

CONFLITO DE LEIS TRABALHISTAS NO ESPAÇO

José Affonso Dallegrave Neto^(*)

1. Importância do tema

Muito se fala, hoje, em migração de trabalhadores. A lufa-lufa das empresas transnacionais implica quebrar fronteiras geográficas em busca de novos consumidores e mão-de-obra barata. Caem-se as barreiras alfandegárias, estimula-se o investimento do capital estrangeiro, facilita-se a importação e a exportação do trabalho braçal, técnico e intelectual. Apanágios de um mundo globalizado. Um mundo onde a lei de mercado e a busca pela maximização do lucro sobrepõem-se às questões éticas, culturais e humanitárias.

A partir deste cenário, o tema: “Conflito de lei trabalhista no espaço” ganhou acentuado relevo. É através do seu exame pormenorizado que se fincarão as diretrizes para aplicação da norma sobre o *contrato internacional de trabalho*, termo usado para indicar a relação de emprego que contém algum elemento de estraneidade⁽¹⁾.

O presente ensaio abordará o conflito espacial da lei trabalhista, a partir dos princípios gerais do Direito do Trabalho, do Direito Internacional Privado e Público e, sobretudo, da legislação positiva.

2. Elemento de conexão

Para se chegar à lei que será aplicada ao caso concreto, deve-se saber qual elemento de conexão irá prevalecer. Por *elemento de conexão* se entende o critério jurídico utilizado para delimitar a lei incidente nos casos de conflito. Tal “punto de collegamento”, expressão utilizada pelos italianos, varia de acordo com o sistema jurídico de cada país.

(*) *José Affonso Dallegrave Neto é Mestre e Doutorando em Direito pela UFPR, Professor da Pós-graduação da Faculdade de Direito de Curitiba, Presidente da APEJ – Academia Paranaense de Estudos Jurídicos, Advogado membro do IAB e do IAP*

(1) *A propósito desta expressão “elemento de estraneidade ou de estrangeirio” no conceito de contrato internacional de trabalho, consultar Matthias Nyonzima, in La clause de Monnaie Étrangère dans les contrats internationaux Bruxelles Bruylant, 1991, p 32, e, ainda, Rui de Moura Ramos In Da lei aplicável ao Contrato de Trabalho Internacional Coimbra Almedina, 1990, pág 27*

Dentro do próprio direito interno, o elemento de conexão também varia conforme a matéria: se sobre direito real, obrigacional, contratual trabalhista, capacidade, etc.

No Brasil, são duas as legislações que disciplinam a matéria a LICC – Lei de Introdução ao Código Civil, DL 4.657/42, e o Código de Bustamante, ratificado pelo Brasil e promulgado através do Decreto n. 18871/29.

A primeira traz os elementos de conexão que variam conforme a matéria subjacente, podendo assim serem classificados:

a) Nacionalidade – é o ponto de coligação do direito das pessoas, conforme dispõe o art. 7º da LICC;

b) “Lex Rei Sitae” – para os direitos reais, prevalece o lugar onde se encontra a coisa. Exegese do art. 8º da LICC;

c) “Lex Loci Regit Actum” – nos termos do *caput* do art. 9º da LICC, “para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.”

O referido art. 9º constitui regra para as obrigações em geral. Todavia, quando a obrigação for de índole trabalhista, o elemento de conexão será o do local da execução do contrato. Neste sentido é o Código de Bustamante, cujo artigo 198 dispõe expressamente que o contrato de trabalho é regido pela lei do local da prestação do serviço.

Verifica-se que embora não se deva confundir *competência da lei e competência jurisdicional*, “no campo do Direito do Trabalho, no entanto, em razão mesmo de sua aplicação *territorial*, as duas competências praticamente se confundem, uma decorrente da outra”⁽²⁾ Daí o art. 651 da CLT dispor:

“A competência das Varas do Trabalho é determinada pela localidade onde o empregado, reclamante ou reclamado, prestar serviços ao empregador, ainda que tenha sido contratado noutra local ou no estrangeiro.”⁽³⁾

⁽²⁾ MARANHÃO, Délio CARVALHO, Luiz Inácio B *Direito do Trabalho* 17ª ed Rio de Janeiro Editora Fundação Getúlio Vargas pág 31

⁽³⁾ Registrem-se duas notas importantes. a) O § 2º do art 651 da CLT estende a competência das Varas do Trabalho aos dissídios ocorridos em filial no estrangeiro, desde que o empregado seja brasileiro e não haja convenção internacional dispondo em contrário, b) Recentemente, por força da Lei 9 851/99 (DOU 28/10/99) foi

A matéria encontra-se pacificada na jurisprudência, através do Enunciado n. 207 do TST:

“A relação jurídica é regida pelas leis vigentes no País da prestação de serviço e não por aquelas do local da contratação.”

Em que pese o TST ter posição estribada de que prevalece a *lex loci executionis*, urge incursionar-se sobre o amparo legal desta asserção, seu alcance e limites.

Em um primeiro momento, poder-se-ia imaginar incompatibilidade entre o art. 9º da LICC e o art. 198 do Código de Bustamante. Ocorre que este atrito “é apenas aparente, pois o art. 9º está vinculado, ostensivamente, ao art. 17, que consagra o princípio de ordem pública e, em nome dele, imobiliza a lei estrangeira que seja invocada pela parte interessada”, nas palavras de Gilda Russomano⁽⁴⁾.

Oportuno transcrever o referido artigo 17 da LICC:

“As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a *ordem pública* e os bons costumes”.

Para se saber do acerto do princípio da territorialidade consubstanciado no Enunciado 207 do TST, deve-se investigar o conceito de *ordem pública* e se o direito do trabalho nele se encontra incluído.

3. As normas de ordem pública

Por *ordem pública*, nas palavras de De Plácido e Silva, entende-se “a situação de legalidade normal, em que as autoridades exercem suas precípuas atribuições e os cidadãos as respeitam e acatam, sem constrangimento ou protesto”.⁽⁵⁾

A dimensão do art. 17, da LICC, quando estatui ineficácia da norma estrangeira por ofensa à soberania nacional e à ordem pública, é

corrigida distorção da redação original do § 1º do art 651 para constar “quando for parte no dissídio agente ou viajante comercial, a competência será da Vara da localidade em que a empresa tenha agência ou filial e a esta o empregado esteja subordinado e, na falta, será competente a Vara da localização em que o empregado tenha domicílio ou a localidade mais próxima”

⁽⁴⁾ RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer *Os conflitos espaciais de leis no plano das relações trabalhistas*. Rio de Janeiro Ed José Konfino, 1964, pág 173

⁽⁵⁾ SILVA, De Plácido e *Vocabulário jurídico*, Vol III e IV, 3ª ed., Rio de Janeiro Forense, 1991 pág 291

sobretudo de respeito às normas cogentes. Pontes de Miranda define estas como normas imperativas, aquelas que ordenam que se faça ou que se não faça alguma coisa⁽⁶⁾.

Conforme já tive oportunidade de manifestar, todas as normas legais incidentes no contrato de trabalho são do tipo cogente. Até mesmo as raras normas da CLT, que dão certa liberdade às partes para fixar o conteúdo do contrato, não são tidas como *supletivas*, mas *cogentes impuras*. O fundamento é simples: estas normas trabalhistas não conferem às partes ampla liberdade para delimitar qualquer conteúdo, antes impõem limites protetivos que, se desrespeitados, importarão nulidade absoluta nos termos do art. 9º da CLT.⁽⁷⁾ Situação completamente diversa é o das normas civis, genuinamente supletivas, em que as partes possuem plena liberdade para disporem até mesmo o inverso do teor sugerido pela lei, que somente prevalecerá em caso de omissão das partes.

Em posição análoga, Pinho Pedreira sustenta:

“A Lei de Introdução há de ser interpretada de modo sistemático, impondo-se a harmonização do art. 9º com o art. 17. O Direito do Trabalho, de que o contrato de trabalho é instituto-chave, se constitui quase totalmente de *normas de ordem pública* porque informadas por princípios recepcionados pelo direito nacional como indispensáveis à ordem social, e, por isso mesmo, dotadas de imperatividade, da qual decorre a irrenunciabilidade pelos trabalhadores dos direitos que asseguram. A natureza de ordem pública das normas trabalhistas é geralmente reconhecida.”⁽⁸⁾

O regramento trabalhista escapa, portanto, ao alcance do art. 9º da LICC, na medida em que se insere na especial gradação axiológica prevista

⁽⁶⁾ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante *Comentários à Constituição de 1967*. Vol 1, 2ª ed São Paulo RT, 1970, p 181

⁽⁷⁾ D'ALLEGRAVE NETO, José Affonso *Contrato Individual de Trabalho – uma visão estrutural* São Paulo, LTr, 1998, pág 102 Como exemplo do que se está a dizer, aponte-se o art 469, § 1º da CLT que prevê a possibilidade das partes estabelecerem condições explícitas de transferência, contudo com um *minus* de restrição legal Assim, não é possível, por exemplo, que as partes prevejam cláusula de transferência com um adicional inferior àquele delimitado na lei (25%) Trata-se de norma cogente impura Já o direito ao Salário Mínimo, previsto no art 76 da CLT, é um exemplo de norma cogente pura, vez que ausente qualquer nicho de discricionariedade às partes

⁽⁸⁾ PLDREIRA, Pinho *O contrato internacional de trabalho* Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho, Ano II, n 02, São Paulo, LTr, 1994, pág 69 e 70

no art. 17 da LICC. Logo, o elemento de conexão para o contrato internacional de trabalho é, em tese⁽⁹⁾, a *lex loci executionis*.

4. A previsão da Lei 7.064/82 e a Teoria da Irradiação

Ficou consagrada pela alcunha “teoria da irradiação” – *ausstrahlung* – o elemento de conexão aplicável aos contratos de trabalho daqueles empregados que em caráter transitório saem de seu lugar habitual para prestarem serviços em outro país. Neste caso, a lei do local permanente se irradia fictamente para o país em que o obreiro foi provisoriamente alocado.

Situação diversa é a dos empregados que são transferidos em caráter permanente, caso em que prevalecerá a norma da territorialidade, ou seja, a da *lex loci executionis*.

A Lei 7.064/82 disciplina a situação dos brasileiros que prestam serviços no Brasil em empresas de engenharia ou congêneres e que são transferidos ou cedidos para prestarem serviços no exterior com manutenção do vínculo de emprego. Esta lei também abrange os empregados contratados por empresa com sede no Brasil para trabalharem, desde logo, no exterior.

O referido diploma legal contém um elemento de conexão especial previsto em seu art. 3º e que pode assim ser resumido: *a priori* deve-se aplicar a lei do território de execução do contrato *somada* com os direitos expressamente contemplados na Lei 7.064/82; entretanto, em sendo a legislação trabalhista brasileira compatível com a Lei 7.064/82 e, ainda, mais benéfica em seu conjunto de normas atinente a cada matéria, esta (e não aquela) será aplicada.

Importante exemplificar a questão. Imagine-se um empregado que trabalhe numa empresa de engenharia aqui no Brasil e que seja transferido para o Paraguai. Lá chegando é convocado para plantões noturnos das 22h às 6h da manhã. Diante desta *fattispecie* surge a indagação: aplica-se a lei brasileira ou a paraguaia em relação ao tema *jornada noturna*? O art. 3º, II, da Lei 7.064/82 responde esta questão, quando manda aplicar a lei mais favorável vista em seu “conjunto de normas em relação a cada matéria”.

Neste caso, de um lado tem-se a nossa CLT, em seu artigo 73, que estabelece como hora noturna o período trabalhado das 22h às 5h, com incidência de um adicional de no mínimo 20% e com uma redução ficta no

⁽⁹⁾ Conforme se verificará adiante, este elemento de conexão tem seus limites no princípio da norma mais benéfica ao trabalhador.

cômputo da hora noturna: ao invés de ser contada a cada 60 minutos, é feita a cada 52 minutos e 30 segundos. De outro lado, o artigo 195 da CT paraguaia prevê como sendo das 20h às 6h o período noturno, o qual não contém qualquer redução ficta, contudo nele recaindo um adicional de no mínimo 30% sobre o valor da hora ordinária diurna.

Ora, neste contexto casuístico não há dúvida que no conjunto das normas que circunscreve a categoria da jornada noturna, a legislação paraguaia é a mais benéfica ao trabalhador. Logo, aqui deverá deixar de aplicar a lei brasileira.

E nem se cogite de cindir as legislações nacionais para acumular os benefícios – como por exemplo considerar o adicional paraguaio de 30% com a redução ficta (52'30'') prevista no ordenamento brasileiro. Isso só seria possível se o Brasil adotasse a chamada Teoria da Acumulação.

Conforme se verificou pela expressa dicção do art. 3º, II, da Lei 7.064/82, a teoria adotada é a da Incindibilidade dos Institutos Jurídicos que, por sua vez, difere-se da teoria da Acumulação e da teoria do Conglobamento. As três teorias diferenciam-se pela forma de considerar a aplicação da norma mais benéfica. A da Acumulação propugna pela reunião de todas as vantagens conferidas ao empregado, fracionando as diversas fontes normativas em verdadeira “colcha de retalhos”, enquanto que a teoria da Incindibilidade defende a acumulação dos diplomas legais, limitando-os ao conjunto de normas por matéria. Finalmente, a teoria do Conglobamento sustenta que a opção deve recair sobre o conjunto global de uma determinada fonte formal em desprezo de outra⁽¹⁰⁾: ou se considera integralmente a fonte formal “x” ou integralmente a lei “y”.

4.1. Os direitos especialmente previstos na Lei 7.064/82

Importante trazer os direitos especialmente contemplados na Lei 7.064/82, assim enumerados:

a) Art. 5º - estatui que a *estipulação* do valor do salário-base seja em moeda nacional brasileira, podendo o *pagamento* no exterior ser feito em moeda estrangeira, no todo ou em parte. Importante destacar a baliza que o legislador faz entre estipulação e pagamento de salário⁽¹¹⁾. Caso haja

⁽¹⁰⁾ *DALLEGRAVE NETO, José Affonso Alcance e limites do princípio constitucional da norma mais benéfica ao empregado In. Direito do Trabalho estudos São Paulo LTr, 1997, pág 18*

⁽¹¹⁾ *Esta distinção é também importante para melhor compreensão do alcance da regra prevista no art 463 da CLT*

manifestação escrita do empregado, a parcela paga em moeda nacional deverá ser depositada em conta corrente;

b) Art. 6º - após dois anos de permanência no exterior, o empregado terá direito a fruir suas férias anuais no Brasil, ficando por conta da empresa o custo das respectivas viagens do titular e de seus familiares;

c) Arts. 7º e 8º - além das circunstâncias normais oriundas da necessidade da empresa, considerar-se-á legítimo o retorno do empregado ao Brasil quando após três anos de labor contínuo no exterior ou para atender grave necessidade de saúde ou familiar. Exceto nos casos de justa causa ou iniciativa injustificada do empregado, o custeio das despesas de viagem de retorno ao Brasil será do empregador;

d) Art. 9º - o tempo de duração do trabalho no exterior será computado para efeitos de indenização por tempo de serviço, mesmo que a lei estrangeira assim não preveja. Caso os direitos do referido período tenham sido objeto de liquidação apartada, o empregador estará autorizado a deduzir o montante pago do saldo dos depósitos da conta vinculada do FGTS. Em caso de inexistência de conta vinculada ou de saldo insuficiente, o *plus* pago poderá ser compensado do pagamento das verbas rescisórias. Se este *plus* tiver sido pago em moeda estrangeira, deverá ser procedida a conversão em moeda nacional ao câmbio do dia em que se operou o pagamento.

e) Art. 10º - tanto o adicional de transferência, quanto o salário *in natura*, ou qualquer outra benesse a que fizer jus o empregado “enquanto estiver no exterior”, não serão devidas, nem incorporadas após o seu retorno ao Brasil. Tal comando se baseia na provisoriedade do fato gerador do direito. Impende registrar que aludida regra encontra-se em sintonia com o entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca da *licitude* da supressão de uma condição mais vantajosa, quando desaparecido o fato transitório da qual ela estava vinculada.

f) Art. 11 - durante o período de trabalho no exterior não haverá recolhimento das seguintes contribuições: SESI, SESC, SENAI, SENAC, INCRA e Salário-educação.

Finalmente o parágrafo único do art. 1º, da Lei 7.064/92, faz questão de excluir do regime desta lei o empregado designado para prestar serviços de natureza *transitória*, por período não superior a noventa dias,

desde que tenha expressa ciência dessa transitoriedade e receba diárias⁽¹²⁾, além das passagens de ida e volta.

Diante desta expressa exclusão, surge uma pergunta: qual legislação será aplicada a esses empregados brasileiros que são designados para trabalharem no exterior de forma transitória ?

Deveras, parece-me claro que nesta hipótese irá prevalecer a lei ordinária brasileira (CLT). Trata-se de aplicação da já mencionada Teoria da Irradiação. Em consequência, assinala Délio Maranhão, “se o trabalho é efetuado em caráter transitório em um lugar, continuando a ser outro o da ocupação principal, é a lei do país em que o contrato normalmente se executa que se há de aplicar”⁽¹³⁾.

5. A primazia da lei do pavilhão para os marítimos e aeronautas

Em se tratando de trabalho especial que envolva a prestação em diversos países - como é o caso dos marítimos e dos aeronautas - a doutrina e a jurisprudência vêm firmando posição de que prevalece a lei do pavilhão ou do país em que se está matriculado o navio ou o avião, do qual a chamada “bandeira” é um mero símbolo⁽¹⁴⁾. Ernesto Krotoschin ratifica esta tendência: “para las relaciones de trabajo de los tripulantes decide normalmente el derecho del pabellón. Para las aeronaves debe suponerse lo mismo”⁽¹⁵⁾.

Pinho Pedreira assevera que tal posicionamento é referendado pela maior parte das convenções internacionais do trabalho concernentes aos marítimos, lembrando neste diapasão, da interpretação dada pela Comissão de Peritos do BIT à Convenção de 1926 sobre o engajamento dos marítimos⁽¹⁶⁾. Gilda Russomano sustenta que a lei do pavilhão é uma velha construção

(12) *Registre a expressa dicção da letra “b” do parágrafo único do art 1º da Lei 7064/82 no sentido de que as diárias percebidas no exterior, seja qual for o seu valor, não terão natureza salarial*

(13) *SUSSEKIND, Arnaldo MARANHÃO, Délio. VIANNA, Segadas TEIXEIRA, Lima Instituições de Direito do Trabalho Vol 1, 18ª edição São Paulo LTr, 1999, p 182*

(14) *Assim entendem. Délio Maranhão, Pinho Pedreira, Mozart Russomano, dentre outros*

(15) *KROTOSCHIN, Ernesto Manual de derecho del trabajo 4ª edición actualizada por el Dr Gustavo Raúl Meilij, Depalma, Buenos Aires, 1993, p 42*

(16) *PEDREIRA, Pinho Ob citada p 75*

jurídica, de caráter consuetudinário, que nos vem do Direito Comercial Marítimo e do Direito Internacional Público⁽¹⁷⁾.

A questão instigante daqui decorrente é saber como ficam os casos de fraude à lei, caracterizados quando o uso da lei da bandeira visa frustrar a incidência de comezinhos direitos trabalhistas. Por óbvio que uma vez configurada a *fraus legis*, o ato será declarado nulo de pleno direito. Por conseguinte, os direitos sonegados serão reprimidos, aplicando a lei do país do domicílio do armador.

Para que se tenham por nulos os atos jurídicos em fraude à lei, “não é preciso que exista, no sistema jurídico, regra jurídica a respeito de tal causa de invalidade”, conforme observa Pontes de Miranda, que assim arremata: “algumas leis preferem a explicitude e incluem regra jurídica sobre os atos jurídicos *in fraudem legis* e a consequência de ter havido tal violação indireta da lei”⁽¹⁸⁾. É pois o caso da CLT em sua expressa previsão do vetusto art. 9º.

6. O alcance do DL 691/69

Além da LICC e da Lei 7 064/82, o direito objetivo pátrio contém o Decreto-Lei nº 691/69 aplicável aos técnicos domiciliados no estrangeiro que são contratados para executarem serviços provisórios e específicos aqui no Brasil com estipulação salarial em moeda estrangeira

Como se vê, existe de um lado a Lei 7.064/82 que é específica aos brasileiros que são transferidos para o exterior, e, de outro, o DL 691/69 que disciplina o inverso: a transferência de estrangeiros para prestarem serviços provisórios aqui no Brasil.

O art. 1º do referido decreto-lei prevê como obrigatória a celebração de um contrato específico para o trabalho a ser realizado em nosso país. É ainda necessária a fixação de termo certo, podendo o contrato ser prorrogado também por termo *ad quem*. Com outras palavras: o estatuto legal não admite que o técnico estrangeiro trabalhe no Brasil por prazo indeterminado. Daí, inclusive, a expressa exclusão dos artigos 451 a 453 da CLT feita pelo legislador.

⁽¹⁷⁾ RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer *Direito Internacional Privado do Trabalho conflitos espaciais de leis trabalhistas* 2ª ed Rio de Janeiro Forense, 1979 p 187

⁽¹⁸⁾ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante *Tratado de Direito Privado* 101 4, Rio de Janeiro Borsari, 1964, p 200

Da mesma forma, o DL 691/69 afasta o regramento do FGTS e determina que a indenização cabível à rescisão contratual seja aquela constante dos artigos 479 a 481 da CLT. Logo, se a extinção do contrato for por expiração normal, o empregado nada receberá a título de verba indenizatória⁽¹⁹⁾. Caso haja rescisão antecipada, a parte prejudicada terá direito a auferir, a título de indenização, a metade dos dias faltantes até o termo *ad quem*.

Os técnicos estrangeiros contratados sob o pálio do diploma normativo em comento têm assegurados, além das vantagens contratuais, os seguintes direitos: a) salário mínimo; b) RSR; c) férias anuais remuneradas; d) duração do trabalho: 8h diárias e 44 horas diárias ou turnos ininterruptos de revezamento de 6 horas diárias; e) segurança e higiene do trabalho; f) seguro contra acidente do trabalho; e g) previdência social.

O DL ainda encerra dispositivo de constitucionalidade duvidosa no sentido de vedar a participação dos trabalhadores estrangeiros nos lucros da empresa. Até que ponto pode ser declarada válida uma norma proibitiva dessa estirpe, quando confrontada com o art. 5º, XIII da Constituição da República?

Finalmente, o art. 3º estatui que a taxa de conversão da moeda estrangeira levará em conta a data do vencimento da obrigação. Aqui exsurge outra polêmica exegética: o fato do legislador prever taxa de conversão salarial significa que o pagamento deva ser necessariamente em moeda nacional? Se de um lado há expressa autorização legal para se *estipular* o valor do salário em moeda estrangeira, de outro se verifica uma omissão quanto à obrigatoriedade do *pagamento* salarial em moeda brasileira.

Neste caso penso que a regra plasmada no art. 463 da CLT⁽²⁰⁾ por estar dentro do conceito de *ordem pública* deve ser estendida aos técnicos estrangeiros abrangidos pelo DL 691/69, conforme comando do art 17 da LICC. Ademais, a chamada circulação da moeda é questão de *soberania*

⁽¹⁹⁾ *Em condições normais, o empregado optante teria direito a levantar os depósitos do FGTS no código 04 sem a incidência da multa de 40%. Não é ocioso frisar que a indenização propriamente dita é justamente a multa fundiária. Logo, na extinção contratual não há pagamento de verba indenizatória, mas tão-somente de verba rescisória (férias, 13º, etc). No caso do DL 691/69, o prejuízo se traduz na inexistência de depósitos e posterior saque do FGTS.*

⁽²⁰⁾ *Reza o art 463 da CLT "a prestação em espécie do salário será paga em moeda corrente do País". Parágrafo único "O pagamento do salário realizado em inobservância deste artigo considera-se como não feito".*

nacional, cujo *axio* também se encontra inserido na regra do art. 17 da LICC. Destarte, a despeito do permissivo legal para a *estipulação* em moeda estrangeira do técnico que aqui vem provisoriamente trabalhar; *contrario sensu*, há um veto (art. 463) para que o *pagamento* seja em moeda estranha ao nosso país⁽²¹⁾.

7. O tema sob a ótica neoliberal

Após enfrentar as fontes normativas que tratam do conflito espacial das leis trabalhistas, pode-se inferir junto com Estêvão Mallet que o elemento de conexão varia de acordo com o ordenamento jurídico considerado e de acordo com a natureza da relação jurídica em que se verifica a situação de conflito. Verifica-se em direito comparado, que a norma internacional tanto pode conter um elemento conexo ou mais de um, alternativa ou simultaneamente⁽²²⁾.

Dentro do atual contexto neoliberal, volta-se a sustentar a aplicação de institutos civilistas para o Direito do Trabalho. O mais reluzente deles é o da *pacta sunt servanda* e sua derivação moderna: a autonomia privada⁽²³⁾. Na esteira deste novel quadrante, o direito internacional privado volta a defender a autonomia da vontade para fixar a lei aplicável ao contrato internacional.

Esta tendência é vista com maior vigor sobretudo em Portugal, ao ponto de Bernardo da Gama Lobo Xavier afirmar: “Era dominante na doutrina o princípio da territorialidade das normas de trabalho, sendo sobretudo relevante a conexão *lugar de execução do trabalho (locus executionis)* Vem sendo ultimamente revalorizado o papel da autonomia da vontade para determinar o direito aplicável”⁽²⁴⁾.

O assunto foi reexaminado por Rui Moura Ramos que concluiu que a conexão mais importante é a da vontade dos contratantes, que podem

⁽²¹⁾ *Mais uma vez se percebe o tratamento legal diferenciado para estipulação e pagamento (de salário)*

⁽²²⁾ MALLET, Estêvão *Conflito de leis trabalhistas no espaço e globalização* Revista LTr, 62, 03/98, p 330/331

⁽²³⁾ *Acerca desta reaproximação de institutos civilistas à órbita trabalhista em contraposição à função social do contrato consultar* Luiz Carlos Amorim Robortella, *O moderno direito do trabalho* Aldacy Rachid Coutinho, *A função social do contrato de trabalho*, José Affonso Dallegrave Neto, *Contrato individual de trabalho – uma visão estrutural* Enzo Roppo, *O contrato*

⁽²⁴⁾ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo *Curso de Direito do Trabalho 2ª ed* Lisboa, Verbo, 1993, p 280 e 281

eleger o ordenamento que entenderem adequado. Sustenta o autor lusitano⁽²⁵⁾ que somente no caso de não ter havido escolha pelos contraentes, o ordenamento competente será o do local de execução do trabalho.

De forma lúcida, Bernardo Xavier, referindo-se às inferências de Rui Ramos, arremata sua posição, fazendo questão de cravar os *limites* ao princípio da autonomia da vontade: “Aceitamos essas conclusões. Com ressalva da ordem pública a que se refere o artigo 22º do Código Civil, entendemos que se aplicarão as regras do artigo 41º do mesmo Código Civil e na sua falta a lei do *locus executionis*.”⁽²⁶⁾

Arion Sayão Romita sistematiza o tema atinente ao conflito espacial, advertindo que “quando a lei de escolha das partes priva o empregado da proteção derivada da lei que normalmente deveria ser aplicada, interfere o princípio da *ordem pública*. As normas de ordem pública são tão importantes e tão vinculadas à ordem social do país do foro que sua aplicação se torna imperativa, afastando a lei prevista pelo contrato”.⁽²⁷⁾

Conclusão

De todo o exposto, pode-se concluir que o princípio da territorialidade consubstanciado na Súmula 207 do TST é apenas a regra geral para os contratos internacionais de trabalho, mas que sempre cederá ao princípio maior de proteção social ao trabalhador.

As duas diretivas devem ser simultaneamente aplicadas, sendo a segunda (*favor laboris*) o limite da primeira (*locus executionis*)

Conforme se constatou no decorrer deste estudo, são várias as menções à hegemonia do princípio da lei mais benéfica:

a) o art. 17 da LICC fala da ineficácia das fontes normativas que ofenderem a ordem pública e, como é cediço, o regramento protetivo trabalhista está inserido no conceito de ordem pública,

b) o art. 3º, II, da Lei 7064/82 contempla expressamente a primazia da regra mais benéfica vista em seu conjunto normativo por matéria.

c) a lei do pavilhão sucumbe diante da fraude à legislação mais vantajosa ao empregado;

⁽²⁵⁾ RAMOS, Rui Moura *Ob citada* p 720 e 721

⁽²⁶⁾ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo *Ob citada* p 281

⁽²⁷⁾ ROMITA, Arion Sayão *Conflito de normas em direito do trabalho In Direito do trabalho temas em aberto São Paulo, LTr, 1998 p 123*

d) o DL 691/69, apesar de incidir sobre o trabalho de técnicos estrangeiros que prestam serviços provisórios aqui no Brasil, prevalecendo, assim, a teoria da irradiação do país sede do trabalho habitual que emana seus efeitos para o local da prestação habitual, faz questão de assegurar, em seu art. 2º, direitos protetivos básicos da nossa legislação.

Octavio Bueno Magano ao se referir a prevalência do princípio da norma mais benéfica sobre o princípio da territorialidade aduz que tal fato “explica-se porque o Estado de origem não permite que o seu súdito se submeta a condições de trabalho inferiores ao padrão mínimo por ele estabelecido”⁽²⁸⁾

A fim de reforçar a proposição ora apresentada, registrem-se alguns precedentes do direito internacional público:

a) O art. 5º, § 2º da Constituição Federal prescreve que os direitos e garantias neles expresso não excluem outros (direitos e garantias) decorrentes do regime e dos princípios adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Ora, um dos princípios previsto no *caput* do seu artigo 7º é justamente o da norma mais benéfica ao empregado.

b) A convenção de Roma, de 1980, “objetivando a uniformização da matéria na Europa, fez supor a necessidade de se levar a cabo a referida comparação global das soluções de sistemas jurídicos diversos”⁽²⁹⁾, prescrevendo que “a escolha pelas partes da lei aplicável não pode ter por resultado *privar o trabalhador da proteção* que lhe asseguram as disposições imperativas da lei que seria aplicável na falta de escolha”.

c) A Constituição da OIT, em seu art. 19, VIII, reza: “em nenhum caso poderá considerar-se que a adoção de uma convenção ou de uma recomendação pela Conferência, ou a ratificação de uma convenção por qualquer dos membros afetará qualquer lei, sentença, costume ou acordo que *garanta aos trabalhadores condições mais favoráveis* do que as que figuram na convenção ou na recomendação”.

Poder-se-ia argumentar que as normas e princípios constitucionais vistos acima dizem respeito ao direito internacional público e

⁽²⁸⁾ MAGANO, Octavio Bueno *Conflitos de leis trabalhistas no espaço* In *Revista LTr*, n 51- 08/87, São Paulo, p 451

⁽²⁹⁾ NORRIS, Roberto *Contratos coletivos supranacionais do trabalho e a internacionalização das relações laborais no Mercosul* São Paulo, LTr, 1998, p 69

que, por sua vez, não se confundem com o direito internacional privado. Lêdo engano!

Consoante lições de Luis Roberto Barroso, os princípios constitucionais sintetizam os principais valores da ordem jurídica instituída. Eles condicionam a interpretação e aplicação de todas as regras jurídicas. Quando se caracterizam por um maior teor de abstração, os princípios constitucionais têm eficácia normativa, “e, em muitos casos, tutelam diretamente situações jurídicas *individuais*”.⁽³⁰⁾

Com efeito, não há como afastarem da órbita privada os princípios constitucionais, ainda que do direito internacional público. Maria Helena Diniz reforça esta assertiva, quando defende a aplicação do mencionado art. 19, VIII da Constituição da OIT na seara dos contratos internacionais de trabalho: “se do confronto de normas concorrentes – nacional e estrangeira – forem mais favoráveis ao empregado as do local da contratação do que as da execução, dever-se-á aplicar aquela que beneficiar o trabalhador, devido o caráter protetivo do Direito do Trabalho, observando-se, porém, as limitações de ordem pública. Ter-se-á aqui o princípio do *favor laboriis*, oriundo da Constituição da OIT (art. 19, VIII).”⁽³¹⁾.

⁽³⁰⁾ BARROSO, Luis Roberto *O direito constitucional e a efetividade de suas normas* RJ, Renovar, 1996, p 308

⁽³¹⁾ DINIZ, Maria Helena *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada* SP, Saraiva, 1994, p 254