

1. A Constituição Federal do Brasil, promulgada a 24 de janeiro de 1967 e em vigor a partir de 15 de março daquele ano (art. 189), consagrou, pelo seu art. 104, e compromisso assumido pelo País, no que diz respeito à relação de emprego dos trabalhadores estatais, ao participar, como signatário da Convenção nº 94 da Organização Internacional do Trabalho, promulgada pelo Governo brasileiro a 14 de julho de 1966, sendo Presidente da República o Marechal Castello Branco. (1)

Com a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, suprimiu-se o texto do art. 104, que se fez substituir pelo art. 106, ora em vigor, e sob a seguinte redação:

“O regime jurídico dos servidores admitidos em serviços de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada será estabelecido em lei especial.”

2. O princípio da tutela do trabalhador estatal exauriu-se em sua hegemonia constitucional, o que não ocorreu com a situação dos demais

(1) Cfr. DO de 19-7-1966, págs. 7.999 a 8.002.

trabalhadores, que prestam serviços em empresas privadas ou públicas e no campo, cuja fonte direta de juridicidade ainda se preserva na Constituição (arts. 165, 166 e 170, § 2º).

3. Ao mesmo tempo, a Constituição, pela Emenda de 17 de outubro de 1969, retirava da competência da Justiça do Trabalho as causas entre trabalhadores e a União, Autarquias Federais e Empresas Públicas Federais e a cometia aos órgãos da Justiça Federal (arts. 110 e 125, I), que se institui para a tutela jurisdicional de um interesse antes público-estatal que público social e privado. (2)

4. O quadro geral do Direito Brasileiro do Trabalho em apreço à vinculação do Estado como empregador revela-se aparentemente à legislação diversificado.

Para os trabalhadores estatais admitidos até 29 de outubro de 1969 — observe-se que a Emenda nº 1, pelo seu art. 2º, entrou em vigor a 30 daquele mês — aplica-se uniformemente a legislação do trabalho, *ex vi* do art. 104 da Carta de 1967, vigente até então.

O regime jurídico desses trabalhadores, sejam da União, dos Estados-Membros, sejam dos Municípios ou de suas Autarquias, outorgado em preceito constitucional, incorporou-se em seu patrimônio jurídico e, como direito adquirido, não mais poderá ser arredado, como, para as situações preteritamente constituídas, não foi (Const., art. 153, § 3º). (3)

Para os trabalhadores admitidos posteriormente, o campo de apropriação manteve-se, entretanto, intacto, pois o art. 106, implantado com a Emenda nº 1, encontrou e encontra em vigor as Leis n.ºs 3.483, de 8 de dezembro de 1958 (art. 3º), 3.780, de 12 de julho de 1960 (arts. 23 e 24) e a própria Consolidação das Leis do Trabalho, aplicando-se os seus arts. 2º e 3º, com a interpretação a contrário de seu art. 7º, letras "c" e "d".

Atente-se que essas leis importam na aplicação geral dos preceitos trabalhistas e só se rompem suas diretivas se outra lei federal expressa e diversamente dispuser, como se dá *v.g.*, para a relação de emprego do pessoal docente do magistério federal, cuja específica legislação contém exceções. (4)

(2) A Justiça do Trabalho tem por fim precipuo a tutela especial de um interesse público social, composto nas relações de trabalho. Cfr. a respeito, VILHENA, Paulo Emilio Ribeiro, de, "Estrutura Orgânica da Justiça do Trabalho", in "Revista de Informação Legislativa", Brasília, 30:121-130, abril/junho—1971, págs. 121 ss.

(3) Cfr. STIER-SOMLO, Fritz, "Wohlerworbene Rechte", in "Handwörterbuch der Rechtswissenschaft", herausgegeben von STIER-SOMLO, Fritz, und ELSTER, Alexander, Berlin und Leipzig, Walter de Gruyter & Co., 1929, VI. Band, S. 938, II.

(4) Cfr. os arts. 2º, parágrafo único, 6º e seus parágrafos, 13 e 16, da Lei nº 5.539, de 27 de novembro de 1968.

O art. 111 do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, conflitando-se com o comando do art. 104 da então Constituição de 1967 — antes da Emenda nº 1 — tem-se por manifestamente revogado (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 2º, § 1º, segunda parte). Isto porque aquele comando constitucional, em norma hierarquicamente superior, se dirigiu diretamente à legislação trabalhista, cometendo-lhe regular as situações de emprego dentro da definição de seus pressupostos fático-jurídicos (C.L.T., arts. 2º e 3º).

Revogado o art. 104 da Constituição, não se restaurou, por isso só, o art. 111 do citado Decreto-Lei nº 200, conforme dispõe a mesma Lei de Introdução ao Código Civil, art. 2º, § 3º

No contexto, cotejados os dispositivos, os vínculos empregatícios continuam governados pelos supostos dos arts. 2º e 3º da C.L.T., eliminada a execução da eventualidade antes aberta pelo art. 111 do Decreto-Lei nº 200, que elemento nenhum de eventual contém.

Por outro lado, o Decreto-Lei nº 900, de 20 de setembro de 1969, que, em parte mínima, modificou o Decreto-Lei nº 200, nada dispôs quanto à hipótese tratada no art. 111.

Ainda que dispusesse, seria norma irrita porque, à data de sua edição — do Decreto-Lei nº 900 — encontravam-se em pleno vigor os dispositivos da Carta de 1967, inclusive seu art. 104.

Os trabalhadores dos Estados-Membros, de suas Autarquias e dos Municípios e de suas Autarquias sujeitam-se aos preceitos da C.L.T., por força da competência federal para legislar sobre Direito do Trabalho (Const., art. 8º, XVII, “b”) e em decorrência da operação hermenêutica da *interpretatio a contrario*, do citado art. 7º, letras “c” e “d”, da C.L.T.

Portanto, a diversificação de regime, quanto ao direito material, é apenas aparente, pois, na realidade, os tribunais encontram caminhos legais à aplicação geral das leis trabalhistas a todos os servidores estatais que não sejam funcionários públicos.

5. O fundamento e a estrutura da ordem jurídica nacional — em harmonia com as normas internacionais em vigor — não admite se extraíam conclusões diferentes para aquelas situações de empregos privados, em que, em território nacional, figure, como empregador, Estado estrangeiro.

A tônica emprego privado tem por fim, apenas, distinguir tais trabalhadores dos funcionários ou agentes públicos.

O público e o privado, aqui, não decorre da qualidade pública ou privada da pessoa empregadora, mas do regime jurídico estatutário ou não — a que se ache afeta a situação do prestador de serviços.

6. A relação de emprego, tendo como pólo-empregador “Estado estrangeiro”, não exige maiores indagações, no que se refere à sua pontuação.

As pessoas acham-se definidas: a) de um lado, o empregado; b) de outro, o empregador, o Estado, *v.g.*, por sua embaixada, seu consulado, suas agências comerciais, suas agências de propaganda e turismo, de divulgação e cultura etc...

Desde logo, esclareça-se que a sujeição do Estado estrangeiro ao direito social nacional (o Direito do Trabalho) está definitivamente consagrada pela “Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas”, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 103, de 1964, e promulgada pelo Decreto nº 56.435, de 8 de junho de 1965. (5)

Em termos de conclusão dessa convenção — art. 33, NASCIMENTO E SILVA (6) expõe que: 1º) os funcionários diplomáticos e as respectivas famílias não estão sujeitos à legislação social do Estado acreditado, mas, sim, à do Estado acreditante; 2º) os funcionários e empregados nacionais do Estado acreditado ou nele residentes em caráter permanente acham-se sujeitos à referida legislação.

O critério da subtração à legislação do trabalho, fundado na condição de estrangeiro ou nacional, é um critério ajurídico.

Para fins de direitos e garantias todos são iguais perante a lei (Const. Fed., art. 153, § 1º), entendida a segurança, de que trata o *caput* do dispositivo (art. 153), como segurança social, nela incorpora a legislação do trabalho.

Por outro lado, o art. 165 da mesma Carta, que fixa os direitos fundamentais do trabalhador, não distingue entre brasileiros e estrangeiros, que prestem serviços em territórios nacionais.

(5) Cfr. BOSON, Gerson de Brito Mello, “A Imunidade de Jurisdição do Estado e as Relações de Trabalho”, in *Ltr.*, agosto de 1971, págs. 602/3.

(6) Cfr. NASCIMENTO E SILVA, G.E., “Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas”, R.J., Ed. do Min. das Relações Exteriores, 1967, págs. 225/6.

Tanto isso é certo, que, em um de seus itens, o nº XII, abre regra especial para os “empregados brasileiros”. Logo, os demais itens, que integram o dispositivo, compreendem brasileiros e estrangeiros.

Falar em território nacional não exclui os prédios de embaixadas, consulados, escritórios comerciais etc., de país estrangeiro.

O princípio que rege a singularidade da tutela de tais prédios resume-se no princípio de privilégios diplomáticos, como aclara OSCAR TENÓRIO, quando, contundentemente, arremata que os “imóveis adquiridos pelos Governos estrangeiros não devem ser considerados como territórios estrangeiros. Equiparam-se os adquirentes aos particulares. São proprietários como as demais pessoas. *Necessário repelirmos, como inútil e falsa, a idéia da Extraterritorialidade.* (7)

O disposto no § 3º do art. 11 da Lei de Introdução ao Código Civil não importa em uma delegação de soberania. Autoriza-se, por lei, a aquisição de prédios necessários à sede dos representantes diplomáticos ou dos agentes consulares, prédios esses susceptíveis de desapropriação.

Logo, não escapam aos princípios fundamentais da ordem pública, do interesse público e do interesse social, que supõem a organização pública fundada na soberania nacional.

7. Duas questões, porém — uma, mero efeito na tutela da relação de emprego, que é a tutela jurisdicional, e a outra, na realidade referente a regime jurídico — contam força idônea para afastar a aplicação da legislação do trabalho a servidores de Estados estrangeiros.

Se se trata de Estado-empregador — aqui, pelo princípio da indiscriminação constitucional, o Estado estrangeiro equipara-se ao Estado nacional — só se poderá afastar o campo de aplicação da legislação do trabalho se o servidor for funcionário ou agente, na acepção de órgão daquele Governo ou investido em função ou cargo público. (8)

A estrutura orgânica da representação diplomática e o regime estatutário, em que se incorporam agentes e funcionários públicos estrangeiros, guardam simetria com a posição da soberania do Estado estrangeiro.

(7) TENÓRIO, Oscar, “Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro”, 2.ª edição, Rio de Janeiro, 1955, Ed. Borsoli, pág. 377, nº 708, e cfr. ainda pág. 376, nº 707 e 378, nº 713.

(8) Abstraindo-se, é verdade, da tendência à assimilação de situações trabalhistas (direitos) a funcionários, de que dão notícias BAYON-CHACON, Caspar e PEREZ BOTIJA, Eggenio, in “Manual de Derecho del Trabajo”, 3.ª ed., D-MARCIAL FONS, Libros Jurídicos, Madrid, 1962, vol. I, págs. 32, nota 11, e 290/1, especialmente nota 10.

A *qualitas juris* do funcionário ou agente, que pratica atos de representação do Estado, desdobra-se na prática de atos de *jus imperii* e supõe relação jurídica de natureza internacional pública.

A relação públística o é, portanto, nacional e internacionalmente.

Contrariamente, porém, a tais situações, apontam-se aquelas vinculações de natureza contratual, em que os empregados ou trabalhadores do Estado estrangeiro não integram órgãos nem se acham investidos em função ou cargo público.

A relação é meramente privada.

Em tais relações, o Estado estrangeiro empregador comparece no exercício de seu *jus imperii*, mas pelo *jus gestionis* se equipara, perante a ordem jurídica nacional, aos indivíduos.

Não por outro fundamento sustenta KEGEL:

“Der Staat sowie Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts *unterwerfen sich schwerer fremdem Recht als natürliche und juristische Privatpersonen. Daher gilt für Schuldvertrag der öffentlichen Hand im Zweifel das Recht des betreffenden Staats.*” (9)

O preceito da subordinação do Estado estrangeiro na posição de *jus gestionis* à ordem jurídica nacional partiu timidamente no princípio, decisivamente na atualidade, do critério observado para a sua subordinação à jurisdição nacional. (10)

8. Tanto quanto nos corpos diplomáticos (embaixadas e consulados), como nos serviços especiais de natureza comercial ou não (agências de turismo, de propaganda, de divulgação, de cultura, escritórios comerciais), o Estado estrangeiro desenvolve suas atividades através de inúmeros empregados, contratualmente vinculados.

Nada obsta alcance a contratação de empregados nacionais como estrangeiros, relativamente ao país acreditado.

O critério, portanto, da nacionalidade, para distinguir a tutela jurídica — e a jurisdicional, com certeza — do servidor estrangeiro é falho,

(9) “O Estado, assim como as corporações e os estabelecimentos públicos em muito se subordinam ao direito estrangeiro como as pessoas naturais e jurídicas privadas. Por isso, aplica-se para a relação contratual do poder público, em dúvida, o direito do respectivo Estado”, KEGEL, Gerhard, “Internationales Privatrecht”, 2. Auflage, München und Berlin, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, S. 230.

(10) Cfr. TENÓRIO: ob. cit., pág. 387, n.º 736, e CASTRO, Amílcar de: “Direito Internacional Privado”, 2.ª Ed., RJ, Ed. Forense, 1968, 2.º vol., págs. 227 e segs., n.º 295 e segs.

pois, cria distinções, por motivo de nacionalidade, para prestadores de serviços que se encontram sob o mesmo regime jurídico e cujas naturezas e forma de prestação não se distinguem entre eles.

Estar-se-á, se se proceder de maneira diferente, dispensando tratamento jurídico de Direito Internacional Público, sob pruridos de reverência ao Direito Público Interno — *jus imperium* — a uma situação que se tem por adequadamente correta à luz dos preceitos do Direito Internacional Privado como entrevém KEGEL, no texto citado.

Em suma, a hipótese não passa de trabalho estrangeiro prestado em território nacional, pouco importando seja empregador Estado estrangeiro ou empresa estrangeira, Estado nacional ou empresa nacional.

O *privilegium jurisdictionis* ou a não-aplicação do direito material nacional, em se tratando de trabalho prestado no território do país acreditado — *loci executionis* (11) — não mais se explica, quando a relação de trabalho pontuada no Estado estrangeiro é fundamentalmente negocial e não público-estatutária.

9. A outra questão, e que se sustentou acima conter mero efeito na tutela da relação de emprego, toca à imunidade de jurisdição.

Com a força da imunidade de jurisdição, nega-se a incidência do direito material do trabalho, que deve aplicar-se aos empregados contratados por Estados estrangeiros em território nacional.

Em verdade, pretensão, que resultia da exigibilidade do direito se não oportunamente cumprido.

Essa pretensão, porém, acha-se, *ultima ratio*, desprovida de acionabilidade e a acionabilidade é qualidade essencial da pretensão, da tutela, portanto, do direito, como adverte LEHMANN. (12)

Pretensão e ação completam-se em seu objetivo final, que, pela incolumidade da ordem jurídica, revela-se na garantia da efetividade dos direitos. (13)

Nega-o a imunidade jurisdicional, em virtude da impossibilidade de o empregado, com direito a postular, deslocar-se para o país a que serviu e ali procurar seus tribunais. (14)

(11) Cfr. GEMMA, Scipione, "Il Diritto Internazionale del Lavoro", Padova, 1938. CEDAM - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, pág. 161 e segs.

(12) Cfr. LEHMANN, Heinrich, "Tratado de Derecho Civil", Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1356, trad. de José María Navas, vol. 1, págs. 139/39, nº 2.

(13) Em seu ponto culminante cfr., conceitualmente, HELLWIG, Konrad, "Anspruch und Klage-recht", Darmstadt, Scientia Verlag-Aalen, 1967, S. 153 bis 159.

(14) Cfr. BOSON, ob. cit., pág. 602, nº 11.

Admitir a cisão entre o direito e a ação importa em retirar do direito toda sua força vinculante, pois o exercício jurisdicional de um direito é o intensivo exercício da pretensão, como modernamente viu VON THUR. (15)

Rompido o caráter absoluto da imunidade jurisdicional — que hoje só se preserva para os atos de império do Estado estrangeiro — e a sua derrogação envolve aqueles casos em que este não execute, por suas legações ou estabelecimentos públicos, atos de soberania, mas age como qualquer privado e dessa natureza sejam as relações a que se vincule (16) nada impede se assegurem a seus empregados não-funcionários os direitos sociais do país acreditado. (17)

A Justiça competente é a Justiça do Trabalho, em virtude do princípio geral do art. 142 da Constituição Federal e do *numerus clausus* de seus arts. 110 e 125, I.

A ordem jurídica nacional, emparelhada com a doutrina dominante e em franca evolução, prevê a submissão do Estado estrangeiro à jurisdição do país, como se acha contido no nº II, letra "a", do art. 119 da Constituição Federal, em vigor, que dispõe:

"Art. 119 — Compete ao Supremo Tribunal:

I —

II — julgar em recurso ordinário:

a) as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado e, de outro, Município ou pessoa domiciliada ou residente no País."

A competência, em que se tratando de relação interestatal, alcança os atos nos quais se tenha o Estado estrangeiro abdicado de sua *qualitas juris* soberana e, em se tratando de relação com as pessoas ou entidades privadas (*jus gestionis*), quaisquer atos, de natureza negocial.

Entre estas figura a relação de emprego, que a despeito de situar em um dos pólos o Estado é absolutamente privada.

Com isso, alcança-se a uniformidade jurídica da tutela do trabalho em território nacional e se preserva a igualdade entre Estado nacional e Estado estrangeiro, no que concerne às relações de trabalho a eles prestado.

(15) Cfr. THUR, Adress von, "Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts", Berlin, Verlag von Duncker & Humblot 1957, I. Band, S. 258, V.

(16) BOSON, ob. cit., págs. 601/0.

(17) Cfr., para os fundamentos gerais da relação de emprego com o Estado, VILHENA, Paulo Emilio Ribeiro de, "Contrato de Trabalho com o Estado", Belo Horizonte, Estabelecimentos Gráficos Santa Maria, 1965, págs. 9 e segs., esp. págs. 103 e segs.