos que resultam da exploração do espetáculo futebolístico, vinculados a contratos comerciais avulsos de marketing, estático e eletrônico, e exposição de marcas.

A denominada '*receita de TV*' constitui inequívoca espécie de '*direito desportivo audiovisual*', que apenas existe e se justifica em razão dos espetáculos desportivos de que participam os atletas profissionais (CF, art. 5º, XXVIII), razão pela qual não pode ser subtraída da base de cálculo do direito assegurado no § 1º do art. 42 da Lei 9.615/1998.

[...]

Com efeito, o cotejo entre as disciplinas legais, a anterior e a atual, revela, essencialmente, que a nova regra tratou de forma expressa do direito de arena, inclusive conceituando-o de forma objetiva, mas também reduzindo o percentual correspondente de 20% para 5%, em razão da nova base conceitual para a respectiva aferição, qual seja, os '*direitos desportivos audiovisuais*'.

O cotejo entre as duas redações revela, essencialmente, que a nova disciplina trouxe a referência expressa ao direito de arena, que foi inclusive conceituado de forma objetiva na cabeça do dispositivo, ao mesmo tempo em que instituiu, em razão da redução do percentual de 20% para 5% reservado aos atletas, uma nova base conceitual para a respectiva aferição, qual seja, os '*direitos desportivos audiovisuais*'

O direito de arena, portanto, deve ser calculado sobre toda a receita proveniente da exploração de direitos desportivos audiovisuais, nos termos do § 1º do artigo 42 da Lei 9.615/98, não se limitando aos valores pagos apenas a título da transmissão dos jogos propriamente dita, devendo ser considerados todos os valores negociados a título de marketing e propaganda.

Nesse contexto, em que se vislumbra possível afronta ao artigo 42, § 1º, da Lei 9.615/98, no que diz respeito à base de cálculo do direito de arena, e possível violação dos artigos 7º, IX, da CF c/c 73 da CLT e 28, § 4º, da Lei 9.615/98, quanto ao adicional de noturno, deve ser provido parcialmente o agravo de instrumento, autorizando-se o processamento do recurso de revista, para melhor análise.

Assim, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao agravo de instrumento, para prosseguir no exame do recurso de revista apenas quanto aos temas '*ADICIONAL NOTURNO*' e '*DIREITO DE ARENA – BASE DE CÁLCULO*'

2. MÉRITO

2.1. ADICIONAL NOTURNO.

Diante do exposto, CONHEÇO do recurso de revista por violação dos artigos 7º, IX, da CF c/c 73 da CLT e 28, §4º, da Lei 9.615/98 e, no mérito, DOU-LHE provimento para determinar o pagamento do adicional noturno para o período laborado após as 22h, bem como o reconhecimento da hora ficta noturna, com os devidos reflexos, conforme se apurar em liquidação de sentença.

2.1 DIREITO DE ARENA. BASE DE CÁLCULO.

Diante do exposto, CONHEÇO do recurso de revista por violação do artigo 42, § 1º, da Lei 9.615/98 e, no mérito, DOU-LHE provimento para determinar que a base de cálculo do direito de arena é a receita proveniente da exploração de direitos desportivos audiovisuais, devendo ser considerado os valores negociados a título de marketing e propaganda, conforme se apurar em liquidação de sentença.

”(eDoc. 15, fls. 53-67)

Verifica-se, portanto, que a autoridade reclamada não afastou a existência, validade ou eficácia de qualquer contrato de prestação de serviços celebrado entre as partes, tampouco declarou a ilegalidade de eventual terceirização, mas, apenas reconheceu o direito do ora beneficiário ao recebimento do adicional noturno, bem como aspectos específicos da base de cálculo do direito de arena, a partir da valoração do acervo fático-probatório existente nos autos originários.

Da mesma forma, o casco concreto não versa sobre a controvérsia tratada no julgamento do Tema 1.038-RG, o qual se limitou a declarar a ausência de previsão do adicional noturno aos Militares Estaduais ou Distritais, bem como condições para o cabimento do Mandado de Injunção para que se apliquem, aos militares estaduais, as normas que regulamentam o adicional noturno dos servidores públicos civis.

Nesse sentido, registro o julgamento de caso análogo na Rcl 98.700, Rel. Min. FLÁVIO DINO, em que se assentou que *“a controvérsia cinge-se à possibilidade de reconhecimento de remuneração do trabalho noturno superior à do diurno (art. 7º, IX). Tal circunstância revela a ausência de identidade material entre a situação dos autos e aquela examinada por esta Suprema Corte no Recurso Extraordinário n. 970.823 (Tema n. 1.038 da Repercussão Geral), cujo objeto consistiu em atestar que a Constituição Federal não prevê adicional noturno aos Militares Estaduais ou Distritais, bem como a possibilidade de impetração do Mandado de Injunção para que se apliquem, aos militares estaduais, as normas que regulamentam o adicional noturno dos servidores públicos civis, desde que o direito a tal parcela remuneratória esteja expressamente previsto na Constituição Estadual ou na Lei Orgânica do Distrito Federal”*.

Considerando tais premissas, observa-se a impossibilidade de conhecimento da presente Reclamação, por não ser possível aferir a estrita aderência com os precedentes vinculantes invocados.

Assim, a postulação não passa de simples pedido de revisão do

entendimento aplicado na origem, o que confirma a inviabilidade desta ação. Esta CORTE se pronunciou, por diversas vezes, no sentido de que a reclamação constitucional não deve ser utilizada como sucedâneo recursal ou atalho processual para postular diretamente no STF a observação de precedente vinculante estabelecido sob a sistemática da Repercussão Geral, por não ser substitutivo de recurso ou de ação rescisória (RCL 31.486 AgR, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, Dje de 26/11/2018; e RCL 16.038 AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe de 30/10/2014).

Ratifica-se, portanto, o entendimento aplicado para manter, em todos os seus termos, a decisão recorrida, com a ressalva de que o julgador não está obrigado a rebater todos os fundamentos apresentados pela parte, mas somente aqueles que, concretamente, sejam capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão, bem como de sustentar a formação do seu livre convencimento motivado.

Em nome do princípio da celeridade processual, evidenciada a ausência de prejuízo à parte ora agravada, ressalto que não houve a intimação para apresentação de contrarrazões ao presente recurso (art. 6º c/c art. 9º, ambos do CPC).

Diante do exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de Agravo.

É como voto.