

**ELEMENTOS DE CONEXÃO NO DIREITO COMPARADO, EM FACE DA
GLOBALIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO.**

1. O que são elementos de conexão.
2. Direito Comparado.
3. Globalização da Economia.
4. Influências do tema no Direito do Trabalho.
5. Conclusão.

1. Como diz Haroldo Valladão⁽¹⁾, "As normas jurídicas positivas existentes no mundo, as leis humanas, não são universais, nem perpétuas, mas particulares, e temporais; têm limites, âmbito e duração, valem para certo território, grupo humano ou período, divergem, freqüentemente, dum para outro".

Nessa diversidade de regulamentos jurídicos, portanto, é que reside a razão de ser do direito internacional privado, com a intencionalidade de, como diz esse mesmo autor, "regular o intercâmbio humano através de

⁽¹⁾ "Direito Internacional Privado", Rio de Janeiro, Freitas Bastas, 1968, pág. 3.

vários direitos positivos autônomos e divergentes, assegurando a continuidade jurídica dos indivíduos que passam dum para outro"⁽²⁾.

Diante de uma situação concreta, no entanto, mesmo estabelecidas as regras de direito internacional, poderá surgir a dúvida em saber se a lei a ser aplicada naquele caso é a nacional ou estrangeira. Para solucionar esse impasse busca-se, mediante a análise do caso específico, dados fáticos ou de direito que vincularão a análise jurídica com supedâneo em um ou outro ordenamento. Estes são os elementos de conexão, conforme nomenclatura corrente adotada em nosso país.

O elemento de conexão básico é o território⁽³⁾, pois a própria soberania de cada país está ligada a essa noção e os demais elementos de conexão se analisam mediante a delimitação do território, conforme lições de Oscar Tenório⁽⁴⁾.

Tendo-se essa noção do território como básica, no problema em questão, é que se verifica que a partir do exame do caso concreto, surge aquilo que se chama conflito de regras e a solução desse conflito é buscada dentro do ordenamento de cada país. Não há, por assim dizer, uma regra estrangeira, que se sobreponha aos Estados, para solucionar tais conflitos, a não ser nas hipóteses de tratados, aos quais os Estados adiram espontaneamente.

Assim, a solução do problema acaba, de modo irrefutável, esbarrando nas conveniências de cada país em abrir mão, ou pelo menos minimizar, aqui ou ali, os

⁽²⁾ Idem, pág. 4.

⁽³⁾ Ibidem, pág. 271: "Do ponto de vista da importância, o território é o primeiro, vindo a seguir a nacionalidade, domicílio, autonomia da vontade..."

⁽⁴⁾ Vide, "Direito Internacional Privado", Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1965, págs. 383-384.

poderes de sua soberania, para impor as regras de conduta em determinadas situações ocorridas dentro de seu território. Como diz Oscar Tenório⁽⁵⁾, "É problema de conveniência, manifestada através de valores teóricos e práticos".

2. De qualquer modo, a abordagem jurídica do direito internacional não pode se limitar ao exame do direito positivo do país em que pretende solucionar um conflito de regras, pois esse procedimento, sob o ponto de vista doutrinário, abandona uma visão mais ampla do mundo, o modo com que se tem buscado solucionar tais situações no âmbito internacional, com o fim de ressaltar que cada Estado, conquanto se considere soberano e tenha interesse em preservar essa situação, não é um ente isolado que não dependa de bom relacionamento com outros Estados. Assim, sempre conveniente examinarem-se as questões, também, tendo à vista as diretrizes adotadas nos demais países, extraíndo-se, a partir dessa análise, noções fundamentais internacionais para soluções dos conflitos de regra. Esse o campo de alcance do Direito comparado.

Da análise da legislação de diversos países poder-se-á, portanto, extraírem-se esses fundamentos, seguindo relato de Haroldo Valladão⁽⁶⁾:

"A Lei polonesa de 1926, art. 80., n. 7, aplica aos contratos de trabalho a lei do lugar da execução, mas, art. 70., na ausência de escolha dentre várias outras (nacional, domicílio etc.); (...) a jurisprudência alemã, o princípio da autonomia da vontade, expressa ou tácita, e, na falta, a lei do lugar da sede da empresa (...); a jurisprudência francesa, idem (...); o Proj. húngaro, art. 58 (4), (...), o lugar da execução do trabalho; o Projeto polonês, ressalvada a autonomia da vontade, art. 12, aplica

⁽⁵⁾ Idem, pág. 396.

⁽⁶⁾ "Direito Internacional Privado", Vol. 3, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1978, pág. 97.

a lei da residência das partes, art. 15, e se diferentes, parágrafo 9o., a do lugar onde o trabalho é executado, e, assim, também, em forma original, o Proj. venezuelano, art. 32."

Acrescenta este mesmo autor que⁽⁷⁾:

"...a Lei da Tcheco-Eslováquia de DIP, 1963, art. 16, segue, salvo diversa estipulação das partes para as relações oriundas do contrato de trabalho, a lei do lugar onde o trabalhador o executa; mas se concluído com organização com sede noutro Estado, a lei dessa sede, salvo se ele era domiciliado no Estado da execução; para os empregados de empresa de transportes, férreo (12A) ou rodoviário, a lei da sede, fluvial ou aérea, a lei do registro marítimo, a do pavilhão. Para a Albânia, a Lei n. 392, de 21-XI-1964, art. 20, a lei do lugar da execução do trabalho, salvo a autonomia. Já a Lei Polonesa de 1965, art. 33, na falta de escolha pelas partes, a lei do lugar onde elas têm domicílio no momento da criação da relação de trabalho; se devia ser ou é efetuado na sede do empregador, a lei do domicílio deste, e se as partes não têm domicílio no mesmo Estado onde o trabalho era, devia ser ou é efetuado. Nos EUA, a lei do lugar do trabalho, adotando com a ressalva da lei escolhida pelas partes, a lei do Estado onde o contrato determina que os serviços, ou a sua maior parte, deve ser prestados."

3. A globalização da economia é uma tendência do mundo atual, que vem refletida nas uniões comunitárias, Mercado comum europeu, Mercosul, Nafta etc...

A ordem econômica exerce direta influência nas regras de Direito do Trabalho, que possuem caráter social, conforme já sublinhava Octavio Bueno Magano,

⁽⁷⁾ Idem, pág. 98.

em 1973⁽⁸⁾. Ressalta, no entanto, esse mesmo autor, que não é privilegiando o desenvolvimento econômico que se trilha, conseqüentemente, o caminho da justiça social⁽⁹⁾.

Assim, a globalização da economia, sendo um dado da realidade atual, exerce influência sobre o modo de se encarar o Direito do Trabalho, mas não que esse direito deva ser condicionado à exigências da economia, em detrimento da idéia de justiça social que lhe é subjacente.

Por isso, o fenômeno da globalização deve ser examinado em cotejo com a realidade social do país, no sentido de não se abandonarem as regras que garantem ou tendem a garantir um mínimo de paz social, para o fim de atender a exigências do mercado econômico internacional, já que não há uma relação direta e imediata de crescimento econômico com justiça social. Uma coisa é o crescimento da economia outra é o desenvolvimento social que esse crescimento pode proporcionar. No entanto, para que isso ocorra, necessária a concorrência de outros fatores⁽¹⁰⁾.

4. O Direito do Trabalho possui ligação estreita com tudo isso porque, em última análise, o custo da produção, com reflexos na economia, sob o aspecto da mão-de-obra, é ditado por suas regras, acrescidas das normas de Previdência Social.

Para que as comunidades que se procuram criar no mundo sem fronteiras sobrevivam, é preciso eliminar elementos de concorrência exterior, especialmente no que se

⁽⁸⁾ "As Novas Tendências do Direito do Trabalho", dissertação para concurso à livre-docência de Direito do Trabalho na Faculdade de Direito da USP, pág. 37: "O desenvolvimento econômico, assim concebido, constitui fim ao qual se vinculam todos os dispositivos da ordem econômica, inclusive os de natureza trabalhista..."

⁽⁹⁾ Idem, pág. 36.

⁽¹⁰⁾ Vide, a propósito, Magano, ob. cit., "As Novas...", pág. 18.

refere ao custo da produção. Em outras palavras, é preciso que o custo, sendo o mesmo, proporcione aos Estados integrantes das comunidades, iguais condições de negociação.

Ocorre que essa idéia somente pode vingar entre países que possuem a mesma realidade sócio-econômica. Não se há imaginar a vinculação do Brasil aos EUA, por exemplo, para fins de constituição de um mercado comum, pois os interesses e as realidades desses dois países são bastante distintos, tornando impossível a localização de pontos de coincidência, para formulação de um negócio, sem repercussões imprevisíveis no social.

Assim, quando se fala em globalização da economia há de se avaliar em qual contexto tal idéia está sendo empregada. Se se fala em minimização dos custos da produção, para investimento europeu ou norteamericano no Brasil, não se está falando de globalização, mas de mero comércio internacional.

Assim, verificar quais são as necessidades de um país, para efeito de estabelecimento de diretrizes para solução de conflitos de regras, constitui avaliar as matérias-primas adequadas para satisfação de necessidades localizadas.

Sob o ponto de vista do Brasil, que nos interesse mais de perto e diante da premissa fixada, indaga-se: É conveniente ao Brasil relativizar sua soberania, para, nos casos de conflitos de regras, estabelecer mecanismos de aplicação de direito estrangeiro no Brasil, especialmente, no que se refere ao Direito do Trabalho?

A resposta parece-nos, apesar de toda explanação acima, afirmativa, isto porque não seria suficiente, para resolver os conflitos de regras, a singela solução apresentada pelo En. 263, do Eg. TST

(territorialidade - que tem por fundamento a previsão contida no Código de Bustamante), já que tal critério não solucionaria de maneira satisfatória várias controvérsias desse nível.

Com efeito, no caso de um empregado ocupante de alto cargo dentro de uma empresa multinacional, que não se vincula, de forma definitiva, a um território (denominados, por isso, expatriados), não se conseguiria uma solução para os conflitos de normas que pudessem advir, simplesmente com a aplicação do elemento de conexão da territorialidade.

A solução mais plausível parece ser a preconizada por Haroldo Valladão⁽¹¹⁾, no sentido de que ao critério da territorialidade se adicione o que esse autor chama de critério fundamental para o Direito Internacional Privado do Trabalho, "o da lei mais favorável ao empregado".

A análise da lei mais favorável deve ter por base a comparação das leis em conflito, instituto por instituto. Cabe dizer, aplicar-se-ão integralmente as normas referentes a um instituto jurídico, ex. férias, de um ou de outro ordenamento e não indistintamente normas dos dois ordenamentos referentes a um mesmo instituto, sob o argumento de serem mais favoráveis cada uma em relação a um aspecto.

Assim, nos casos em que um empregado estrangeiro, exercendo suas atividades no Brasil, para uma empresa também estrangeira, nenhum problema para a soberania nacional adviria do fato de se aplicarem a esse empregado as leis de seu país de origem, desde que provado em juízo o seu teor, com traduções idôneas, e demonstrado que lhe fossem mais benéficas.

⁽¹¹⁾ Ob. cit., "Direito Internacional...", Vol. 3, 1978, pág. 100.

Sob esse aspecto cabe ainda frisar que o Direito do Trabalho não é composto apenas de regras mínimas, cuja complementação pode ser livremente feita pelas partes, mas, também, de regras de natureza pública, no sentido de que sua razão maior não é o trabalhador individualmente considerado, mas o desenvolvimento social.

Essas normas, de caráter cogente, não podem ser relevadas pelas partes, ainda que sob a argumentação de trazerem maiores benefícios ao empregado, como nos casos de política salarial, de capacidade para o trabalho, de liceidade do objeto.

Por isso, em se tratando de normas trabalhistas de natureza pública não se há de aplicar o critério da norma mais favorável e, conseqüentemente, não se poderá flexibilizar a soberania nacional. Em outras palavras, o elemento de conexão a ser aplicado nestes casos é o da territorialidade.

No caso do empregado brasileiro que trabalhe no exterior, mas cuja contratação se deu no Brasil, aplica-se-lhe a lei brasileira, pelo elemento de conexão do domicílio do empregado, nos termos do parágrafo 2o., do artigo 651, da CLT, a não ser que a lei estrangeira - local da prestação de serviços - lhe seja mais benéfica e não fira os princípios de ordem pública.

Quando o empregado não tiver parada, ou seja, prestar serviços de forma temporária em diversos países, o critério da territorialidade não será, igualmente, suficiente. Neste caso, não se poderá aplicar as diversas disposições legais dos diversos países, mesmo adotando-se a noção de comparação para efeito de verificação da lei mais favorável.

Nesta situação, o mais razoável é privilegiar, primeiro a autonomia da vontade, isto é, aplicar as regras fixadas pelas partes individualmente ou por seus representantes originários - convenções e acordos coletivos.

Caso não existam tais regras, por impossibilidade material há de se aplicar as leis do local do domicílio do empregado em contraposição às leis do local da contratação, se diversos, tendo por base o princípio, multicitado, da norma mais favorável.

Para a previdência social brasileira, considerar-se-á empregado, para efeito de vinculação obrigatória ao sistema previdenciário brasileiro, o brasileiro ou o estrangeiro que seja domiciliado no Brasil e que aqui seja contratado, para trabalhar como empregado em sucursal ou agência de empresa nacional no exterior (art. 11, inciso I, letra "c", da Lei n. 8.213/91).

5. Do que foi exposto, conclui-se que o efeito da globalização da economia, em países que possuem situações sócio-econômicas heterogêneas e que não estão integrados em um sistema comunitário, somente exerce influência no Direito do Trabalho interno no que se refere à movimentação da mão-de-obra de um país para o outro e não no que diz respeito a alterações substanciais da legislação de cada país.

Esse intercâmbio de mão-de-obra, cada vez mais intenso, faz surgir a necessidade de se estabelecerem critérios de solução dos conflitos de regras jurídicas que decorrem dessa situação, não sendo suficiente o critério da territorialidade, para solução de todos os casos que possam se apresentar.

Ao critério da territorialidade há de se adicionar o da adoção do princípio da norma mais favorável ao empregado e o da exigência à obediência às regras de ordem pública.

Além disso, deve-se ter por elemento básico o fato de que a situação de um estrangeiro, trabalhando fora de seu país, para ensejar o conflito de regras, não seja uma situação provisória, isto é, para que o conflito se instaure é necessário um decurso razoável de tempo desta situação, como, aliás, está previsto no parágrafo único, do artigo 1o., da Lei n. 7.064/82, que trata do regime dos trabalhadores contratados ou transferidos para prestar serviços no exterior:

"Fica excluído do regime desta Lei o empregado designado para prestar serviços de natureza transitória, por período não superior a 90 (noventa) dias, desde que:

a) tenha ciência expressa dessa transitoriedade;

b) receba, além da passagem de ida e volta, diárias durante o período de trabalho no exterior, as quais, seja qual for o respectivo valor, não terão natureza salarial."

Os Estados devem se preocupar com a adoção de regras, fixando os elementos de conexão, para solução desses conflitos - mesmo mediante elaboração de tratados -, à medida em que o fenômeno da globalização é cada vez mais presente, sendo que isso não constitui qualquer fator de inibição de sua soberania.

São Paulo, 30 de abril de 1996.

JORGE LUIZ SOUTO MAIOR

BIBLIOGRAFIA

MAGANO, Octavio Bueno, "As Novas Tendências do Direito do Trabalho", dissertação para concurso à livre-docência de Direito do Trabalho na Faculdade de Direito da USP.

TENÓRIO, Oscar, "Direito Internacional Privado", Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1965.

VALLADÃO, Haroldo, "Direito Internacional Privado", Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1968.

_____, "Direito Internacional Privado", Vol. 3, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1978.