

Trabalhador brasileiro no estrangeiro

PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA

Professor da UFMG. Juiz do TRT da 3ª Re-
gião aposentado. Advogado em Belo
Horizonte

1 — A construção anterior à Lei nº 7.064/82

1. A jurisdição

1.1 Questões incidentes

Não resta a menor dúvida que, nos litígios trabalhistas, cujo objeto seja a reclamação fundada em contrato de trabalho de empregado brasileiro, celebrado ou executado no estrangeiro, a questão prévia a ser posta em Juízo, como exceção ou preliminar, é a da jurisdicionalidade ou, conforme a colocação, da competência da Justiça brasileira para conhecer e julgar a causa.

Tecnicamente, a exceção vai além da preliminar de incompetência, que é distribuição de jurisdição, já que há de discutir-se, primeiro, a própria jurisdição, que é o poder-dever de um Estado administrar a Justiça.

Ora, se os fatos se passam em outro Estado, é curial que se terá de verificar se o Estado, em que foi ajuizada a reclamação, tem jurisdição para além de suas fronteiras, já que os limites da jurisdição coincidem com os da soberania estatal, em razão do que se parte do princípio básico, segundo o qual a jurisdição é territorial.

Revela-se o princípio no art. 12 e seu § 1º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Todavia, antes de penetrar-se o campo especificamente processual, importa se abram duas questões prévias (dir-se-ão “prejudiciais”), mas **de direito material** e que, fatal e decisivamente, influenciam na solução a ser dada ao problema da jurisdição.

As duas questões prévias e de direito material, como logo se alcança, referem-se a situações ou relações jurídicas, a que a lei toma como suposto de equacionamento da jurisdição e são elas:

a) a existência ou não de consórcio, grupo de empresas que operem em âmbito internacional, as nomeadas **multinacionais**;

b) a viabilidade de eleição de foro pelas partes, ligada esta à autonomia da vontade, como cláusula contratual.

Explica-se que a caracterização do consórcio poderá conduzir à hipótese de prestação de serviços também em território nacional, à consumação aqui da rescisão do contrato (donde passaria a atuar, para fins competenciais ou jurisdicionais, o *locus executionis*, ou seja, o princípio básico da territorialidade).

1.2 O grupo de empresa e a "lex executionis contractus"

O grupo de empresas, o consórcio, o "conglomerado" (**Holding Konzern** ou as formas mais esgarçadas do **Kartell** e até mesmo o **Trust**), enfim, a solidariedade, decorrem de fatos jurídicos os mais diversificados e encontra fisionomização própria, no direito do trabalho, no art. 2º, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, de exegese sempre ampla e compreensiva na aceção dos magistrados trabalhistas.

A sua conceituação parte da intercomunicação de interesses, de início representados por pessoas jurídicas (ou físicas) autônomas, em sua correta formalidade existencial.

Outras vezes, a concentração do capital, em mãos de detentores comuns, que se desdobra na constituição de diversas sociedades e as prende a um centro comum, direto, indireto, contínuo ou intermitente, de direção.

O controle acionário é figura por demais elementar nos grupos de empresas, seja de uma sobre a outra, seja de acionistas ou de conjunto de acionistas.

Finalmente, cabe se lembrem outros aspectos intercalares, funcionais e que geram a convicção jurídica da existência do grupo, como se expôs em obra:

"O comando empresário unifica-se no encontro de ordens de diretores, gerentes ou encarregados ou altos empregados, o que leva à fisionomização de uma necessidade comum no empreendimento, através do qual as operações se coordenam e confluem em atos de direção sobre a conduta de cada empregado.

O ato-fato-trabalho é ponto de encontro de disposições oriundas de órgãos, delegados ou prepostos de empresas diversas. Ocorrem, aí, na aceção de CESSARI, controle sob base fiduciária pessoal e controle sob base pessoal" (Cf. Vilhena, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de Emprego**. São Paulo. Ed. Saraiva. 1975, p. 126).

Todavia, como se acha contido no art. 896 do Código Civil, "A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes."

Sob essa perspectiva, o conflito de adequação atinge forma aguda, pois a lei até agora citada é a Lei brasileira (CLT, art. 2º, § 2º, e Código Civil, art. 896), no suposto de que esta seja a lei cabível para a qualificação da pessoa, isto é, para a conceituação do "grupo" como tal.

Todavia, a personalidade jurídica é atributo reconhecido e conceituado conforme disposições legais imediatamente ligadas à **ordem pública** de cada país. Não há distinguir a especificação da personalidade (capacidade) nem sua distinção entre “pessoas físicas” e pessoas jurídicas **stricto sensu** (cf. CASTRO, Amílcar de. **Direito Internacional Privado**. 3ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1977, pp. 291 e ss).

Logo, a configuração do consórcio encontra esse escolho inicial: qual a ordem jurídica que o definirá como tal?

De princípio, parece-nos que é aquela em que se constitui e se forma a “empresa matriz”, pois é a ele que conduz a unicidade de pessoas, das empresas que compõem o grupo.

Nesse mesmo plano, a invocação do art. 9º da CLT frauda, pela aparência, pela simulação de empresas distintas, quando não o sejam, resulta duvidosa e insegura, já que, em ordem jurídica diversa, a incidência do modelo tipificador da fraude pode não coincidir com o que reza o direito brasileiro, sobretudo no que toca à eficácia ou não da diversidade de pessoas jurídicas, cuja interligação (induzida por indícios e circunstâncias) poderá não importar na caracterização do consórcio.

Do que se expõe, sente-se que se elabora um círculo vicioso de sustentação, em que se acaba por onde se começa e vice-versa, e a jurisprudência, muitas vezes, caminha às cegas, pelas primeiras impressões e pela adoção de um critério de conexão sem atentar para tais singularidades de ponto de apoio.

Contudo, o **locus executionis** recebe o impacto de fato gerador de captação da ordem jurídica do país em que o trabalho é prestado e, se múltiplos são esses países, inclusive o Brasil, em sucessivas etapas contratuais, a jurisdição fixa-se nesse país:

“Se o contrato de emprego no Brasil se constitui e em parte aqui é executado, mediante parte de pagamento aqui feita, aplica-se, em caso de litígio, a lei brasileira” — TRT — 3ª Reg., Proc. 4.038/80. Rel. Juiz José Theodoro G. da Silva. DJ — MG, de 24-3-82, pág. 40.

“As relações jurídicas oriundas de contrato de trabalho ajustado no estrangeiro, desde que o empregado execute o trabalho em território brasileiro, regem-se pelas leis do Brasil. Para o julgamento de seus efeitos, competente é a Justiça do Trabalho” — TST — Proc. 49/50. Rev. Forense, 138, pág. 269 apud Osires Rocha. **Cursos de Direito Internacional Privado**. 3ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1975, p. 212.

“Ainda que contratado no estrangeiro, o empregado tem o seu contrato subordinado às leis do país onde presta serviço, de acordo com o art. 323, do Código de Bustamante, que defere a competência das ações pessoais ao lugar do cumprimento da obrigação, **locus executionis**. Conta-se o tempo de serviço prestado à mesma empresa em países diferentes de acordo com o princípio

da unidade de contrato” — TRT — 1ª Reg. Proc. nº 1.494/79. Rel. Juiz José Teófilo Vianna Clementino. In BONFIM, B. Calheiros e SANTOS, Silvério dos. **Dicionário de Decisões Trabalhistas**. 7ª ed., Rio de Janeiro. Eds. Trabalhistas, 1981, p. 120, Ementa nº 820.

Ressalvando a acepção de cumprimento ou execução parcial do contrato em um e, concomitantemente, em outro país — exame a que se dedicou a 9ª Junta de Conciliação e Julgamento de Belo Horizonte, que será por inteiro transcrita adiante, face a profundidade da abordagem do problema da jurisdição —, sem que nada se antecipe quanto ao “foro de eleição”, o acórdão, que ora se transcreve, dá bem o sentido da posição jurisprudencial brasileira, por vezes extremada no tocante à natureza da competência territorial (“absoluta” — sic):

“No processo trabalhista a competência de foro ou territorial é absoluta e não relativa, como ocorre no processo comum. A lei trabalhista não possibilitou a modificação da competência territorial ou de foro, pois esta é inderrogável por convenção das partes. Não há foro de eleição no processo trabalhista. Logo, pelo direito judiciário do trabalho a competência de foro é improrrogável porque absoluta. Esse entendimento se consolida, ao se ler o § 1º do art. 795, da CLT: “Deverá, entretanto, ser declarada **ex officio** a nulidade fundada em incompetência de foro.” Para os que aplicam os mesmos princípios da competência do direito processual comum ao direito processual do trabalho, a palavra “foro”, nesse dispositivo, foi usada em sentido inadequado. Entretanto, porém, muito ao contrário, que o seu uso, aí, no sentido de incompetência territorial, foi intencional, pois o que se pretendeu foi ressaltar a improrrogabilidade das ações em razão do lugar, **já que a localidade da prestação de serviços** é que fixa a competência da Justiça do Trabalho” — TRT-3ª Reg., Proc. nº 540/78. Rel. Juiz Orlando Teixeira da Costa. In BONFIM & SANTOS. **Dic. de Dec. Trabs.** cit., 16ª ed., 1980, p. 123, Ementa nº 870.

Em trabalho recente, Vicente Malheiros da Fonseca — depois de insurgir-se contra a viabilidade de existência de jurisdição — o que, aliás, atentaria contra a própria estrutura da sociedade, que se funda na ordem jurídica e na garantia de sua efetividade, através de órgãos encarregados da aplicação da lei, lembra:

“Muito pelo contrário, o art. 198 do Código de Bustamante declara que é **territorial** a legislação sobre acidentes do trabalho e “proteção social do trabalhador” — competência da Justiça do Trabalho. In **Revista LTr.**, ano 46, p. 18, janeiro — 1982.

Antônio Lamarca, ao analisar a hipótese do § 2º do art. 651, da CLT, que adota critério da **nacionalidade**, para determinar a competência em dissídio de empregado brasileiro, que trabalhe em país estrangeiro, mas em “agência” ou “filial”, alerta para um suposto:

“... Implicando-se que a matriz do empregador esteja situada no Brasil” — Cf. **O Livro da Competência**. São Paulo, Ed. Revista

dos Tribunais, 1979, pág. 463, VII, 6. Cf. ainda, BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Trafado de Direito Judiciário do Trabalho**. S. Paulo, Ed. LTr., 1977, p. 189.

Deixa entrever RUSSOMANO que o domicílio do empregador, na hipótese do art. 651, § 2º, seja o Brasil e, no estrangeiro, o que há é a “filial” ou a “agência” da empresa estrangeira (cf. RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à CLT** 9ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1982, p. 734, nº 2). Se se fala em “filial” ou “agência”, fala-se em **estabelecimento e não em empresa**, qualquer que seja a acepção que se lhe dê.

Salvo, portanto, a caracterização do “grupo” de empresas, delineado e bem gizado na ascendência de empresa brasileira, e no Brasil tenha prestado serviço alguma vez o empregado, admite-se o acionamento dos órgãos judiciários trabalhistas brasileiros: a jurisdição é a brasileira. Para além disso, será navegar no arbítrio, na criatividade pura, em matéria fundamentalmente técnica, jurídica e que se liga à estrutura organizativa e à soberania de cada Estado.

1.3 O foro de eleição

É possível que a confluência de posições ou a divergência de concepções no que diz respeito à **conexão** ou à **regência** sejam os fatores preponderantes de opção **pela liberdade contratual**, pela **autonomia da vontade** como critério de **remessa**, sempre no pressuposto de que toda a ordem jurídica está provida de meios bastantes para, juridicamente, proferir decisões e resolver os litígios abertos e que envolvam o problema da territorialidade.

Evidentemente, na ordem jurídica interna, o **foro da eleição é residual**, ou seja, goza de eficácia plena naqueles supostos em que a lei expressamente não regulou ou em que deixou ao arbítrio das partes (arts. 88 e 89, para a competência internacional e arts. 91 a 110, para a competência interna e, especialmente, art. 111 e sua segunda parte, em que se faz referência às “ações oriundas de direitos e obrigações — todos do Código e Processo Civil).

Na esfera do direito do trabalho, como se viu acima, e em se tratando de aplicação de direito brasileiro, não se aceita o **foro da eleição**, dada a tipicidade processual da competência, fixada em razão do lugar da **prestação de serviços e/ou, supervenientemente, do contrato**, se não coincidirem, mas como poder jurídico conferido ao empregado, o basicamente tutelado pela ordem jurídica trabalhista (art. 651, da CLT). Atente-se a que esse dispositivo, como **regra geral**, consagra o princípio da **territorialidade**, “ainda que tenha sido (o empregado) contratado noutro lugar ou no **estrangeiro**” (**verbis**). É curial que, ao aludir-se a “no estrangeiro”, o preceito não discrimina a **nacionalidade** do empregado, se brasileira ou não, e muito menos cuida da jurisdição nacional ou de outro país.

Note-se que o § 2º desse artigo não passa de uma projeção da regra do § 1º, do plano nacional para o plano internacional, **contidos ambos, todavia**, no suporte catalizado de **agência** ou **filial**, que é modelo e tipicidade de atração da regra de competência excepcional.

Mas a formulação do critério legal não é absoluta e aí está o silêncio da lei processual trabalhista brasileira concernentemente ao foro de eleição, o que autoriza — salvo os casos de **competência territorial** ou em razão da **nacionalidade**, especificados no § 2º do art. 651 da CLT — a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, em seu art. 111, parte final.

A admissibilidade de **eleição de foro**, como diz GAMILLSCHEG e o demonstra, inclusive no plano da comparatividade (Alemanha, Suíça, Itália, França, Bélgica, Holanda e Inglaterra, cf. GAMILLSCHEG, Franz. **Internationales Arbeitsrecht (Arbeitsverweisungsrecht)** Berlin-Tübingen, Walter de Gruyter & Co. u. J. C. B. Mohr, 1959, 387 u. 391 bis 396), não se induz ou se infere como um princípio **a priori**, mas está adscrita a cada ordem jurídica, segundo seu direito positivo.

Com o aval de Riezler, Nussbaum e Raape, aduz o extraordinário tratadista germânico:

“Toda ordem jurídica resolve autonomamente se e em qual perimetro a vontade das partes influencia na competência internacional, se a convenção é capaz para um foro estrangeiro exclusivo, para excluir a nela compreendida competência de um tribunal, decide, conseqüentemente, o direito do Tribunal, cuja competência deve ser excluída — jede rechtsordnung entscheidet selbständig darüber, ob und in welchem umfang dem parteiwillen einfluss auf die internationale zuatändigkeit einbräumt wird ob die vereinbarung eines ausschliesslichen ausländischen gerichtssandes imstande ist, die an sich gegebene zuständigkeit eines gerichts auszuschliessen, entscheidet mithin das recht des gerichts dessen zuständigkeit ausgeschlossen werden soll ob. cit. p. 385, N. 358. Cf., ainda, para o direito inglês, GRAVESON, R. H. **Private International Law**. 7. ed., London, Sweet & Maxwell, 1974, pp. 94 e ss., e que traz, dentro do pragmatismo anglo-saxônico, uma acepção objetiva de **jurisdição**, a **jurisdição judicial (judicial jurisdiction)** como o poder legal e a autoridade de uma corte proferir uma decisão válida (to make a valid decision), obrigatória para a parte ou as partes e referente a qualquer matéria trazida perante ela p. 94).

No direito processual do trabalho brasileiro, conquanto estrita seja a regra concernente à competência internacional e conquanto a Consolidação das Leis do Trabalho, em seu art. 769, repasse à legislação processual comum a aplicação de regras subsidiárias, em caso de silêncio da lei especial ou caso não se contravenham seus princípios, a doutrina e a jurisprudência assimilam critérios de avaliação jurídica hauridos do direito material do trabalho, respaldando-se, sempre, em um princípio de **cogência** deste, de tutela do trabalhador, para imprimir direção ao preceito processual e até para **criar** regra interespecial de competências, em termos de extensão ou de aplicação analógica.

Advirta-se, em todo o caso, que o **foro de eleição** vem sendo rejeitado na jurisprudência e na doutrina nacionais, mas como um dado **a priori**, como

um fluxo natural de um princípio de direito material que se infiltra pela interpretação e pela aplicação da norma processual.

1.4 Da Jurisdição especificamente

Arma-se a hipótese de uma empresa que executa serviços no estrangeiro, sediada em outro país, também estrangeiro.

Incidentemente, há parcelas remuneratórias que o empregado autoriza sejam desviadas para o Brasil e aqui entregues a parentes ou familiares seus.

Antes de transcrever-se, na íntegra, sentença de alta fundamentação, do Professor AROLDO PLÍNIO GONÇALVES, em hipótese senão idêntica ao menos para-idêntica (para não dizer analógica nem semelhante), cabe lembrar o acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, atrás ementado, em que se tomam essas prestações **desviadas** e entregues no Brasil como “execução concomitante do contrato”, aqui e no estrangeiro — o que está verticalmente refutado nessa sentença e cujos argumentos devem ser ponderados.

Ao partir-se dessa sentença, como formulação central para o correto equacionamento da hipótese focada, quer-se com isso significar a precedência, a **pré-questionalidade**, do problema jurisdicional sobre qualquer outro de direito processual e mesmo o de direito material, dentro, é claro, do curso a que tiverem as relações jurídicas mantido entre as partes.

“Questão, porém, de profunda indagação e da maior relevância é a de se saber se são aplicáveis na espécie o § 2º do art. 2º e o § 3º do art. 651 da Consolidação das Leis do Trabalho.

No que toca ao § 2º do art. 2º da CLT, é preciso não se perder de vista, antes de mais nada, que trata-se de **norma de direito material interno** que estipula a solidariedade empresária e que, por razão de ordem lógica, só pode ser invocada e apreciada após definida a competência da Justiça brasileira para instruir e julgar a causa. Aliás, é esta própria e mesma lógica que determina não ser a existência do grupo o motivo que irá fazer competente a Justiça brasileira, como, parece, se tem entendido. Apenas se competente esta, ultrapassada a fase de análise da questão processual, é que se poderá invocar e aplicar a **regra de direito material interno** relativa à solidariedade. A solução contrária é simplista, errada, inversa. Assim, preliminar necessária é a do exame da competência da Justiça brasileira.

Antes, no entanto, importa afastar um outro equívoco do reclamante e que se relaciona à aplicação do § 3º do art. 651 da Consolidação. Todo o art. 651, quer no **caput**, quer em seus parágrafos (1º, 2º e 3º), se destina a regulamentar a competência do Juiz do Trabalho brasileiro para casos normais de empregados brasileiros que tenham sido contratados no Brasil e que **aqui** tenham seus serviços sido prestados. Apenas o § 2º do art. 651 se faz em exceção, estendendo a competência para dissídios ocorridos em agência ou filial no estrangeiro, desde que o empregado seja brasileiro. Contudo, não se aplica este dispositivo (§ 2º do art. 651 da CLT), porque a Mendes Junior Internacional Company é pessoa jurídica distinta da outra reclamada, ou melhor até, é sociedade constituída segundo o critério da lei das Índias Ocidentais Britânicas, com capital em moeda norte-americana, operando no Iraque, é, isto sim, uma multinacional e que não pode, de maneira nenhuma, ser tomada como agência ou filial de entidade brasileira no estrangeiro. Torna-se, por conseguinte, de todo imperioso bem definir as situações, para que se evitem equívocos a que se possa ser conduzido em terreno como este, reconhecidamente movediço e perigoso, e em que qualquer leve descuido pode traduzir-se em perda irreparável às partes litigantes. Não tem inci-

dência, portanto, no caso, nem o § 3º, nem muito menos o § 2º do art. 651 da Consolidação.

Na espécie está-se diante de uma situação em que confessada e abertamente é omissa e lacunosa a legislação brasileira específica da tutela ao trabalho. Não há, por mais ousada seja a mente do intérprete, como fazer, através de uma norma da CLT, competente o Juiz brasileiro para instruir e julgar esta causa. Nem se pode trazer à colação, em caráter de subsidiariedade, o direito processual comum. Não servem de arrimo os arts. 88 e 89 do Código de Processo Civil. Nem mesmo o item III do art. 88, que faz referências a quando "a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil".

A contratação foi no Brasil, mas a ação se origina de fato ocorrido ou ato praticado — a prestação de serviços — no Iraque. Também não se suponha a incidência no item II do art. 88 do Código de Processo Civil, isto é, a competência da autoridade judiciária brasileira, porque "no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação". No Iraque, o reclamante prestaria e prestou seus serviços e lá receberia e recebeu seus salários (fls. 7v — itens 3.1.1 e 3.1.2).

Pelo último documento de fls. 12, constata-se que o reclamante recebeu no Iraque, em maio de 1980, em dinares, com a equivalência em cruzeiros (Cr\$ 68.026,50), importância muito superior a quantia que lhe seria creditada no Brasil pelo item 3.1.1 do contrato (fls. 07v). A obrigação de pagar salário, por assim o pretender a reclamada, era cumprida parcialmente no Brasil e em parte, maior parte, no Iraque. A questão, porém, é outra. É a de se saber se a norma inserida pelo legislador brasileiro no inciso II do art. 88 do Código de Processo Civil abrangeria estas complexas relações advindas do trato entre empregado e empregador. E a resposta é negativa. Aí o Código de Processo Civil não pode ser elevado à condição de fonte subsidiária, como refere o art. 769 da Consolidação. Primeiro, porque o direito processual comum é fonte **no que toca às suas normas internas**. Mas, mesmo que se acolhesse (como se joga com a hipótese do item III do art. 88/CPC) o argumento, a referência do texto é a obrigação que tiver de ser cumprida no Brasil. Trata-se de **forum destinatae solutionis**. A regra em análise é, sem dúvida, diferente da daqueles países que tomam em consideração ou o lugar em que a obrigação é contraída ou aquele em que ela deve ser satisfeita, como é o caso típico da Itália cujo art. 20 do Código de Processo Civil de 1942, em vigor, dispõe:

"Per le cause relative a diritti di obbligazione à anche competente il giudice del luogo in cui è sorta o deve eseguirsi l'obbligazione dedotta in giudizio."

Pela letra do inciso III do art. 88 do Código de Processo Civil brasileiro, fundamental para a fixação da competência é o lugar onde a obrigação deva ser cumprida, e não, o em que foi contraída, como é na Itália. E na espécie tudo se passava no Iraque com um depósito, por liberalidade do empregador, apesar do contrato é este o espírito, sendo feito no Brasil. Irrespondível a propósito é a lição de Hélio Tornaghi, sem dúvida alguma, um dos mais notáveis processualistas brasileiros de todos os tempos:

"Para que a Justiça brasileira seja competente, neste caso, é necessário que no Brasil esteja o **locus destinatae solutionis**, isto é, o local em que a obrigação deve ser cumprida. A liberalidade do devedor que pagou, em parte, no Brasil, quando a isso não estava obrigado, não autoriza o credor a pedir à Justiça brasileira que faça cumprir o restante da dívida. Por outro lado, não basta que alguma obrigação contratual deva ser cumprida no Brasil; é preciso que aqui tenha de ser satisfeita a mesma obrigação cujo cumprimento é pedido" (**Comentários ao Código de Processo Civil** — Editora Revista dos Tribunais, vol. 1, pág. 305, São Paulo, 1974).

Por aí, ajustando-se, se fosse o caso, com perfeição, se poderia extrair que no máximo e apenas para argumentar, a Justiça brasileira seria competente tão só quanto àquela parte do contrato que deveria ser cumprida no Brasil (item 3.1.1). Não existe no Brasil norma igual àquela no art. 20 do Código de Processo Civil italiano que se refere ao lugar do nascimento da obrigação e àquele em que deva ser executada. Logo, ainda que aqui tivesse nascido a obrigação, não seria, só por isso, competente a Justiça brasileira.

leira. Mas há mais: o inciso II do art. 88 do Código de Processo Civil destina-se exclusivamente a obrigações civis e/ou comerciais, e não a trabalhistas. HÉLIO TORNAGHI chega mesmo a mencionar que: "Convém não esquecer que o art. 950 do Código Civil considera local do pagamento (lato sensu) o domicílio do devedor, salvo se o contrário resultar da convenção das partes (CC, art. 42), das circunstâncias do caso concreto ou da natureza da obrigação ou da lei (ob. cit., pág. 306). Isto sem se falar nas obrigações cambiais. Claro, muito claro, que o Código de Processo Civil de 73, não dispendo especificamente para litígios trabalhistas, regulou situações que não tiveram em conta obrigações decorrentes do direito do trabalho, mas do civil, do comercial etc.". A obrigação que tiver de ser cumprida no Brasil (art. 88, II, CPC) não é a trabalhista, mas ainda que assim o fosse, àquele depósito feito aqui e referido no contrato de fls. 07v, se não realizado por liberalidade, só quanto a ele, apenas no que lhe dissesse respeito, poderia ter-se, por extensão, se assim se interpretasse, a competência da Justiça brasileira. Evidentemente fica a ressalva expressa, de que esta Junta não admite nem mesmo, como acima se deixou esclarecido, esta interpretação analógica ou extensiva, incompatível com os princípios que informaram a elaboração do inciso II do art. 88 do Código de Processo Civil vigente. O contrato, cuja cláusula de depósito de parte de salário no Brasil vem estampada à fls. 07v, é um contrato de adesão. O empregado a ela aderiu e a cláusula em debate foi nela inserida pela empresa-empregadora, por ato exclusivo seu, visando a beneficiar familiares do empregado no Brasil. É uma autêntica liberalidade, já que o contrato é fruto de estipulação unilateral da reclamada e com que aquiesceu o reclamante. Fora deste aspecto, porém, é de se ter em vista que a inaplicabilidade do item II do art. 88 do CPC provém de sua origem, de se voltar para outras obrigações que não as trabalhistas, consignando-se, todavia, que, se porventura fosse admitida sua incidência, a competência da autoridade judiciária brasileira estaria restrita apenas ao quantum que devesse ser aqui depositado (fls. 07v).

O empregado-reclamante contratado no Brasil prestou serviços a uma multinacional no Iraque. É este o fato incontroverso. Para ele, nem a CLT nem o CPC nada dispõe. É a verdade. Teria sido, ou é ou será, necessário intervir o legislador nacional para regulamentar sobre circunstâncias que tais. Por enquanto não há. Não existe a lei processual trabalhista brasileira específica. E foi muito oportuna a menção feita pela reclamada ao acordo de Itaipu, mostrando a inexistência da norma interna. Vai-se, então, para o campo do direito internacional privado, ou melhor, para a Lei de Introdução do Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657, de 4-9-42) e também aí, a não ser no art. 12 e seu § 1º, nada de especial encontra-se sobre competência. Com efeito, o art. 9º e seus parágrafos, no máximo, podem ser chamados à discussão por disciplinarem e regerem situações de empregados estrangeiros aqui domiciliados, ou mesmo, de empregados brasileiros que prestem serviços no estrangeiro e, em seguida, na mesma empresa, tenham continuado a executá-los no Brasil.

Certo é que a legislação brasileira, tendo como circunstância de conexão básica o domicílio, ampara o estrangeiro, ou por outra, ampara o estrangeiro que aqui presta serviços, mas não tem em conta o caso do brasileiro que, emigrando, trabalhe no estrangeiro para empresa estrangeira ou multinacional.

O tema da competência é da maior significação e aqui está-se em face de um caso que diz respeito à própria jurisdição. Trata-se, primeiro, de saber se o Estado brasileiro tem poder para, autoritariamente, expressar o preceito que seria concretamente realizado (processo de conhecimento e processo de execução).

CELSE BARBI refere-se à conhecida lição de F. CARNELUTTI para quem a jurisdição, do ponto de vista lógico, não teria limites. O sistema de um país poderia pretender julgar quaisquer causas que fossem propostas perante seus juizes, sem importar com a nacionalidade ou domicílio dos demandantes, a natureza do direito discutido, o local onde está o bem — objeto da demanda —, o lugar onde ocorreram os fatos que a originaram ou aquele em que vai ser executada a obrigação (cf. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro, Forense, 1981, 2.ª ed., vol. I, pp. 392/393).

Torna-se mister, pois, ter em vista que, na ausência de norma interna, o juiz brasileiro, ou melhor dizendo, o Estado brasileiro, não tem jurisdição, isto é, poder para dirimir o conflito entre o reclamante e a reclamada Mendes Junior International Company.

A doutrina, citada no memorial do ilustre Advogado e estimado Professor Messias Pereira Donato, referido à f's. 53, é no sentido de ser aplicável a **lei do lugar da execução do contrato**. E é assim que foram mencionados por este insigne Mestre que com dando pela incidência da lei do Iraque, os seguintes autores: Arnaldo Sussekind, Amauri Mascaro Nascimento, Délio Maranhão, Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho, Gilda Russomano, Osiris Rocha, Haroldo Valladão, Paul Durand, H. Batiffol, Kaskel y Dersch, Manoel Alonso Olea e Cesar Lanfranchi. Além destes, não se pode deixar de ouvir o ilustre jurista pátrio PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA, cuja lição, apesar de longa **mutatis mutandis**, ajusta-se também ao que pretendeu Messias Donato, e merece inteira transcrição:

"Tem-se por empresa multinacional (extranacional ou transnacional) aquela que, como pessoa jurídica una ou por diversificação e desdobramento de pessoas jurídicas, opera em territórios estatais diferentes, neles mantendo relações jurídicas das mãs diferentes índoles.

Sua estrutura jurídica e natureza do tráfico por ela desenvolvido pontua-lhes as relações no direito comercial com as limitações da ordem pública.

Quando se está diante de um empregado que prestou serviços a empresas do grupo ou no estrangeiro e teve seu contrato rescindido no território nacional, a incomputabilidade de tempo de serviço (ou a consideração desmembrada de cada uma das empresas) assente-se, de um lado, na distinta personalidade jurídica e, na regência, ao direito estrangeiro, pela força do art. 9º, da Lei de Introdução ao Código Civil, pela força do art. 8º, parágrafo único da CLT.

Essa situação, pela reiterada ocorrência, comporta anál'se em profundidade.

A regra do art. 9º da Lei de Introdução seria, como parece haver apreendido PONTES DE MIRANDA na terminologia germânica, uma regra de sobredireito, isto é, direito que regula d'reito. Não se traria, propriamente, de sua invocação como fonte subsidiária, mas de norma de aplicação direta desde que se deva ou não fazer subsumir, no caso concreto, a lei brasileira do trabalho, em face da execução de serviços em ordem jurídica diversa em que foi constituída.

O art. 9º cuida de "obrigação", o que faz pressupor ou relações "contratuais" ou efeitos "contratuais" de relações jurídicas e não está nele tecnicamente empregado o termo "dever jurídico", que seria uma imposição oriunda de fonte "legal" **imperativa**. Se se contivesse a hipótese na negociabilidade, na autonomia das partes, a fonte legal seria a **supletiva**.

No campo das relações de trabalho, a doutrina do direito internacional privado, dada a sua diversidade de entendimento sobre a aplicação de determinada lei, vem evoluindo para a tutela específica do bem sobre que versa o litígio, para daí extrair qual a ordem jurídica eficazmente legítima. Essa orientação conclui-se, sem maior esforço, da leitura do resultado do 2º Congresso Internacional de Direito do Trabalho, cujo comentário foi preparado por juristas do porte de BEITZKE (pela Alemanha), SHARP (pela Austrália), BAYON-BOTIJA (pela Espanha), ROTHMAN (pelos Estados Unidos da América), FREYRIA (pela França), KAHNFREUND (pela Inglaterra) e MALINTOPPI (pela Itália). As conclusões do conclave encontram-se expostas por MARTHE SIMON-DEPITRE na **Revue Critique de Droit International Privé**.

Se as relações contratuais se resguardam dentro da órbita exclusivamente privada, no fluxo da autonomia das partes, pode-se, na realidade, dar prevalência ao art. 9º da Lei de Introdução, que se aplica pertinentemente. Entretanto, se essas relações preenchem uma situação jurídica complexa, em que se visam proteger não só os atos "obrigacionais", mas outros, cuja tutela se preserva na própria estrutura fundamental de determinada ordem jurídica, com sentido peculiar e imperativo, a ela não se pode aplicar, pura e simplesmente, regra de sobredireito ditada pelas relações **exclusivamente obrigacionais**.

É o que, aliás, salienta SIMON-DEPITRE.

O argumento propende para a extensão da lei nacional, como expõem os juristas, por um lado, ao sustentarem a opção pela **lex loci executionis**, a fim

de que se evite a cindibilidade de regulação de uma mesma relação jurídica, mormente quando se trate de relação não instantânea, porém, territorialmente, determinada e fixa, como no caso do trabalhador que vem do estrangeiro, com serviços prestados, anteriormente, a empresa do mesmo grupo.

Pretende-se, com esse entendimento e nas palavras de SIMON-DIPITRE, uniformidade de tratamento dos assalariados, maior facilidade, para eles, de conhecerem o conteúdo da lei aplicável" (**Relação de Emprego**. São Paulo, Saraiva, 1975, pp. 141/143).

No magistério de PAULO EMÍLIO RIBEIRO DE VILHENA depreende-se que, pelo exemplo referido, teria incidência, na forma do art. 9º da Lei de Introdução, o direito brasileiro, se o empregado, tendo iniciado a prestação de serviços no estrangeiro, tivesse continuado a trabalhar no Brasil, aqui rescindindo o contrato. De outra forma, isto é, como descrito na inicial, se aplicaria a *lex loci executionis*. A *fattispecie* se aplicaria a lei do Iraque.

Sem dúvida que além da lei — fonte formal por excelência — da analogia e do costume (art. 4º do Dec.-Lei n.º 4.657, de 4-9-1942, e o art. 8º da CLT), são **fatores informais** a doutrina e os princípios de direito comparado, sem se falar na jurisprudência. Na hipótese em foco, jamais, conforme o entendimento doutrinário dominante, seria aplicável a lei brasileira, incidindo a **lei do lugar da execução do contrato** — a do Iraque — não servindo em nada, portanto, ao encontro da pretensão do reclamante. Mas, pior que isso — aplicação pelo juiz brasileiro da lei do Iraque — é a barreira preliminar da incompetência ou da não captação pelo Estado brasileiro, através de sua jurisdição, do conflito de interesses que lhe foi colocado para dirimir definitivamente. Sabe-se que competência, na expressão tradicional, é a **medida da jurisdição** (ponto de vista em contrário em DAVI LASCANO), ou, então, como se expressa E. T. LIEBMAN, a quantidade de jurisdição atribuída em exercício a cada órgão (**Manuale**. Milão, Giuffrè, 1980, 4ª ed., vol. I, nº 24, pp. 47/50); se não há jurisdição, se o poder estatal não faz a captação do fato, não há falar em competência, dado que sabido e mais que sabido que cada órgão jurisdicional só recebe da lei o encargo de exercer sua função dentro de determinado âmbito e limite, referentemente a certas lides: e esse ângulo, âmbito, e esse limite é exatamente a que se chama competência. Em cada caso concreto, nas palavras do ilustre processualista CELSO NEVES, titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da USP, existirá competência se houver "relação da adequação legítima entre o processo e o órgão jurisdicional."

Em síntese, para se chegar a concluir pela competência de certo órgão para dado processo, é preciso **passar** por duas grandes etapas do processo de **concretização da jurisdição** (expressão utilizada por P. CALAMANDREI: **a da competência internacional** e, depois, **a da competência interna**. A primeira delas, como aliás já se deixou algumas vezes mencionado, diz respeito à jurisdição em si mesma, como poder soberano (e não à distribuição do exercício das atividades inerentes a ela). Precisa-se saber, em outras palavras, se determinada lide está sujeita a uma solução pela autoridade brasileira, ou se é o caso de ser apresentada a um juiz de outro país. Não ter competência internacional significa não ter jurisdição sobre o caso concreto.

Já se disse que a CLT não cuida especificamente da competência internacional, que se encontra disciplinada no art. 12 e § 1º da Lei de Introdução ao Código Civil (Dec.-Lei n.º 4.657/1942), mas que agora, inovando, o Código de Processo Civil de 1973 deu-lhe tratamento nos arts. 88 e 89, que se referem, respectivamente, aos casos de cumulatividade e de exclusividade. Já se tocou, por outro lado, que a possibilidade de se fazer subsumir a espécie estaria nos itens II e III do art. 88 do Código de Processo Civil, mas ela logo foi afastada, porque não versava obrigação que tivesse de ser cumprida no Brasil ou ação que se tivesse originado de fato ocorrido ou de ato aqui praticado. Ao contrário, trata-se de ação que se origina de **ato praticado no exterior** ou, mais precisamente, no Iraque, e da obrigação que tinha de ser satisfeita neste país. O dado essencial é a **prestação de serviços** e não a **simples celebração do contrato**; esta, por si e apenas em si, não gera nenhum direito trabalhista, tem de haver a **execução** e é dela que nascem conseqüências juridicamente relevantes. A celebração foi no Brasil sem dúvida, mas a execução foi no Iraque, e não se invoque, em sofisma, o depósito de parte dos salários para se atrair a competência por inteiro.

Por conseguinte, não obstante os esforços doutrinários para a aplicação da lei do **lugar da execução**, visando à proteção do empregado na propositura de sua demanda que, via de regra, acontece **no foro** de onde prestou serviços, há a preliminar da competência para ser decidida antes de se saber qual a lei que regerá a relação jurídica em conflito e representada no processo. Logo, primeiro, se há de cuidar da competência, porque antes de praticar qualquer outro ato, o juiz é o juiz de sua própria competência. Aliás, em sede doutrinária, é comum dar-se com o ponto de vista de que a atividade do juiz, ao examinar-se a sua própria competência, não envolveria a prática de ato tipicamente jurisdicional, mas seria, como se supõe, posto que em acerto, ato de natureza meramente administrativa (a propósito, por todos ninguém melhor que P. CALAMANDREI). Para o caso concreto, portanto, na total carência da lei, não há como permitir à jurisdição brasileira, como poder soberano, instruí-lo e julgá-lo. Nem mesmo entre as regras brasileiras de sobredireito, ou melhor, entre as "normas sobre aplicação de normas jurídicas" se vai encontrar uma dando pela competência do juiz brasileiro no caso. Sem embargo, seja de lamentar, nenhuma lei interna brasileira protege, na hipótese, o trabalhador nacional emigrante, e falece a nosso país jurisdição, isto é, poder para decidir o litígio que lhe foi posto pelo empregado-reclamante.

Na ausência de poder estatal para solucionar o conflito, à mingua de norma interna que possa incidir, conferindo à autoridade judiciária brasileira a necessária jurisdição, extingue-se o processo sem julgamento do mérito.

Uma vez não se admitindo intervenha a jurisdição brasileira para resolver a controvérsia, não lhe cabe dizer qual o juiz competente, se do Iraque — local da prestação de serviço — (muito embora seja esta a tendência doutrinária) —, se o das Índias Ocidentais Britânicas — onde sob cujas leis se constituiu uma das sociedades — reclamadas — se, em resumo, o de qualquer outro país ou lugar. Por isso não há como se acatar a declinatória para o foro de Bagdad — República do Iraque —, segundo pretende a reclamada-excipiente. Certo é que tudo se fará de conformidade com o direito internacional privado do trabalho (interno e público, apesar do nome), não se aceitando no Brasil, de modo algum, o retorno, como, com tanta ênfase, ensina em suas magníficas preleções o ilustre Professor Osires Rocha. Entre nós, recorde-se, o **elemento conexão** fundamental é o domicílio, e não a nacionalidade. Dá-se prevalência à situação do domicílio no Brasil, em vez do simplesmente nacional brasileiro. E a despeito, portanto, do apreço que se vota aos que, tão-só, advogam a aplicação da lei do **lugar da execução do contrato**, não há — e isto deve ser analisado em primeiro lugar — lei interna, sequer no direito internacional privado ou no processo civil, que faça competente o juiz brasileiro para instruir e julgar esta causa.

Finalmente, também em matéria de competência, é oportuno o registro da tão divulgada frase-advertência de E. T. LIEBMAN que diz que, para bem se entender a lei, "bisogna saper leggere" (9ª Junta de Conciliação e Julgamento de Belo Horizonte — Processo 982/82 — Reclamante: Cláudio do Marcomo; Reclamada: Mendes Junlor Internacional).

Passa-se, agora, ao exame da **regência** ou da **conexão**.

2. Da regência em geral. Dissertações doutrinárias

Antes de localizar-se a pesquisa doutrinária e jurisprudencial em função da hipótese bipolar em que pode ser ajustada a situação de empresa que, nas colocações anteriores, tem empregados brasileiros no estrangeiro — que fica subordinada exclusivamente aos critérios de aplicação ou da **lex loci contractus** ou da **lex executionis** —, proceder-se-á a um levantamento doutrinário geral das direções mais em voga no direito internacional privado do trabalho, o que terá a finalidade de demonstrar as dificuldades com que se debatem os juristas para se saírem do problema da **qualificação**,

tal a disparidade de entendimentos e de situações que ocorrem, muitas delas inusitadas, em razão de detalhes fáticos até então ou desconhecidos ou não detidamente examinados.

Cabe lembrar que a colocação da questão antecedente, a da **regência geral**, em matéria trabalhista, assenta-se sobretudo, no curso das idéias dominantes adotadas em nosso País (embora muitas delas, de fontes alienígenas), em função de contratos de trabalho pactuados no estrangeiro e aqui executados.

Exatamente em razão disso é que se distribuirá o tema em outra parte, dirigida, evidentemente, a essa situação emergente, e em que se insere a empresa da hipótese abordada, que diz respeito a contratos de trabalho ajustados por empregados brasileiros, que executam serviços em outros países.

2.1 Dificilmente saberíamos qualificar a reação de um jurista, de um magistrado, de um estudioso logo em seguida ao primeiro contato com o fenômeno da aplicação de uma regra de direito a uma relação de trabalho no plano internacional. Pode-se dizer um homem perplexo ou, quando muito, um homem perdido em uma algaravia jurídica, em que todas as soluções, se não lhe parecem certas, não deixam de ser as mais plausíveis.

A. FERRER CORREIA, para maior espanto dos incautos, abre sua obra **Direito Internacional Privado** (Coimbra, Atlântica Editora S. S. R. L., 1970, p. 3), lembrando que

“... não raro as relações do comércio jurídico internacional se encontram em ligação com leis que consagram a seu respeito critérios de competência não coincidentes; nesses casos verifica-se o que se chama um **conflito de normas de conflitos**” (grifos nossos).

A razão inicial, talvez básica, de uma constante, renovada e altamente diversificada solução para os conflitos espaciais de leis no campo trabalhista decorre de uma aguda observação de WILFRED JENKS, transcrita pela professora GILDA MACIEL CORREA MEYER RUSSOMANO em sua obra **Os Conflitos Espaciais de Leis no Plano das Relações Trabalhistas** (Rio de Janeiro, Ed. José Konfino, 1964, p. 81), segundo o qual não é desarrazoado (unfair) dizer que a questão acaba por assentar-se em dois pontos (tends to fall between two stools) — os juslaboralistas tendem a encará-la como uma matéria afeta aos tratadistas de direito internacional privado, e estes tendem a considerá-la como sendo uma matéria da alçada daqueles (for the labour lawyers).

A oscilação do equacionamento dos problemas jusprivatistas, que se observa tanto na doutrina quanto na jurisprudência dos vários países neles envolvidos, pode debitar-se ainda a uma posição de natureza conceitual ou de estrutura, quanto à colocação da questão a ser resolvida.

Os anglo-saxões, por exemplo, admitem elejam as próprias partes o direito que lhes vai reger o caso, o que não se dá, por exemplo, entre outros, como os italianos (cf. KROTOSCHIN, Ernesto. **Instituciones de Derecho del Trabajo**. 2ª ed., Buenos Aires, Eds. Roque Depalma, 1968, p. 719, nº 500, letra c, e GAMILLSCHEG, ob. cit., S. 168-170).

Dentro desse mesmo prisma, KROTOSCHIN (ob. e p. cit., nota 10), colhendo o magistério de DURAND, lembra que as disposições sobre despedida se consideram, em França, como regulamentação de direito público e, em outros países, de direito privado.

É interessante observar que, por outro lado, as obras, os estudos e as dissertações que abordam o tema das relações de trabalho sob o corte do direito internacional privado, têm-no feito invariavelmente dentro de uma colocação normativa por assim dizer horizontal, que joga com elementos paralelos, autônomos e de cujo cotejo, apenas acionado por uma norma de remessa, se extrai qual o preceito aplicável.

Essa operação consiste em apanhar, p. ex., a porção do fenômeno jurídico objeto de apreciação (a capacidade, o casamento, a herança, o imóvel, a compra e venda, etc.) e, em ato simples de comunicação, subsumi-lo na ordem jurídica competente. O procedimento, em termos de direito brasileiro, circunscreve-se, v. gr., à observância do disposto nos arts. 7º a 13 da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/1942).

Dentro desse equacionamento simples, o jogo das regras de direito e sua captação se comportam pura e simplesmente segundo fórmulas preestabelecidas e têm como suposto básico o isolamento do fato jurídico subsumido dentro de uma ou de outra ordem jurídica. Jamais, nesse esquema de aplicação, se chamam a regê-lo regras comuns a mais de uma ordem; até o momento, o princípio básico em que se funda e se aciona o direito internacional privado é o da exclusão, ou seja, o afastamento do corpo de regras nacionais pelo corpo de regras estrangeiras ou o destas por aquelas.

Como as normas de direito internacional privado são normas de retenção, de remessa ou de reenvio, e se destinam à aplicação de outras normas jurídicas, denominam nas os autores normas de "sobredireito" (*Überrecht*), ou, como lembra FERRER CORREIA, por serem normas de conflitos e que "definem o critério de aplicabilidade de outras normas", **regula de regulis** (ob. cit., p. 57, nº 7).

Não resta a menor dúvida que, sob esse lineamento, se consagram, apanhadas na linha de tradição, algumas fórmulas estanques, rígidas umas, flexíveis outras, de que se têm servido os tribunais e os juristas para equacionarem os conflitos interestaduais na aplicação da regra de direito.

Tais são: o local da coisa (*lex rei sitae*, para os imóveis), o local do ato (*locus regit actum*), a lei do contrato (*ius loci contractus*), o local da execução do contrato (*lex loci executionis*), a lei do domicílio (*lex domicilii*), a lei da nacionalidade (*ius sanguinis*) e, recentemente, no plano das relações de trabalho, ganhando maior foro de cidadania, o local do direito que rege o funcionamento da empresa, de exercício da profissão (*ius professionis*) (cf. AMILCAR DE CASTRO. **Direito Internacional Privado**, 3ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1977, p. 465, n.ºs 258 e 468 a 470, nº 262). Nesse aspecto é interessante lembrar, em mera associação de idéias, que, no direito sindical brasileiro, as categorias profissionais (trabalhadores, salvo as diferenciadas), se definem pelas categorias econômicas respectivas (dos empregadores ou das empresas — CLT, art. 511).

2.2 Mesmo na órbita do direito internacional privado geral surge um primeiro escolho à transposição de um fato de uma ordem jurídica para outra, tal como tenha sido convencionado: é a chamada ordem pública (cf. a exposição específica de KURT KRONHEIM, em sua clássica obra **Les Conflits de Lois en Matière de Contrat de Travail**, Paris, Lib. Technique et Économique, 1938, pp. 12 ss e esp. p. 14, n.ºs 16 e 17).

Por **ordem pública** (“ordre public” dos franceses ou “public policy” dos ingleses), sob seu ângulo externo, pode-se indicar, nas palavras de GERHARD KEGEL (**Internationales Privatrecht**, 2. Auflage, München u. Berlin, C. H. Beck’sche. Verlagsbuchhandlung, 1964, S. 183, I), como “aque-la parte inviolável do próprio ordenamento jurídico”.

Substancialmente, a “ordem pública” vem representada pela chamada “cláusula de reserva”, na acepção de ZITELMANN e que se preceitua no art. 30 da Lei de Introdução ao Código Civil Alemão (EGBGB): “fica excluída a aplicação de uma lei estrangeira quando a aplicação viola os bons costumes ou o fim de uma lei alemã”.

Embora FRANÇOIS RIGAUX a tenha como uma das noções mais fugidias (fuyantes) do direito positivo, a “ordem pública” admite contornos conceituais, e sua apreensão, porquanto, substancialmente, coincide com aqueles interesses fundamentais em que se baseia e pelos quais se governa uma sociedade política, revelados na estrutura do ordenamento jurídico por normas imperativas proibitivas ou impositivas, de que parte a regulamentação jurídica geral do tráfego a que dizem respeito.

Nesse ponto, principiam a esboçar-se as primeiras linhas de um esquema sobre que se situa a regência das normas trabalhistas, no plano interes-pacial, esquema esse que, por vezes, leva ao rompimento do rígido princípio da aplicação horizontal e estanque das regras jurídicas de um país a uma situação jurídica em outro.

Não resta dúvida que toda a ordem política, todo o Estado deve fundar-se em uma “ordem pública”, normativamente revelada. Como, porém, a prioridade valorativa de seu equacionamento varia, segundo as concepções de cada povo, de seu grau cultural, de sua ideologia, de sua história, etc., a primeira dificuldade para equacionar-se o tema da intercalação de normas jurídicas de um país no sistema de outro reside exatamente no desencontro ou desnível dos valores revelados em cada formulação da ordem pública.

Em razão disso, uma parcela de regulação jurídica que, em determinado país, pode ser objeto de livre manifestação da vontade, em outro poderá estar condicionada a rígida constrição legal. Ou o que se agasalha na ordem pública de um pode não estar na de outro.

Nesse tópico é oportuna a transcrição de trecho de OSCAR TENÓRIO:

“Os conflitos de leis imperativas não podem encontrar solução na vontade das partes contratantes, mas nas regras do direito internacional privado. Obstáculo sério à adoção da autonomia da vontade é ainda a ordem pública” (cf. sua obra **Direito Internacio-**

nal Privado, 4ª ed., Rio de Janeiro-São Paulo, Livr. Freitas Bastos S.A., 1955, p. 350, nº 561).

Qualquer afirmação genérica está sujeita a pecar por falta de base. Entretanto, em princípio, correta é a de MARIO DE LA CUEVA, para quem, como para os autores do Direito do Trabalho, em geral, essa disciplina "forma parte da ordem pública" (cf. *Derecho Mexicano del Trabajo*, 4ª ed., México, Editorial Porrúa S/A, 1959, T. I, p. 253 e GILDA C. M. RUSSOMANO, ob. cit., pp. 159 a 168).

Chega-se a conceber-se uma aplicação diversificada quanto a competência, como, aliás, assinala KROTOSCHIN:

"Quando se admite a eleição ou quando as partes nem expressa nem implicitamente fizeram uso de sua faculdade a respeito, o conteúdo e os efeitos do contrato se julgam por diversos elementos — que correspondem a diversos princípios — como, p. ex., o lugar da celebração do contrato ou o de sua execução, o da sede da empresa etc., sem que na maioria dos casos um destes critérios se aplique com exclusão de outro. Muitas vezes os critérios aplicáveis fixaram-se em tratados internacionais" (ob. cit., p. 720).

Sob esse ponto importa salientar que a paridade de tratamento entre trabalhadores italianos e brasileiros, p. ex., acha-se consagrada no art. XXVIII da Convenção subscrita pelos respectivos países no Rio de Janeiro, a 5 de julho de 1950.

Nessa mesma acepção se poderá ter o Código de Bustamante, como um tratado de união panamericana (Vertragswerk der Panamerikanischen Union), de que se excluam, entre os Estados latino-americanos signatários, a Argentina, a Colômbia, o México, o Paraguai, o Uruguai, a Bolívia e o Peru (cf. KEGEL, ob. cit., pp. 78/79, d).

Antes, todavia, de adentrarmo-nos nas peculiaridades do direito do trabalho, no que concerne à regra de direito espacialmente aplicável, é necessário se chame a atenção para a singularidade dessa disciplina jurídica e para os sérios problemas de colocação na estrutura jurídica que ela veio trazer.

Como o problema da força vinculante da negociabilidade tem virtudes hábeis até para sobre ela, como expressão de autonomia da vontade, assentar-se um critério de **conexão** e de **regência**, na forma do art. 9º da Lei de Introdução do Código Civil, ver-se-á, na exposição que se segue, como esta "força vinculante" se desgasta ante princípios de outra natureza e que atraem critério diverso, como o da **lex executionis contractus**.

Sobre esse ponto, voltar-se-á a insistir-se na **regência especial**.

Autores de larga nomeada e que meticolosamente se detiveram no estudo das relações internacionais privadas do trabalho acentuam que as normas de trabalho não regulamentam apenas um vínculo puramente contratual, sob o ângulo individual de autonomia da vontade e da isolada contraposição de interesses.

GIORGIO BALLADORE PALLIERI, depois de afirmar que

“As normas componentes da legislação do trabalho são normas de ordem pública interna” e que, “quando pertencem elas ao direito privado, são, habitualmente, normas inderrogáveis pela vontade privada, normas cogentes e imperativas, isto é, normas de ordem pública, segundo o significado costumeiro dessa expressão no direito privado” (“Diritto Internazionale del Lavoro”, in *Trattato di Diritto del Lavoro*, Dir. dai Umberto Borsi e Ferruccio Pergolesi — 3ª ediz., Padova, CEDAM, 1960, vol. V, p. 337),

acrescenta às pp. 444/445:

“... A maior parte de nossa legislação do trabalho não tem por fim regular relações contratuais, mas aquele, inteiramente diverso, de tutelar a personalidade e a dignidade do trabalhador.”

Outra não é a correta posição de GILDA MACIEL CORRÊA MEYER RUSSOMANO, que extrema, com felicidade, o direito do trabalho na catalogação das disciplinas jurídicas, ao escrever:

“A particularidade reside, porém, na circunstância de que as leis em atrito, como normas de direito do trabalho, são distintas — quer quanto à sua natureza, quer quanto ao papel social — das demais normas de direito positivo, pois, na verdade, mais do que quaisquer outras, **elas estão cheias da constante preocupação de dar ao trabalhador assistência jurídica e proteção econômica** (ob. cit., p. 86, nº 2 — grifos nossos).

Essa peculiaridade, em apreço ao direito internacional privado, já vem acentuada por SCIPIONE GEMMA, em uma das obras pioneiras nesse campo jurídico, ao salientar que:

“... não se pode esquecer a natureza especial do contrato de trabalho. Esse é, muito freqüentemente, para o trabalhador um contrato de adesão, e isto tem levado muitos legisladores a ditarem normas protetivas em favor da parte mais fraca. Por outro lado, um trabalho disciplinado como o da grande indústria e conduzido sob uma única direção exige que o esforço seja regulado por disposições gerais objetivas” (“Il diritto internazionale del lavoro”. In *Trattato de Diritto Internazionale*. A cura di Prospero Pedozzi e Santi Romano, Padova, CEDAM, 1938, p. 160).

A disciplinação jurídica do contrato de trabalho no plano internacional sofre a atração da generalidade e da uniformidade com que esse contrato é regulado no plano nacional, como um tráfego essencialmente de massa e que guarda características de vigorosa tutela pública. A limitação objetiva ao contrato parte da ordem jurídica nacional, que procura resguardar a estrutura do contrato naquilo que não contravenha as regras imperativas dessa mesma ordem.

O art. 9º da Lei de Introdução do Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657, de 1942, cit.) estabelece que

“Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.”

Por várias razões, percebe-se, logo, a ingerência desse dispositivo no campo do direito do trabalho (incipiente à época, no Brasil de então e pré-industrializado).

As relações obrigacionais trabalhistas assentam-se, apenas, em sua constituição, em um contrato. A vontade das partes atua, tão-somente, para a formação do vínculo. Já o seu desenvolvimento, as cláusulas que o compõem e os efeitos asseguráveis são, em sua maioria ou quase totalidade, impostos e regulados por lei.

A BALLADORE PALLIERI não passou despercebida essa singularidade da relação trabalhista:

“Uma coisa é de fato a liberdade das partes de concluírem o contrato e a outra a liberdade ou autonomia de que gozam para a sua **redação**” (ob. cit., p. 344 — grifo nosso).

Aos internacionalistas não escapou a inarredável distinção entre **relação de emprego** e **contrato de trabalho**, definindo-se aquela como ato-fato-trabalho-subordinado por conta-alheia e mediante salário (CLT, arts. 2º e 3º, cf. CESAR LANFRANCHI, **Derecho Internacional Privado del Trabajo**. Buenos Aires, Victor P. Zacalia, 1955, p. 51, que lisamente afirma: “O trabalho prestado determina a norma aplicável”; BALLADORE PALLIERI, ob. cit., p. 348; AMILCAR DE CASTRO, ob. cit., pp. 462/463, em excelente desenvolvimento).

Cumprе salientar e atentar para a raiz conceitual da relação de emprego, quando é a **própria lei que qualifica as partes do contrato** e, qualificando-as, vincula-as à ordem jurídica através de uma rede de direitos e deveres da mais variada espécie. A impositividade é um pressuposto de sua regulamentação.

A qualificação das pessoas, sejam as naturais, sejam as jurídicas, está visceralmente indicada na ordem pública e se define pelo lugar onde se constituem as obrigações, desde suas origens. Como acentua KEGEL, no sentido da vinculação, competente é o **Estatuto pessoal**. Se alguém pertence a um Estado, então vige o seu direito, o chamado direito pátrio (Der sog. Heimatrecht., ob. cit., p. 191, I. 1, a — Grifo do autor).

Vale mencionar que, no direito do trabalho brasileiro, a solidariedade horizontal, o então falado “consórcio empresarial”, extrai sua compreensão jurídica do § 2º do art. 2º da CLT e desde o instante em que um trabalhador estrangeiro rescinda seu contrato com uma consorciada alienígena e seja admitido em outra, no Brasil, a qualificação projeta-se e a relação de emprego passa a ser considerada em sua unidade empresarial. Também este efeito jurídico será reexaminado adiante.

Não de outra maneira se deverá comportar nas hipóteses de empregado admitido, no Brasil, por uma **empresa multinacional** desde que ocorram seus pressupostos fisionomizadores e que passa a trabalhar em outra empresa, no estrangeiro, subsidiária ou consorciada. A incidência do art. 2º, § 2º, da CLT, é automática e a relação deverá ser tratada como se uma só fossem as empresas, a despeito da personalidade jurídica de cada uma delas.

Lembre-se que, em harmonia com o inciso citado, a doutrina estrangeira, voltada sempre mais para as implicações sociais, a par das econômicas, do gigantismo das empresas multinacionais ou interestatais, formam-lhes a característica em que a sede da direção geral está situada em um país (denominado no sucessivo por comodidade "país de origem"), enquanto a empresa desenvolve atividades de centralização de mando variáveis de uma para outra, segundo fatores tais como tipo de atividade a que se dediquem métodos de direção, a índole dos problemas que deva resolver, a sede e a regulamentação nacional (WILFRED JENKS. *Las Empresas Multinacionales y la Política Social*. Genebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1973, p. 3).

A nacionalização das multinacionais funciona como o elemento de configuração do suporte personificador consorciável, a teor do § 2º do art. 2º. O interessante a observar, aqui, é que o trânsito do empregado, de uma para outra empresa, e o local da extinção do contrato é que atuam como suporte de atração de regência ou de conexão.

A criação de filiais é ilimitada, lembra RAYMOND VERNON, e a abertura dessas filiais em nacionalidades diferentes é maior ainda. Mesmo que a casa-matriz seja americana, p. ex., suas filiais podem ter numerosas nacionalidades diferentes (*Les entreprises multinationales* — Calman-Lévy, 1971, Trd. de ANNIE NICOLAS et DANIELE PROMT, p. 21).

O raciocínio não se denuncia especioso ao afirmar-se que a prestação de serviços a uma "filial nacionalizada", no Brasil, envolve a constituição de um contrato, a qualificação de pessoa e se, posteriormente, esse mesmo trabalhador, rescindindo o contrato, o ajuste aqui, vem a ser admitido ou pela "empresa-matriz" ou por outra "filial nacionalizada" em país diverso, a aplicação do § 2º será automática e se configurará a solidariedade horizontal.

2.3 A direta subsunção à lei (do local da execução) não apreende tão-somente a qualificação das pessoas no contrato de trabalho nem os atos-fatos fisionomizadores da relação de emprego. Vai além e conduz — depois de uma sucessiva atração de institutos jurídicos impostos, que se integram e compõem direitos e deveres legalmente disciplinados — ao assecuramento de efeitos de vária ordem.

Sob esse aspecto, cobra real importância a diferenciação que faz KRONHEIM entre "leis imperativas" e "ordem pública", encarecendo o primado daquelas na disciplina do contrato de trabalho, como "leis exclusivas", ao exemplificar que a obrigação legal de pagarem-se indenizações por despedida injusta afasta outra qualquer cláusula ou lei em sentido contrário, aqui aplicado o princípio do local em que se deu a rescisão (ob. cit., pp. 30-32).

Aliás, por mais despida de base que seja uma decisão nas possíveis fórmulas de devolução de competência legal, a verdade é que, no Brasil, toma-se o ato da rescisão como suporte de atração da legislação trabalhista brasileira para reger os efeitos do contrato e isto pela razão muito simples, antecipada em KRONHEIM, segundo a qual as consequências jurídicas da

dissolução do contrato **lato sensu** nascem exclusivamente de dispositivos legais imperativos, "exclusivos", e não toleram a ingerência de norma contratual nem de lei estrangeira que disponham de modo diferente (**vide** adiante, a especificação do tema, com transcrição de DÉLIO MARANHÃO e acórdão do Tribunal Superior do Trabalho).

Adiante, tratar-se-á, em posição alternativa, da derrogação contratual, e mesmo legal, ao rígido acionamento do princípio.

O contrato de trabalho, além de ser um **contrato realidade** (o que, ao primeiro lance, atrai o princípio da **lex executionis**), é de natureza continuativa e, apesar de não sofrer modificações em sua estrutura legal ou em sua vida pública (rescisão formal), está sujeito a trasladar a prestação de serviços do mesmo empregado, de um país para outro. A hipótese não diferirá daquela em que o empregado venha a ser contratado para trabalhar em mais de um país, seja por largos períodos, seja por curtos, em alternadas e para sucessivas temporadas.

A regência de tal contrato encontra ressonância da doutrina, à falta de eleição das partes, no direito da sede da empresa matriz ou no país em que se tenha verificado a situação motivadora da controvérsia e mesmo no princípio da **lex executionis** (cf. KROTOSCHIN, ob. cit., p. 720, nota 11 e GILDA RUSSOMANO, ob. cit., pp. 88-92, 157, 159-167 e 168-170).

AMILCAR DE CASTRO, nos casos da **mobilidade** do contrato, se a atividade é transeunte, menciona as mais variadas soluções, pelo critério ou do **ius patriae** ou do **ius loci contractus** ou **ius loci executionis** (ob. cit., p. 464, nº 254), entendendo, contudo, dever aplicar-se o **ius professionis** do empregador se o empregado é estacionário no estrangeiro (p. 465, nº 258; cf. GILDA RUSSOMANO, p. 189 e KROTOSCHIN, p. 722, nº 501). Para os marítimos, os maquinistas, os aeronautas e os fluviários, prevalece a lei do pavilhão, da matrícula da aeronave e da sede da empresa (AMILCAR DE CASTRO, pp. 464/465).

Aos trabalhadores **fronteiriços**, como lhes chama KROTOSCHIN, ou **frontaliers**, na expressão de GILDA RUSSOMANO, entende o primeiro autor se subordine sua situação a tratados bilaterais (ou mesmo multilaterais), procurando-se sempre uma igualdade de situação com os aborígenes.

Importa se façam ainda duas referências. Uma aos acidentes de trabalho, subsumidos pelo lugar do infortúnio, à força de leis imperativas, à exceção do direito anglo-saxônico, que oscila entre a **lex fori** e a **lex loci delicti**, dada a natureza do fato, naquele sistema, como de delito civil.

As soluções modernas preconizam garantias de natureza securitária ou previstas em tratados bilaterais.

A outra referência dirige-se às convenções coletivas de trabalho, a que dispensam alongadas considerações os tratadistas (cf. KROTOSCHIN, ob. cit., p. 725, nº 505; AMILCAR DE CASTRO, pp. 465-467; GILDA RUSSOMANO, pp. 103 e 99-108).

A Convenção Coletiva alcança a base institucional e territorial das categorias pertencentes aos sindicatos convenientes. Em face disso, tem seu

campo de aplicação definido e a força de inserção automática, como se fora uma lei imperativa.

As empresas estrangeiras e os empregados que nelas trabalham, nacionais ou não, gozam do mesmo tratamento (AMILCAR DE CASTRO, p. 467 — e KROTOSCHIN, pp. 725-726, nº 505). A projeção institucional, salvo as limitações de ordem pública e das leis imperativas, prevalece o critério da territorialidade.

Esse tem sido o entendimento, versátil, tópico e, por vezes, arbitrário, que a doutrina jurídica, no encaixo de uma jurisprudência eminentemente construtiva, vem consagrando às qualificações, às conexões e às subsunções no direito internacional privado do trabalho, até o momento.

O compromisso da pesquisa, em sua idoneidade conceitual, não poderá afastar-se de uma versão evolutiva do toque dos conceitos das situações, pois o direito constrói-se na realidade e para a realidade, em sua finalidade ordenadora, porém prática.

Quando os supostos da realidade se inovam e abrem brechas nas esferas da especulação, já que a vida, em sua criatividade é mais rica do que as armações organizativas vigorantes — como tal se coloca o **direito**, que visa a ordenar a realidade, acompanhando-a, todavia —, indispensável é a reformulação ou o reexame e reequipamento jurídico, para que se possam abrir previsões de regulamentação para essas situações **novas**, não previstas ao tempo da elaboração da lei.

Não suporia o consolidador brasileiro que o Brasil viesse a exportar **know-how**, viria a expandir sua ação econômica, através de empresas e de capitais, de investimentos de toda a ordem, em atividade no exterior.

Direito nenhum mais reagiu e vem reagindo à tecnologia do que o direito do trabalho, como uma permanente resposta aos problemas surgidos com o desenvolvimento da atividade empresarial e à expansão das empresas, em dimensões sempre mais internacionais, dada a universalização da economia.

Ora, o fenômeno que se detecta, agora, é o inverso e está à procura de equacionamento jurídico condizente com a vocação econômica emergente, ou seja, de um princípio endógeno (invasão de tecnologia e capitais estrangeiros no país) parte-se para um princípio exógeno, o da exportação de capitais, de mão-de-obra brasileira, o que obriga a uma revisão ou a uma adaptação das normas jurídicas então vigorantes sobre essa situação **nova**.

Como o direito não pode nem deve conter o germe de sua própria contradição, concebe-se que as **situações negociais novas** recebam tratamento jurídico peculiar, mas em harmonia com as bases conceituais até então dominantes: aquelas bases de que sempre se serviu a jurisprudência, em veiculando a especificidade da legislação trabalhista, para a solução de casos idênticos, porém com pontos de partida opostos.

O que se dispensa no empregado contratado no estrangeiro, que trabalha no Brasil, respeita-se, como princípio, ao cuidar-se do empregado brasileiro, que trabalha em outro país.

Ainda que se retorne, por vezes, ao equacionamento geral prevalente no direito internacional privado do trabalho, como se expôs acima, importa seja, agora, esse equacionamento revisto sob a ótica da situação inversa em que se antepõe a hipótese resultante da situação da empresa brasileira exportadora de mão-de-obra.

Com isso explica-se a Lei nº 7.064, que passa a ser examinada, embora sucintamente.

3. Regência específica

3.1 Lei do contrato x lei da execução

Se admitirmos, como lei regedora da hipótese, a lei do contrato, cairemos no inelutável axioma de estarmos admitindo eficácia à autonomia da vontade das partes, pois estamos consagrando, como centro de captação de normas jurídicas, o local em que as partes, com constituírem o vínculo, elegeram para estabelecer o encontro de vontades.

Convindo na força vinculante do contrato, para a fixação do local da regência do direito aplicável, não se poderá afastar de outra conclusão: respeitar-se-á esse local como o **foro do contrato**, não só porque ali se tem como centro de captação de direito aplicável, mas, e ainda, por que se está respeitando a autonomia das partes quando, pelo **contrato**, elegeram o foro em que se julgarão seus dissídios. A adoção do **foro de eleição** não será mais nem menos do que o efeito, na ordem processual, da adoção do primado da **lex contractus**.

HAROLDO VALLADÃO deduz o princípio em toda sua correção, sem descuidar do autorizadíssimo magistério de TEIXEIRA DE FREITAS:

“E na doutrina e na prática do domicílio há uma forma de domicílio universal e tradicional, inclusive no Brasil, o **domicílio especial**, a eleição de domicílio para fins legislativos: a lei do contrato, escolha da lei competente para o negócio e para fins processuais; o **foro do contrato**, escolha do juiz competente para a causa. Sintetizou-o com sua perfeição habitual o insigne TEIXEIRA DE FREITAS: “o **domicílio especial** será o que as partes elegerem por contrato de relação a certo e determinado negócio, para um ou outro dos efeitos do art. 30, nos casos e pela forma que se determina na legislação deste código sobre contratos” (ESB. 3). No art. 3º previram-se os **fins legislativos**, art. 4º, nº 1, e arts. 26, 27, 28 etc. e os **fins processuais**, art. 4º, nº 3, e textos sobre competência judicial” (VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado**, 2ª ed., Rio de Janeiro — São Paulo, Livr. Freitas Bastos, 1977, vol. II, p. 185, n. 5 — grifos do autor. Cf. ainda o mesmo autor e obra, vol. I, 4ª ed., pp. 359 a 369).

Se a remessa da legislação aplicável dá-se por força do **contrato**, significa isto que o princípio da autonomia negocial foi e está sendo resguardado em seu núcleo básico — o local de **constituição do negócio**.

Ao acionar o princípio, o juiz não poderá fazê-lo senão em toda a sua inteireza, isto é, respeitar a disposição das partes quanto a um de seus efeitos, a **eleição do foro** competente, sob pena de cindir-se o contrato e partir-se para o arbítrio, entregando a um dos interessados uma porção do contrato que o favoreça, mas deixando de tornar eficaz a outra porção, porque pareça a ele restritiva de direitos. A ruptura da equidade e da equípólencia na força vinculante do pacto torna-se manifesta. Sai-se do direito. cai-se no arbítrio.

Portanto, quando se aplica a relações de trabalho como a da hipótese **o foro do contrato** — na suposição de que este se consumou no Brasil —, estar-se-á prestigiando a regra básica do art. 9º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Dec.-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942), regra essa, contudo, que abriga o princípio da **negociabilidade, da autonomia da vontade**, que é **plano subjetivo** de equacionamento de obrigação e de asseguração de eficácia.

Ao assumir a postura do art. 9º, para as relações de trabalho, o juiz deriva a colocação de todos os problemas da causa para uma situação de risco, que talvez ele mesmo não possa prever.

Efetivamente, esse risco acaba por criar um conflito de situações, a que se chega, elucidando-se com esta passagem de OSCAR TENÓRIO:

“Se o princípio fundamental é o da lei do país em que se constituírem as obrigações, não há dúvida que a autonomia da vontade regerá as obrigações, se for ela admitida pela lei competente.

O sistema do direito internacional privado brasileiro é de modo a entregar as obrigações, com as naturais restrições de ordem pública, à lei de sua constituição. Claro é, pois, que a autonomia da vontade regerá as obrigações, se a lei de sua constituição assim o determinar” (TENÓRIO, Oscar. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Borsoi, 1955, p. 328, n. 610).

E, logo abaixo, o tratadista especifica o problema da limitação à autonomia da vontade:

“Os limites da autonomia da vontade traçados o são pela lei onde se constitui a obrigação. Se a lei competente oferecer às partes liberdade na estipulação das cláusulas, nenhuma variação deve ocorrer a propósito, **a não ser as determinadas, dentro das disposições da ordem pública internacional, pela lei da execução do contrato**” (ob. cit., p. 329, n. 613 — grifos nossos).

Desde que a exceção à aplicação da lei do local do contrato (**lex loci contractus**), como expressão da autonomia da vontade, é imposta pela ordem pública, que é local e se limita pela “lei da execução do contrato”, já se passa a outro critério da regência, que é o do **locus executionis contractus**, isto é, a lei do lugar da execução.

Quando se trata de relações de trabalho, a posição do juiz, ao sair-se pela **lex loci contractus**, torna-se agudamente crítica.

Embora o núcleo dessas relações seja o contrato, como forma incipiente de manifestação de vontade para a constituição do vínculo, elas se entramam, em sua quase totalidade, dentro de princípios da autonomia da vontade, de ordem pública, revelados por leis imperativas (impositivas ou proibitivas), princípios esses eminente e estritamente locais.

Quando aborda os efeitos do reenvio, GÜNTER SCHAUB dá uma nítida colocação da questão, distinguindo os planos de regulação jurídica no contrato de trabalho:

“Se uma relação de trabalho está sujeita ao regime jurídico de um país estrangeiro (Einem ausländischen Arbeitsstatut), e se sua execução, todavia, se sucede no país (na Alemanha), o direito público de proteção ao trabalho deve ser observado. Inversamente, segundo opinião predominante, nega-se a aplicação do direito público do trabalho alemão, quando a relação de trabalho se realiza um país estrangeiro (Im Ausland realisiert wird) — cf. SCHAUB, Günter. *Arbeitsrechts-Handburch*. München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1972, S. 16, N. 5).”

O ecletismo é incompatível com qualquer postura jurídica, sobretudo no plano das relações de trabalho, em que a situação dominante de atração de **estatuto jurídico** é a do local da execução do contrato, por sua natureza contínua e cujas normas apanham os fatos em seqüência (atos-fatos-trabalho) e sobre eles imperativamente incidem, disciplinando-os e regulando-lhes os efeitos. A intervenção do Estado é direta e inderrogável e os preceitos de fundo publicístico preponderam no contrato de trabalho, atuam como **vis atractiva** para a sua regência e atiram a segundo plano a manifestação de vontade, como negócio em si.

Além de não tolerar-se a cisão na aplicação de estatutos de diferentes países, tomando-se pedaços de cada um deles para uma mesma relação — com o que também se cairia no arbítrio e na insegurança jurídica —, sabe-se que o problema da competência jurisdicional está indissoluvelmente ligado à ordem pública, à estrutura organizativa de um Estado, que administra justiça, ordem pública essa em que se concentram, da mesma forma, os princípios básicos e tutelares da legislação do trabalho.

Essa **contradictio**, que se subentende na refutação desenvolvida pelo Tribunal Superior do Trabalho no Brasil, pode ser apreendida em decisão por ele proferida em 1951, decisão, inclusive, mencionada por GAMILLSCHEG como indicativa da orientação jurisprudencial aqui pautada (cf. Gamillscheg, Franz. *Internationales Arbeitsrecht*, ict, S. 172, n. 144), **verbis**:

“Insurge-se o recorrente contra a aplicabilidade, no caso, da legislação trabalhista, alegando que houve evidente inração das disposições do art. 9º da Lei de Introdução do Código Civil Brasileiro, que dispõe que, para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituem. Insiste em que o contrato de trabalho do reclamante foi constituído na Inglaterra e deveria ser regido pelas leis inglesas. Nenhuma procedência tem essa alegação. Embora contratado no estrangeiro, veio prestar serviços como contador na The Pará Electric Railways Lighting Co. Ltda., empresa que era sediada em Belém do Pará. Os serviços do reclamante eram executados no Brasil e a finalidade das leis trabalhistas é solucionar e dirigrir a “questão

social" no território nacional. São leis estritamente territoriais, aplicando-se a quantos — nacionais e estrangeiros — aqui se dediquem a atividades produtivas. Essa a opinião de nossos melhores tratadistas. PONTES DE MIRANDA (*Tratado de Direito Internacional Privado* — tomo 2º, p. 246), pontificando sobre a territorialidade das leis trabalhistas, ensina:

"Se, porém, o direito público do país, onde se vai localizar o trabalho, organiza o trabalho, os seus preceitos são aplicáveis, pois que ele é, em virtude de direito das gentes, competente para isso". OSCAR TENÓRIO (*Direito Internacional Privado* — 1942, nº 512) assinala que "a tendência é dar às leis sobre trabalho, com as restrições político-econômicas assinaladas, caráter nacional."

Foi por isso que os modernos tratadistas franceses não hesitaram em enquadrar as leis sociais naquelas denominadas **lois de police**, e sendo públicas as normas de organização do trabalho, representam um aspecto da organização do próprio Estado, sujeitas à sua direta fiscalização. LEREBOURS PIGEONNIÈRE (*Droit International Privé*, nº 223) adverte:

"Matère de droit public, la réglementation du travail n'est pas du droit international privé, parce que le travail est une des occasions fréquentes de relations privées internationales; mais il est manifeste que la loi française qui régit seule l'organisation ne peut être appliqué que par un tribunal français qui constitue l'un des rouages du **service de police assurés par l'État français**."

Foi por isso que os modernos tratadistas franceses não hesitaram em estabelecer a competência dos tribunais brasileiros pelos locais onde os empregados prestaram os seus serviços, ainda que tenham sido contratados noutro local ou no estrangeiro (art. 651).

Nenhuma importância tem, para esse efeito, que as condições estipuladas no contrato, firmado em Londres, no tocante a férias, estivessem em desacordo com a legislação brasileira. Nada impede que o empregador conceda prazo maior (quatro meses) para as férias concedidas ao empregado" (TST - Proc. 49-50. Ref. Ministro DELFIM MOREIRA JUNIOR. In *Trabalho e Seguro Social*. Ano IX-julho-agosto-setembro-1951, vol. XXVIII, pp. 240/1).

3.2 A contradição imperante na jurisprudência brasileira

Dois ordens de considerações impõem-se no caso sob exame.

Seria esdrúxulo, com a aplicação da **lex loci contractus** à situação de trabalhadores prestando serviços no estrangeiro e ali executando seus contratos de trabalho, fossem aplicadas as normas especiais de tutela do trabalho, tais como as relativas a salários mínimos (por regiões), a jornada de trabalho, a repouso a intervalos, a insalubridade, a periculosidade. A invasão do **POLICE POWER** brasileiro em território alienígena seria manifesta.

Mais absurda ainda se estamparia a aplicação se se supusesse que a efetividade da ordem pública trabalhista, o exercício do poder de polícia vêm acompanhados de uma organização administrativa encarregada de mantê-los sob permanente vigilância, através de competente fiscalização por órgãos estatais e da aplicação de finalidades, em caso de infração.

Conceber-se-á a presença de fiscais do Ministério do Trabalho brasileiro noutro país, acompanhando empregados brasileiros ali em serviço?

A distinção de tratamento, que pretende NIKISCH — aplicação das leis locais aos aborígenes e do direito da empresa aos estrangeiros, que trabalham em um mesmo estabelecimento (cf. NIKISCH, Arthur. *Arbeitsrecht*. 3. Auflage. Tübingen, J. C. B. Mohr-Paul Sibeck. 1961. 1. Band. S. 298/299, N. 3) —, salvo a hipótese da temporariedade da obra (instalação de uma fábrica), seria arrematado absurdo, porque importaria em uma cisão na própria ordem pública estatal, em que se executa o trabalho.

Contundente é o magistério de HAROLDO VALLADÃO:

“Evidentemente essa legislação do trabalho, disciplinando o exercício do mesmo, **teria de ser aplicada no lugar da execução do trabalho**, do respectivo **exercício profissional**, sendo incompreensível num mesmo lugar pluralidade de leis trabalhistas, segundo critérios de seleção medievais, quando tais leis estão hoje uniformizadas até internacionalmente” (ob. cit., vol. III, parte especial, p. 95).

DÉLIO MARANHÃO, sensível à índole do direito do trabalho, depois de aludir à reunião de Zagreb, em 1971, do Instituto de Direito Internacional, arremata:

“Ora, sendo o direito do trabalho **territorial**, porque constituído de normas cogentes, de **ordem pública**, fica praticamente anulada a possibilidade, prevista pelo instituto, de eleição pelas partes, contratualmente, da lei aplicável à relação de emprego” (cf. *Direito do Trabalho*. 6ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1978, p. 27).

Há mais, contudo. E aqui não se pode deixar de apreender o direito do trabalho em toda a sua contextura.

As regras de natureza administrativa vêm ligadas, por superposição, às regras de natureza patrimonial e têm por função apenas reforçar a eficácia dos direitos criados por estas, com suas implicações de fundo pessoal e familiar.

Haveria a cisão entre “cláusula patrimonial”, “cláusula de garantia pessoal” ou de “garantia de emprego” (férias, jornadas mínimas, insalubridade, proteção à maternidade, espécies remuneratórias, preceitos de rescisão etc.) e elas todas intercomunicam-se e compõem apenas formas jurídicas elaboradas e asseguradoras de direitos.

Antes de chegar-se a um plano comum e unitário de equacionar-se o problema, cabe expor a segunda consideração tão relevante, ou mais que a primeira, e que diz respeito, especificamente, ao comportamento de juízes e tribunais do trabalho brasileiros, ante o surgimento de um fenômeno, até então inédito, de **exportação de know-how** brasileiro, em geral mão-de-obra técnica, cujos prestadores se empregam em empresas estrangeiras em outros países (com capital brasileiro, totalmente ou não) e **aqui** passam a trabalhar.

Decisões vêm-se repetindo e, na eventualidade de se formarem ou se constituírem os contratos no Brasil — seja por via direta, seja por via

indireta (empresa-representante, mandatária, recrutadora de mão-de-obra) —, juízes, movidos, possivelmente, por um espírito acentuadamente tutelar indiscriminado, vêm aplicando aos contratos de trabalho então ajustados a legislação trabalhista brasileira, sob a invocação do art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, em que se enuncia o princípio da **lex loci contractus**.

E inesperadamente rompe-se com a tradição da doutrina dos tribunais brasileiros que, para os empregados estrangeiros que trabalham no Brasil, sempre adotou a **lex loci executionis**, para reverter o princípio e, no que toca aos empregados brasileiros, que trabalham no estrangeiro, adotar a **lex loci contractus**.

De início, incorre-se em dois pesos e duas medidas e se consagra a instabilidade jurídica, julgando-se de maneira diversa (oposta até) hipóteses idênticas, no que diz respeito ao princípio e à regra de sobredireito, que dita qual o critério que se observa na aplicação da legislação do trabalho, no plano internacional privado.

Em assomo inédito de proteção personalizada, essas decisões atuais passaram a adotar um verdadeiro direito subjetivo de seqüela, em que o critério da regência se localiza na pessoa do empregado brasileiro, esteja onde estiver, trabalhe onde estiver trabalhando, o que, em última análise, não passa da aplicação da lei da nacionalidade, o **jus sanguinis**.

Como "... a nacionalidade, como circunstância de conexão, é sempre definida pelo **jus fori**" (cf. CASTRO, Amílcar de. **Direito Internacional Privado**. 3ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1977, p. 196), o direito brasileiro não a qualifica, em hipótese alguma, em se tratando de relações de trabalho, e sua assimilação tópica à **lex loci contractus** não se justifica, mormente quando este critério, o do local do contrato, observável para a constituição das obrigações em geral, encontra irreversível resistência no âmbito da doutrina trabalhista, por pressupor a autonomia da vontade, no plano aberto da economia de mercado, rejeitada no direito do trabalho, como se expôs acima.

Precisa em sua concisão é a colocação de GAMILLSCHEG:

"Sucede que a relação de trabalho não é uma relação obrigacional intercambial como a compra e a empreitada — es trift zwar zu dass das Arbeitsverhältnis kein schuldrechtliches austauschverhältnis wie kauf oder werkvertrag" (ob. cit., S. 114 n. 99).

Por outro lado, se sugestiva é a afirmação do Professor HAROLDO VALLADAO, quando diz:

"Não olvidemos que o DIP do trabalho é especial, destacou-se no DIP clássico, e a lei do trabalho, a **lex laboris** como chama o eminente e sábio mestre, professor E. SZASZY, é a lei do lugar do trabalho do respectivo exercício profissional" (ob. cit., vol. III, p. 99. Cf. nessa mesma página e notas 13 e 14 o repúdio da doutrina brasileira à aplicação do art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil, em que o A. aponta os mais destacados

doutrinadores de direito internacional privado e de direito do trabalho),

não menos o é a de DÉLIO MARANHÃO, que, aqui, representa opinião indiscrepante da doutrina trabalhista e para quem:

“Ocorrendo certas circunstâncias pelas quais empregador e empregado preferiram que a relação de emprego seja regida por outra lei, que não a que seria, normalmente aplicável, aplicar-se-á a lei escolhida pelas partes. Mas, como reconheceu o próprio instituto, determinadas disposições das leis trabalhistas de certos países são obrigatoriamente aplicáveis a qualquer trabalho executado em seu território” (ob. cit., p. 27. Cf., pela acentuação da tendência que espousa a *lex executionis*, MAYER-MALY, THEO. *Österreichisches Arbeitsrecht*. Wien-New York Springer Verlag, 1970, S. 33, ao falar que “o que importa é o direito em vigor no local da prestação de serviço ou o da sede da empresa empregadora (Es komme auf das für den Ort der dienstleistung geltende Recht oder auf das am sitz des beschäftigenden Unternehmens geltende Recht an.

Sob esse prisma, a posição de atração jurídica da situação dos empregados da empresa — se contratados por empresa sediada no estrangeiro e em outro país também estrangeiro executando serviços — encontra ordenamentos jurídicos armados e estruturados, tanto naquele como neste país e em ambos a legislação do trabalho acha-se construída dentro dos princípios básicos de ordem pública, da *salus populi*, em sua plena vocação de tutela social do trabalhador.

Não se supõe, portanto, no equacionamento da hipótese em exame, uma defasagem de ordens jurídicas, na aligeirada presunção de que a legislação brasileira, mais densa ou mais complexa, deveria ser aplicada em apreço a princípios de mais intensa tutela (norma mais favorável ou condições mis benéficas), já que o preenchimento de ordens jurídicas externas, por uma evoluída legislação protetora e disciplinadora do trabalho, afasta a argüição de que os trabalhadores brasileiros (contratados em um país e executando serviços em outro) cairiam em um vazio jurídico.

Além, pois, de ter inteira pertinência a afirmação do Prof. HAROLDO VALLADÃO (ob. cit., vol. III, p. 96), segundo o qual a internacionalização do direito do trabalho, em planos de gradual equivalência entre as ordens jurídicas, é um fato consumado, isso é, até tomado como uma das características dessa disciplina, como se colhe em EVARISTO DE MORAES FILHO (cf. sua obra clássica *Introdução do Direito do Trabalho*, Rio de Janeiro. Ed. Forense, 1956, vol. I, pp. 145/150, n. 38, d).

Quer-se advertir que inexistente mesmo *in hypothesis* o obstáculo de “ordens jurídicas vazias” (o que, aliás, seria inconcebível, na estrutura de qualquer Estado moderno, que se calca em princípios de organização econômica e social, seja na economia de mercado, seja na economia planificada (cf. a respeito FORSTHOFF, Ernest. *Rechtsstaat im Wandel Stuttgart*. W. Kohlhammer, 1964, S. 27-56 e HOFFMANN, Paul. *Subjektives Recht und Wirt-*

schaftsordnung. Stuttgart, Gustav Fischer Verlag, 1968, S. 157 FF) e essa não seria a razão para aplicar-se o direito brasileiro em detrimento do direito estrangeiro.

Como força injetora de qualidade jurídica, no corpo das relações de trabalho que as empresas exportadoras de mão-de-obra inserem em seus contratos laborais, o largo conteúdo tutelar do contrato ajustado, a soma de direitos previstos e o seu valor monetário (altos salários, pagamento em dólar, férias semestrais, direito a viagem etc.) minimizam o problema da atração de qualquer legislação tutelar (sempre aquém dos direitos contratuais) e autorizam se prestigie a autonomia das partes (CLT, arts. 442 e 444) e não se imponha uma cumulação, uma superposição ou mesmo uma exacerbação de benefícios, cujas causas jurídicas entre si se incompatibilizam em sua finalidade e em sua natureza.

Portanto, se na esfera do direito público do trabalho não se concebe a aplicação de outra lei que a da execução do contrato, o mesmo se há de convir também com referência aos preceitos negociais, patrimoniais e seus efeitos — supridos na legislação do país da execução e fortemente substanciados em garantias propriamente contratuais.

O autorizadíssimo BALLADORE PALLIERI, depois de expor o fundamento da aplicação territorial do direito público e do direito privado do trabalho e da incidência da legislação local sobre os efeitos do contrato, efeitos esses são a matéria substancial de que se compõem as relações entre empregado e empregador, dissipa quaisquer dúvidas quanto a sua pretensa incidência de dualidade de **regências**:

“As leis de um só e mesmo Estado devem, por necessidade, regular toda essa matéria dos efeitos das convenções de trabalho e, afirmado que estas são regulares (*affermato que queste son rette*) quanto à particular legislação do trabalho, da lei do lugar onde o trabalho é prestado, deriva disso (*ne discende*) que esta lei regula por inteiro todos os efeitos das referidas convenções, ainda que, para a determinação de alguns desses efeitos, se deva recorrer a normas comuns civis. Conseqüências, por outro lado, paradoxais e justamente uma verdadeira impossibilidade de harmonizarem-se leis provenientes de ordenamentos jurídicos diversos fazem subsistir, aqui, aquela conexão, que importa na aplicação de uma única lei (*e spesso una vera impossibilità di armonizzare leggi provenienti da ordinamenti diversi fanno sussistere qui quella connessione la quale importa la applicabilità di una legge*) — cf. PALLIERI, Giorgio Balladore. “Diritto internazionale del lavoro”. In *Trattato di Diritto del Lavoro*. 3ª ediz., Dir. dai Prof. UMBERTO BORSI e Prof. FERRUCIO PERGOLOSI, Padova, CEDAM, vol. V, p. 348.)

No mesmo sentido volta a doutrina brasileira, sob endosso jurisprudencial, como se vê em OSIRIS ROCHA:

“Daí, mesmo, a preferência pela lei do lugar da execução, porque o trabalho exercido aqui, seja por estrangeiros ou nacio-

nais, seja por contratados no país, seja por contratados no estrangeiro, obedecerá, sempre, à mesma lei, garantindo aquela uniformidade considerada indispensável à harmonia das relações entre patrões e empregados localizados no país” — cf. sua obra **Curso de Direito Internacional Privado**. 3ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1975, p. 158.

Figurada a questão nesses termos, é absolutamente defensável a posição dos professores PETER HANAU e KLAUS ADOMEIT, quando expõem:

“Nosso ordenamento jurídico assenta qual o direito aplicável do trabalho, quando diversos direitos nacionais estão em cogitação. Decisiva é a convenção concertada (liberdade de contrato) e, na dúvida, o direito do local de trabalho; adicionalmente (transitórios ou locais), o direito da sede da sociedade — *Masgebend ist die getroffene Vereinbarung (vertages freiheit) bei zweifeln das recht des Arbeitsortd; hilfswise (bei wechselnden orten) das recht am sitz des Ag* — cf. sua obra **Juristische Lernbücher**. 3. Auflage, Frankfurt Am Main, Alfred Metzner Verlag, 1974, S. 45, N. 12.

Em geral, os serviços prestados não são transitórios (mera instalação de uma fábrica), mas contínuos, e seus contratos são a prazo, o que mais confirma a aplicação ou do direito local (**locus executionis**) ou do direito da sede da empresa (cf. nesse sentido distribuindo as situações os clássicos autores HUÉCK, Alfred U. NIPPERDEY, Hans Carl. **Lehrbuch des Arbeitsrecht**. 7. Auflage, Berlin U. Frankfurt a.M. Verlag G.m.b.H. 1. Band, S. 105, N. 7).

Finalmente, quando se versa o direito internacional privado do trabalho, que pontua especialização no próprio direito internacional privado, como acentuou HAROLDO VALLADÃO, não poderá o pesquisador olvidar-se da peculiar natureza do contrato de trabalho, que é um **contrato-realidade** (INARRITÚ, MARIO DE LA CUEVA etc.), cujo suposto de apreensão jurídica, em sua estrutura real concreta (HEINRICH HENKEL), e o ato-fato-trabalho-subordinado-por-conta-alheia, cuja conformação jurídica, para fins de eficácia jurídica, é a chamada **relação de emprego**.

A relação de emprego cobra toda a sua virtualidade jurídica no **iter**, no **continuum** daqueles atos-fatos que se intercambiam realmente entre empregado e empregador, e esse **iter**, esse **continuum**, implanta-se e se sucede em um quadro vivencial que é exclusivamnte **local**.

Mas a **vis atractiva** da especificidade dessa **relação jurídica** para fins do direito internacional privado envolve outro aspecto não menos significativo e que, sobre realçar o suposto do **vir-a-ser**, do **iter**, se define por sua natureza de **trato sucessivo** em contraposição às obrigações de **execução instantânea**.

A sucessividade fisionomiza outro elemento que liga o contrato ao local, pois neste é que o pacto se desenvolve e ganha, dia a dia, novas formas comportamentais recíprocas entre empregado e empregador, formas essas geradoras de efeitos jurídicos.

Daí deriva o axioma, segundo o qual o ato constitutivo do contrato — como encontro da vontade das partes — gradualmente recua em sua força jurígena e gradualmente perde, no fluxo **real** do desenvolvimento das relações de trabalho (em termos de prestações e contraprestações estritamente locais), sua faculdade captadora de **regência** ou de **conexão**, no plano internacional privado.

Valha, como fecho dessa acepção, outra passagem de OSCAR TENÓRIO, sabiamente calçado nas lições de SAVIGNY e de GUTERIDGE:

“O elemento essencial da obrigação, consoante lição de SAVIGNY, é o lugar da execução. Relembra GUTERIDGE o fundamento justificador do princípio segundo SAVIGNY. A conclusão do contrato é um elemento acidental e transitório, que não tem qualquer relação com a substância da obrigação” (TENÓRIO, Oscar, ob. cit., p. 283, n. 725).

3.3 Advertência complementar

Na suposição de tomar-se como competente o foro do contrato, a **lex contractus**, esponta, em casos não raros, uma singularidade que requer análise, embora perfunctória.

O sistema de contratação veiculado pela empresa pode consistir em um termo de “proposta de emprego”, do prestador de serviços (o empregado), e o contrato, propriamente, é feito pela empresa representante com sede no estrangeiro.

Duas vias fático-jurídicas abrem-se aqui, e ambas têm grande significação no equacionamento do problema da definição do local da contratação.

Desde logo, vê-se que:

a) a mandatária ou representante tem sede no Brasil e no Brasil conclui o contrato, embora em nome da empresa estrangeira;

b) a proposta de emprego, de negócio jurídico portanto, é também feita no Brasil.

Ainda que se abstraia da distinção da doutrina germânica, entre mandatário **permanente** e mandatário **ocasional** (admitindo-se que se trate de mandatário **permanente**, o que conduz a **regência** para a lei do lugar da **execução do mandato** — cf. LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil**. 2ª ed., Rio de Janeiro-São Paulo, Ed Livr. Freitas Bastos S/A, 1959, vol. II, p. 241), dentro da tese da **lex contractus**, aplicar-se-á a lei brasileira, como expõe o renomado SERPA LOPES:

“Aplicando ao caso em foco o § 2º do art. 9º, ou seja, o contrato celebrado entre ausentes, porém, entre um mandatário e terceiros, temos que, partindo a proposta do mandatário, deve prevalecer a lei da residência deste, pois o contrato se reputa concluído no aludido lugar e a obrigação se rege pelo lugar de sua constituição” (ob. e vol. cits., pp. 241/2).

Abaixo, vale-se SERPA LOPES do magistério de DESPAGNET:

“Quanto ao contrato estabelecido entre o mandatário e o terceiro, posto deva produzir seus efeitos em face do mandante, em virtude do princípio da representação, será contudo reputado concluído no lugar em que o mandatário e o terceiro se acordaram, pois que o mandatário representa o mandante” (ob. e vol. cits., p. 242, cf., em posição adversa, OSCAR TENÓRIO quando a proposta parte do mandatário — ob. cit., p. 342, n. 638).

Se se envereda, agora, para a hipótese de negociação prévia, mediante proposta — sempre na suposição de contrato entre ausentes —, outra não será a solução dada ao caso.

A doutrina brasileira, enfeixada no § 2º do art. 9º da Lei de Introdução do Código Civil, com direta remissão ao art. 1.087 do Código Civil (que diz: “reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto”), acaba por situar a lei brasileira na regência do contrato se o proponente reside no Brasil e aqui é feita, emitida a proposta (cf. HAROLDO VALLADÃO, ob. cit., vol. I, p. 360, n. 4, e OSCAR TENÓRIO, ob. cit., pp. 340/341, nºs 634 a 637).

Até o peculiaríssimo uso de uma proposta de contrato (com as condições a serem futuramente transpostas no termo definitivo), partida do trabalhador, conspira contra a tese da regência de direito estrangeiro, mesmo admitida a *lex loci contractus*.

O direito positivo brasileiro é inequívoco, clara a regra de sobredireito de regência ou de remissão, e a doutrina endossa-o, fundamentadamente.

CONCLUSÃO

Afastado, pois, o problema da eventual interpretação, segundo a qual a retenção ou a remessa de parcelas da remuneração do empregado, para e/ou no Brasil, possam configurar execução do contrato, aqui, o que resta por deslindar-se é o afastamento da aplicação da *lex loci contractus*, que adviria da comprovação da existência de grupo empresário, figurando como empresas consorciadas ou juridicamente solidárias as figuradoras no negócio jurídico como solidárias, figuração essa patente ou encoberta (CLT, art. 2º, § 2º).

Reduzida a questão a essa colocação, a lei aplicável é a do país de execução do contrato, cujo Poder Judiciário tem, também, jurisdição sobre as controvérsias porventura surgidas entre a empresa local e seus empregados que lá trabalhem ou tenham trabalhado. Pouco se alterou com a edição da aparentemente casuística Lei nº 7.064, de 6 de dezembro de 1982.

II — A Lei nº 7.064, de 6-12-1982

1. Generalidades

A Lei nº 7.064/82, praticamente, não contém uma fórmula inédita e que não esteja compreendida no quadro das diversas hipóteses elaboradas acima, que são exaustivas.

O problema geral reduz-se à conjugação de quatro elementos nitidamente visíveis: a) empresa brasileira; b) empresa estrangeira; c) contratação no Brasil anterior; d) contratação específica para o exterior.

Pelo novo diploma, diversificar-se-á o regime jurídico do trabalhador — que, aparentemente, é o tutelado na Lei nº 7.064/82, pois se chega até a aludir ao art. 206, do Código Penal brasileiro (art. 20), que diz respeito a crime contra a organização do trabalho, aqui, o aliciamento — segundo tenha sido **transferido** para o exterior (art. 2º), segundo tenha sido **contratado** para trabalhar no estrangeiro.

A colocação da **fattispecie**, em sua diversificada peculiaridade, importa seja feita a nível de **desdobramentos**.

Uma questão prévia, todavia, impõe se observe.

2. Da intertemporalidade

Em princípio, a despeito de em curso os contratos — e os de trabalho são de trato sucessivo —, à sua forma de constituição aplica-se a legislação e/ou os princípios anteriores, exaurido no ato constitutivo no momento em que se formou o ajuste (se expresso ou tácito, isso é irrelevante, dada a natureza **real** da relação de emprego).

É evidente que nem se cogita de captação da Lei nº 7.064/82 aos contratos rescindidos e objeto de litígios na Justiça do Trabalho, antes da vigência do novo estatuto. Haveria, em postura adversa, flagrante atentado ao direito adquirido e aplicação retroativa de lei, em dissabor aos arts. 153, § 3º da Constituição federal, e 6º da Lei de Introdução do Código Civil (Dec.-Lei nº 4.657/42).

Lembra-se isso, porque inúmeras têm sido as invocações à Lei nº 7.064/82 na Justiça do Trabalho e para a regência de casos que se extinguiram ou contratos que se rescindiram antes de sua entrada no mundo jurídico.

Vencidas a extinção e a constituição do vínculo quando, quanto a esta, a matéria cobra **incontrastável** importância, porque a Lei nº 7.064/82, no tocante a empregado **transferido** para o estrangeiro, arma juízo hipotético deduzido, em requisitos específicos para cada situação, as dos números I, II e III, do art. 2º, o que é **jus novum**, e no tocante a empregado **contratado** para prestar serviços no estrangeiro, estabelece **condição** formal, aditiva de participação de vontade pública, que é a “autorização do Ministério do Trabalho”, como impõe o art. 12, além de um requisito na formação de capital de sociedade estrangeira, de que deve participar, com “pelo menos 5%”, empresa “domiciliada no Brasil” —, o problema da intertemporalidade da aplicação da lei nova aos **contratos em curso** conduz à distinção entre cláusulas legais inseridas no contrato por normas imperativas, **jus cogens**, que são de aplicação imediata, e cláusulas contratuais, tipicamente geradas sob o princípio da autonomia da vontade e da negociabilidade, como, v. gr., se pode acenar com a previsão do art. 444 da CLT, e que se resguardam pela lei anterior (cf. MAXIMILIANO, Carlos. **Direito**

Intertemporal. 2ª ed., Rio de Janeiro-São Paulo, Ed. Livr., Freitas Bastos, 1955, p. 222, nº 200; e ROUBIER, Paul. **Le Droit Transitoire**. 2ª ed., Paris, Dalloz & Sirey, 1960, pp. 363 e 415, n.ºs 83 e 423 ss., nº 84).

A extinção do contrato em curso subordina-se à lei nova em seus efeitos imperativos, desde, todavia, que, para qualquer dos momentos contratuais expostos acima, se possa enquadrar o contrato em si no texto dessa lei.

Torna-se evidente que qualquer exame das relações de trabalho em curso na vigência da Lei nº 7.064/82 — a formação anterior do contrato, a sua clausulação, a sua execução e a sua extinção — esbarra em um pressuposto, em um dado *a priori*: a configuração do contrato conforme as predisposições do diploma de 1982, pois ela — e isso é palmar —, ao mesmo tempo que não pode declarar nulo o que fora ajustado anteriormente à sua publicação, não terá aplicação senão àqueles contratos celebrados ou funcionalizados segundo os preceitos constitutivos básicos estabelecidos, respectivamente, em seus arts. 2º, 12, 13 e 18.

Essa colocação é tão axiomática quão axiomática é a ineficácia (por nulidade) de qualquer relação contratual estruturada fora dos termos qualificadores da Lei nº 7.064/82, depois de sua entrada em vigor. Aplica-se, aqui, o princípio da inserção automática da lei definidora da relação jurídica ajustada ao tempo da lei nova.

Ressalve-se que, porém, o negócio jurídico, que tenha por fim a prestação de serviço de trabalhadores brasileiros no estrangeiro — dê-se sob a forma de **transferência**, dê-se sob a forma de **contratação originária** — é um negócio **jurídico típico**, calcado em pressupostos formais de constituição, que o fisionomizam como tal.

Os elementos tipificadores, que integram os negócios jurídicos disciplinados pela Lei nº 7.064/82 — arts. 2º, 12, 13 e 18 —, alcançam uma acepção de “contrato-tipo” ou nominado (cf. ESPINOLA, Eduardo. **Dos Contratos Nominados no Direito Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro, “Gazeta Judiciária” Editora S/A, 1953, pp. 14 a 17, esp. notas 16 a 18; e PACHECO, José da Silva. **Direitos Negociais e Contratuais**. São Paulo, Ed. Saraiva, 1979, p. 9, n.ºs 10 e 11; GOMES, Orlando & VARELA, Antunes. **Direito Econômico**. São Paulo, Ed. Saraiva, 1977, p. 161, nº 13; e LENT, Friedrich. **Die Gesetzkonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozess**. Aalen, Scientia Verlag, 1970, B. 1, S. 119, ff), mas inscritado em um plano de efetividade jurídica rigorosa, como o é a ordem pública, o que afasta a possibilidade de conclusão de contratos para prestação de serviços no estrangeiro em formas “atípicas” ou “compostas”, como se se pretendesse fugir à eficácia dos direitos assegurados na lei em exame.

3. A qualificação

A luz da Lei nº 7.064/82, salvo a prestação de serviço transitório — entendendo-se como tal o executado em lapso inferior a três meses ou cuja permanência do empregado no exterior não o ultrapasse, o que, estando na parte geral do diploma (art. 1º, parágrafo único, “Introdução”) —,

os contratos de trabalho concluídos no Brasil para a prestação de serviço fora de seu território somente serão tipificados em duas categorias: os **propriamente contratados** e os **transferidos**. Não haverá *tertium genus*.

Quaisquer que sejam as "situações" jurídicas engendradas após a vigência da Lei nº 7.064/82, elas se subsumem em seu texto, quanto à qualificação do contrato e quanto à incidência de suas regras imperativas, salvo se mais favoráveis forem as condições estabelecidas e menores os prazos de expatriação (dois anos para férias, art. 6º, três anos para a permanência e/ou a rescisão, arts. 9º, 13 — a cláusula da "norma mais favorável" encontra-se no art. 3º, II).

Atente-se a que, se ocorrer a hipótese do nº II do art. 2º, o trabalhador salta de uma situação para outra. Vislumbra-se, aqui, uma janela à fraude, aberta pelo próprio legislador.

4. Regência

Ao desdobramento das situações jurídicas abertas na lei nova correspondem regências diferentes, compreensivas de diferentes estatutos jurídicos.

Não há dúvida que o empregado **transferido** tem sua regulação jurídica integral pela lei brasileira, a começar pelos próprios dispositivos do diploma novo — arts. 2º a 11 — e o **contratado** passa a viver um regime cumulativo, o da lei brasileira (consistente nas garantias dos arts. 14 a 20 da Lei nº 7.064/82) e o da *lex loci executionis*.

Observe-se, entre uma e outra situações, que a captação ou a aplicação da norma "mais favorável", a que se refere o art. 3º, II, obedece ao sistema da "incindibilidade" ou "conglombamento", isto é, o conceito de "norma mais favorável" colhe-se do conjunto dos direitos assegurados ou pela legislação trabalhista brasileira ou pela Lei nº 7.064/82, conjunto esse, entretanto, que toma como pólo de circunscrição cada instituto jurídico objeto de aplicação (cf. a excelente doutrina a respeito em ALONSO GARCIA, Manoel. *Derecho del Trabajo*. Barcelona, José M. Bosch Ed., 1960, T. 1, p. 255, nº 2).

Dois aspectos excepcionais cabe sejam aclarados e que dizem respeito, um, ao problema da existência de "empresa" brasileira representante da estrangeira, o que, apesar de localizar a contratação no Brasil, não afasta a aplicação do regime especial e híbrido aberto pelos arts. 12 e ss. da Lei nº 7.064/82 e, o outro, ao "consórcio" ou "grupo" — à solidariedade empresária —, até impostos pelo art. 13 e reelaborado, em uma co-responsabilidade quase fictícia ou simbólica, pelo art. 19, *solidariedade esta que refoge dos pressupostos do art. 2º § 2º, da CLT, como acima se analisou exaustivamente.*

A caracterização do consórcio, de que participe empresa brasileira, não induz unicidade de pessoa para fins de configuração da relação de emprego, senão apenas para o fim da co-responsabilidade, nem altera o problema da regência que, pelo novo diploma, está adstrita a condição

jurídica do trabalhador, se **contratado** para trabalhar no estrangeiro, se para lá **transferido**.

5. Jurisdição

A focagem do novo regime para o trabalhador brasileiro no estrangeiro — aqui elaborada perfunctoriamente, sem que isso afaste, em época oportuna, abordagem de maior envergadura — não poderia escapular a questão da jurisdição.

No concernente aos trabalhadores **transferidos**, não pairam dúvidas que a Justiça brasileira é a competente para decidir os conflitos resultantes entre empresa e seus empregados.

Dois tópicos da Lei nº 7.064/82 levantam a interferência da competência da Justiça brasileira também para resolver dissídios entre empregados **contratados**, na forma dos arts. 12 e segs. O **domicílio** da empresa-sócia, sociedade, a nível de solidariedade, composta no art. 13, e a capacidade para “receber citação” da empresa representante, como está no art. 18, conduzem, iniludivelmente, à indução de que os juízes trabalhistas brasileiros são os competentes para julgarem todos os conflitos fundados em prestação de serviços de trabalhador brasileiro no estrangeiro.

6. A isonomia

Finalmente, cabe atentar-se para a distinção de regimes jurídicos criados pela Lei nº 7.064/82, cujo suporte básico é o mesmo: a prestação de serviços por brasileiro no estrangeiro e cuja distinção de garantias e direitos assenta-se em uma meramente formal condição de negócio jurídico: o ser **transferido** e/ou o ser **contratado**, como se em duas situações ocorressem fatos-suportes específicos e que, realmente, distinguissem uma situação da outra.

O campo por abrir-se aqui é extenso e a atração do art. 153, § 2º, da Constituição federal, desenha-se com traços limpidamente impositivos, à demonstração de que, nas sublinhas da Lei nº 7.064/82, desdobra-se uma deformação na direção da tutela jurídica trabalhista.

Sente-se que o primeiro quadro da lei, o das **transferências**, atua apenas como peça de engodo, que jamais será acionada, quando o objetivo final do diploma não se disfarça em seu segundo quadro, o das **contratações diretas** para o estrangeiro e sobre que recairão todos os ônus de uma construção jurisprudencial, consoante os princípios fundamentais da proteção do trabalho.

E isto, porque a lei nova, sob a aparência da **inovação** e de até minudente regulamentação do trabalho no estrangeiro, nada mais fez do que, pelas suas entredobras, deixar em aberto as mesmas questões, os mesmos desvãos e as mesmas incertezas imperantes antes de sua vigência.

Cabe aos Tribunais do Trabalho, senão ao próprio Supremo Tribunal Federal, imprimirem um cunho de coerência e de segurança jurídica, com vistas à elaboração de uma doutrina **aequa** para os casos futuros (cf. art. 1.371, do C. Civil italiano, e SIMI, Valente. † **Contratto Collettivo di Lavoro**. Padova, CEDAM, 1980, p. 149).