

Do trabalho em Direito Internacional Privado

AMILCAR DE CASTRO

1. Modernamente os critérios de apreciação jurídica da atividade industrial vão passando da esfera das normas facultativas para a das regras imperativas. Por essa razão, aquêles juristas que consideram de direito público as disposições imperativas e de direito privado as facultativas afirmam que vem diminuindo o campo do direito privado na proporção em que vai crescendo a esfera do direito público. GANNAGÉ chega a falar em *publicisation* do direito privado, e SAVATIER afirma que “os direitos civis têm tendido recentemente a se inflectir muito para o lado do direito público”. Mas isso não acontece, nem pode acontecer, para aquêles que consideram de direito público os critérios de apreciação das relações entre governantes e governados, e de direito privado os de apreciação de relações entre particulares, nada importando o caráter facultativo, ou imperativo, da norma. Sem dúvida, na hora que passa, o direito tende a socializar-se, e por isso mesmo o sistema de economia planificada vai convertendo antigas disposições facultativas, ditadas pelo individualismo, em regras imperativas, principalmente no âmbito do direito do trabalho, mas essa conversão não altera a quantidade de normas de direito público, ou de direito privado, ou a característica da disposição convertida. Pretende-se destinar o direito a dar à nação estrutura própria, ou organização determinada; mas se toda regra jurídica é *oficial*; se no regime de justiça pública em que vivemos as normas jurídicas, tôdas, inclusive as de direito privado, inva-

riavelmente *têm origem pública*, é sem qualquer alcance a afirmativa ilusória de que há disposições a passar do campo do direito privado para a esfera do direito público; e sim tem significação decisiva a conversão de regras facultativas em normas imperativas. E hoje as disposições de direito do trabalho, em todo o mundo, são em larga escala imperativas, isto é, em tôda parte o direito regula imperativamente numerosas questões que outrora ficavam no domínio da liberdade das convenções. Por exemplo: as condições higiênicas do serviço, o repouso diário, semanal e anual, remunerado, a proteção das mulheres e dos menores, a admissão de operários estrangeiros, a despedida do empregado, o pagamento certo do salário e sua proteção contra a insolvência do empregador. E por essa forma encontra-se o direito do trabalho apertado por minuciosa regulamentação administrativa; mas essa limitação do campo contratual, por mais constritora que seja, não muda o caráter do contrato de trabalho, que, não obstante oprimido por normas imperativas, não deixa de ser regido por direito privado. É que a relação de trabalho se estabelece *entre particulares*, ou sem autoridade de uma parte sobre outra, nada importando que a polícia dessa relação se desenvolva entre os contratantes e o poder público.

Para evitar mal-entendidos, de efeitos desastrosos, é preciso sempre distinguir com cuidado as disposições *de polícia*, em matéria de trabalho, das *disposições imperativas de direito privado*. Conforme à lição de KRONHEIM, isso é necessário, principalmente porque êsses dois compartimentos não são estanques, ou hermêticamente fechados, mas há comunicação e até mesmo certa correspondência dos respectivos conteúdos, que, isso não obstante, não devem ser confundidos. O que caracteriza o direito de polícia em matéria de trabalho é sua natureza regulamentar administrativa. As disposições de polícia pertencem ao direito público, impõem-se por fôrça pública administrativa, por sanções penais em caso de contravenção, e na maioria dos casos visam o empregador. Êste deve, por exemplo, fazer instalações necessárias à segurança, ou à higiene, de seus empregados, não fazê-los trabalhar além da duração

regulamentar máxima, ou durante a noite, nem admitir irregularmente menores, ou estrangeiros. Ao contrário disso, a disposição imperativa, *atinente ao trabalho*, no sentido estrito dêste vocábulo, pertence ao domínio do direito privado, e é concernente às relações horizontalmente estabelecidas entre o empregador e o empregado; e não àquelas que se estabelecem, por assim dizer, verticalmente, entre o empregador, ou o empregado, de um lado, e as autoridades administrativas, de outro. No caso de violação de disposição imperativa, é por ação *judicial* que a parte lesada deve pleitear reparação do prejuízo sofrido. É assim, por exemplo, que, por despedida injusta, o empregado pode obter da justiça trabalhista perdas e danos de seu empregador, sem que as autoridades administrativas do trabalho se ocupem com essa questão, que é de direito do trabalho.

E essa diferença repercute no direito internacional privado: as disposições de polícia do trabalho não fazem parte do direito privado, e, ainda quando o fato seja internacional, não são tomadas em consideração pelo direito internacional privado, e sim apenas pelo direito administrativo. Nenhuma dúvida pode existir a respeito de que a polícia do trabalho é sempre regida pelo *ius fori*, referindo-se a qualquer serviço executado no território nacional, nada importando a nacionalidade, ou o domicílio, das partes, o lugar onde o contrato haja sido concluído, ou a liberdade com que haja sido convencionado. A polícia do trabalho é sempre exclusivamente nacional, local; e por isso o direito público que a regula está fora do alcance do direito internacional privado.

2. Contrato individual de trabalho, antigamente denominado *locação de serviço*, é aquêle pelo qual o empregado se compromete a trabalhar para o empregador, sob a direção dêste, mediante remuneração em dinheiro, ou, como diz o art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho: “é o acôrdo tácito, ou expresso, correspondente à relação de emprêgo”. É contrato sinalagmático, espécie de locação, mas inconfundível, e de extrema importância social, pois “é o que faz viver a maioria dos homens em todos os países do mundo” (KRONHEIM).

E tão importante é que, modernamente, a seu respeito, se desenvolve cerrada regulamentação administrativa, continente das regras de polícia acima referidas.

O contrato de trabalho, apreciado por direito do trabalho, gera os mesmos problemas de direito internacional privado determinados pelos dois outros setores do direito privado, mas por seu caráter particular, e notadamente seu imenso interêsse social, exige certa adaptação, das soluções comumente admitidas, às suas peculiaridades, como fato anormal.

Até agora, poucos são os cultores de direito internacional privado que têm dispensado aos fatos internacionais trabalhistas a atenção merecida. Enquanto isso, as emprêsas internacionais se multiplicam: grandes sociedades de produção de petróleo, ou de energia elétrica, emprêsas de transporte ferroviário, marítimo ou aéreo, bancos, e fábricas de certos produtos de marca, que trabalham ao mesmo tempo em vários países, ou estabelecem sucursais, ou representantes. Frequentemente cria-se, para êsses fins, nova sociedade controlada pela matriz, reservando-se esta a escolha dos diretores, ou enviando seus próprios empregados para desempenhar as funções dos órgãos da sociedade controlada. E assim êsse pessoal fica prêso, por um lado, à sociedade matriz e, por outro, à filial.

Também os grandes serviços executados no estrangeiro dão lugar a inumeráveis fatos internacionais: emprêsa construtora, por exemplo, levanta fora do país uma ponte, uma barragem, uma usina elétrica, ou então constrói estrada de ferro internacional, empregando operários nacionais e estrangeiros. E há salarizados que trabalham habitualmente, em todo, ou em parte, fora de sua pátria, ou de seu domicílio, como os caixeiros-viajantes, a tripulação dos navios, os artistas de circo, os domésticos dos turistas e embaixadores; ou então vão excepcionalmente trabalhar no estrangeiro, como o mecânico do vendedor, na montagem de um maquinismo.

Não pode haver regra única de direito internacional privado referente a todos êsses casos. O gerente da sucursal londrina de um grande banco, prêso à casa matriz por contrato de trabalho, não está na mesma situação de fato de um contra-

mestre enviado a estaleiro estrangeiro para aí vigiar a mão de obra indígena, e portanto os dois casos podem ser juridicamente apreciados de modos diferentes.

Desde logo, deve-se dizer que a nacionalidade das pessoas pouca ou nenhuma influência tem na solução dessas questões, nem muito menos a suposta autonomia da vontade.¹

3. Vários autores afirmam que o direito que se deve observar, a respeito do fundo e da forma do contrato de trabalho, é o do lugar de sua conclusão ou constituição (*ius loci contractus*), nada importando o lugar da execução do *serviço contratado*. Assim decidiram os tribunais ingleses, como informa KRONHEIM, no caso de um diretor da sucursal londrina de um banco alemão: o contrato havia sido concluído em Berlim, na sede social do banco, pela forma do direito germânico; e os tribunais ingleses só contemplaram êsse direito, não obstante o serviço se executasse na Inglaterra e o salário houvesse sido convencionado em moeda inglesa. No Brasil, a solução deve ser essa mesma, em face do disposto no art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil.²

Outros sistemas têm sido preconizados, tais como:

a) o que manda observar o direito nacional comum das partes; mas basta a pressuposição de que estas não tenham a mesma nacionalidade, para se ver que as exceções serão inumeráveis, sem se falar nos apátridas;

b) o que recomenda o direito do lugar de execução do serviço, sistema à primeira vista aceitável por fazer coincidir, em grande parte, a origem do direito privado contratual com a do direito público policial do trabalho, mas na verdade não é recomendável, porque, em inumeráveis casos, será difícil localizar a prestação do serviço, a não ser ficticiamente; assim,

1. KURT KRONHEIM, *Les Conflits des Lois en Matière de Contrat de Travail*, págs. 6 a 10.

2. OSCAR TENÓRIO, *Direito Internacional Privado*, segunda edição, nº 697, pág. 514.

no caso de mecânico que se ocupa com instalação e reparação de máquinas vendidas; ou de inspetor que visita periodicamente agências e sucursais estabelecidas no estrangeiro; casos em que a execução do serviço não pode ser localizada nos lugares cambiantes de trabalho efetivo;³

c) o que recomenda o direito do domicílio do empregador; sistema aceitável, implicitamente consagrado por interessante aresto do Tribunal de Pau. Certa companhia de estrada de ferro espanhola admitiu um empregado *francês*, para trabalhar na estação de Hendaya, situada na França; a companhia estava sujeita a pagamento de impôsto espanhol sôbre o salário de todos os seus empregados, pagamento êste que a empregadora ia recuperando, por dedução nas retribuições, sendo de notar-se que o regulamento de admissão do pessoal previa expressamente essa dedução. Depois, deixando o serviço da estrada de ferro, o empregado reclamou o montante global dêsses descontos, alegando que era *francês e trabalhava na França*, e por isso não podia estar sujeito a impôsto espanhol. Perdeu a demanda, porque nunca havia protestado contra as deduções: ao contrário, havia recebido seu salário diminuído, durante muitos anos, e várias vêzes havia consentido na renovação do contrato, sem fazer qualquer reclamação contra os descontos a título de pagamento do referido impôsto. Vale dizer: foi observado o *ius domicilii* da empregadora: o direito espanhol.⁴ A êsse respeito, KRONHEIM, acha duvidoso que um empregado, só por haver aceito o regulamento estatutário do empregador, se submeta *implicitamente* ao direito a que êste está sujeito; mas a razão parece estar com o Tribunal de Pau que, na verdade, aplicou o *ius professionis*, coincidente, no caso, com o *ius domicilii* da empregadora. E recentemente vai a doutrina infletindo nessa direção.

O trabalho cada vez mais se apresenta como atividade despersonalizada retribuída a preço oficialmente estabelecido. O

3. CÉSAR LANFRANCHI, *Derecho Internacional Privado del Trabajo*, pág. 41 e seguintes, e 55.

4. KURT KRONHEIM, *Les Conflits des Lois en Matière de Contrat de Travail*, pág. 63-64.

operário, pelo contrato de trabalho, assume obrigação de fazer, dedicando a atividade de seu corpo e de seu espírito em benefício do empregador; e êste, que tem a seu cargo as despesas do pessoal, em contraprestação, toma sôbre si, não só a obrigação de fazer, dedicando a atividade de seu cargo as despesas do pessoal, em contra-prestação, tomando sôbre si, não só a obrigação de sustentar o operário, como a de pagar contribuições de previdência em seu benefício e no de seus dependentes. De tal sorte, o operário se torna credor do empregador, não se podendo falar em *parceria industrial* porque aquêle nunca se associa aos riscos, conquanto possa, além do salário fixo, participar dos lucros da emprêsa, ou de prêmios de produtividade, modalidade esta tida hoje como preferível.⁵

Em tais condições, o acôrdo correspondente à relação de emprêgo consiste em o empregado se comprometer a trabalhar para o empregador, *sob a direção dêste*, mediante remuneração em dinheiro, razão pela qual sobressai o elemento *subordinação*; e daí, então, se deduz que a relação de emprêgo não produz efeitos desde a constituição do contrato de trabalho, ou desde o momento em que coincidam as manifestações de vontade, mas sim só começa a existir e a ser operante quando principia a ser *efetivamente* prestado o serviço. No sugestivo dizer de IÑÁRRITU, citado por LA CUEVA, trata-se de um *contrato-realidade*, porque a relação de emprêgo não se confunde com o ajuste inicial que a produz, tanto assim que de sua validade independe a aplicação do direito do trabalho; e é *contrato-dinâmico* porque se sujeita a tôdas as variações dêsse mesmo direito. Por conseguinte, a origem contratual da relação de emprêgo, ou relação de trabalho, pouco importa: o que é principal é a *subordinação*, que não consiste apenas no fato de alguém trabalhar para outrem, mas essencialmente na obrigação de trabalhar por ordem do empregador, e sob sua direção, ficando subentendidas as disposições legais fixadoras das condições em que o trabalho se executa. De resto, o contrato de trabalho cada vez mais se governa por disposições profissionais: depende diretamente

5. GEORGES RIPERT, *Les forces creatrices du droit*, pág. 273-287.

da regulamentação da profissão. No entender de LÉRÉBOURS-PIGÉONNIÈRE, o próprio fato da conclusão dêsse contrato constitui para o empregador *ato profissional*, que deve ser apreciado pelo direito do lugar da exploração da profissão, ou melhor, pelo mesmo direito por que se governa a empresa, ou o empregador como profissional.⁶ Por isso mesmo, observa GANNAGÉ que a evolução da disciplina contratual no direito do trabalho, e seu encaminhamento em direção à regulamentação profissional, exigem evolução paralela na técnica do direito internacional privado.⁷

Não se deve, portanto, desavisadamente aconselhar, para o contrato de trabalho, o direito do lugar da execução do serviço, que conduz, como ficou visto, a inumeráveis perplexões; e sim o chamado *direito profissional*, ou seja, aquêle por que se regula o exercício da profissão (*ius professionis*), ou funcionamento da empresa.

4. A capacidade das partes é questão de particular importância no contrato de trabalho, pois nenhum outro é tão frequentemente realizado por pessoas civilmente incapazes, para as quais o trabalho é a única fonte de renda, e que, por falta de recursos, não podem preencher formalidades, às vezes complicadas e custosas, exigidas pelo direito comum para a validade dos atos da vida civil. Essas dificuldades práticas têm determinado modificações sensíveis nas regras de direito internacional privado referentes à capacidade. Assim, a jurisprudência anglo-norte-americana tem sustentado, em matéria de contrato de trabalho, o *ius loci contractus*, e não o *ius domicilii*, considerando êsse contrato como ato da vida normal do operário, independente dos demais atos da vida civil. Neste mesmo sentido, decidiu um tribunal escocês: tratava-se de menor

6. MÁRIO DE LA CUEVA, *Derecho Mexicano del Trabajo*, segunda edición, vol. I, p. 379 a 393; PAUL LÉRÉBOURS-PIGÉONNIÈRE, *Précis de Droit International Privé*, cinquième édition, n° 254, p. 313; ÉTIENNE BARTIN, *Principes de Droit International Privé*, vol. II, p. 390 e 491.

7. PIÈRE GANNAGÉ, *Le rôle de l'équité dans la solution des conflits de lois*, n° 311, p. 513-514.

domiciliado na Irlanda, que trabalhava na Escócia; vítima de acidente, aceitou por transação indenização reduzida; mais tarde pleiteou o complemento, alegando sua incapacidade para transigir, conforme o direito em vigor no seu domicílio irlandês; e perdeu a demanda porque era capaz, de acôrdo com o direito escocês, o qual, como *ius loci contractus*, devia ser observado a respeito de sua capacidade.⁸

5. O trabalho do pessoal dos transportes, por motivos diversos, realiza-se, em circunstâncias particulares, a bordo de navio, de avião, de lancha ou de carro, que se vai deslocando de um para outro ponto do território nacional, e depois atravessando as fronteiras políticas de vários países. Evidentemente, não pode ser apreciado pelas mesmas regras de direito por que é julgada a atividade a serviço de empresa estacionária. Pode acontecer que o navio não volte ao ponto de partida senão depois de meses, ou de anos; seu pessoal pode mudar, em parte, no curso da viagem; sua tripulação pode compor-se de súditos de várias nações. Em tais condições, se se fôsse aplicar aos contratos individuais de trabalho o *ius patriae*, o *ius loci contractus*, ou o *ius loci executionis*, seriam os mesmos apreciados por leis diferentes, variáveis segundo circunstâncias fortuitas e passageiras das viagens. E o resultado seria desastroso, porque os transportes modernos geram riscos particulares, desconhecidos da maior parte das indústrias estacionárias. Sòmente pode evitar êsse perigo uma disciplina estrita, e às vêzes rija, incompatível com a variedade de direitos contratuais.

6. O regime internacional do trabalho marítimo é dominado por costume quase universal: é pelo direito do pavilhão que, em regra, são apreciados os contratos dos marinheiros embarcados, de qualquer nacionalidade, esteja onde estiver o navio.

7. A respeito da navegação aérea, é preciso ver que a duração dos vôos é pequena relativamente à das viagens marítimas; uma

8. KURT KRONHEIM, *Les Conflits des Lois en Matière de Contrat de Travail*, pág. 70.

transformação do pessoal no curso da viagem sempre se realiza entre empregados da mesma companhia, de tal sorte que não há motivo para tratar o fato internacional diferentemente do nacional, tal como se o avião só tivesse voado no país a que pertence. A atividade do pessoal aéreo no estrangeiro não é senão extensão, ou irradiação, do trabalho executado no território nacional; vigora e não se altera o contrato de trabalho original. Aliás, sempre se recai no direito do pavilhão, que é o do país de matrícula da aeronave.

8. Tratando-se de navegação fluvial, não há razão para se proceder de outro modo: o serviço do pessoal de bordo deve ser visto como simples extensão do trabalho no país a que pertence o barco. Prevalece a teoria alemã da irradiação, completada pela do direito do pavilhão.

9. Quanto aos transportes terrestres, é necessário verificar se o trabalhador é *ambulante*, pois neste caso trata-se de mera irradiação da atividade exercida no país onde se encontra a sede da companhia. Assim o serviço do maquinista ou do condutor de trem; ao contrário, deverá ser julgado o do empregado estacionário em país estrangeiro, em regra até agora apreciado pelo *ius loci contractus*,⁹ parecendo, entretanto, recomendável o *ius professionis* do empregador, ou o direito por que se reja o funcionamento da empresa.

10. Contrato coletivo, de acordo com o disposto no art. 611 da Consolidação das Leis do Trabalho, é o convênio de caráter normativo pelo qual dois ou mais sindicatos, representativos de categorias econômicas e profissionais, estipulam condições que regerão as relações individuais de trabalho, no âmbito da respectiva representação.

Esse convênio não é contrato *de trabalho*, porque não gera obrigação de trabalhar e só dispõe sobre o conteúdo de futuros contratos de trabalho. Os sindicatos patronais e operários

9. KURT KRONHEIM, *Les Conflits des Lois en Matière de Contrat de Travail*, pág. 133-147.

contratantes obrigam-se a inserir nos contratos de trabalho realizados por seus aderentes as condições convencionadas. Daí o caráter normativo do convênio, criando novas normas de direito do trabalho, mais minuciosas que as destinadas à apreciação dos contratos individuais. É, sem dúvida, contrato sinalagmático: os convencionais obrigam-se a fazer aplicar as estipulações por seus aderentes, e a não encorajar greves, ou *lock-outs* durante a vigência do convênio.

Em direito do trabalho, são conhecidos três tipos de contrato coletivo: o do direito comum, o da intervenção administrativa e o do monopólio do governo. O primeiro deixa tudo à iniciativa privada: as partes firmam o contrato coletivo e velam por sua fiel execução. O segundo exige intervenção da autoridade administrativa, tanto na realização, como na execução do convênio, sem que o governo se substitua aos grupos contratantes: os sindicatos patronais e operários permanecem senhores de suas resoluções, e o governo intervém apenas a título de auxílio na execução do que fôr convencionado. E o terceiro, de contrato só tem o nome, pois, na realidade, é regulamento administrativo; é regulamento coletivo, ditado por autoridade administrativa, fiduciário do trabalho; não é mais *contrato* a ser apreciado por direito privado, sim verdadeiro *direito* do trabalho. Este é o sistema totalitário, em que os sindicatos, verdadeiros órgãos estatais subordinados a autoridades centrais, e por estas controlados, representam *todos* os empregadores e empregados de sua respectiva categoria profissional.

No Brasil, os contratos coletivos são do segundo tipo, pois dependem de homologação do Ministro do Trabalho, registro e arquivamento no Departamento Nacional do Trabalho, e pode o Ministro estendê-lo a não-convencionais, como dispõe o art. 616 da Consolidação. E as convenções coletivas do segundo tipo podem interessar ao direito internacional privado. É eloqüente este caso julgado na Alemanha: a estação suíça de Bale fazia parte das estradas de ferro do Reich; os contratos individuais de empregados alemães residentes na Suíça eram submetidos ao direito alemão e a uma convenção coletiva válida para todos os ferroviários alemães; estes empregados reclamaram certa indenização particular, prevista no contrato coletivo, por horas

suplementares de serviço. E foi esta a dúvida que surgiu: se se observasse a convenção alemã, as horas litigiosas seriam efetivamente suplementares, ou extraordinárias, mas se se observasse o direito suíço, sobre a duração do trabalho diário, não o seriam. O tribunal alemão teve de se decidir entre o contrato coletivo alemão e o direito imperativo suíço; e assim resolveu a questão: as prescrições imperativas suíças prevalecem sobre as normas contratuais alemãs; qualquer cláusula contratual é nula quando contravém disposição imperativa, pelo que só se se tratasse de disposição facultativa do direito suíço é que prevaleceria a convenção coletiva alemã; as cláusulas contratuais, e por conseguinte as de um contrato coletivo, são aplicáveis quando as prescrições legais não sejam *regulamentação mínima ditada no interesse do trabalhador*. Mas, como pondera muito bem KRONHEIM, a proibição de trabalhar além de certo número de horas, ditada pelo direito suíço com força imperativa, não impedia, de modo algum, que os ferroviários invocassem as disposições da convenção coletiva alemã, que lhes dava salário mais elevado pelas horas de trabalho que qualificava de suplementares.¹⁰ Evidentemente o caso foi mal julgado.

11. Faz mais de um século que se considera devida pelo patrão a indenização por acidente do trabalho; mas nesse tempo variou o fundamento da responsabilidade. Outrora não resultava do acidente qualquer obrigação do empregador: a vítima suportava todo o prejuízo, e só por mera benevolência prestava o patrão alguma assistência. Com o aperfeiçoamento das máquinas, entretanto, os acidentes foram-se tornando mais numerosos e mais graves, e os operários começaram a acusar os patrões de negligência em não tomar precauções adequadas a diminuí-los, deixando de reparar o material estragado e de instalar aparelhos protetores para sua segurança. E assim se pôs a questão de saber se o patrão é responsável por acidente do trabalho, e porque o deva ser.

10. KURT KRONHEIM, *Les Conflits des Lois en Matière de Contrat de Travail*, págs. 123-124.

A princípio inclinou-se a jurisprudência no sentido de não conceder a indenização senão provando o operário culpa do patrão, e as condenações eram raríssimas por ser essa prova difícilíssima. Diante disso, passou-se a estabelecer presunção de culpa do patrão: êste, para livrar-se do ressarcimento, é que deveria provar não ter tido culpa no acidente, o que dava como resultado prático ficar responsável por todos os acidentes cuja causa fôsse desconhecida. Depois surgiu a idéia de responsabilidade em razão das coisas; o patrão passou a sofrer as conseqüências do acidente na qualidade de *proprietário* da coisa que matou, ou feriu, o operário. E afinal triunfou a idéia de risco profissional a cargo de patrão.¹¹ Risco profissional é a probabilidade de acidentes inerente a determinada profissão, independentemente de culpa. Risco é perigo a que foi exposto o operário em proveito do patrão, e considera-se justo que êste, e não a vítima, suporte as conseqüências do acidente, quando nada porque, no dizer de CHEYSSON, pode inclui-lo no custo da produção. Assiste-se hoje à socialização do direito, cada vez mais acentuada; e encontra-se agora o fundamento da responsabilidade objetiva, pela indenização das conseqüências do acidente, na conexão entre o lucro e o risco profissional, independentemente de contrato válido e de prova de culpa do empregador.

12. Antigamente o acidente do trabalho era apreciado pelos critérios do direito civil, conceituado como responsabilidade delituosa, ou quase-delituosa, em razão de culpa do empregador;¹² passou-se depois a considerar a responsabilidade do patrão como efeito do contrato de trabalho, contratual, portanto; e afinal chegou-se a considerar essa responsabilidade como legal, ba-

11. MARCEL PLANIOL et GEORGES RIPERT, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, vol. II, páginas 643 a 646; J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. VI, parte 2ª, nº 1043, páginas 415 a 417.

12. Os delitos eram correspondentes a atos precisamente indicados na lei; e a indenização *quasi ex delicto* nascia de fatos prejudiciais não expressamente mencionados em lei. No direito moderno, delito é o fato *intencional*, enquanto quase-delito é o fato danoso praticado sem a intenção de prejudicar.

seada na idéia de risco profissional, haja, ou não, contrato válido, ou nulo, firmado entre o patrão e o operário. E essa diferenciação de conceitos repercutiu na esfera do direito internacional privado: antigamente era recomendável, nem poderia deixar de ser, o direito do lugar onde ocorresse o acidente; depois passou a ser indicado o direito do lugar onde fôsse realizado o contrato de trabalho; e atualmente considera-se aconselhável o mesmo direito por que se aprecia o funcionamento da empresa dirigida pelo patrão: o direito profissional. E como não é raro que a atividade da empresa se estenda a vários países, e foi por determinado critério que a mesma estabeleceu a economia de suas operações, avaliando suas possibilidades de lucros e perdas, não parece justo que deva suportar a alteração dêsse cálculo em cada um dos lugares em que exerça sua atividade, o que também aconselha seja a indenização por acidente apreciada por um só direito, devendo êste ser o mesmo por que é apreciado o funcionamento da empresa.¹³

Note-se que, na França, a jurisprudência, sempre conservadora, demorou bastante a abandonar os conceitos de delito, quase-delito, polícia delituosa, que não correspondiam mais à idéia nova de risco profissional, e só tímida e veladamente começou a focalizar as idéias de contrato de trabalho e de direito profissional. Por isso mesmo GANNAGÉ considera notável êste julgado do tribunal civil de Lião, publicado em dezembro de 1907. Certo operário italiano foi contratado na França, por empresa francesa, para trabalhar em Beirut; em dia de agosto, às quatorze horas, trabalhando junto de um muro, exposto a todo o ardor do sol, deu com a cabeça em um motor, e além disso sofreu insolação, em consequência da qual perdeu uma vista. Pleiteou indenização com base no direito francês, enquanto a empregadora suplicava a observância do direito otomano, que era o do lugar do acidente; e o tribunal observou o direito francês, dizendo que a nacionalidade das partes, o lugar do contrato e o lugar do acidente, no país ou no estran-

13. PIÈRRE GANNAGÉ, *Le rôle de l'équité dans la solution des conflits de lois*, pág. 484.

geiro, eram circunstâncias puramente ocasionais, sem qualquer influência no direito subjetivo, e principalmente o que se devia indagar era com quem o operário havia contratado e por conta de quem trabalhava no momento do acidente.¹⁴ Nôvo critério, portanto, foi tomado em consideração: o *exercício da profissão*; nada importando haver o acidente ocorrido no estrangeiro.

Também na Inglaterra, em julgado memorável, resumido por GRAVESON, a questão foi bem posta. Tratava-se de indenização por acidente; certo ferroviário havia sido ferido, por culpa de um companheiro de serviço; e foi esta a decisão do tribunal inglês: pôsto que o ato seja injustificável entre os dois operários, não o é entre o acidentado e o empregador; não obstante, em caso semelhante, já se houvesse apreciado o fato como justificável pelo direito do lugar da ocorrência, não podia ser assim considerado em caso de acidente do trabalho, porque a base de todo êste ramo do direito é meramente de incidência da responsabilidade para compensar o que *entre as partes é puro acidente*: ... *for the basis of the whole of this branch of law is merely one of incidence of liability to compensate for what is, as between the parties, a pure accident*".¹⁵

Mostra êsse julgado claramente que não se deve falar em responsabilidade culposa, ou contratual, mas em responsabilidade objetiva, sem culpa.

Tem-se entendido que, para a vítima de acidente no curso de *missão temporária*, como, por exemplo, o mecânico que vai ao estrangeiro montar a máquina vendida, deve-se apreciar a indenização como se o acidentado estivesse no lugar onde normalmente trabalha. É ainda a teoria da irradiação que prevalece.

Em se tratando de operário *estacionário* no estrangeiro, pela doutrina antiga deveria vigorar o direito do lugar onde o trabalho é executado, porque aí é que o empregado normalmente exerce sua atividade, e deveria o empregador correr o

14. PIERRE GANNAGÉ, *Le rôle de l'équité dans la solution des conflits de lois*, págs. 482-484.

15. R. H. GRAVESON, *The Conflict of Laws*, pág. 340.

risco governado pela polícia da indústria; pela doutrina moderna, deve-se observar o mesmo direito por que seja apreciado o exercício da profissão.

Aliás, no caso de acidente verificado no curso de estacionamento, temporário ou permanente, no estrangeiro, há também quem aconselhe o direito mais favorável ao operário, porque o empregador, nesses casos, submete-se necessariamente ao risco previsível.

13. Conforme à lição de NIBOYET, o operário contratado no Brasil, por empresa brasileira, acidentado em trabalho temporário no estrangeiro, fica adstrito ao direito brasileiro, a título de *ius loci contractus*. Do mesmo modo, se fôr contratado no Brasil, para trabalhar exclusiva e permanentemente no estrangeiro, ou se fôr contratado no Brasil, por empresa estrangeira, para trabalhar apenas no Brasil.¹⁶ Parece, entretanto, que a responsabilidade não pode ser contratual, se tôda a base da indenização está no risco profissional.

16. J. P. NIBOYET, *Traité de Droit International Privé Français*, vol. V, págs. 179-186.