

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP - COGEAE

KARINA DE MENDONÇA LIMA

**A TRANSFERÊNCIA EXTERNA DE EMPREGADOS E OS CRITÉRIOS
DE FIXAÇÃO DA LEI DE REGÊNCIA**

Curso de Pós-Graduação
Especialização em Direito do Trabalho

SÃO PAULO – SP
2011

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP – COGEAE

KARINA DE MENDONÇA LIMA

**A TRANSFERÊNCIA EXTERNA DE EMPREGADOS E OS CRITÉRIOS
DE FIXAÇÃO DA LEI DE REGÊNCIA**

Monografia apresentada ao COGEAE, como exigência para obtenção do título de Especialista em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação da Professora Maria Ivone Fortunato Laraia.

SÃO PAULO – SP

2011

RESUMO

O fenômeno da globalização e o estreitamento das fronteiras entre os Estados têm como principal implicação para o Direito do Trabalho, o intenso trânsito de empregados por diversos ordenamentos jurídicos, que pode ocorrer por diversas formas, estando este trabalho adstrito à circulação gerada pelas transferências externas de empregados. O presente trabalho possui como objeto central a análise daquelas, que a nosso ver, são as principais questões suscitadas por essas transferências externas: o efeito jurídico que a transferência terá sobre o contrato de trabalho e, uma vez realizada a transferência externa, quais serão os critérios de fixação da lei de regência do contrato de trabalho.

Palavras-chave: Direito do Trabalho; Transferências Externas; Efeito Jurídico; Fixação, Lei de Regência.

ABSTRACT

The phenomenon of globalization and the narrowing of borders between states have as their main implication to the Labor Law the heavy traffic of employees around various legal systems, which may occur in various forms, being this paper astricted to the movement generated by the external transfers of employees. This paper has as its central object the analysis of those which, in our view, are the main issues raised by these external transfers: the legal effect that the transfer will take into the employment contract and, once completed the external transfer, which will be the standards for setting the applicable law in the employment contract.

Key words: Labor Law; External transfers; Legal effects; setting, applicable law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 ALTERAÇÕES DOS CONTRATOS INDIVIDUAIS DE TRABALHO – TRANSFERÊNCIA DE EMPREGADOS	8
1.1 O CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO E OS PRINCÍPIOS LIMITADORES DE SUAS ALTERAÇÕES..	8
1.2 ALTERAÇÕES CONTRATUAIS	13
1.3 ALTERAÇÃO DO LOCAL DE TRABALHO	15
1.3.1 Transferências internas	15
1.3.2 Transferências externas.....	16
1.3.3 Teoria do empregador único	17
1.3.4 Efeitos das transferências externas no contrato de trabalho	20
1.3.4.1 Rescisão do contrato de trabalho	23
1.3.4.2 Suspensão do contrato de trabalho	24
2 CRITÉRIOS PARA A FIXAÇÃO DA LEI DE REGÊNCIA DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS DE TRABALHO	27
2.1 ELEMENTOS DE ESTRANEIDADE DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS.....	27
2.2 DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E OS MÉTODOS DE FIXAÇÃO DA LEI DE REGÊNCIA	29
2.3 AS SOLUÇÕES INDICADAS PELAS NORMAS INTERNACIONAIS.....	33
2.3.1 Código de Bustamante	33
2.3.2 Convenção de Roma.....	35
2.3.3 Convenção do México	35
2.3.4 Diretiva nº. 23 da Comunidade Europeia	36
2.4 AS SOLUÇÕES INDICADAS PELA LEGISLAÇÃO E PELA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL.....	37
2.4.1 Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro	38
2.4.2 Lei 7.064/82	39
2.4.3 Súmula 207 do Tribunal Superior do Trabalho.....	41

3 OS PRINCÍPIOS DA AUTONOMIA DA VONTADE E DA NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO ELEMENTOS DE CONEXÃO.....	43
3.1 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE.....	43
3.2 O PRINCÍPIO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL AO EMPREGADO.....	47
CONCLUSÃO.....	53
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	57

INTRODUÇÃO

Ao iniciarmos o presente estudo devemos, considerar o vernáculo *ubi societas ibi jus*, onde está a sociedade estará o Direito e, atualmente, principalmente a partir dos últimos quatro decênios do século XX, a sociedade encontra-se intimamente atrelada ao fenômeno da globalização, cuja intensificação acarretou a redução de fronteiras e um intenso estreitamento entre as nações.

O presente trabalho aborda exatamente um dos principais reflexos da globalização no Direito do Trabalho: o trânsito de empregados por diversos ordenamentos jurídicos e os critérios de fixação da lei de regência dos contratos de trabalho internacionais que dele se originam.

Essa abordagem se inicia, no primeiro capítulo, com considerações gerais acerca do contrato de trabalho e os princípios limitadores das alterações contratuais, para em seguida analisarmos as alterações contratuais, sobretudo as alterações contratuais objetivas do tipo circunstancial, onde encontramos as transferências externas, cuja viabilidade será analisada a luz da teoria do empregador único e da solidariedade dual (ativa e passiva), para então, verificarmos os efeitos dessas transferências externas no contrato individual de trabalho, mais especificamente, o efeito que as empresas vêm, na prática, atribuindo.

Após analisarmos a viabilidade das transferências externas, iremos, no segundo capítulo, observar os critérios para a fixação da lei de regência dos contratos internacionais de trabalho, analisando os elementos de estraneidade dos contratos internacionais, a atuação do Direito Internacional Privado no estabelecimento dos métodos de fixação da lei de regência, a solução indicada pelas principais normas internacionais, escolhidas quer por serem aplicáveis ao Brasil, quer pela inovação que trouxeram nesta seara. Do mesmo modo, serão analisadas, as soluções indicadas pela legislação e pela jurisprudência nacional.

O estudo do Direito Internacional Privado, dos principais instrumentos normativos transnacionais e nacionais, nos permitirá concluirmos que ainda nos dias de hoje, o principal elemento de conexão para a fixação da lei de regência dos contratos internacionais de

trabalho, quando do conflito de normas no espaço é a *lex loci executiones*, embora haja um grande movimento doutrinário e jurisprudencial, nacional e internacional, para estabelecer o princípio da autonomia da vontade e o da norma mais favorável ao empregado como elementos de conexão, o que nos motivou a elaboração do terceiro e último capítulo, que verifica exatamente a viabilidade ou não desta prática, o que será feito a partir da análise do posicionamento dos principais doutrinadores, das teorias da acumulação e do conglobamento e da prática do *dépeçage*.

Por fim, apresentaremos a nossa opinião conclusiva sobre o tema aqui abordado.

1 ALTERAÇÕES DOS CONTRATOS INDIVIDUAIS DE TRABALHO – TRANSFERÊNCIA DE EMPREGADOS

1.1 O CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO E OS PRINCÍPIOS LIMITADORES DE SUAS ALTERAÇÕES

A Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 442, define o contrato individual de trabalho como o acordo tácito ou expresso correspondente a relação de emprego. Tal dispositivo, no entanto, sofre muitas críticas doutrinárias e jurisprudenciais, sendo certa a sua insuficiência para a definição dos contratos individuais de trabalho.¹

Por esta razão, optamos por utilizar a definição dada por Délio Maranhão², segundo a qual:

Contrato de trabalho stricto sensu é o negócio jurídico pelo qual uma pessoa física (empregado) se obriga, mediante o pagamento de uma contraprestação (salário), a prestar trabalho não eventual em proveito de outra pessoa, física ou jurídica (empregador), a quem fica juridicamente subordinada.

Assim, podemos afirmar em linhas gerais, que por força do contrato de trabalho, o empregado se obriga a prestar trabalho e o empregador se obriga a pagar-lhe salário, sendo estas, as principais prestações e contraprestações decorrentes do contrato de trabalho.

Tais obrigações, no entanto, não são assumidas de modo genérico, pois o empregado se obriga a prestar determinado trabalho e o empregador se obriga a pagar determinado salário, estabelecendo-se assim, obrigações de fazer para o empregado e obrigações de dar para o empregador, ambas específicas e determinadas. Essas determinações são expressas nas cláusulas contratuais que estabelecem as “condições de trabalho”.

¹ Apenas para elucidar as críticas doutrinárias que a definição legal sofre, trazemos a baila as lições de Délio Maranhão: “Há, nesta definição, um misto de contratualidade e institucionalismo. Na verdade girando em um ciclo vicioso, ela nada esclarece a respeito daquilo que pretende explicar. De todo procedente a crítica que lhe faz Orlando Gomes, com o aplauso de Barassi. O contrato de trabalho seria aquele “correspondente à relação de emprego”. O que vem a ser, porém, essa relação? Na conformidade do artigo citado, é a que “corresponde” ao contrato de trabalho. Evidentemente, desta maneira, não se define nem uma nem outra coisa. É a petição de princípio, o *circulus in demonstrando*. Demais, como acentua Barassi, contrato “cria” uma relação jurídica, não “corresponde” a ela.”

² MARANHÃO, Délio et al. *Instituições de Direito do Trabalho*. vol. I. 19. ed. São Paulo: LTr, 2000. 242-243 p.

Neste sentido leciona Délio Maranhão³: “*Todo contrato de trabalho pressupõe, assim, uma determinação das obrigações assumidas pelos contratantes. “Condições de trabalho” são as cláusulas contratuais que traduzem essa determinação*”.

O contrato de trabalho é, ainda, um contrato sucessivo, de modo que em regra, se realiza por prazo indeterminado, caracterizando-se em princípio pelo sentido de continuidade, perdurando até que se verifique uma circunstância a que a lei atribui o efeito de fazer cessar a relação que dele se origina. Esta continuidade dos contratos de trabalho é inclusive almejada e protegida pelo Direito, que estabelece a presunção de indeterminação do prazo, fazendo desta, a regra, sobretudo, pelo forte interesse social nas continuidades dos contratos de trabalho.

A relação contínua estabelecida entre empregado e empregador propicia que no curso do tempo, alterem-se as condições de trabalho estabelecidas no momento da contratação. Como leciona Deveali⁴:

É absolutamente excepcional, no caso dos contratos de trabalho por tempo indeterminado, permanecerem imutáveis as suas disposições, sendo, antes, normal, que, mesmo as essenciais, se transformem durante a relação de trabalho, de maneira que, ao terminar essa relação, contam-se as cláusulas que se conservaram tais como foram estipuladas no seu início.

Porém, muito embora seja comum que ao longo do tempo essas condições de trabalho sejam alteradas, considerando estarmos diante de um contrato no qual as partes são eminentemente desiguais, existe uma série de limites a essas alterações, limites esses estabelecidos pela aplicação de três princípios básicos: princípio da inalterabilidade contratual lesiva, princípio do direito de resistência obreiro (*jus resistentiae*) e princípio do *jus variandi* empresarial.

O princípio da inalterabilidade contratual lesiva é inspirado em um dos mais importantes princípios gerais do Direito, o da inalterabilidade dos contratos, comumente traduzido pelo aforismo *pacta sunt servanda* (os pactos devem ser cumpridos), o que na matriz civilista significa dizer que os acordos firmados pelas partes não podem ser

³ op. cit. 528 p.

⁴ DEVEALI apud MARANHÃO, Délio. op. cit. 528 p.

unilateralmente modificados no curso do contrato, impondo-se aos contratantes o seu fiel cumprimento.

É bem verdade que atualmente se possibilita a atenuação deste princípio, pela aplicação da fórmula *rebus sic stantibus* (enquanto as coisas estão assim), que permite que as cláusulas contratuais sejam retificadas, caso se evidencie condições objetivas para as quais as partes não contribuíram e que provoquem um grave desequilíbrio contratual inexistente e inimaginável no momento da formação do contrato, autorizando que a parte prejudicada possa rescindir o contrato diante dessas circunstâncias novas e involuntárias.

O princípio geral civilista da inalterabilidade contratual transportado para o Direito do Trabalho e observado a luz das especificidades deste ramo do Direito, configura-se no Princípio da Inalterabilidade Contratual Lesiva, que em suma, impede a alteração das cláusulas contratuais em desfavor do empregado.

Neste ponto, necessário destacarmos que o princípio geral da inalterabilidade contratual ao ingressar no ramo trabalhista sofre três grandes adequações, abaixo elencadas, que compõem as especificidades do princípio especial trabalhista da inalterabilidade contratual lesiva:

- 1) o ramo justralhista não estabelece a inalterabilidade como uma regra genérica, ao contrário, as alterações contratuais são incentivadas por este ramo do Direito, desde que sejam favoráveis ao empregado, de modo que, não há aqui, a noção genérica de inalterabilidade. O art. 468 da Consolidação das Leis do Trabalho⁵ sinaliza o incentivo às alterações benéficas ao empregado.
- 2) o ramo justralhista estabelece a vedação as alterações contratuais desfavoráveis ao empregado como uma regra genérica, embora não absoluta, de modo que as normas

⁵ Art. 468. Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

Parágrafo único - Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança.

trabalhistas tendem a vedar tais alterações. O art. 468 da CLT, já citado e o art. 444⁶ do mesmo diploma legal são exemplos desta vedação.

- 3) o ramo justrabalhista estabelece como regra geral, a rejeição da fórmula atenuadora *rebus sic stantibus*, pois conforme determinado pelo art. 2º, *caput* da CLT, os riscos do empreendimento são ônus do empregador, de modo que, as obrigações trabalhistas permanecem absolutamente devidas, ainda que a atividade empresarial tenha sofrido revezes externos a atuação do empregador e alheios a sua vontade.

Por certo que a vedação às alterações contratuais lesivas, embora seja a regra geral desse ramo do Direito, não é absoluta, pois a própria lei autoriza implícita ou explicitamente, algumas alterações lesivas.

O princípio do direito de resistência obreiro (*jus resistentiae*) estabelece a prerrogativa do empregado se opor ao uso irregular do poder patronal, rejeitando o cumprimento de determinações ilícitas que o empregador lhe faça. Infelizmente, na prática, este princípio é pouco observado, pois como nosso ordenamento não assegura a garantia geral de emprego, mas tão somente as garantias especiais, o risco do empregado perder o emprego ao negar cumprir uma determinação do empregador, ainda que ilícita, acaba por inibir a resistência obreira.

Por fim, o princípio do *jus variandi* empresarial, que pode ser entendido como o conjunto de prerrogativas que o empregador possui de ordinariamente, ajustar, adequar e alterar as circunstâncias e os critérios da prestação laboral do empregado, desde que, observada a ordem normativa e contratual e, ainda, de extraordinariamente, com permissão normativa, modificar as cláusulas do contrato de trabalho.

O *caput* do art. 2º da CLT estabelece o poder diretivo do empregador, na medida em que ele dirige a prestação de serviços, assim, o *jus variandi* é ao mesmo tempo corolário e concretização desse poder diretivo.

⁶ Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

A doutrina classifica o *jus variandi* do empregador, conforme o objeto de sua atuação, em ordinário e extraordinário.

Assim leciona Mauricio Godinho Delgado⁷:

O *jus variandi* ordinário concerne à alteração unilateral de aspectos da prestação laborativa não regulados quer por norma jurídica heterônoma ou autônoma, quer pelas cláusulas do respectivo contrato de trabalho. Pelo *jus variandi* ordinário, de maneira geral, ajustam-se, modulam-se ou se alteram aspectos não essenciais da relação entre as partes. Contudo, tais aspectos seguramente têm importância instrumental à dinâmica e evolução empresariais.

O mesmo autor⁸ acrescenta:

O *jus variandi* extraordinário concerne à alteração unilateral de cláusulas do contrato de trabalho, provisoriamente ou não, em situações genéricas ou especificamente autorizadas pela ordem jurídica heterônoma ou autônoma trabalhista. Traduz dimensão excepcional e pouco diversificada do *jus variandi* do empregador atingindo de modo permanente ou provisório o contrato de trabalho ajustado. Atua, portanto, em campo e matérias previamente regulados pelo contrato ou por norma jurídica.

Ao analisarmos os referidos princípios norteadores das alterações contratuais temos, em um primeiro momento, a impressão de estarem tais princípios em franco paradoxo, pois enquanto o princípio da inalterabilidade contratual lesiva e o da resistência obreira indicam a impossibilidade de alterações contratuais prejudiciais ao empregado, o princípio do *jus variandi* indica a possibilidade do empregador implementar, validamente, alterações contratuais desfavoráveis ao empregado.

Obviamente este paradoxo é apenas aparente, pois sendo o Direito um todo lógico, um conjunto sistêmico e coordenado de institutos, princípios e normas, não se admite antagonismos, sendo necessário compatibilizar essas aparentes incoerências.

Temos essa compatibilização na medida em que o princípio da inviabilidade das alterações contratuais lesivas ao empregado desponta como princípio motor e regra geral, estando o *jus variandi* e todas as alterações contratuais submissos a ele.

Sobre o tema esclarece Mauricio Godinho Delgado⁹:

⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005. 1004 p.

⁸ op. cit. 1005 p.

O jus variandi empresarial, desse modo, despontará válido apenas à medida que se mantiver nas fronteiras do jus variandi ordinário, corretamente exercido (isto é, não atingindo cláusulas contratuais e nem desrespeitando normas jurídicas). Também, à medida que, no exercício do jus variandi extraordinário, essa prerrogativa empresarial implementar modificações contratuais eventualmente desfavoráveis ao obreiro nos precisos e restritos limites da autorização direta ou indireta contida na ordem jurídica trabalhista.

1.2 ALTERAÇÕES CONTRATUAIS

Vistos os princípios norteadores das alterações contratuais, vejamos quais as alterações que podem ocorrer no contrato de trabalho.

Inicialmente há de ser observado que o contrato de trabalho comporta alterações subjetivas – aquelas que atingem os sujeitos contratuais e, alterações objetivas - aquelas que atingem as cláusulas do contrato.

As alterações subjetivas são muito limitadas, pois em verdade, o contrato de trabalho por ser *intuitu personae* em relação ao empregado, que presta o serviço de forma pessoal, nos termos do art. 3º da CLT, comporta apenas alterações no pólo passivo da relação de emprego, ou seja, apenas admite a modificação do empregador. A alteração subjetiva do contrato de trabalho é o que denominamos de sucessão trabalhista.

Não teceremos maiores comentários quanto à alteração subjetiva, pois tal fenômeno é estranho ao objeto do presente trabalho, razão pela qual, nos limitaremos as alterações objetivas do contrato de trabalho, onde está situada a transferência de empregados, este sim, nosso objeto de análise.

As alterações objetivas são aquelas que abrangem as cláusulas contratuais ou as circunstâncias que envolvem a execução do contrato, daí afirmar-se que afetam o conteúdo do contrato.

⁹ op. cit. 1006 p.

Essas alterações objetivas do contrato de trabalho podem ser ainda do tipo qualitativo, do tipo quantitativo e do tipo circunstancial.

Em que pese o grande debate jurídico que cada uma destas alterações objetivas comporta, iremos abordar apenas seus contornos essenciais, resguardando uma análise mais detida às alterações do tipo circunstancial, especificamente quanto às transferências, por ser esta, a que guarda relação direta com o objeto do trabalho.

As alterações objetivas do tipo qualitativo são aquelas que alteram o objeto do contrato no que diz respeito à natureza das prestações pactuadas, atingindo a estrutura constitutiva da prestação pactuada, de modo a alterar o trabalho contratado, sendo o principal exemplo, a alteração de função.

As alterações objetivas do tipo quantitativo são aquelas que alteram o objeto do contrato de trabalho no que diz respeito ao montante da prestação pactuada, podendo ser indicado como principais exemplos as modificações na duração do trabalho (alterações de jornada) e as alterações no salário.

As alterações objetivas do tipo circunstancial são aquelas que alteram o objeto do contrato de trabalho no que diz respeito à situação ambiental ou organizativa da prestação pactuada, sendo o exemplo mais expressivo, a mudança do local da prestação do serviço, também denominada de transferência e remoção.

1.3 ALTERAÇÃO DO LOCAL DE TRABALHO

1.3.1 Transferências internas

As transferências ocorridas no país, transferências internas, são regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho, artigos 469 e 470¹⁰ e ocorrem quando a modificação do local de trabalho implica também em modificação do local de residência do trabalhador.

Ressalte-se que o *caput* do art. 469 utiliza a expressão domicílio, porém, quer a lei se referir a residência, posto que domicílio é tão somente um conceito jurídico, e a preocupação efetiva da lei é o dado fático de alteração da vida cotidiana do empregado e de sua família. Outro termo utilizado pelo mesmo dispositivo, para o qual se deve atentar, é que a lei fala em localidade, devendo esta, ser entendida como o município ou região metropolitana.

As alterações do local do trabalho, em regra, resultam da aplicação de critérios de gestão do empregador, que, no uso de seu poder diretivo, movimenta a força de trabalho contratada, de acordo com a conveniência da estrutura e da dinâmica da empresa, permitindo a CLT em alguns casos, a consumação da transferência até mesmo sem a concordância obreira, claro, sempre com observância ao princípio da inalterabilidade contratual lesiva.

Octávio Bueno Magano aponta seis hipóteses nas quais nossa legislação admite as transferências: “1) a que não acarreta necessariamente a mudança de domicílio; 2) a de

¹⁰ Art. 469 - Ao empregador é vedado transferir o empregado, sem a sua anuência, para localidade diversa da que resultar do contrato, não se considerando transferência a que não acarretar necessariamente a mudança do seu domicílio.

§ 1º - Não estão compreendidos na proibição deste artigo: os empregados que exerçam cargo de confiança e aqueles cujos contratos tenham como condição, implícita ou explícita, a transferência, quando esta decorra de real necessidade de serviço.

§ 2º - É lícita a transferência quando ocorrer extinção do estabelecimento em que trabalhar o empregado.

§ 3º - Em caso de necessidade de serviço o empregador poderá transferir o empregado para localidade diversa da que resultar do contrato, não obstante as restrições do artigo anterior, mas, nesse caso, ficará obrigado a um pagamento suplementar, nunca inferior a 25% (vinte e cinco por cento) dos salários que o empregado percebia naquela localidade, enquanto durar essa situação.

Art. 470 - As despesas resultantes da transferência correrão por conta do empregador.

empregado de confiança; 3) a decorrente de cláusula contratual explícita; 4) a derivada de cláusula implícita; 5) a proveniente de extinção do estabelecimento; 6) a provisória.”¹¹

Cabe ressaltar, que no plano jurídico interno, exige-se a comprovação da real necessidade de serviços e da anuência do empregado para legitimar a alteração. No entanto, tais exigências não são aplicáveis aos empregados que ocupam cargos de confiança e aqueles cujos contratos preveem implícita ou explicitamente a transferência.

Não obstante versar este trabalho sobre as transferências externas, os contornos gerais das transferências internas foram aqui abordados naquilo que se contrapõem as transferências externas.

1.3.2 Transferências externas

As transferências externas ocorrem quando a modificação do local de trabalho implica em modificação do local de residência do trabalhador para outro país, inserindo-o em outra jurisdição.

A primeira indagação aqui suscitada é se as transferências externas são possíveis e se situam nos limites do *jus variandi* do empregador, tal qual a transferência interna.

Atualmente a transferência de empregados para outras jurisdições é pacificamente admitida, porém, diferente da transferência interna, não segue a normatividade da CLT, não estando, pois, situada nos limites do *jus variandi* do empregador, o que torna imprescindível a anuência inequívoca do empregado, para que a sua transferência para outro ordenamento jurídico seja concretizada de forma lícita.

¹¹ MAGANO, Otávio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho: direito individual do trabalho*. vol. II. 3. ed. São Paulo: LTr., 1992. 298 p.

Ressalte-se que no caso de transferências externas, a anuência expressa e inequívoca do empregado é exigível mesmo nos casos em que o empregado ocupa cargo de confiança ou quando a transferência é uma das condições implícitas ou explícitas do contrato de trabalho.

Mauricio Godinho Delgado¹² afirma:

A não aplicação dos critérios celetistas clássicos ao presente caso resulta na conclusão de que não existe, definitivamente, a prerrogativa unilateral de o empregador determinar a transferência de empregado para fora do Brasil. Não há, pois, viabilidade de exercício de jus variandi empresarial no que tange a remoções externas. Para estas remoções é essencial a livre e manifesta concordância obreira. Em consequência, torna-se absolutamente válida a resistência do trabalhador a qualquer ordem empresarial nessa direção modificativa do contrato; está-se diante, pois, de caso exemplar de jus resistentiae obreiro.

Porém, a indagação de maior relevância do tema diz respeito aos efeitos jurídicos da transferência externa no contrato de trabalho, mormente quanto a continuidade ou não do contrato, o que será melhor compreendido se antes, analisarmos a teoria do empregador único.

1.3.3 Teoria do empregador único

A Consolidação das Leis do Trabalho define o empregador em seu art. 2º, trazendo a figura do grupo econômico em seu parágrafo 2º e embora não o defina, estabelece expressamente a solidariedade entre a empresa principal e as suas subordinadas.¹³

Assim, coube a doutrina e a jurisprudência a definição do que vem a ser efetivamente o grupo econômico trabalhista e qual o alcance da solidariedade legalmente estabelecida.

¹² op. cit. 1046 p.

¹³ Art. 2º. Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§ 1º. Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

§ 2º. **Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas. (grifamos)**

Quanto à definição do que vem a ser o grupo econômico, os autores seguem a mesma linha, existindo discordâncias apenas quanto a necessidade de uma empresa controladora.

Délio Maranhão¹⁴ defende não ser essencial a existência de uma empresa controladora e ao comentar o §2º do art. 2º da CLT afirma:

O parágrafo citado fala em “empresa principal” e “empresas subordinadas”. Para que se configure, entretanto, a hipótese nele prevista não é indispensável a existência de uma sociedade controladora (holding company). Vimos que a concentração econômica pode assumir os mais variados aspectos. E, desde que ao juiz se depare esse fenômeno, o dever lhe impõe a aplicação daquele dispositivo legal. O controle sobre diferentes sociedades pode ser exercido por uma pessoa física, detentora da maioria de suas ações, e, em tal caso não há por que deixar de aplicar-se o §2º da Consolidação.

Já Octávio Bueno Magano¹⁵ afirma que o grupo econômico de empresas, para fins trabalhistas, é composto dos seguintes elementos: *a) empresas como participantes; b) autonomia, representada pelas personalidades jurídicas distintas das empresas; c) relação entre as empresas de dominação, por meio da direção, controle ou administração; d) natureza econômica da atividade exercida; e) solidariedade; e f) objetivo precípua da relação de emprego.*

Em que pese às divergências doutrinárias quanto à necessidade de uma empresa controladora para configurar o grupo econômico, estando presente todos os demais elementos, estaremos diante desta figura jurídica, o que nos remete a análise da extensão da solidariedade estabelecida no referido dispositivo legal, devendo ser considerado ainda, que cada sociedade que compõe o grupo econômico conserva uma personalidade jurídica própria, que não se confunde com as demais.

É inegável que o §2º do art. 2º da CLT estabelece um vínculo de solidariedade passiva entre os empregadores que compõe o grupo econômico em relação aos direitos do empregado. Esta é mais uma das normas protetivas do trabalhador, que assegura ao empregado, enquanto credor dos créditos trabalhistas a possibilidade de exigir e receber de um dos devedores, no caso, qualquer uma das empresas integrantes do grupo econômico, total ou parcialmente a dívida comum. E ainda, a ação proposta contra um dos devedores não impede que o credor

¹⁴ op. cit. 306 p.

¹⁵ MAGANO, Octávio Bueno apud PAIVA, Ana Lúcia Pinke Ribeiro de. *Contrato Internacional de Trabalho – transferência de empregados*. São Paulo: Saraiva, 2010. 39 p.

demande os outros, o que permite acionar o devedor mais solvente, evitando assim, as fraudes em execuções trabalhistas, lamentavelmente tão comum.

Ocorre que, hodiernamente, doutrina e jurisprudência têm estendido o alcance da solidariedade mencionada no dispositivo, defendendo a existência também de solidariedade ativa, através da qual o grupo de empresas passa a ocupar a posição de credor da relação trabalhista, permitindo que uma empresa do grupo, que não aquela que originariamente contratou o empregado, também possa exigir deste, a prestação laboral.

É exatamente desta solidariedade dual, passiva e ativa, que nasceu a teoria do empregador único, sobre a qual leciona Mauricio Godinho Delgado¹⁶:

Para essa segunda vertente, a solidariedade das empresas componentes do grupo não existe apenas perante as obrigações trabalhistas que lhes decorrem dos contratos empregatícios (solidariedade passiva), mas também perante os direitos e prerrogativas laborativas que lhes favorecem em função desses mesmos contratos (solidariedade ativa). Todos os membros do grupo seriam, pois, ao mesmo tempo, empregadores e não somente garantidores de créditos derivados de um contrato de emprego. Noutras palavras, configurado o grupo econômico, seus componentes consubstanciariam empregador único em face dos contratos de trabalho subscritos pelas empresas integrantes do mesmo grupo.

Embora ainda não haja unanimidade na doutrina quanto à adoção ou não da teoria do empregador único por nosso Ordenamento Jurídico¹⁷, a jurisprudência também vem incorporando, de forma cada vez mais unânime essa teoria, o que pode ser observado pela Súmula 129 do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho: “A prestação de serviços a mais de uma empresa do mesmo grupo econômico, durante a mesma jornada de trabalho, não caracteriza a coexistência de mais de um contrato de trabalho, salvo ajuste em contrário”.

Esclarecemos, que, não obstante os posicionamentos contrários, nos filiamos a corrente que adota a teoria do empregador único, reconhecendo a solidariedade dual (ativa e passiva).

¹⁶ op. cit. 403 p.

¹⁷ Apenas para que se clarifique a posição dos principais doutrinadores quanto ao tema, ressaltamos que contrários a teoria do empregador único estão Orlando Gomes, Cesarino Jr., Antônio Lamarca, Cássio Mesquita de Barros Jr., Aluysio Sampaio e Amauri Mascaro Nascimento. E, a favor, da teoria do empregador único estão Arnaldo Süssekind, Délio Maranhão, Octávio Bueno Magano, Mozart Victor Russomano e José Martins Catalino.

1.3.4 Efeitos das transferências externas nos contratos de trabalho

Conforme mencionado alhures, a principal questão suscitada pelas transferências externas, diz respeito ao efeito dessas transferências sobre o contrato de trabalho, o que é o mesmo que indagarmos se o contrato de trabalho sofrerá solução de continuidade ou não, após a efetivação da transferência externa.

É nesta seara que a teoria do empregador único adquire suma importância, pois ao se admitir que o empregador é também credor da relação empregatícia, possibilitando que não apenas o empregador originário, mas também o grupo econômico possa usufruir dos serviços do empregado sem que isto gere um novo contrato de trabalho, está se admitindo, que um empregado seja transferido para outra empresa do grupo econômico, ainda que esta outra empresa esteja situada em outro país, sem solução de continuidade do contrato de trabalho.

Nesse sentido leciona Ana Lúcia Pinke Ribeiro¹⁸:

O reconhecimento da solidariedade que vai além dos débitos (passiva) para galgar a posição de também credora da relação (ativa) é um elemento a mais da viabilidade da transferência de empregados, sem solução de continuidade do ajuste. Isso por admitir que o grupo possa exercer os misteres e o poder diretivo do empregador real, comportando-se, enquanto grupo, como um único empregador. A contrario sensu, se não puder ser reconhecida a solidariedade ativa do contrato, será de se indagar a possibilidade de transferência de empregados ainda que interinamente, entre empresas que compõem o mesmo grupo, visto que o poder diretivo ficará permanentemente concentrado na empresa que inicialmente contrata o empregado.

Ao que posteriormente acrescenta¹⁹:

Defende-se que, animado pelo princípio da continuidade do vínculo laboral, o Direito do Trabalho aceita tratar a mudança para outra jurisdição de forma análoga à que se opera dentro do território nacional. O contrato de trabalho pode sofrer, quando de sua internacionalização, ampliações objetivas e subjetivas sem comprometer a avença originária. Entra em cena, assim, o princípio da continuidade, que expressa a tendência atual do direito do trabalho de atribuir à relação de emprego a mais ampla duração sob todos os aspectos.

Assim, o contrato será todo transferido, pois serão mantidos todos os seus fatores essenciais, principalmente as partes contratantes, pois o empregado e empregador

¹⁸ op. cit. 40 p.

¹⁹ op. cit. 38 p.

permanecem os mesmos, sendo este último, o grupo de empresas, beneficiário dos serviços, em vista da solidariedade e da teoria do empregador único. Mantidos as partes contratantes e as principais cláusulas, não há por que, em princípio, falar-se na interrupção do contrato de trabalho.

Podemos concluir então, que o principal efeito da teoria do empregador único nas transferências provisórias é a continuidade do contrato, que, via de regra permanecerá íntegro e em curso.

Sobre o tema afirma Arnaldo Süssekind²⁰:

Esclareça-se, por fim, questão de relevo alusiva ao Direito Internacional Privado: a transferência do empregado de um para outro país não importa na celebração, por ajuste expresso ou tácito, de novo contrato de trabalho. Quando o trabalhador inicia a prestação de serviços num lugar e depois é deslocado para empresa do mesmo grupo empregador ou uma de suas filiais em outro país, o seu contrato de trabalho permanece íntegro. Por conseguinte, o tempo de serviço prestado ao mesmo empregador, antes da transferência, é computado para gerar os efeitos jurídicos determinados pela lei do lugar onde o contrato passou a ser executado.

Para Gustavo Pereira Farah²¹, reconhecida a unicidade contratual, seria possível a aplicação da lei brasileira para a regência do vínculo todo, ainda que cumprido parte do trabalho em outro país. Aduz ter se consagrado na doutrina e na jurisprudência nacionais, quando o trabalho é executado de forma permanente para empresas de mesmo grupo em dois ou mais países, dentre os quais o Brasil, o reconhecimento da unicidade contratual, previsto no *caput* do art. 453 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Deste modo, vemos que apesar dos artigos 469 e 470 da CLT serem adstritos as transferências internas, não se aplicando às remoções externas, pela aplicação da teoria do empregador único, ambas as transferências, se aproximam quanto aos efeitos jurídicos, com amparo no princípio da continuidade do vínculo, insculpido nos artigos 10 e 448 da Consolidação das Leis do Trabalho, as transferências de trabalhadores entre empresas de mesmo grupo econômico, normalmente, não acarretarão a rescisão dos contratos.

Esta solução é de fácil aceitação quando estamos diante das transferências provisórias.

²⁰ SÜSSEKIND, Arnaldo apud PAIVA, Ana Lúcia Pinke Ribeiro de. in op. cit. 42 p.

²¹ idem.

Porém, quando a transferência perde o caráter de transitoriedade, quando não há expectativa de retorno do empregado para seu local de origem, quando empregado e empregador alteram, definitivamente, o local da prestação, deslocando-se com toda família, o centro de suas atividades para outro país, esta solução é bastante questionável, pois nestas transferências internacionais e em caráter definitivo, serão mais perceptíveis alterações de ordem objetiva nos contratos, inclusive em decorrência da aplicação de outros ordenamentos jurídicos.

Exatamente porque nestes casos, essas alterações são evidentes e, não raro, modificam substancialmente o ajuste nos moldes inicialmente propugnados, se entende que o princípio da continuidade do vínculo empregatício poderá restar, na prática, mitigado, inclusive para atender aos interesses das coletividades.

Neste sentido e opinando pela rescisão do contrato de trabalho leciona Ana Lúcia Pinke Ribeiro de Paiva²²:

Não é possível, para o bem da coletividade representada pelos empregados com os quais o transferido passa a conviver, querer perpetrar os efeitos do contrato único de trabalho, mostrando-se como melhor alternativa a rescisão do ajuste com o pagamento das verbas rescisórias ao empregado no Brasil, salvaguardando seu direito às proporcionalidades quanto às férias e ao 13º salário, ante a possibilidade de não se manterem exatamente iguais no ordenamento jurídico do país de destino.

Para os adeptos dessa corrente, por força dos princípios protetores do Direito do Trabalho, admitir-se que o contrato originário continuaria em vigor, significa dizer que o empregado transferido carregue todas as condições e normas do seu contrato, ao passo que, se houver a rescisão do contrato, a prestação de serviços pelo empregado transferido passará a ser regida, assim como todos os demais aspectos de sua vida, a partir do marco inicial da transferência, o que é mais adequado a sua realidade.

Sustentam, pois, que a unicidade dos contratos de trabalho dos empregados transferidos deverá ser revista, principalmente nos casos de transferências implementadas com ânimo definitivo, quando se opera a nacionalização do empregado. O caráter unitário do

²² op. cit. 43 p.

ajuste firmado não poderá ser compreendido de modo estático, de modo que os direitos conferidos ao empregado não possam sofrer nenhuma alteração ou ajuste.

A incerteza quanto aos efeitos das transferências externas nos contratos individuais de trabalho, e, conforme veremos adiante, da legislação aplicável ao contrato após a sua internacionalização, acaba por gerar uma lacuna, que na prática é preenchida pelas empresas de duas formas distintas, a rescisão ou a suspensão do contrato de trabalho originariamente celebrado no Brasil e a estipulação de um novo contrato no exterior, ainda que, as partes permaneçam as mesmas.

Passemos então, a análise mais detida sobre cada uma dessas “soluções” adotadas pelas empresas.

1.3.4.1 Rescisão do contrato de trabalho

Não obstante o caráter unitário do contrato de trabalho, algumas empresas ao transferirem seus empregados para outras jurisdições, optam por rescindir o contrato de trabalho celebrado no Brasil e celebrar um novo contrato de trabalho com o empregado, totalmente fundamentado na legislação do país de destino.

Essa prática se dá em razão de políticas transnacionais de grandes conglomerados que costumam limitar o número de empregados contratados por unidade e, ainda, em função de questões legislativas e sociais, como as que decorrem de ordenamentos jurídicos que protegem o empregado contra a dispensa arbitrária, não admitindo, portanto, que, uma vez justificado o redimensionamento dos quadros da companhia, estrangeiros venham a ser contratados. Esse cuidado tem um aspecto positivo, pois pode ser um bom instrumento de combate ao *dumping* social, representado pela substituição de mão de obra efetiva por força de trabalho mais barata.

No entanto, há também um forte aspecto negativo, principalmente nos casos das transferências provisórias, pois a prática da demissão seguida de nova contratação é fictícia e prejudicial ao empregado, representando uma violação da legislação pátria, razão pela qual, é amplamente rechaçada pela doutrina e pela jurisprudência.

Neste sentido leciona Ana Lúcia Ribeiro Pinke²³:

Ante a provisoriedade, o ordenamento jurídico de origem, se for o local em que o funcionário mantiver mais fortes vínculos com a empresa, deverá ser aplicado nessas circunstâncias, não recomendando, em absoluto, que se rompa ou que se crie uma aparente ruptura na relação laboral de origem.

Muito embora, no caso das transferências provisórias, a prática da rescisão do contrato de trabalho no Brasil e a celebração de um novo contrato no país de origem seja rechaçada de um modo geral pela doutrina e pela jurisprudência, o mesmo não ocorre quanto às transferências externas, pois para muitos juristas, nesse caso, tal prática se mostra como uma solução razoável e recomendável.

Para os defensores desta solução, não seria plausível que o profissional seja mantido *ad eternum* como suposto e provável partícipe da empresa nacional, como um “ativo fixo imobilizado” se o seu retorno a esta empresa não é previsto e nem esperado. Afirmam ainda que o próprio inciso II do art. 2º da Lei n. 7.064/82, que será analisado no próximo capítulo, a *contrario sensu*, autoriza esta prática.

1.3.4.2 Suspensão do contrato de trabalho

A legislação e a doutrina brasileira são taxativas acerca das hipóteses de suspensão do contrato de trabalho e dentre as hipóteses enumeradas não está a transferência de empregados, mas, ainda assim, algumas empresas ao transferirem seus empregados para outras jurisdições optam por suspender o contrato de trabalho originariamente celebrado no Brasil sem qualquer supedâneo legal.

²³ op. cit. 44 p.

Conforme lições de Orlando Gomes e Edson Gottschalk as suspensões poderão ser totais ou parciais.

As suspensões totais ocorrem quando tanto a prestação de serviços quanto o pagamento de salários tornam-se inexigíveis, restando apenas assegurado o direito ao emprego. Já nas suspensões parciais não há prestação de serviços, mas ainda assim, o contrato gera efeitos.

A suspensão poderá, ainda, ser determinada por fato ao qual o empregado tenha dado motivo, imputável a ele por determinação legal, destacando-se como exemplos mais comuns as seguintes hipóteses de suspensão: serviço militar (art. 472 da CLT), aposentadoria por invalidez (art. 475 da CLT), encargo público ou função equiparada, doenças e acidente de trabalho (art. 476 da CLT e arts. 60 e 86 da Lei 8.213/91), paralisação da empresa por *factum principis* (art. 486 da CLT), licença-gestante (art. 7º, XVIII da Constituição Federal e art. 392 da CLT) e férias (art. 7º da CF).

Deste modo, a transferência para empresa pertencente ao mesmo grupo econômico não implicará a suspensão, nem mesmo parcial, do contrato, tanto pela ausência de previsão legal nesse sentido, quanto pelo próprio aspecto de que todos os elementos do contrato de trabalho, em especial nas transferências definitivas, serão deslocados, sem exceção, não havendo que se falar na ausência de prestação de serviços pelo empregado, ao contrário, ele continuará laborando.

Embora ao arrepio da lei, a solução por uma suposta suspensão por parte das empresas encontra razões de ordem prática, na medida em que busca possibilitar que o empregado transferido continue a contribuir para os planos de previdência complementar e oficial, por meio de manutenção de algum pagamento em folha no Brasil.

Ressalte-se, ainda, que assim agindo a empresa evita causar algum tipo de prejuízo ao empregado transferido, em termo de contagem de tempo de serviço para a aposentadoria e para efeito de recolhimento do Fundo de Garantia.

Neste cenário, outras imprecisões jurídicas são praticadas, tais como, a concessão de férias e de aviso prévio, assim como o pagamento de haveres rescisórios no término do ajuste, de acordo com o ordenamento mais favorável, em verdadeiro *dépeçage*, tornando ainda mais difícil, por parte do Judiciário, o julgamento de avenças que decorrem dessas relações.

Ana Lúcia Pinke Ribeiro de Paiva²⁴ ressalta as dúvidas suscitadas ao se implementar a suspensão nos referidos contratos de trabalho, dentre elas, à possibilidade de integração da remuneração devida ao empregado no exterior ao salário, porventura pago no Brasil, para o efeito de recebimento dos consectários legais aqui devidos; quais as verbas a serem pagas ao empregado quando de sua dispensa no exterior; a incorporação definitiva ou não de pacotes de benefícios e como proceder ao pagamento de contribuições para a Previdência Social e aportes para os planos de previdência complementar.

A franca disparidade entre esta prática e a legislação nacional, bem como as inúmeras dúvidas suscitadas, demonstra que esta não é de fato, a melhor das soluções.

²⁴ *idem*.

2 CRITÉRIOS PARA A FIXAÇÃO DA LEI DE REGÊNCIA DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS DE TRABALHO

2.1 ELEMENTOS DE ESTRANEIDADE DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS

Como visto no capítulo anterior, embora sem embasamento legal, na prática, as transferências externas podem produzir dois diferentes efeitos sobre os contratos individuais de trabalho, a rescisão ou a suspensão, ficando tal escolha a critério do empregador.

Independente do efeito que se atribua, uma vez efetuada a transferência externa, o contrato individual de trabalho perde o seu caráter nacional e se internacionaliza, pois adquire um ou mais elementos estrangeiros, denominados elementos de estraneidade e é exatamente a presença desses elementos de estraneidade que vai definir o caráter internacional do contrato.

Os elementos de estraneidade podem estar ligados às partes contratantes, ao objeto, ao local de contratação, ao local da prestação do serviço ou ao local do cumprimento da obrigação, e, em regra, não se alteram durante a vigência do contrato.

Conforme lições de Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano²⁵ os elementos de estraneidade que tornam internacional a relação jurídica de emprego são “a nacionalidade do empregado, a nacionalidade do empregador, o lugar da sede da contratação, o local da prestação do serviço e o foro de celebração do contrato”.

Como visto, a existência do elemento de estraneidade caracterizará o contrato internacional de trabalho, vinculando-o a mais de uma nação soberana e é aqui que localizamos o principal problema decorrente destes contratos internacionais: como nações soberanas que são, todas possuem um sistema jurídico apto a regular a relação de trabalho, o que nos conduzirá a um conflito de leis no espaço. Conflito este, que será resolvido pelo Direito Internacional Privado.

²⁵ RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer apud PAIVA, Ana Lúcia Pinke Ribeiro de. In: op. cit. 49 p.

Antes, porém, de adentrarmos na seara da solução do conflito de leis no espaço pelo Direito Internacional Privado, necessário ressaltarmos que há uma crescente tentativa de minimizar a ocorrência desses conflitos de leis, através da uniformização das normas trabalhistas, ao que tem se denominado, Direito Internacional do Trabalho.

Em que pesem as indagações quanto a autonomia e real existência deste ramo jurídico, para fins deste trabalho nos limitaremos a adotar o entendimento de juristas como Arnaldo Süssekind, segundo o qual o Direito Internacional do Trabalho está inserido no Direito Internacional Público, pois o foco é verificarmos a sua contribuição para a resolução dos conflitos de normas, no caso, em decorrência dos contratos internacionais de trabalho.

Neste sentido trazemos à baila as lições de Arnaldo Süssekind²⁶:

O Direito Internacional do Trabalho corresponde, portanto, ao capítulo do Direito Internacional Público que trata da proteção ao trabalhador, seja como parte de um contrato de trabalho, seja como ser humano, tendo por finalidade: a) universalizar os princípios da Justiça Social e, na medida do possível, uniformizar as correspondentes normas jurídicas; b) estudar as questões conexas das quais depende a consecução dos referidos ideais; c) incrementar a cooperação internacional para a melhora das condições de vida do trabalhador. Por conseguinte, tem por objeto: a) as relações não só dos Estados entre si, mas igualmente, entre eles e os organismos internacionais competentes na matéria; b) a atividade normativa tendente a incorporar direitos e obrigações aos sistemas jurídicos nacionais; c) programas de assistência técnica destinados a harmonizar o desenvolvimento econômico com o progresso social.

Ainda que se discuta a possibilidade de uniformização das normas materiais através do Direito Internacional do Trabalho, não podemos esquecer que, independente deste, a busca pela uniformização das regras materiais pode ser dirigida através da elaboração e adesão de tratados, convenções e recomendações internacionais, o que é inclusive muito mais factível e eficaz, sendo para tanto, de suma importância a atuação de organismos internacionais como a Organização Internacional do Trabalho, não apenas para a elaboração destes diplomas, como também, para incluir na pauta de debate dos Estados as questões relativas aos trabalhadores, universalmente considerados.

Por fim, temos que o principal objetivo da unificação das normas trabalhistas é o de proteger o trabalhador, de forma igualitária e global, ainda que para tanto, seja necessária a

²⁶ op. cit. 1244 p.

redução de conteúdos mínimos, desde que no todo, seja assegurado um patamar mínimo civilizatório para todos os trabalhadores.

O estabelecimento de um patamar mínimo civilizatório é essencial, pois impediria uma triste realidade verificada nos países de menor desenvolvimento, que muitas vezes, recebem em seu território grandes multinacionais interessadas no baixo custo da produção, obtido através da máxima exploração da mão-de-obra, posto que a estes trabalhadores, pouco qualificados, seriam assegurados direitos mínimos que no mais das vezes lhe são impiedosamente negados.

No entanto, esse movimento de harmonização das normas trabalhistas estabelecendo-se um patamar mínimo de direitos, é insuficiente para evitar o conflito de normas dos contratos internacionais de trabalho que envolvem uma mão-de-obra qualificada, esta sim, decorrente do trânsito de empregados gerado pelas transferências e não pela exploração de mão-de-obra, pois esses trabalhadores possuem uma gama de direitos estabelecidos contratualmente, muito acima desse patamar mínimo.

Ademais, considerando que o Direito proferido por cada sociedade está estritamente ligado à realidade daquela sociedade, aos seus valores, usos e costumes, simples é concluirmos que a uniformização das regras de Direito Internacional Privado na busca por soluções para a resolução dos conflitos entre os diversos Estados soberanos, é muito mais possível que a uniformização das próprias regras de direito material, o que nos conduz a observarmos o Direito Internacional do Trabalho.

2.2 DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E OS MÉTODOS DE FIXAÇÃO DA LEI DE REGÊNCIA

A solução do conflito de leis no espaço será revelada pelo Direito Internacional Privado, responsável por definir quais as regras que irão regular as situações específicas de conflitos, devendo ser ressaltado, que este ramo do Direito atua como um sobredireito, que

não se confunde com o direito material propriamente dito, não sendo de sua alçada solucionar o mérito da questão discutida.

Traçando um paralelo entre o Direito Internacional Privado e o Direito Internacional do Trabalho temos que o primeiro, busca estabelecer qual a norma será aplicável, sem adentrar ao mérito do conflito, enquanto o segundo, busca uniformizar as normas materiais trabalhistas, de modo que tal uniformização reduza a existência de normas materiais divergentes, reduzindo assim, a possibilidade de conflitos, razão pela qual, podemos afirmar que ambos atuam lado a lado para se dirimir os conflitos de leis no espaço.

Nas palavras de Gilda Maciel Meyer Russomano²⁷:

O sobredireito, ao contrário, é constituído de regras que não regulam, de modo direto, fatos da vida objetiva: o que elas regulam, de maneira imediata, são, justamente, as próprias normas jurídicas de direito substancial às quais cabe essa regulamentação. Sua finalidade é traçar, no tempo ou no espaço (considerado este vocábulo em sentido amplo), o alcance das leis substanciais. O seu conteúdo, pois, em outras palavras, é formado pelas regras jurídicas que regulam relações e cujas fronteiras de aplicação é necessário demarcar. Em resumo, enquanto o conteúdo do direito substancial é formado de fatos sobre os quais incidem suas normas, o conteúdo do sobredireito é o próprio substancial.

E, para estabelecer qual a lei aplicável, ensinam as regras de Direito Internacional Privado que a primeira coisa a fazer é escolher dentre os elementos de estraneidade, os elementos de conexão, que são o aspecto fático que aponta o ordenamento jurídico que deverá ser aplicado a uma dada relação, por ser o vínculo relacional mais próximo.

Os principais conflitos de normas envolvem a capacidade das partes, a forma e o conteúdo do contrato.

Quanto à capacidade das partes, o entendimento majoritário é o de que, de acordo com os princípios gerais de Direito Internacional Privado, a regência se dará de acordo com a lei do domicílio da parte, evitando assim, as dificuldades impostas quando uma das partes possui dupla ou nenhuma nacionalidade. E, caso não haja fixação de domicílio, será aplicada a lei do local onde resida ou se encontre o contratante²⁸. Observe-se ainda, que para fins de

²⁷ idem.

²⁸ Ana Lúcia Pinke Ribeiro de Paiva, em obra já mencionada, informa que Estados Unidos da América do Norte e Grã-Bretanha excepcionam essa regra geral e aplicam o princípio da lei do lugar do trabalho.

delimitação do domicílio, deve ser considerado o estipulado no art. 70 do Código Civil Brasileiro²⁹.

Quanto à forma, o entendimento majoritário também nos remete a regra geral de Direito Internacional Privado, no caso do Brasil, insculpida no *caput* do art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil³⁰, segundo a qual, será aplicada como regra geral, a lei do local da contratação, o que não se confunde com o local da assinatura do contrato, inclusive porque, nosso ordenamento jurídico admite os contratos verbais de trabalho, conforme se desume do art. 442 da CLT já aduzido.

Quanto ao conteúdo, os elementos de conexão indicados pelo Direito Internacional Privado coincidem com os próprios elementos de estraneidade, quais sejam, local da celebração do contrato (*lex loci actum*), local da execução do contrato (*lex loci executiones*), lei da jurisdição (*lex fori*) e nacionalidade das partes.³¹

Dentre todos esses elementos de conexão, o que tem sido mais adotado para a fixação da lei de regência dos contratos internacionais de trabalho é o da *lex loci executiones* (lei do local da execução do contrato), que de forma geral, só encontra resistência de aplicação, nos casos de transferência provisória, posto que nestas transferências, o elemento de conexão mais forte não é o local onde se executa o serviço, mas sim o local onde se situa a empregadora, pois esse empregado transferido provisoriamente, ainda mantém vínculo com o estabelecimento de origem, razão pela qual, deverá ser aplicada a lei original do contrato.

Antônio Galvão Peres³² adota neste caso, o seguinte posicionamento:

A lei do local de origem do trabalhador deve em princípio ser observada, o que não impede que a autonomia da vontade, ressalvados os preceitos de ordem pública dessa norma, possa eleger a regência de outra lei para todo ou parte do contrato de trabalho.

²⁹ Art. 70 do CCB. O domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece sua residência com ânimo definitivo.

³⁰ Art. 9º da LICC. Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

§1º. Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

§2º. A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.

³¹ Mais uma vez, nos reportamos a Ana Lúcia Pinke Ribeiro de Paiva, que informa que Áustria, Cuba, Grécia, Hungria, Polônia, Portugal, dentre outros, tem na nacionalidade, o principal objeto de conexão.

³² PERES, Antonio Galvão apud PAIVA, Ana Lúcia Pinke Ribeiro de. In: op. cit. 55 p.

A posição adotada pelo referido autor, reflete o entendimento moderno das doutrinas e jurisprudências internacionais que vem admitindo a autonomia da vontade das partes e o princípio da norma mais favorável como critérios para a fixação da lei de regência, inclusive, a autonomia da vontade das partes vem se despontando ao lado da *lex loci executiones*, como principal regra para solução dos conflitos em matéria trabalhista.

No entanto, há de ser advertido que nem a autonomia da vontade das partes, nem o princípio da norma mais favorável, podem ser considerados elementos de conexão propriamente ditos, devendo ser observado, que especificamente quanto a autonomia da vontade das partes, a Lei de Introdução ao Código Civil eliminou da nova redação do art. 9º a expressão “salvo estipulação em contrário” que constava na redação anterior (1916) do art. 13.

Por fim, a *lex fori* (lei da jurisdição), é bastante aplicável nos casos em que não é possível conhecer o teor da legislação estrangeira para aquele caso concreto, quando então, será utilizada a lei do tribunal do país que aprecia o processo judicial, de modo que lei e jurisdição serão aplicadas uniformemente.

Neste caso, embora ocorra à aplicação da lei do foro para a solução do conflito espacial de normas não há que confundi-lo com o exercício da jurisdição. Isso porque, o conflito espacial de normas está preocupado em definir o direito que será aplicado (e que pode vir a ser o direito do foro), enquanto que o exercício da jurisdição refere ao tribunal competente para julgar a causa, não guardando qualquer relação com a norma material aplicável ao caso concreto.

O exercício da jurisdição no Brasil é fixado pelo art. 651 da Consolidação das Leis do Trabalho³³, segundo o qual, será competente para julgar a demanda, o juiz do lugar da

³³ Art. 651. A competência das Juntas de Conciliação e Julgamento é determinada pela localidade onde o empregado, reclamante ou reclamado, prestar serviços ao empregador, ainda que tenha sido contratado noutro local ou no estrangeiro.

§ 1º. Quando for parte de dissídio agente ou viajante comercial, a competência será da Junta da localidade em que a empresa tenha agência ou filial e a esta o empregado esteja subordinado e, na falta, será competente a Junta da localização em que o empregado tenha domicílio ou a localidade mais próxima.

§ 2º. A competência das Juntas de Conciliação e Julgamento, estabelecida neste artigo, estende-se aos dissídios ocorridos em agência ou filial no estrangeiro, desde que o empregado seja brasileiro e não haja convenção internacional dispondo em contrário.

prestação do serviço, mesmo que o empregado tenha sido contratado em outro local e ainda que a lei aplicável não seja a brasileira.

2.3 AS SOLUÇÕES INDICADAS PELAS NORMAS INTERNACIONAIS

Conforme visto nos tópicos anteriores, com o trânsito de empregados gerado pelas transferências externas, cada vez mais constantes no mundo globalizado, os conflitos de leis no espaço vêm surgindo com mais frequência, daí o grande esforço do Direito Internacional Privado, em estabelecer normas de sobredireito que visam dirimir os conflitos de leis no espaço, ocupando papel fundamental na definição da lei de regência.

Alguns países, atentos a importância de estabelecer de forma clara as normas de regência que serão aplicadas em caso de conflito de normas no espaço, celebram acordos e tratados bi ou plurilaterais, convenções e recomendações, dentre outros, ensejando assim, diversos instrumentos de natureza transnacional.

Iremos analisar os instrumentos apontados como principais pela doutrina, e, poderemos observar, que eles oscilam entre a aplicação da lei do local da execução do contrato e a lei escolhida pelas partes, como fruto da autonomia da vontade das partes, sendo estas, as principais normas de regência, conforme já afirmado anteriormente.

2.3.1 Código de Bustamante

O Código de Bustamante foi adotado como instrumento apto para a solução dos conflitos de leis, na reunião de Havana de 1928, pelos Estados Americanos. A recepção pelo

§ 3º. Em se tratando de empregador que promova realização de atividades fora do lugar do contrato de trabalho, é assegurado ao empregado apresentar reclamação no foro da celebração do contrato ou no da prestação dos respectivos serviços.

Ordenamento Jurídico Brasileiro se deu através do Decreto 18.871 de 13.08.1929, após ter sido sancionado pelo Decreto 5.647 de 08.01.1929.

Em seus 437 artigos regula o Direito Internacional Privado, daí porque ser também denominado de “Código de Direito Internacional Privado”, sendo importante destacarmos seu art. 3º que classifica as normas jurídicas de acordo com as seguintes categorias: (i) as que se aplicam às pessoas em virtude do seu domicílio ou da sua nacionalidade e as seguem ainda que haja mudança para outro país; (ii) as que obrigam, por igual, a todos que residem no território, sejam ou não nacionais e; (iii) as que se aplicam somente mediante a expressão, a interpretação ou a presunção da vontade das partes ou de algumas delas.

O Código estabelece como elemento de conexão para a solução do conflito de normas, a *lex loci executionis* (lei do local da execução do contrato), conforme previsão do artigo 198, que até hoje é considerado o mais relevante em matéria trabalhista.

Há forte divergência quanto ao âmbito de aplicação e a universalidade do Código de Bustamante, pairando a grande discussão sobre a possibilidade de ser o mesmo adotado também por países que não signatários.

A jurisprudência trabalhista internacional, dominante, reconhece a universalidade do Código, defendendo o entendimento de que o mesmo é aplicável também aos países não signatários.³⁴ E, a jurisprudência brasileira comunga desse entendimento, pois o Supremo Tribunal Federal defende a aplicação do Código de Bustamante para preencher lacunas do direito interno de todos os países e não apenas dos signatários.

³⁴ Os países signatários são Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Equador, Estados Unidos da América, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Salvador, Uruguai e Venezuela.

2.3.2 Convenção de Roma

A Convenção de Roma, de 1980, estabelece como elemento principal de conexão, a autonomia da vontade das partes ressalvadas as normas imperativas vigentes no local da execução do contrato. E, em caráter subsidiário, caso as partes não tenham estabelecido a lei de regência, será aplicada: a) a lei do país em que o trabalhador, no cumprimento do contrato, presta habitualmente o seu trabalho; b) se não houver prestação habitual de trabalho no mesmo país, a lei aplicável será a do estabelecimento que contratou o trabalhador, salvo se do conjunto das circunstâncias resultarem que o contrato de trabalho apresente uma conexão mais estreita com outro país, sendo, então, aplicável a lei desse outro país.

Neste sentido estão dispostos os artigos 3º e 6º da Convenção.

Importante observarmos que ao afirmar que na falta de escolha pelas partes da lei aplicável, aplica-se a lei, está se consagrando a teoria da acumulação.

Quanto ao alcance da norma, o art. 2º consagra o caráter universal, afirmando que a lei designada nos termos da Convenção será aplicada mesmo a um Estado não contratante.

2.3.3 Convenção do México

Essa Convenção também estabelece como elemento principal de conexão, a autonomia da vontade das partes, que podem escolher qual será a lei de regência. E, subsidiariamente, caso as partes não tenham feito a escolha ou caso a escolha não possa ser considerada válida, por ocorrência de um dos vícios de manifestação de vontade, será aplicada a lei que guarde vínculos mais estreitos com o contrato.

Tal regra encontra-se estabelecida em seus artigos 7º e 9º.

O Princípio da Proximidade, estabelecido por esses vínculos mais estreitos, determina que as relações jurídicas devem ser regidas pela lei do país com o qual o contrato guarda a mais íntima conexão, valorizando não a abordagem técnica clássica, mas uma abordagem que dê maior atenção às realidades sociais e econômicas que arrimam o fenômeno jurídico.

Duas importantes inovações foram trazidas por essa Convenção. A primeira é que em seu art. 8º ela permite que as partes escolham ou alterem a lei de regência anteriormente escolhida, no curso do contrato de trabalho e, a segunda, inovação é que permite que as partes possam estabelecer como norma de regência não apenas a lei, mas também os acordos e as convenções coletivas de trabalho.

Quanto ao alcance da norma, o seu artigo 2º preceitua que o direito designado será aplicável mesmo que se trate do direito de um Estado não parte, razão pela qual, não há dúvidas de que suas normas são universais.

O Brasil é signatário da Convenção desde 17.03.1994, no entanto, ainda não a ratificou, o que não tem qualquer relevância do ponto de vista de sua aplicabilidade, dado o expresso caráter universal de suas normas.

Por fim, necessário observarmos que esta Convenção não disciplina especificamente os contratos de trabalho, embora também não os exclua.

2.3.4 Diretiva nº. 23 da Comunidade Europeia

Essa Diretiva, aprovada em 12.03.2001, trata do direito comunitário aplicável aos países membros e estabelece uma aproximação das legislações dos Estados para a manutenção dos direitos dos trabalhadores, nos casos de transferências de empresas, estabelecimentos, filiais e correspondentes.

O art. 14 determina que os destinatários da Diretiva são os Estados membros da Comunidade Europeia, sendo certo, portanto, que ela não possui caráter universal.

Apesar de estar adstrita a Comunidade Europeia, deve aqui ser abordada não apenas por ser específica para as transferências, mas também, por carregar a peculiaridade de não estabelecer formas de composição dos conflitos entre as normas de regência, mas conceder ao trabalhador a faculdade de manter as condições estabelecidas nas convenções coletivas de trabalho que eram aplicadas em seu país, durante a vigência da convenção coletiva.

2.4 AS SOLUÇÕES INDICADAS PELA LEGISLAÇÃO E PELA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

Conforme visto no tópico 2.2 deste capítulo, no Brasil, o conflito de leis no espaço será dirimido pelas leis internas de Direito Internacional Privado, que costuma aplicar na solução dos conflitos, o Código de Bustamante, já analisado anteriormente, a Lei de Introdução ao Código Civil e a Lei 7.064/82.

A jurisprudência também ocupa um lugar importante na solução desses conflitos, pois consolida o entendimento do Judiciário trabalhista nacional sobre o tema, o que se dá, especificamente com a Súmula 207 do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho.

Conforme iremos perceber através da análise desses instrumentos, também no Brasil, a solução irá oscilar entre a *lex loci executionis* (lei do local da execução do contrato) e a lei mais favorável ao empregado, o que demonstra que o Brasil, embora ainda não admita, internacionalmente a autonomia da vontade como elemento de conexão, está em consonância com a moderna posição internacional.

2.4.1 Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB - trata em seus artigos 7º ao 19, especificamente sobre os conflitos de lei no espaço e a forma de dirimi-los, daí porque, no direito pátrio, sempre que estivermos diante de um conflito de leis, devemos recorrer à ela, que é considerada a fonte primária do direito internacional privado.

As normas da LINDB estão adstritas ao território brasileiro, sendo, portanto, *lex fori* (lei da jurisdição).

No debate entre a manutenção da territorialidade e o reconhecimento da extraterritorialidade, o Brasil, através da LINDB se posiciona no meio, pois acaba por adotar ambos: serão territoriais as normas que versem sobre regime de bens e obrigações, alcançando também os Estados fictos, tais como as embaixadas, os consulados e as embarcações, e, serão extraterritoriais as normas que regem o estatuto pessoal.

Convém destacarmos o disposto no art. 9º da LINDB, segundo o qual, as obrigações serão regidas pela lei do local em que foram constituídas, o que nos conduz a assertiva de que em caso de conflito de leis no espaço, o contrato de trabalho será regido pela lei do local da contratação.

Entretanto, alguns autores, dentre eles Ana Lúcia Pinke Ribeiro de Paiva³⁵, defendem que esta disposição legal está circunscrita aos aspectos que conferem validade formal aos contratos, informando a referida autora que:

À generalidade da lei, referido artigo cederá aplicação para disposições específicas atinentes ao contrato de trabalho, como as constantes do Código de Bustamante em seu art. 198, remetendo, portanto, à lei do local da execução do contrato para cuidar das questões relativas à prestação em si.

O argumento utilizado para os defensores deste posicionamento é o de que o próprio art. 17 da referida lei, limita a eficácia das leis, atos e sentenças de outros países, assim como os demais atos de declaração de vontade, apenas quando ofenderem a soberania nacional, a

³⁵ op. cit. 62 p.

ordem pública e os bons costumes, quando então, serão afastadas e aplicar-se-á a lei brasileira (*lex fori*) na solução do conflito.

O ilustre magistrado do TRT da 2ª Região, Nelson Nazar, defende em sua tese de doutorado intitulada “Direito Econômico e o Contrato Internacional de Trabalho”, que o critério adotado pela LINDB, aplicação da lei do local da contratação, não prevalecerá para os contratos de trabalho, em função da indisponibilidade dos direitos trabalhistas e do caráter protetivo do Direito do Trabalho.

2.4.2 Lei 7.064/82

Esse diploma normativo foi elaborado na década de 80, quando houve um intenso fluxo imigratório de brasileiros, trabalhadores em empresas prestadoras de serviços de engenharia, sobretudo para o Iraque, e, em princípio se direcionava exclusivamente às empresas prestadoras de serviços de engenharia, consultoria, projetos e obras, montagens, gerenciamento e congêneres, conforme se infere de seu art. 1º.

Durante duas décadas houve um forte debate doutrinário e jurisprudencial sobre o alcance desta norma, existindo aqueles que defendiam a sua aplicação, por analogia a todas as empresas que transferissem empregados ao exterior, e, aqueles que defendiam a restrição expressamente imposta pelo art. 1º.

Esse debate perdeu força com o advento da Lei 11.962 de 03.07.09 que estendeu sua aplicação a todos os trabalhadores transferidos, através da alteração do art. 1º que passou a ter a seguinte redação: “Esta Lei regula a situação de trabalhadores contratados no Brasil ou transferidos por seus empregadores para prestar serviço no exterior”.

A aplicação da lei encontra ainda duas restrições.

A primeira restrição diz respeito ao tipo de transferência, pois por expressa determinação legal, não abrange a situação do empregado designado para prestar serviços transitórios, assim entendidos aqueles por período inferior a 90 dias, desde que tenha ciência da transitoriedade, receba passagens de ida e volta e diárias. Tal assertiva encontra-se no parágrafo único do art. 1º.³⁶

A segunda restrição diz respeito ao efeito jurídico que a transferência tenha surtido no contrato de trabalho, pois, apoiados no art. 2º da referida lei³⁷, que dá a ideia de continuidade do contrato de trabalho após a transferência, defende a doutrina que a lei tenha aplicabilidade apenas, nas hipóteses em que o contrato de trabalho originário não tenha sofrido solução de continuidade pela suspensão ou rescisão.

Esse é o principal problema encontrado, pois como vimos no capítulo anterior, ante a ausência de regulamentação específica sobre os efeitos das transferências externas nos contratos de trabalho, na prática, as empresas optam por rescindir ou suspender o contrato de trabalho aqui no Brasil o que em tese, afastaria a aplicação da referida lei.

O maior destaque desta lei está em seu artigo 3º³⁸ que consagra a adoção da extraterritorialidade da lei brasileira, naquilo que for mais favorável do que a legislação territorial e não for incompatível com o disposto nesta lei, no conjunto de normas e em relação a cada matéria, como principal critério da definição da lei aplicável.

³⁶ Art. 1º. Esta Lei regula a situação de trabalhadores contratados no Brasil ou transferidos por seus empregadores para prestar serviço no exterior.

Parágrafo único. 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.

³⁷ Art. 2º - Para os efeitos desta Lei, considera-se transferido:

I - o empregado removido para o exterior, cujo contrato estava sendo executado no território brasileiro;

II - o empregado cedido à empresa sediada no estrangeiro, para trabalhar no exterior, desde que mantido o vínculo trabalhista com o empregador brasileiro;

III - o empregado contratado por empresa sediada no Brasil para trabalhar a seu serviço no exterior.

³⁸ Art. 3º - A empresa responsável pelo contrato de trabalho do empregado transferido assegurar-lhe-á, independentemente da observância da legislação do local da execução dos serviços:

I - os direitos previstos nesta Lei;

II - a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto nesta Lei, quando mais favorável do que a legislação territorial, no conjunto de normas e em relação a cada matéria.

Parágrafo único. Respeitadas as disposições especiais desta Lei, aplicar-se-á a legislação brasileira sobre Previdência Social, Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS e Programa de Integração Social - PIS/PASEP.

Temos assim, a fixação de uma exceção a regra geral da territorialidade, incorporada por nosso Ordenamento Jurídico pela Convenção de Havana e pelos nossos Tribunais (Súmula 207 do TST que será abordada em tópico específico) que fixa a *lex loci executiones*.

Isto porque, de fato, a referida lei dispõe que aos contratos por ela regulados será aplicada a legislação do local da prestação do serviço (*lex loci executiones* – critério da territorialidade), mas também estipula que a esses contratos serão aplicados os direitos referidos na própria Lei 7.064 e, por fim, também assegura que sejam aplicados a tais contratos, a aplicação da legislação de proteção ao trabalho naquilo que não for incompatível com a referida Lei 7.064 e quando mais favorável do que a legislação territorial, no conjunto de normas em relação a cada matéria.

Comentando a sistemática de exceção parcial da regra geral da territorialidade elaborada pela Lei 7.064/82, leciona Mauricio Godinho Delgado³⁹:

Ou seja, a mencionada lei afasta a imperatividade do critério estritamente territorial, permitindo a aplicação da legislação laborativa mais favorável (seja a do país de prestação de serviços, seja a do Brasil), em conformidade com a teoria do conglobamento, no processo comparativo entre as ordens jurídicas.

2.4.3 Súmula 207 do Tribunal Superior do Trabalho

Como visto até aqui, não há no Direito Internacional Privado e nem no Direito do Trabalho Brasileiro, nenhuma disposição legal que expressamente indique a *lex loci executiones* (lei do local da execução do contrato) como única solução dos conflitos de normas. Ao contrário, a LICC fixa como regra a lei do local em que foi constituída a obrigação (art. 9º) e ainda, possibilita a *contrario sensu*, que as leis, atos e sentenças de outros países, assim como as declarações de vontades, sejam aplicados, desde que, não ofendam a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes (art. 17).

³⁹ op. cit. 1047 p.

No entanto, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula 207 *in verbis*, na qual fixa como elemento de conexão para a solução dos conflitos de leis, exclusivamente a *lex loci executiones*, o que influenciou toda a jurisprudência nacional, que desde então, vem acompanhando o referido entendimento.

Súmula 207. Conflitos de Leis Trabalhistas no Espaço - Princípio da "Lex Loci Executionis".

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

A doutrina, no entanto, vem abrاندando esse entendimento, defendendo a tese de que em verdade a *lex loci executiones* foi fixada não como único elemento de conexão para o conflito, mas sim, como o principal elemento de conexão.

Esse é o entendimento dentre outros de Francisco Antonio de Oliveira⁴⁰ para quem:

Apesar do entendimento sumulado pelo Tribunal Superior do Trabalho, o caso concreto deverá ser cautelosamente examinado pelo julgador, antes que se possa concluir pela simples aplicação da súmula. Em algumas hipóteses deverá ser aplicada a lei brasileira: a) empregado, técnico de empresa brasileira que trabalhe em diversos países; b) empregado de empresa brasileira que esporadicamente execute serviços no exterior; c) empregado de empresa brasileira de transporte que viaje por diversos países; e d) empregado de empresa nacional ou estrangeira que possua domicílio no Brasil.

Porém, não obstante o esforço para abrandar a *lex loci executives*, fazendo dela o principal, mas não o exclusivo, elemento de solução do conflito, podemos concluir que a jurisprudência nacional, tem entendido de forma praticamente unânime, de que quando se trata de empregado contratado aqui e depois transferido para o exterior, e vice-versa, a lei aplicável ao contrato de trabalho obedecerá sempre ao princípio da territorialidade.

⁴⁰ OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Comentários aos enunciados do TST*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 588-589 p.

3 OS PRINCÍPIOS DA AUTONOMIA DA VONTADE E DA NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO ELEMENTOS DE CONEXÃO

Ao analisarmos no capítulo anterior as normas de Direito Internacional Privado e os principais instrumentos transnacionais, vimos que interna e internacionalmente, a *lex loci executiones* (lei do local da execução do contrato) permanece como o principal elemento de conexão para a solução dos conflitos de leis no espaço em matéria trabalhista. Porém, vimos também, que modernamente, há um esforço para que a autonomia da vontade das partes e a norma mais favorável também sejam reconhecidas como importantes critérios para a fixação da lei de regência.

Considerando que este moderno posicionamento vem intensamente se solidificando, inclusive como a inserção expressa dos princípios da autonomia da vontade e da norma mais favorável nos instrumentos normativos transnacionais, convém tecermos alguns comentários sobre este aspecto.

3.1 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE

No Direito Internacional Privado, a autonomia da vontade das partes, significa que as próprias partes podem determinar a lei que regerá a forma e a execução da obrigação, assim como o foro. O elemento de conexão aqui é a própria vontade manifestada pelas partes, vinculada a um negócio jurídico de direito privado com conexão internacional.

A admissão da autonomia da vontade sofre muitas críticas, dentre elas, a de que a sua aceitação implicaria em um retrocesso, pois foi exatamente a autonomia da vontade e os pressupostos de liberdade numa relação jurídica entre partes absolutamente desiguais – empregado e empregador – que gerou a máxima exploração da classe operária e, por conseguinte, a necessidade de intervenção estatal, através da elaboração de normas protetivas dessa classe operária, sendo este o nascedouro do Direito do Trabalho.

É verdade que na relação de trabalho, dada a absoluta desigualdade entre as partes contratantes, a autonomia da vontade das partes deve ser vista de forma muito cautelosa, sob pena de se permitir que o contrato de trabalho seja regido apenas pela vontade do empregador.

No entanto, acreditamos que essa crítica não deve prosperar, pois mesmo para aqueles que defendem a autonomia da vontade das partes, o fazem desde que a vontade manifestada pelas partes não colida as normas imperativas e inderrogáveis do Direito do Trabalho, nem implique em violação aos direitos trabalhistas irrenunciáveis ou a ordem pública. Por esta razão, acreditamos que ao aceitarmos a autonomia da vontade das partes, não estaríamos necessariamente, aceitando um retrocesso.

No Brasil a aceitação da autonomia da vontade como elemento de conexão para a solução dos conflitos de leis no espaço, não encontra resistência apenas em tais críticas, pois sequer há certeza de sua aceitação pelas normas internas de Direito Internacional Privado. Senão vejamos.

Conforme já abordado, no direito pátrio, sempre que estivermos diante de um conflito de leis, devemos recorrer à Lei de Introdução ao Código Civil, que é a nossa fonte primária do direito internacional privado.

Ocorre que na LICC de 1916, a redação do art. 13, embora muito criticada, parecia deixar claro a aceitação da autonomia da vontade, na medida em que expressamente aduzia “salvo estipulação em contrário”.

Convém aqui observar, que conforme informado por Nádia de Araújo, apesar da disposição legal, a jurisprudência da época já se mostrava refratária a autonomia da vontade, tanto que, a tendência dos tribunais era a aplicação da lei brasileira para todos os aspectos dos contratos internacionais cuja execução se desse no território nacional. A doutrina também se posicionava contrária a adoção deste princípio, podendo ser destacados com principais autores dessa rejeição, Eduardo Espínola, Álvaro Costa Machado Villela e Pontes de Miranda.⁴¹

⁴¹ ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado – Teoria e Prática Brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: LTr, 2011. 394 p.

Com a Lei de Introdução ao Código Civil de 1942, o artigo 13 foi suprimido e o art. 9º retirou a expressão “salvo estipulação em contrário” adotando a seguinte redação: “Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem”. Essa discussão ainda perdura, pois para alguns, a supressão significa a vontade do legislador em eliminar a autonomia da vontade, e, para outros, a simples supressão da expressão não poderia eliminar um princípio jurídico anteriormente aceito.

Ana Lúcia Pinke Ribeiro de Paiva⁴² se posiciona contrária à aceitação da autonomia da vontade, afirmando que:

O próprio art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil não alude à possibilidade da eleição da norma como resultado da aplicação da autonomia dos contratantes, e, na falta de outras regulamentações a respeito, carece o sistema pátrio de disposição expressa que autorize às partes acordarem livremente sobre a lei a ser aplicada.

Arnaldo Süssekind⁴³ também rejeita a adoção da autonomia da vontade das partes, pois:

A legislação de proteção social ao trabalhador é territorial e, por ser o referido elemento de conexão (*lex loci executiones*) informado, tanto pela legislação quanto pela jurisprudência, deverá prevalecer. Contudo, admite que, quando autorizado por lei, é possível às partes, eleger lei diversa da vigente no local da execução do contrato, desde que não seja desfavorável ao empregado.

Para João Grandino Rodas⁴⁴:

O caput do art. 9º é taxativo e não se pode afirmar a existência da autonomia da vontade para a indicação da lei aplicável no DIPr brasileiro. Resta às partes apenas o exercício da liberdade contratual na esfera das disposições supletivas da lei aplicável, por determinação da regra *lex loci contractus*.

Este é também o entendimento defendido por Oscar Tenório⁴⁵, que apesar de reconhecer a exclusão da autonomia da vontade pela atual LICC, ressalta:

Entretanto, apesar de não estabelecer expressamente a permissão para a autonomia da vontade, a LICC também não a proíbe, deixando sua permissão à lei do contrato, ou seja, sua aplicação indireta, sempre que a lei da celebração o permitisse.

⁴² op. cit. 72-73 p.

⁴³ SÜSSEKIND, Arnaldo apud idem.

⁴⁴ RODAS, João Grandino apud ARAÚJO, Nádia de. op. cit. 397 p.

⁴⁵ TENÓRIO, Oscar apud idem.

Porém, atualmente e principalmente após a edição das normas transnacionais vistas no capítulo anterior, o coro de autores que defendem a aplicação da autonomia da vontade como elemento de conexão na determinação da lei de regência, tem aumentado significativamente.

Dentre tais autores podemos destacar Antônio Galvão Peres⁴⁶ que admite a aplicação da autonomia da vontade das partes, e:

[...] especialmente quanto aos empregados mais qualificados, uma vez limitada a autonomia à barreira da ordem pública interna, de modo a preservar garantias mínimas. A autonomia pode ser estabelecida como critério de forma tácita ou expressa, razão pela qual, não se pode afirmar que não teria sido recepcionada pelo Direito Internacional Brasileiro.

Também é este o entendimento de Amauri Mascaro do Nascimento⁴⁷:

A autonomia da vontade decorre do liberalismo, devendo ser respeitadas as estipulações das partes que poderão ajustar, livremente, as condições do contrato de trabalho, sem prejuízo da eleição da lei que o regerá. No entanto, infere que o princípio predominante é o da territorialidade.

Em conclusão, temos que o princípio da autonomia da vontade das partes como elemento de conexão para a fixação da lei de regência é majoritariamente recusado pela doutrina brasileira, que baseada na atual redação da Lei de Introdução ao Código Civil, em especial do art. 9º, no art. 198 do Código de Bustamante, na Súmula 207 do TST e na imperatividade das normas trabalhistas, rejeita a sua aplicação.

Conclusão esta, bem sintetizada por Nádia de Araújo⁴⁸ que afirma:

Ao contrário da grande utilização do princípio nos países europeus, a situação no Brasil ainda não evoluiu. A LICC, no seu artigo 9º, não menciona o princípio da autonomia da vontade e, embora muitos juristas sejam a favor, o princípio é proibido. Esta afirmação decorre da leitura do artigo que não pode ser comparado com outras normas sobre o tema que o permitem expressamente, como por exemplo, a Convenção do México sobre a lei aplicável aos Contratos Internacionais, que começa a dizer ser o contrato regido pelo direito escolhido pelas partes logo no caput do artigo. Somente com a revisão da LICC, e a adoção dos princípios consagrados na Convenção sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, realizada pela CIDIP V (México, 1994) poder-se-á permitir de forma segura a utilização do princípio da autonomia da vontade em contratos internacionais.

⁴⁶ PERES, Antonio Galvão apud PAIVA, Ana Lúcia Pinke Ribeiro. op. cit. 74 p.

⁴⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro apud idem.

⁴⁸ op. cit. 397 p.

3.2 O PRINCÍPIO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL AO EMPREGADO

Nas lições de Mauricio Godinho Delgado⁴⁹:

O presente princípio dispõe que o operador do Direito do Trabalho deve optar pela regra mais favorável ao obreiro em três situações ou dimensões distintas: no instante de elaboração da regra (princípio orientador da ação legislativa, portanto) ou no contexto de confronto entre regras concorrentes (princípio orientador do processo de hierarquização de normas trabalhistas) ou, por fim, no contexto de interpretação das regras jurídicas (princípio orientador do processo de revelação do sentido da regra trabalhista).

Tal assertiva consagra a visão mais ampla deste princípio, denominada por Amauri Mascaro do Nascimento como “tríplice dimensão”: informadora, interpretativa/normativa e hierarquizante.

Na fase jurídica, ou seja, após construída a norma, esse princípio atua como critério de hierarquia das normas jurídicas e como princípio de interpretação das regras. E é quando ele atua como critério de hierarquia das normas jurídicas, que ele permite, no caso de conflito de normas, que se eleja como regra prevalecente aquela que for mais favorável ao trabalhador, desde que, observe-se certos procedimentos objetivos orientadores.

Neste sentido adverte o mesmo autor⁵⁰:

Na pesquisa e eleição da regra mais favorável, o intérprete e aplicador do Direito obviamente deverá se submeter a algumas condutas objetivas, que permitam preservar o caráter científico da compreensão e apropriação do fenômeno jurídico. Assim, haverá de ter em conta não o trabalhador específico, objeto da incidência da norma em certo caso concreto, mas o trabalhador como ser componente de um universo mais amplo (categoria profissional, por exemplo).

Deste modo, claro está a absorção em nosso ordenamento jurídico do princípio da norma mais benéfica ao trabalhador, o que nos conduz à necessidade de estabelecermos critérios de verificação de qual vem a ser a norma mais favorável e, para tanto, duas são as teorias existentes: teoria da acumulação e teoria do conglobamento.

⁴⁹ op. cit. 199 p.

⁵⁰ op. cit. 200 p.

A teoria da acumulação sustenta que nos conflitos hierárquicos deve prevalecer a norma mais favorável para o trabalhador, devendo a comparação ser feita regra a regra, isoladamente, de modo que o regime aplicável às situações laborais seja equivalente a um somatório (acumulação) de normas retiradas de diversas fontes e que, em comum, possuem apenas a característica de ser mais favorável aos trabalhadores. Em suma, o trabalhador gozará de estatuto mais benéfico, ainda que seja preciso fragmentar preceitos de normas diferentes, condições singulares contidas nos diferentes textos.

Segundo Carlos Roberto Husek⁵¹, pela teoria da acumulação, há o fracionamento de normas comparadas para um determinado caso concreto, como se o jurista constituísse um novo diploma, lógico e coerente, apenas de normas que favorecem o empregado.

De um modo geral, a teoria da acumulação não é aceita por nossa jurisprudência e doutrina, recebendo fortes críticas, como as elaboradas por Mauricio Godinho Delgado⁵²:

No processo de hierarquização de normas, não poderá o operador jurídico permitir que o uso do princípio da norma mais favorável comprometa o caráter sistemático da ordem jurídica, elidindo-se o patamar de cientificidade a que se deve submeter todo processo de interpretação e aplicação do Direito. Assim, o encontro da regra mais favorável não se pode fazer mediante uma separação tópica e casuística de regras, acumulando-se preceitos favoráveis ao empregado e praticamente criando-se ordens jurídicas próprias e provisórias em face de cada caso – como resulta do enfoque proposta pela teoria da acumulação.

Já a teoria do conglobamento sustenta que na apuração da norma mais favorável as fontes devem ser comparadas em sua globalidade, de modo que, prevaleça aquela que no conjunto, se revele mais útil para os trabalhadores. Aqui, não há fracionamento de disposições nem cisão de conteúdos e apenas será mais favorável o estatuto que globalmente for entendido como tal, o que exclui a malfadada possibilidade de aplicação simultânea de regimes diferentes.

O mesmo autor⁵³ defende a aplicação da teoria do conglobamento e sobre ela leciona:

O operador jurídico deve buscar a regra mais favorável enfocando globalmente o conjunto de regras componentes do sistema, discriminando, no máximo, os preceitos

⁵¹ HUSEK, Carlos Roberto. *Curso Básico de Direito Internacional Público e Privado do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. 24 p.

⁵² op. cit. 200 p.

⁵³ idem.

em função da matéria, de modo a não perder, ao longo desse processo, o caráter sistemático da ordem jurídica e os sentidos lógico e teleológico básicos que sempre devem informar o fenômeno do Direito (teoria do conglobamento).

A teoria do conglobamento propugna pela organização do instrumental normativo em função da matéria tratada, para se extrair o instrumento mais favorável, encarado este sob o ângulo unitário, do conjunto. É, portanto, um critério sistemático, em que se respeita cada regime normativo em sua unidade inteira e global e a percepção da norma mais favorável faz-se considerando-se seu sentido no universo do sistema a que se integra, de modo a não se criar pelo processo de seleção e cotejo, antinomias normativas entre a solução conferida ao caso concreto, e a linha básica e determinante do conjunto do sistema.

Encontramos tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, uma preponderância da teoria do conglobamento, que visivelmente prestigia outro princípio de Direito do Trabalho, qual seja, o princípio da autodeterminação coletiva.

Assim, internamente, a aplicação da norma mais favorável é amplamente aceita e a teoria do conglobamento prevalece sobre a teoria da acumulação, como critério de verificação da norma mais favorável. Porém, o questionamento que ainda se faz, é se no plano internacional há a mesma receptividade a tal princípio, ou seja, a aplicação da norma mais favorável pode ser tida como elemento de conexão apto a definir qual a lei de regência de um contrato internacional, em caso de conflito de normas.

A legislação brasileira leia-se, a Lei 7.064/82, que dispõe sobre a situação dos trabalhadores contratados ou transferidos para trabalhar no exterior, já analisada, expressamente acolheu este princípio, conforme o disposto no art. 3º, inciso II.⁵⁴

Esse dispositivo conduz alguns doutrinadores, dentre eles Andrei Fernandes de Oliveira, a concluir pela existência de dispositivo legal no direito positivo brasileiro prevendo a aplicação da teoria da norma mais favorável também para a solução dos conflitos de normas no espaço em matéria de contratos internacionais.

⁵⁴ Art. 3º. A empresa responsável pelo contrato de trabalho do empregado transferido assegurar-lhe-á, independentemente da observância da legislação do local da execução dos serviços:

I - os direitos previstos nesta Lei;

II - a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto nesta Lei, quando mais favorável do que a legislação territorial, no conjunto de normas e em relação a cada matéria. (grifamos).

A jurisprudência brasileira também caminha no sentido de reconhecer o princípio da norma mais favorável como elemento de conexão para a fixação da lei de regência, conforme verificamos pelos arestos do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho abaixo colacionados apenas a guisa de ilustração:

RECURSO DE REVISTA. SALÁRIO-UTILIDADE. CARACTERIZAÇÃO. VALOR. FIXAÇÃO. PARÂMETROS. LEGISLAÇÃO TRABALHISTA BRASILEIRA. APLICABILIDADE. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NO ESTRANGEIRO. PRINCÍPIO DA *LEX LOCI EXECUTIONIS*. EXCEÇÃO. DIFERENÇAS SALARIAIS. ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA. TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL. AMPLITUDE. COMPENSAÇÃO. REQUISITOS. 1. Pretensão com estofo em divergência jurisprudencial inadequada, isto é, com assento em arestos oriundos de Turmas do c. TST, impede o conhecimento do recurso de revista (art. 896, alínea a, da CLT). 2. As hipóteses de cabimento do recurso de revista estão previstas no art. 896 e alíneas, da CLT, incumbindo ao recorrente o ônus de enquadrar o seu inconformismo em uma delas, sob o efeito de impedir a admissão do recurso no particular, por falta de fundamentação. 3. Decisão que fixa o importe do salário-utilidade recebido pelo empregado, com espeque na distribuição subjetiva do ônus da prova, não colide com a orientação do Enunciado nº 258 do c. TST. **4. O contrato de trabalho do empregado admitido no Brasil e transferido para o exterior, na forma do art. 2º, inciso II, da Lei nº 7.064/82, será regido pela legislação brasileira, quando mais favorável do que a vigente no território estrangeiro (*eadem*, art. 3º, inciso II).** Ausência de confronto com o Enunciado nº 207 do c. TST. 5. O pagamento de parcela a título de gratificação, por mera liberalidade da empregadora, como reconhecido na origem, não produz os efeitos previstos no art. 1.030 do CCB, ou ainda autoriza a compensação respectiva, ante à ausência dos requisitos legais pertinentes (CCB, arts. 1.009 e 1.010). 6. Recurso de revista não conhecido. (PROC. Nº TST-RR-518.280/1998.8 - 1ª T - Rei. Juiz Conv. Amílcar Pavan - Julg. em 18/12/2002 - DJ 07/03/2003). (**grifamos**)

CONFLITO DE LEIS TRABALHISTAS NO ESPAÇO. ENUNCIADO Nº 207/TST. LEI Nº 7.064/82. Restando incontroverso que a empresa contratante é subsidiária de sociedade de economia mista brasileira e que o contrato foi celebrado no Brasil, a **relação laboral deve ser regida pela legislação mais favorável ao empregado, no caso, a brasileira -nos termos do art. 3º, II, da Lei nº 7.064/82.** Rechaça-se, assim, a inteligência do caso à luz do *princípio lex loci executionis contract*, consubstanciado no Enunciado nº 207/TST. Recursos de Revista não conhecidos. (Proc. Nº TST-RR-76.707/97.1 - 3ª T - Relª Maria Cristina Irigoyen Peduzzi - Julg. em 12/12/2001- DJ 05/04/2002)". (**grifamos**)

No entanto, este posicionamento não é pacífico, existindo grandes doutrinadores que rejeitam a aplicação da norma mais favorável como elemento de conexão apto a informar qual a norma de regência do referido contrato.

Nesse sentido destacamos a posição de Ana Lúcia Pinke Ribeiro de Paiva⁵⁵:

⁵⁵ op. cit. 86 p.

Em vista de tudo até aqui exposto, realmente, sustenta-se que a adoção da norma mais favorável não poderá ocorrer de modo divorciado do universo do sistema legal aplicável. Não poderá ser analisada como ente isolado, uma vez que pertence a um sistema jurídico e a sua eleição para o caso concreto, desvinculada do âmbito do ordenamento ao qual pertence, poderá alterar seu espírito, de modo que o ordenamento jurídico, em seu conjunto, deverá ser examinado. Não se pode perder de vista que, quando se cogita da lei de regência, deve-se ter em mente o fato de que o empregado transferido passa a integrar um novo corpo social, sujeito a outros regramentos jurídicos, regramentos esses, conforme antes mencionado, que nascem de um fato social.

A mesma autora, comentando o aludido art. 3º, II da Lei 7.064/82, posiciona-se diametralmente oposta ao que comentamos alhures⁵⁶:

No que toca à previsão de aplicação da norma mais favorável contida na Lei 7.064/82, à vista da lei hierarquicamente mais elevada, a reger a matéria, não se faz possível. Assim, por disposição expressa do Código de Bustamante, o conflito de leis no espaço deverá continuar a ser dirimido pela aplicação da lei do local da execução do contrato, não havendo que cogitar da aplicação da aplicação da lei brasileira, ainda que mais favorável.

Aqueles que rejeitam o princípio da norma mais favorável como elemento de conexão apto a determinar a lei de regência no caso de conflitos de normas no espaço, sustentam ainda, que a sua aplicação facilmente conduziria a prática do *dépeçage* (ou fragmentação) que importa na decomposição do contrato em seus vários elementos, para a aplicação em cada uma de suas partes, da lei pertinente.

O *dépeçage* está consagrado em dois dos mais modernos diplomas sobre contratos internacionais, a Convenção de Roma de 1980 e a Convenção do México de 1994, no entanto, o Brasil não ratificou nenhum desses dois diplomas, razão pela qual, não se pode afirmar que tal prática seja possível para a solução de casos concretos, sobretudo, porque discordamos daqueles, que defendem que em se admitindo a autonomia da vontade – o que como vimos não foi admitido ainda de forma pacífica – estar-se-ia admitindo o *dépeçage*.

Antonio Galvão Peres se posiciona favorável à possibilidade de fracionamento da lei aplicável aos contratos internacionais na fixação da lei de regência, quando então, mais de um ordenamento jurídico será aplicável. No entanto, nega a possibilidade de adoção da norma mais favorável, de forma pura e simples, por fortalecer a insegurança jurídica, assim, a comparação seria feita apenas entre a norma estrangeira e a norma imperativa do local de

⁵⁶ idem.

execução do contrato, já que nem sempre, a norma mais favorável conviverá harmonicamente com a ordem pública, de modo a ser aplicada.

Assim, temos que mesmo para aqueles que adotam o que adotam o *dépeçage*, este não se opera em relação às normas de ordem pública, o que pode ser um importante norte para a possibilidade de adoção desta prática, sobretudo, porque a falta de lei expressa admitindo esta possibilidade, não constitui obstáculo à sua adoção, sendo possível que as cláusulas não referentes à questões de ordem pública, sejam objeto deste fracionamento.

CONCLUSÃO

O principal efeito da globalização no Direito Internacional do Trabalho é o trânsito de empregados por diferentes ordenamentos jurídicos, que se dá de diferentes formas, principalmente através das transferências externas de empregados, que por não se encontrarem reguladas pela Consolidação das Leis do Trabalho, não se situam na esfera do *jus variandi* do empregador, razão pela qual, a expressa e inequívoca anuência do empregado é essencial para a sua validade, ainda que seja um empregado cujo contrato preveja diretamente ou indiretamente a possibilidade de transferência e, ainda que seja um empregado que ocupe cargo de confiança.

A primeira questão que se coloca é qual o efeito jurídico que as transferências externas surtem nos contratos de trabalho, tema este, que pela sua importância, já deveria ter sido objeto de instrumento normativo ou ao menos, de um sólido pronunciamento jurisprudencial, não tendo ocorrido até o momento, nenhuma das duas hipóteses, razão pela qual, fica a critério das partes a atribuição deste efeito jurídico da transferência ao contrato individual do trabalho.

Isso é o mesmo que dizer, que fica a critério do empregador a fixação do efeito jurídico e a prática tem demonstrado que as empresas normalmente optam pela suspensão ou pela rescisão do contrato de trabalho.

Em que pese os posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários que envolvem o tema, por adotarmos a teoria do empregador único e o entendimento de que o art. 2º, §2º da Consolidação das Leis do Trabalho consolidou a solidariedade dual, ou seja, ativa e passiva, admitimos que o empregador é também credor da relação empregatícia, o que permite que não apenas o empregador originário, mas também o grupo econômico, possa usufruir dos serviços do empregado sem que isto gere um novo contrato de trabalho, ainda que a empresa a usufruir da prestação do serviço seja localizada em outro ordenamento jurídico.

Deste modo, parece-nos que ambas as soluções adotadas pelas empresas são equivocadas.

A suspensão do contrato de trabalho é indevida, primeiro porque doutrina e jurisprudência são absolutamente taxativas quantos às hipóteses de suspensão e a transferência externa não é referida como uma dessas hipóteses, segundo porque, pela adoção das teorias mencionadas alhures o contrato transfere-se como todo, sendo mantidos todos os seus fatores essenciais, inclusive, as partes contratantes.

Pela mesma razão é indevida a rescisão do contrato de trabalho, para que na sequência, seja elaborado um novo contrato, a ser todo executado no exterior, devendo aqui ser ressaltado, que essa demissão fictícia colide com dois princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro, o da primazia da realidade – pois a realidade é que o contrato de trabalho se mantém, apenas passando a ser executado no exterior, e, o princípio da continuidade dos contratos de trabalho ou unicidade contratual, consagrado em diversos dispositivos celetistas, dentre eles os artigos 10, 448 e 453.

Não compartilhamos das críticas que aduzem que a manutenção do contrato de trabalho, nos casos de transferências externas definitivas, faria com que o empregado transferido carregue todas as condições e normas do seu contrato, ao passo que, se houver a rescisão do contrato, a prestação de serviços pelo empregado transferido passará a ser regida, assim como todos os demais aspectos de sua vida, a partir do marco inicial da transferência, o que é mais adequado a sua realidade.

Isto porque, a partir do momento em que se efetivar a transferência externa, ocorrerá a internacionalização do contrato de trabalho e o ainda inevitável conflito de normas no espaço, que irá ser solucionado pelas normas de Direito Internacional Privado.

Ocorre que, o Direito Internacional Privado, estabelece como principal elemento de conexão para a fixação da lei de regência, a *lex loci executiones* (lei do local da execução do contrato), conforme se verifica do art. 9º da LICC, do art. 198 do Código de Bustamante, do qual o Brasil é signatário e, da Súmula 207 do TST. Assim, parece-nos perfeitamente possível defendermos a continuidade dos contratos de trabalho, mesmo nas transferências definitivas, pois nesse caso, ao seguirmos as regras de DIPr., no período em que o contrato tiver sido executado no Brasil, serão aplicadas as regras brasileiras e, no período em que o empregado tiver prestando serviço no exterior, será aplicada a lei estrangeira, que nada mais é, do que a *lex loci executiones*.

Quanto a moderna utilização dos princípios da autonomia da vontade e da norma mais favorável (a ser fixada pela teoria do conglobamento), acreditamos ser perfeitamente possível e inclusive salutar ao empregado, devendo ser ressaltado que a compatibilização de tais princípios com a *lex loci executiones*, ocorre desde que esta seja considerada a regra geral e os referidos princípios sejam aplicados de forma subsidiária, o que inclusive já ocorre em alguns instrumentos transnacionais, podendo ser citado apenas a guisa de ilustração, a Resolução de Zagreb de 1971 do Instituto de Direito Internacional, que recomenda a autonomia da vontade, como um critério subsidiário à *lex loci executiones* (art. 3º) que deve prevalecer quando acordadas as partes nesse sentido (art. 5º).

Esclarecemos ainda, que a adoção da autonomia da vontade e a norma mais favorável não conduzem necessariamente a um retrocesso e ao desamparo do trabalhador face às imposições da vontade do empregador, pois essas inovações serão inseridas não a partir de um marco zero, de uma inexistência de normas justralhistas, mas sim, de ordenamentos jurídicos que possuem normas de ordem pública, direitos trabalhistas irrenunciáveis que terão de ser sempre preservados, sob pena da norma escolhida pelas partes ser considerada inaplicável, quando então, retomariamos a aplicação da regra geral, qual seja, a *lex loci executiones*.

Outra não é a exegese do art. 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que expressamente informa: “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”.

Por fim, observamos que o Brasil tem se mostrado como um país empenhado em ocupar um papel de destaque no cenário internacional, o que somente será possível, se os operadores do Direito perceberem que, no mundo globalizado em que vivemos, com a grande circulação dos fatores de produção, dentre eles a mão de obra, os conflitos de leis no espaço tendem a se intensificar, pelo menos até que se consiga uma uniformização das regras materiais de direito do trabalho o que ainda está muito distante de ocorrer, daí porque, faz-se necessário que as regras de fixação da lei de regência nos conflitos de normas no espaço sejam melhores abordadas e delimitadas, bem como, que acompanhem as tendências internacionais dos grandes blocos econômicos, desde que obviamente não colidam com as

nossas normas de ordem pública, pois é essencial que os demais Estados membros dessa “aldeia global” tenham certeza das regras jurídicas internas, o que ainda não ocorre, vez que o assunto ainda comporta muito debate e muitas incertezas, como aqui abordado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado – Teoria e Prática Brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr., 2005.

HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de Direito Internacional Público e Privado do Trabalho*. São Paulo: LTR, 2009.

MAGANO, Otávio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho: direito individual do trabalho*. 3. ed. vol. II, São Paulo: LTr., 1992.

MARANHÃO, Délio et. al. *Instituições de Direito do Trabalho*. vol. I. 19. ed. São Paulo: LTr, 2000.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

OLIVEIRA, Andrei Fernandes de. *Transferência Internacional de Empregados*. São Paulo: LTr., 2004.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Comentários aos enunciados do TST*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PAIVA, Ana Lúcia Pinke Ribeiro de. *Contrato Internacional de Trabalho – Transferência de Empregados*. São Paulo: Saraiva, 2010.

PERES, Antônio Galvão. *Contrato Internacional de Trabalho*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.