NELSON NAZAR

DIREITO ECONÔMICO E O CONTRATO INTERNACIONAL DE TRABALHO

1ª PARTE

DOUTORADO – Direito das Relações Econômicas Internacionais

PUC/SP

São Paulo – 2007

NELSON NAZAR

DIREITO ECONÔMICO E O CONTRATO INTERNACIONAL DE TRABALHO

DOUTORADO – Direito das Relações Econômicas Internacionais

PUC/SP

São Paulo - 2007

NELSON NAZAR

DIREITO ECONÔMICO E O CONTRATO INTERNACIONAL DE TRABALHO

Tese de doutorado apresentada perante a Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como exigência para obtenção do título de Doutor em Direito das Relações Econômicas Internacionais, sob orientação do Professor Doutor Cláudio Finkelstein.

PUC/SP

São Paulo - 2007

BANCA EXAMINADORA

_____

_____

_____

_____

_____

À

minha família,

em especial,

à minha esposa, Marília,

a meus três amados filhos,

Ana Luísa, Lígia e Luís Felipe.

E

à memória de meus saudosos pais,

Nagib e Julieta.

Agradeço,

a colaboração e o empenho

dos professores e amigos

Ricardo Hasson Sayeg e

Cláudio Finkelstein.

Agradeço,

também, a inestimável

colaboração de

Ana Luísa Lugnani de Andrade

RESUMO

Este trabalho tem por escopo demonstrar a autonomia do Direito Econômico e as peculiaridades da Lei n.º 7.064/82.

O tema justifica-se porque o aprimoramento tecnológico, em especial no campo das telecomunicações, diminuiu a distância física entre as nações, o que facilitou e contribuiu para o fortalecimento das relações econômicas internacionais. Com isso, houve o aparecimento de empresas multinacionais, surgindo a necessidade de se estabelecer em normas com o intuito de proteger os trabalhadores brasileiros alocados no exterior.

No tocante aos aspectos teórico-metodológicos, o presente trabalho apoiou-se na pesquisa jurisprudencial brasileira e na dos organismos internacionais, bem como no exame de diferentes doutrinadores.

Como resultado das pesquisas, inferiu-se que o Direito Econômico representa um ramo autônomo do Direito, possuindo método próprio, desenvolvido por meio de critérios pragmáticos, flexíveis e formais.

No que se refere à contratação de brasileiros para prestarem serviços no exterior, verificou-se que a Lei n.º 7.064/82, minuciosamente analisada na tese, impôs uma série de exigências às empresas que pretendem realizar tal negociação, visando garantir aos empregados o respeito a direitos mínimos e, sobretudo, a condições dignas de trabalho.

ABSTRACT

This work has for target to demonstrate the autonomy of the Economic law and the peculiarities of the Law n.º 7.064/82.

The subject justifies because the technological improvement, in special in the field of the telecommunications, diminished in the distance physical between the nations, what it facilitated and it contributed for the fortifying of the international business relations. With this, it had the birth companies multinationals, appearing the necessity of if establishing norms with intention to protect the Brazilian workers placed in the exterior.

In regards to the aspects theoretician-metodologics, the present work was supported in the Brazilian jurisprudencial research and in the international organisms, as well as in the examination of different writers.

As result of the research, was inferred that the Economic law represents an independent branch of the Law, with proper method, developed through pragmatic, flexible and formal criteria.

With respect to act of contract of Brazilians to give services abroad, was verified that the Law n.º 7.064/82, at great length analyzed in the thesis, imposed a series of requirements to the companies whom they intend to carry through such negotiation, aiming at to guarantee to the employees the respect minimum rights and, over all, the worthy conditions of work.

SUMÁRIO

1ª PARTE

1. INTRODUÇÃO 10

2. NOÇÕES PRELIMINARES DE CONTRATO 13

2.1. CONCEPÇÃO ROMANA DE CONTRATO 13

2.2. INTRODUÇÃO 17

2.3. CONCEITUAÇÃO 22

2.4. PRINCÍPIOS 33

2.4.1. Os Princípios Constitucionais e o seu valor no sistema jurídico 33

2.4.2. Princípios do Direito Contratual 43

2.4.2.1. Princípio da Autonomia da Vontade 44

2.4.2.2. Princípio do Consensualismo ou do Consentimento 48

2.4.2.3. Princípio da Supremacia da Ordem Pública 50

2.4.2.4. Princípio da Força Obrigatória 59

2.4.2.5. Princípio da Revisão dos Contratos ou da Onerosidade Excessiva 67

2.4.2.6. Princípio da Relatividade dos Efeitos dos Contratos 72

2.4.2.7. Princípio da Função Social 76

2.4.2.8. Princípio da Boa-fé e da Probidade 83

2.5. FORMAÇÃO DOS CONTRATOS 95

2.5.1. Negociações Preliminares 95

2.5.2. Manifestação da Vontade 97

2.5.3. Proposta 99

2.5.4. Aceitação 103

2.6. EFEITOS DOS CONTRATOS 107

2.6.1. Noções Gerais 107

2.6.2. Efeitos do contrato relativamente a terceiros 111

2.6.3. Efeitos do princípio da relatividade quanto ao objeto da obrigação 113

2.6.4. Efeitos particulares do contrato 113

2.7. EXTINÇÃO DOS CONTRATOS 119

2.7.1. Extinção com cumprimento 120

2.7.2. Extinção sem cumprimento 120

3. DO DIREITO INTERNACIONAL 142

3.1. DIREITO INTERNACIONAL DO TRABALHO 156

3.1.1. Evolução Histórica do Direito do Trabalho 158

3.1.1.1.Escravidão 159

3.1.1.2. Servidão 161

3.1.1.3. As Corporações de Ofício 162

3.1.1.4. Tempos Modernos 166

3.1.1.5. Da Universalização da Legislação de Proteção ao Trabalho 175

3.1.1.6. Universalização – aprofundamento do tema 181

3.1.2. Evolução Histórica do Direito do Trabalho no Brasil 193

3.1.2.1. A legislação e suas forças criadoras 193

3.1.2.2. A Constituição de 1934 211

3.1.2.3. A Constituição de 1937 220

3.1.2.4. A Constituição de 1946 224

3.1.2.5. A Constituição de 1967 e a Emenda de 1969 226

3.1.2.6. A Constituição de 1988 227

3.1.2.7. Evolução constitucional dos direitos trabalhistas 238

3.1.3. Fontes do Direito do Trabalho 241

3.1.3.1. Conceito de fonte 241

3.1.3.2. Espécies de fontes do Direito do Trabalho 242

3.1.3.3. Fontes Legais 245

3.1.3.4. Fontes Contratuais 250

3.1.3.5. Outras fontes de aquisição de direitos 251

3.1.4. Princípios Gerais Informadores do Direito do Trabalho 253

3.1.4.1. Conceito de princípio 253

3.1.4.2. Atributos da norma jurídica 257

3.1.4.3. Princípios que Informam o Direito do Trabalho em espécie 263

3.1.4.3.1. Princípio protetor 263

3.1.4.3.2. Princípio da irrenunciabilidade 265

3.1.4.3.3. Princípio da continuidade da relação de emprego 268

3.1.4.3.4. Princípio da norma mais favorável 269

3.1.4.3.5. Princípio da condição mais benéfica 270

3.1.4.3.6. Princípio da primazia da realidade 271

3.1.4.3.7. Princípio da razoabilidade 274

3.2. DIREITO DA INTEGRAÇÃO, COMUNITÁRIO E HUMANITÁRIO 274

3.3. DIREITO ECONÔMICO 276

3.4. DO CONTRATO INTERNACIONAL 280

3.5. ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS E SOLUÇÕES DE CONFLITOS 284

3.6. NOSSA CRÍTICA 313

4. DO CONTRATO DE TRABALHO 316

4.1. INTRODUÇÃO 316

4.2. CONCEITO 317

4.2.1. Aspectos da vontade 318

4.2.2. Relação de Emprego 320

4.2.2.1. Introdução 320

4.2.2.2. Empregador 321

4.2.2.3 Requisitos 322

4.2.2.3.1. Continuidade 323

4.2.2.3.2. Subordinação 324

4.2.2.3.3. Onerosidade 325

4.2.2.3.4. Pessoalidade 326

4.2.2.3.5. Outros Requisitos 327

4.3. CLASSIFICAÇÕES DO CONTRATO DE TRABALHO 327

4.3.1. Contrato individual e coletivo 327

4.3.2. Características 333

4.3.3. Natureza jurídica 335

4.3.4. Requisitos de validade 339

4.4. COMPARAÇÃO ENTRE O CONTRATO DE TRABALHO E OUTRAS FIGURAS 345

4.5. DO CONTRATO DE TRABALHO INTERNACIONAL 355

2ª PARTE

5. DA LEI N.º 7.064, DE 06 DE DEZEMBRO DE 1982 ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.

6. REFLEXÕES SOBRE A GLOBALIZAÇÃO.. ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.

6.1. INTRÓITO ..... **Erro! Indicador não definido.**

6.2. HISTÓRICO ..... **Erro! Indicador não definido.**

6.3. A DOMINAÇÃO ECONÔMICA ..... **Erro! Indicador não definido.**

6.4. DOUTRINA SOCIAL DA IGREJA.....429

6.5. GLOBALIZAÇÃO DOS SINDICATOS.....430

6.6. NOSSA CRÍTICA.....432

6.7. CONCLUSÃO.....440

7. CONCLUSÃO.....455

8. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS.....457

ANEXOS.....479

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por escopo abordar questões que entendo serem correlatas e, portanto, interdependentes; indagações globalizadas, à luz do direito, que tem conotação de ser uno e indivisível, consoante nos ensina Kelsen.

A idéia de contrato se afigura fundamental para o exame de relação de direito privado que se espraia pela história e pelo direito internacional. Contrato é a matriz da idéia de obrigação em gênero, que abrange as mais diversificadas modalidades, inclusive – e principalmente – o contrato de trabalho, o qual será aqui abordado sob a forma de contrato internacional, tendo em vista a universalização do conceito abarcado pela prestação de serviços e suas conseqüências no plano do direito internacional, além de sua diversificação no mundo dos negócios, numa sociedade que se torna cada vez mais sem fronteiras. A interdependência das nações é cada dia mais explícita, de sorte que hoje já se pode falar em contrato internacional do trabalho com a mesma naturalidade que se fala de contrato de compra e venda, por exemplo. A velocidade dos negócios não autoriza mais a burocracia e a lentidão das formas. O comércio internacional caminha, cada vez mais, para a informalidade, incrementando, assim, a idéia de fidúcia. Aquele que descumpre as regras estabelecidas sofre sanção internacional por organismos que expressam o controle da defesa do mercado e da concorrência. Nossa idéia é demonstrar que os institutos de direito se aproximam, de tal sorte que, por vezes, fica difícil saber se estamos diante de questões de direito internacional, trabalhista, comercial ou econômico. É exatamente por essa razão que abordamos temas

aparentemente dissociados, mas que, ao contrário do que possa parecer, são completamente interligados.

O direito do trabalho, por exemplo, no plano do contrato internacional do trabalho, é direito econômico ou, melhor dizendo, de direito econômico, já que deve adequar-se às regras do direito e do mercado internacional, que devem ser firmadas por escrito para melhor segurança das partes, mas devem estar adequadas aos ditames universais que informam tais pactos.

Por tal razão, esta tese mostrará que o contrato internacional de trabalho é também um contrato de direito econômico internacional. Procuramos, contudo, reduzir o espectro da abordagem à questão que abrange o tema "**brasileiros prestando serviços no exterior**".

À questão que mencionamos acima, agregamos outra que pensamos estar com ela conexa e ser de grande interesse didático-pedagógico, qual seja, a questão da autonomia do direito econômico e as suas relações com os demais ramos da ciência jurídica.

Visando atingir tal desiderato, dividimos o trabalho e nos propusemos à seguinte seqüência:

- noções preliminares de contrato; concepção romana, conceituação e princípios;

- os princípios constitucionais e o seu valor no mundo jurídico;

- princípios do direito contratual;

- formação dos contratos;

- efeitos dos contratos;

- extinção dos contratos;

- evolução do direito contratual;

- do Direito Internacional

- direito internacional do trabalho;

- direito do trabalho no Brasil e sua evolução;

- direito da integração comunitário e humanitário;

- direito internacional econômico: objeto e autonomia do direito econômico; intervenção do Estado no domínio econômico;

- contrato internacional

- organizações internacionais e soluções dos conflitos: nossa crítica;

- contrato de trabalho

- classificação;

- contrato de trabalho internacional-brasileiros prestando serviço no exterior (Lei n.º 7064|82)

- reflexões sobre a globalização

- conclusões gerais

2. NOÇÕES PRELIMINARES DE CONTRATO

2.1. CONCEPÇÃO ROMANA DE CONTRATO

O conceito romano de contrato é objeto de controvérsias na atualidade. Sustenta-se, de um lado, que a palavra designava apenas o vínculo jurídico; e, de outro, o acordo de vontades. No primeiro sentido, compreenderia todas as causas de obrigações que não os delitos. Mais plausível parece, porém, a opinião dos que vêem no *contractus* espécie do gênero *conventio*, geradora de obrigações e ações. Para os romanos, contrato teria sido o acordo de vontades do qual derivavam direitos e obrigações protegidos por ações civis.[1]

Distinguiam *contractus* de *pactum*. O contrato consistia em relação jurídica constituída por obrigações exigíveis mediante ações civis, enquanto o pacto era protegido, apenas, por uma *exceptio*[2]. Como demonstra VAN WETTER[3], não

---

[1] Na lição do mestre Serpa Lopes, *No direito romano, era ela (noção de* contrato) *distinta da noção de* conventio, *sendo restrita ao contrato obrigatório, enquanto o acôrdo, isto é, o elemento puramente subjetivo dos consentimentos que se encontram, se designava como* conventio, pactio, *com um sentido mais amplo, e às vêzes com um sentido mais restrito, quando chamados a indicar aquêles acordos destituídos de tôda forma e solenidades prescritas pela lei, incidindo em razão disso, no princípio de que "nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*".
A palavra contrato, porém, no mais antigo Direito romano significava apenas o ato por meio do qual o credor atraía a si o devedor, submetendo-o ao seu jugo, como refém, garantia do adimplemento do débito assumido. Tal era o resultado da idéia originária de obrigação, nascida com um caráter eminentemente penal; a pessoa, não o patrimônio, é que constituía o objeto da responsabilidade pelo débito assumido. O contrato era o ato constitutivo do "obligatio"; o "nexum", *no seu aspecto de fonte da obrigação, ou aquêle estado físico de prisão, em que o devedor passava a garantir com sua pessoa a própria dívida. Daí o seu paralelismo com a "noxae deditio*", *ato pelo qual o pai consignava o filho ou o escravo delinqüente ao prejudicado pelo ato delituoso.* (SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil** - Fontes das Obrigações: Contratos. 4 ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, vol. III, pp.17-18).

[2] *Só depois de a responsabilidade transformar-se de pessoal em patrimonial, a princípio em relação a determinados débitos e depois aos de qualquer categoria, é que se começou por distinguir os*

procede a distinção baseada na errônea suposição de que o traço característico dos contratos reside na reciprocidade das prestações. Configuravam-se as duas espécies pela *duorum in idem placitum et consensus*.

O direito romano conheceu quatro categorias de contratos: consensuais, reais, verbais e literais. Contratos consensuais — *consensus obligationes* — eram os que se formavam com o simples consentimento das partes — *nudo consensu*: a *emptio venditio*[4], a *locatio-conductio*[5], o *mandatum*[6], a *societas*[7] e, segundo alguns, o contrato enfitêutico. Contratos reais — *rei obligationes* —, os que exigiam, para sua perfeição, a entrega prévia da coisa[8]: o *mutuum*[9], o

---

contratos dos pactas *e da* conventio*, sob o ponto de vista de que só os contratos pertencentes a uma daquelas categorias previstas no Direito Romano, eram protegidos pelas ações.* (SERPA LOPES, Miguel Maria de. *op. cit*. p. 18).

[3] *Notion des contrats et des pactes. Les contrats (contractus) sont des conventions qui, déjà à l`époque clasique, produisaient une obligation civile par elles-mêmes et em vertu du droit civil proprement dit. Les pactes (pacta) sont des conventions quis créent qu´á titre d`accessoires d`un autre contrat ou en vertu du droit prétorien ou de contitutions impériales du Bas-Empire. D`après cela le contrat réunit quatre caractères; à defaut de l`un d`eux, la convention appartient à la catégorie des pactes*. (VAN WETTER, P. **Cours Èlémentaire de Droit Romain**. 3 ed. Paris: Libraire A. Marescq Aîne, 1893, tome second, p. 125).

[4] [...] *era o contrato bilateral consensual em virtude do qual uma pessoa se obrigava a transferir a propriedade duma coisa a quem se obrigava a pagar-lhe uma certa quantia em dinheiro*. (MACHADO, Moacyr Sérgio Martins. **Apostila de Direito Romano***: direito das obrigações*, disponível no sítio http://www.ubm.br, em 13/03/2006, p. 20).

[5] [...] e*ra o contrato bilateral consensual em virtude do qual uma pessoa (locador) se obrigava para com outra (locatário) a lhe facultar o uso e gozo duma coisa, a lhe prestar serviços, ou a fazer uma obra, mediante o pagamento de uma soma, geralmente em dinheiro*. (*idem, ibidem,* p. 20).

[6] [...] *era o contrato consensual bilateral imperfeito em virtude do qual alguém encarregava outrem de praticar gratuitamente um ato → o fim era o fazer-se substituir no desempenho de um determinado papel.* (*idem, ibidem,* p. 20).

[7] [...] *era o contrato consensual em virtude do qual duas ou mais pessoas uniam suas coisas e seus esforços para obter um lucro comum*. (*idem, ibidem,* p. 20).

[8] O Prof. Moacyr Sérgio Martins Machado divide, ainda, os contratos reais em de *boa-fé e de direito estrito*, sendo que esses seriam *os contratos do antigo Direito Civil → conservador, formalista, rigoroso, só admitindo rigorosa interpretação,* e aqueles, *os contratos que levavam em consideração as circunstâncias que os cercavam, como o fato e a intenção das partes. Eram sancionados mediantes ações específicas, que tomavam nomes particulares conforme o contrato a que se referiam → principais contratos.* (*idem, ibidem,* pp. 18-19).

comodatum[10], o *depositum* [11]e o *pignus*[12]. Na categoria dos contratos verbais[13] — *verborum obligationes* —, incluíam-se os que se formavam pela *stipulatio*, forma solene que consistia em pergunta feita pelo futuro credor — *interrogatio* — a que correspondesse resposta do devedor — *responsio*. Os contratos literais caracterizavam-se pela forma escrita[14].

Além dos contratos nominados, admitia o direito romano os contratos inominados[15], assim chamados por não possuírem designação própria.

---

[9] [...] *eram o contrato real unilateral gratuito em que o mutuante transferia ao mutuário uma quantia ou coisas fungíveis, que este deveria devolver no mesmo peso, número ou medida.* Cabe salientar que, conforme o Professor Moacyr Machado, este seria o único contrato real de direito estrito. (*idem, ibidem,* p. 18).

[10] [...] *era o contrato real unilateral gratuito em virtude do qual quem recebeu um empréstimo de coisa infungível para uso com a condição de restituí-la na época fixada por ambas as partes.* (*idem, ibidem,* p. 19).

[11] [...] *era o contrato real unilateral gratuito em que o depositante entregava uma coisa móvel ao depositário para guardá-la e restituí-la → recaía sobre coisas infungíveis, pois o depositário deveria restituir a mesma coisa que recebeu.* (*idem, ibidem,* p. 19).

[12] [...] *era o contrato real unilateral que, pela entrega, originava um direito real de garantia e implicava na obrigação a cargo do credo pignoratício de devolver a coisa recebida quando do pagamento da dívida garantida. Recaía sobre coisas infungíveis → o credor pignoratício não podia usar da coisa, sendo como que um depositário da mesma.* (*idem, ibidem,* p. 19).

[13] O professor supracitado distingue três formas de contratos verbais, sendo o "*stipulatio"* a *pergunta do credor e resposta congruente do devedor,* com a exigência da *presença de ambos; "dotis dictio", em que falava uma só das partes,* sendo *abolida e substituída no Baixo- Império pela "promissio dotis";* e a "*promissio iurta liberti"* ocorria *quando o escravo jurava prestar determinados serviços a quem ia alforriá-lo (patrono),* falando, também, apenas uma das partes. (*idem, ibidem,* p. 20).

[14] Salienta o professor que *a escritura não era apenas para a prova, mas para a existência* do contrato. (*idem, ibidem,* p. 20).

[15] *Os principais contratos inominados eram a troca, o "aestimatum", a transação e o precário.*
A troca era um contrato inominado do tipo "ut des" pelo qual as partes transferiam a propriedade de uma coisa e a outra se obrigava a transferir a propriedade de uma outra coisa.
O "aestimatum" era um contrato inominado "in facio ut des aut ut facias", em virtude do qual uma das partes entregava um objeto à outra para vendê-lo por um certo preço ou então restituí-lo.
A transação era uma convenção pela qual uma pessoa, mediante um equivalente, renunciava a um direito contestado, quer um processo já iniciado, quer por iniciar.
O precário era um pacto pelo qual uma das partes concedia gratuitamente a posse de uma coisa ou o exercício de um direito à outra que se obrigava a restituir a coisa ou cessar o exercício do direito quando assim entendesse o concedente. (MATOS, M. L.L; MOREIRA R.G.; OLIVEIRA, R.A. **Direito das Obrigações**, disponível no sítio http://150.162.138.14/arquivos/Direito_das_obrigacoes.html, em 14/03/2006).

Compreendiam quatro grupos: *do ut des*[16]; *do ut facias*[17]; *facio ut des*[18]; *facio ut facias*[19].

Os pactos[20] subdividiam-se em *pacta vestita*, que produziam obrigações civis, em suas três espécies: *legitima, praetoria* e *adjecta* e *nuda pacta*, que apenas geravam obrigação natural, conquanto pudessem tornar-se civilmente obrigatórios.

No direito moderno, o termo "pacto" tem sentido diverso do que lhe atribuíam os romanos. Significa a cláusula aposta a certos contratos para lhes emprestar feitio especial. Pacto não é mais, como no direito romano, a convenção desprovida de sanção.

---

[16] [..] *cujas prestações consistiam em transferências de propriedade, como a troca* [...] (*idem, ibidem*).

[17] [...] *em que a transferência de propriedade se opunha à contraprestação de uma atividade, como a doação de um escravo para que um outro fosse libertado* [...] (*idem, ibidem*).

[18] [...] *em que a prestação de uma atividade correspondia à transferência de propriedade de uma coisa, por exemplo, a denúncia do refúgio de um escravo para obter uma recompensa;* (*idem, ibidem*).

[19] [...] *em que ambas as prestações consistiam em atividade, por exemplo, a libertação feita em razão de outra libertação* [...] (*idem, ibidem*).

[20] [...] *os pactos acrescentados aos atos de boa-fé tiveram uma função de grande importância no desenvolvimento do sistema contratual, pois contribuíram fortemente para a erosão do antigo princípio do direito civil que não reconhecia nenhuma eficácia ao pacto puro e simples (nudum pactum), despido de formalidades. Substancialmente, os pactos adjetos eram convenções isentas de formas, e por isso ineficazes no ius civile. Dado porém que se acrescentavam, como pactos acessórios, a contatos reconhecidos civilmente, eram considerados parte integrante do principal, sendo portanto protegidos pela mesma ação do contrato principal. O reconhecimento de tais pactos não foi absoluto, a não ser no respeito às convenções limitativas do conteúdo da obrigação principal, exigindo-se em qualquer outro caso fôsse ela de boa fé e que o pacto acessório se acrescentasse desde o momento em que tal contrato se perfez. Assim, p. ex., se depois da conclusão duma stipulatio, o credor aquiescia em não exigir do devedor a prestação (pactum de no petendo), êste podia repelir a eventual pretensão do credor mediante a exceptio pacti conventi, concedida pelo pretor para proteger as convenções acrescentadas a obligationes civil; ao contrário se dava, mesmo mediante ação, qualquer que fôsse o conteúdo do pacto acrescentado, se o contrato principal era de boa-fé e fosse concluído desde a constituição da relação. Por isso se dizia pacta convena inesse bonae fidei iudicis.* (CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. **Manual de Direito Romano**. 5.ª ed. Rio de Janeiro: Estado da Guanabara, Série Cadernos Didáticos, 1969, p. 208).

2.2. INTRODUÇÃO

Para Summer Maine, *a sociedade moderna distingue-se da antiga, principalmente, pela grande parte que nela ocupam os contratos. Entre os povos primitivos o indivíduo cria bem poucos direitos e deveres; as regras, a que obedece, surgem das condições, em que nascem, ou das ordens dadas pelo chefe de sua família, restando pouco espaço para os contratos. O dever de manter a própria palavra é uma das conquistas mais lentas da civilização.*[21]

O mundo moderno gira em torno dos contratos; sem eles haveria uma estagnação da vida social. *O "homo economicus" estancaria as suas atividades. É o contrato que proporciona a subsistência de toda a gente. Sem ele, a vida individual regrediria, a atividade do homem limitar-se-ia aos momentos primários.*[22]

Contrato não é apenas o negócio jurídico bilateral disciplinado no Direito das Obrigações, mas figura jurídica que ultrapassa o âmbito do Direito Civil e se acha presente em outros ramos do direito, tais como Direito do Trabalho e Direito Administrativo.

Todavia, os contratos de direito privado mais importantes para a vida econômica gravitam na órbita do Direito das Obrigações e são negócios jurídicos bilaterais *inter-vivos*, de conteúdo patrimonial. A eles reporta-se a sistematização doutrinária e legal, articulada nessa parte especial do Direito Civil, que se ocupa dos *direitos de crédito*.

---

[21] SUMMER MAINE. *L´ancient Droit, apud* Simão Pedro Toledo - **Teoria Geral dos Contratos** - Direito Civil, Julex, 1978, p. 13.

[22] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil** - Contratos. 12.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, vol. III, p. 11.

Na lição de Orlando Gomes, *os principais contratos típicos são: a compra e venda, a troca, a doação, a promessa de venda, a locação, a empreitada, o transporte, o empréstimo, o depósito, o mandato, a comissão, a representação dramática, a constituição de renda, o seguro, a fiança, a transação, os contratos bancários e os de incorporação imobiliária*[23].

Ainda no ensinamento de Gomes, o contrato, para ter validade, requer a observância de alguns pressupostos (elementos extrínsecos) e requisitos (elementos intrínsecos).

Pressupostos seriam *as condições sob as quais se desenvolve e pode desenvolver-se o contrato. Todo contrato pressupõe:*

a) capacidade das partes;

b) idoneidade do objeto;

c) legitimação para realizá-lo[24].

Os requisitos servem *para o contrato cumprir sua função econômico-social típica* e são *indispensáveis à validade de qualquer contrato:*

a) o consentimento;

b) a causa;

[23] GOMES, Orlando. **Contratos**. 25.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 9.

[24] GOMES, Orlando. *op. cit*. p. 45.

c) o objeto;

d) a forma[25]*.*

O Código Civil elenca em seu artigo 104 as regras a serem seguidas pelos negócios jurídicos para que tenham validade, quais sejam:

> *Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:*
>
> *I - agente capaz;*
>
> *II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;*
>
> *III - forma prescrita ou não defesa em lei.*

Cabe salientar que negócio jurídico não se constitui apenas de contratos (negócio jurídico bilateral), mas também de negócios jurídicos unilaterais, como a promessa de recompensa[26], e de negócios jurídicos plurilaterais[27], que se concretizam pelos contratos coletivos de trabalho.

Existem, também, negócios jurídicos que são formados pela soma de várias declarações de vontade, mas não se configuram contratos. A doutrina alemã

---

[25] *Idem, ibidem*, p. 45.

[26] *Art. 854. Aquele que, por anúncios públicos, se comprometer a recompensar, ou gratificar, a quem preencha certa condição, ou desempenhe certo serviço, contrai obrigação de cumprir o prometido.*
Art. 855. Quem quer que, nos termos do artigo antecedente, fizer o serviço, ou satisfizer a condição, ainda que não pelo interesse da promessa, poderá exigir a recompensa estipulada.

[27] Os negócios jurídicos plurilaterais seriam aqueles que se constituem por várias manifestações de vontade, com diversidade de sujeitos de uma mesma relação jurídica obrigacional.

denominou esse ato conjunto de *Gesamtakte.* Seguindo o ensinamento de Enneccerus[28], nesses negócios há uma declaração comum da parte que se constitui de várias pessoas, não havendo, por conseguinte, declarações correlatas de partes distintas. Pode-se citar como exemplo a denúncia dos arrendatários que arrendaram bem comum. Dessa forma, o ato conjunto é negócio jurídico unilateral, e não bilateral, já que não há pluralidade de declarações, haja vista que as vontades individuais resultam na vontade geral, que prevalece.

A doutrina classifica os contratos em: bilaterais ou unilaterais; onerosos (que podem ser, ainda, comutativos ou aleatórios) ou gratuitos; consensuais ou reais; solenes ou não-solenes; principais ou acessórios; instantâneos ou de duração; de execução imediata ou de execução diferida; típicos ou atípicos; pessoais ou impessoais; civis ou mercantis; individuais ou coletivos; causais ou abstratos.

A diferença entre negócio jurídico unilateral e contrato unilateral reside no fato de que neste apenas uma das partes se obriga em relação à outra, uma delas exclusivamente credora e a outra exclusivamente devedora. Em relação ao negócio jurídico unilateral, este se dá quando a pessoa se obriga a determinada obrigação, sem importar quem seria – e se existiria – o oblato.

---

[28] *No deben confundirse con los contratos los llamados* actos conjuntos *(*Gesamtakte*), por ejemplo, la denuncia por parte de dos arrendatarios que han arrendado en común , la declaración de elección por parte de varios electores, el negocio fundacional de varios fundadores. En estos casos no hay um intercambio de declaraciones recíprocas correspondientes de partes diferentes, sino que se emitem declaraciones paralelas, o bien emite una declaración común la misma parte que se compone de varias personas.* (ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. **Tratado de Derecho Civil**. 39.ª ed. rev. Barcelona: Bosch-Casa Editorial, 1935, primer tomo, parte general, v. II, p. 71 [traduzido do original alemão por Blas Pérez Gonzáles e José Alguer].

O Código Civil de 2002 inovou[29] no ordenamento jurídico civil, extravasando o âmbito das relações de consumo, ao estabelecer que a liberdade de contratar deve ser exercida nos limites da função social do contrato. Ademais, impôs aos contratantes que guardassem, tanto na conclusão do contrato como na sua execução, os princípios de probidade e boa-fé[30].

A respeito, o Enunciado 167 da III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal:

> *167. Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor, no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral do contrato.*[31]

---

[29] Já eram esses princípios difundidos pela doutrina havia certo tempo. O Código de Defesa do Consumidor estabeleceu esses princípios para as relações de consumo, como se vê nos artigos:
*Art. 1° O presente código estabelece normas de prot eção e defesa do consumidor, de ordem pública e **interesse social**, nos termos dos arts. 5°, inciso XXXII, 170, incis o V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias. (grifou-se)*
*Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes **princípios**:*
*III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na **boa-fé** e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; (grifou-se)*

Pela jurisprudência abaixo citada observa-se a sua aplicação:
APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. INCOMPATIBILIDADE COM OS PRINCÍPIOS GERAIS DA BOA-FÉ E DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. 1. REVISÃO CONTRATUAL E LIMITAÇÃO DOS JUROS. (TJ/ RS, 2ª Câmara Especial Cível, Proc. n.º 70004674750, Ac. n.º 200221604, Rel. Juiz Nereu José Giacoolli, j.25.11.2002, DJ 26.02.2003. Apelante: Banco Santander Meridional S/A. Apelado: Hermes Jobim.)

[30] *Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.*

[31] Disponível no sítio www.cjf.gov.br, em 28/04/2006.

2.3. CONCEITUAÇÃO

Ensina o renomado mestre SERPA LOPES que há duas conceituações distintas para contrato.

Uma, calcada no direito francês, estabelece diferenciação entre contrato e convenção. Esta como gênero e aquela como espécie, asseverando, ainda, que Teixeira de Freitas, em seu *Esboço* (art. 1830), já distinguia entre contrato e convenção ao sustentar que só *haverá contrato quando duas ou mais pessoas convencionarem entre si alguma obrigação ou obrigações recíprocas, que a correspondem a direitos creditórios ou a modificações de tais obrigações*[32]*.* Considerou, também, que ocorre convenção jurídica, nos termos da acepção acima (convenção e não contrato), quando as partes convencionarem entre si a extinção daquelas obrigações, ou obrigações que não correspondem a direitos creditórios, mas que podem ser judicialmente demandadas.

Tem-se, portanto, que o traço diferencial entre convenção e contrato reside no fato de aquela só tratar de obrigações de natureza não-creditória.

Outra corrente, porém, contrapõe-se a essa idéia restrita de contrato, fundada na concepção de SAVIGNY, pela qual *contratto in genere é l'accordo de piú persone in una stessa manifestazione di volontá, in un "idem placitum", per la determinazione di volontá di dati loro rapporti giuridici*[33], tornando amplo o campo de abrangência por inserir no objeto do contrato todas as relações jurídicas, sejam de

---

[32] SERPA LOPES, Miguel Maria de. *op. cit.* p. 14.

[33] SAVIGNY, Federico Carlo di. **Le Obbligazioni**. Torino: Unione Tipografico- Editrice Torinense, 1915, p. 6 [traduzido do original alemão por Giovanni Pacchioni].

uma ou outra natureza, visando à maior extensão possível e abrangendo os contratos de direito internacional, de direito público e de direito privado, este último, sem exceção, alcançando os seus inúmeros institutos jurídicos.

Orlando Gomes ensina que, *para nomear os negócios jurídicos plurilaterais em geral, usam alguns o termo* convenção*, nele incluindo todos os acordos de vontade, estabeleçam, ou não, vínculo obrigacional. A* convenção *compreenderia não só os negócios plurilaterais destinados a criar obrigações, mas também a modificar ou extinguir obrigações preexistentes, enquanto o contrato seria idôneo exclusivamente à criação de obrigações. Teria, para outros, sentido especial, compreendendo apenas os acordos normativos*. *A questão é, no entanto, puramente terminológica. Interessa, assim mesmo, fixar o exato sentido da palavra* contrato *porque a outras modalidades do concurso de vontades não se aplicam as regras que o regem. Deve ser observada para designar o negócio bilateral, cujo efeito jurídico pretendido pelas partes seja a criação de vínculo obrigacional de conteúdo patrimonial*[34]*.*

Percebe-se que o vocábulo contrato é habitualmente utilizado sem as distinções apontadas acima, servindo para nomear todas as suas formas, gêneros ou espécies.

Gomes destaca que *não é pacífico o significado da categoria jurídica designada pelo nome de* contrato*. Será, para alguns, o acordo de vontades necessário ao nascimento da relação jurídica obrigacional; para outros, a própria relação*[35]*.*

---

[34] ORLANDO, Gomes. *op. cit.* p. 9.

[35] *idem, ibidem* p. 18.

Para José Lopes de Oliveira, *no direito moderno desapareceu a distinção, que não tem mais razão de ser, entre convenção e contrato, que é o acordo de vontades pelo qual as partes constituem, regulam ou solvem uma relação jurídica de natureza patrimonial*[36].

Washington de Barros Monteiro entende que *o contrato pressupõe, destarte, necessariamente, intervenção de duas ou mais pessoas, que se põem de acordo a respeito de determinada coisa*[37].

Orlando Gomes ensina que se *emprega o vocábulo* contrato *em sentido* amplo e restrito*. No primeiro, designa-se todo negócio jurídico que se forma pelo concurso de vontades. No segundo, o acordo de vontades produtivo de efeitos obrigacionais na esfera patrimonial*[38].

No direito pátrio, a definição de contrato, enunciada por CLÓVIS BEVILÁQUA, foi baseada no artigo 81 do Código Civil de 1916, há pouco revogado:

> *Contrato é o acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos.*[39]

---

[36] OLIVEIRA, José Lopes de. **Contratos**. 2.ª ed. Recife: Livrotécnica, 1979, p. 2.

[37] MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil** - Direito das Obrigações, 2.ª parte, vol. 5, 12.ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 4.

[38] GOMES, Orlando. *op. cit*. p. 9.

[39] BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. 8.ª ed., São Paulo: Ed. Rio, 1950. vol. IV, obs. 1 ao art. 1.079.

Com a promulgação do novo Código Civil Brasileiro, não houve uma definição específica de contrato, e sim um estabelecimento de diretrizes para sua formação, como se vê:

> *Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.*
>
> *Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.*
>
> *Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.*
>
> *Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.*
>
> *Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.*
>
> *Art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.*

No Código Civil Francês, a definição de contrato encontra-se no artigo 1101, que preceitua:

> *Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose*[40].

O Código Civil da Califórnia, em seu artigo 1549, define contrato:

> *A contract is an agreement to do or not to do a certain thing*[41].

O Código Civil Português não define precisamente contrato, mas delimita o seu uso nos seguintes artigos:

> *405 - Liberdade Contratual*
>
> *1. Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as claúsulas que lhes aprouver.*

[40] Disponível no sítio http://www.legifrance.gouv.fr/, em 15/03/2006.

[41] Disponível no sítio http://www.leginfo.ca.gov/.html/civ_table_of_contents.html, em 15/03/2006.

> *2. As partes podem ainda reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei.*
>
> *406 - Eficácia dos contratos*
>
> *1. O contrato deve ser pontualmente cumprido, e só pode modificar-se ou extinguir-se por mútuo consentimento dos contraentes ou nos casos admitidos na lei.*
>
> *2. Em relação a terceiros, o contrato só produz efeitos nos casos e termos especialmente previstos na lei*[42]*.*

O Código Civil Espanhol, por sua vez, dispõe, no artigo 1254, da seguinte forma*:*

> *El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio*[43]*.*

No artigo 1321 do Código Civil Italiano, o conceito de contrato vem descrito da seguinte forma:

[42] Disponível no sítio http://www.portolegal.com/CodigoCivil.html, em 15/03/2006.

[43] Disponível no sítio http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/4T2.htm, em 15/03/2006.

> *Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale*[44].

Para o Código Civil Argentino:

> Artigo 1137 - *Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos*

Extrai-se das definições de contrato acima citadas que a tendência moderna dos *codice* é conceder às partes uma ampla liberdade para negociar e estabelecer seus próprios negócios jurídicos, nos limites impostos pela lei.

Entende Washington de Barros Monteiro que *não é função do legislador ministrar definições; definir é tarefa que compete à doutrina, e não a um Código, ou a um corpo de leis*[45].

Eduardo Couture caminha no mesmo entendimento por entender que *uma definição determina o que uma coisa é, ao passo que uma norma jurídica determina o que uma situação deve ser em sua conseqüência jurídica.*[46]

Clóvis Beviláqua, a respeito do Código Civil de 1916, analisa que, *tendo definido ato jurídico (artigo 81), forneceu-nos os elementos precisos para ficar*

---

[44] Disponível no sítio http://www.jus.unitn.it/Cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Lib4.htm, em 15/03/2006.

[45] MONTEIRO, Washington de Barros. *op. cit.* p. 4.

[46] COUTURE, Eduardo J. **Interpretação das Leis Processuais**. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 87. [tradução de Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano].

a noção legal desta espécie de ato jurídico. Devemos definir contrato o acordo de vontades, para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos.[47]

No entanto, Darcy Bessone discorda de Beviláqua, entendendo que *o critério não é aconselhável. Se o legislador conceituou ato jurídico e se absteve de definir contrato, quis, por certo, confiar a tarefa à doutrina, dadas as incertezas reinantes no assunto. É irrepreensível a noção fornecida pelo citado artigo 81, mas incorreta seria a sua aplicação aos contratos, desde que, como está visto, estes não abrangem senão os direitos de natureza patrimonial. No nosso direito, especialmente, as relações de família e de sucessão não são contratuais.*[48]

Comungo da opinião dos doutrinadores que entendem que a competência de conceituar contrato incumbe à doutrina afinal, essa tarefa realmente lhe é afeta, já que os códigos têm a função de estabelecer parâmetros, as vigas mestras, que um contrato deve respeitar, haja vista a imensidão de possibilidades existentes para se estabelecer em vínculos jurídicos e a impossibilidade de se definir um conceito que albergue todas elas.

A absoluta liberdade de contratar, muitas vezes, acaba impondo a um dos contratantes aquilo que, na lição do insigne mestre SERPA LOPES, foi chamado de *desgraça de um dos contratantes em face de sua posição de desigualdade ante a outra parte*, certamente mais forte.

Ponderou, ainda, o ilustre autor:

---

[47] BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil Anotado**. ed. histórica. Rio de Janeiro: Ed. Rio vol. IV, 1977, p. 194.

[48] ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. **Aspectos da Evolução na Teoria dos Contratos**. 49.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1944, p. 21.

> *As desigualdades econômicas agravaram-se; a concepção de um indivíduo, senhor de seus próprios interesses nos contratos em que aparentava convencionar livremente, se patenteou falsa, em face das seguintes razões:*
>
> *1.) porque o indivíduo é por vêzes desarrazoado;*
>
> *2.) porque freqüentemente não se encontra em situação de poder prever um futuro cada vez mais aleatório do que o que era no século passado;*
>
> *3.) porque contrata freqüentemente sob o império da necessidade, tendo, ante ele, um co-contratante cuja força econômica é, ante a dêle, incomensurável.*
>
> *Abertamente, os juristas passaram a cogitar desse problema que chamaram de desagregação da teoria contratual de Napoleão. Desforrou-se, assim, o direito medieval dos teólogos e canonistas, quando, combatendo a Justiça usuária, condenava a exploração de outrem sob o véu do contrato, proibindo o empréstimo a juros, defendendo o justo preço e firmando a teoria do justo salário.* [49]

Hodiernamente, como registra Carlos Gonçalves, *O Estado intervém, constantemente, na relação contratual privada, para assegurar a supremacia da*

[49] SERPA LOPES, Miguel Maria de. *op.cit*. p. 20.

ordem pública, relegando o individualismo a um plano secundário. Essa situação tem sugerido a existência de um dirigismo contratual, em certos setores que interessam a toda a coletividade. Pode-se afirmar que a força obrigatória dos contratos não se afere mais sob a ótica do dever moral de manutenção da palavra empenhada, mas da realização do bem comum.[50]

Adiante, afirma que o princípio da supremacia da ordem pública, um dos princípios fundamentais do Direito Contratual, *limita o da autonomia da vontade, dando prevalência ao interesse público. Resultou da constatação, feita no início deste século em face da crescente industrialização, de que a ampla liberdade de contratar provocava desequilíbrios e a exploração do economicamente mais fraco. Em alguns setores fazia-se mister a intervenção do Estado, para restabelecer e assegurar a igualdade dos contratantes. Começaram, então, a ser editadas leis a fim de garantir, em setores de vital importância, a supremacia da ordem pública, da moral e dos bons costumes, podendo ser lembradas, entre nós, as diversas leis do inquilinato, a Lei de Usura, a Lei da Economia Popular, o Código de Defesa do Consumidor e outras. A intervenção do Estado na vida contratual é, hoje, tão intensa em determinados campos (telecomunicações, consórcios, seguro, sistema financeiro etc.) que se configura um verdadeiro dirigismo contratual.* [51]

Anote-se, ainda, a definição de que o contrato corresponde a vínculo jurídico bilateral em que as partes se obrigam a prestações e contraprestações recíprocas. Está presente, nesta definição, o elemento fundamental dos contratos, qual seja, o caráter sinalagmático, sem o qual não é possível pensar em contrato,

---

[50] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das Obrigações** - parte especial. tomo I, contratos, São Paulo: Saraiva, vol. 6, pp. 4.

[51] *idem, ibidem*, p. 8.

mas tão-somente em obrigação, que corresponde ao vínculo jurídico bilateral que constrange alguém a uma prestação em relação a outrem.

Para Pothier[52] existem três espécies de cláusulas em cada contrato: as essenciais, as naturais e as acidentais. As essenciais seriam aquelas indispensáveis ao contrato, que sem elas não existiria. As naturais, as que decorrem da natureza do contrato que se está utilizando. E, por fim, as acidentais são aquelas que aparecem em virtude de uma proposição especial.

Existe, ainda, a possibilidade de autocontrato, muito questionada pelos doutrinadores, que é o ato jurídico em que o indivíduo celebra o contrato representando a si mesmo e, também, como mandatário de outra pessoa. Ou seja, existe contrato consigo mesmo quando há a manifestação de duas vontades no intuito de formar um contrato, emitida por uma só pessoa.

Encontramos o exemplo de contrato consigo mesmo no artigo 685 do Código Civil, que disciplina o mandato em causa própria. Nesse exemplo de mandato, *o mandante transfere direitos ao mandatário, para que este possa, legitimamente, alienar bens do primeiro, sem necessidade, inclusive, de prestação de contas sobre o ocorrido, acarretando, em última análise, uma espécie de cessão indireta de direitos*[53].

---

[52] Cujacio sómente distinguia nos contractos cousas, que lhe são essenciaes, e cousas que lhes são accidentaes. Porém é mais exacta a distincção, que fazem outros DD. do seculo 17; o saber, que ha cousas essenciaes a um contracto; cousas que são da natureza do contracto; e cousas accidentaes. (POTHIER. **Tratatado das Obrigações Pessoaes e Reciprocas nos pactos, contractos, convenções, etc**. Paris: H. Garnier, 1906, tomo I, p. 6. [traduzido do original francês por José Homem Corrêa Telles].

[53] FIUZA, Ricardo (Coord.). **Novo Código Civil Comentado**. 1.ª ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 565.

Por outro lado, entendem alguns doutrinadores não existir o autocontrato, pois contrato pressupõe um acordo de vontades, exigindo-se, no mínimo, duas pessoas, duas declarações de vontade. Defendem que, no exemplo acima citado, há duas vontades, duas pessoas, e que no ato de lavratura aparece apenas uma, mas representando as duas partes, as duas vontades.

A Súmula 60 do Superior Tribunal de Justiça determina:

> *É nula a obrigação cambial assumida por procurador do mutuário vinculado ao mutuante, no exclusivo interesse deste.*

Essa corrente defende que a referida súmula é a prova da inexistência do contrato consigo mesmo.

2.4. PRINCÍPIOS

2.4.1. Os Princípios Constitucionais e o seu valor no sistema jurídico

A Constituição da República é uma carta política fincada em princípios de primordial importância, que devem ser conhecidos pelo intérprete para não ser ele induzido em erro. Os princípios constitucionais estão elencados na Lei Maior ora de modo explícito, ora de modo implícito, sendo certo que a doutrina do Direito Constitucional vem consagrando a existência de tais regras principiológicas, que

aparecem hierarquizadamente na Lei Maior e irradiam os seus efeitos no mundo do direito e, em especial , nas normas infraconstitucionais.

Violar um princípio, ensina Celso Bandeira de Melo, seria muito mais grave do que transgredir uma norma jurídica, haja vista que a violação de um comando legal implicaria fazer ruir todo o sistema de normas e comandos estabelecido como “pedra de fecho” dentro do sistema jurídico positivo, “o completo esboroamento da construção intelectual”.

Ensina o mestre:

> *Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão dos seus valores fundamentais, contumélia irreversível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofênde-lo, abatem-se as vigas que cedem e alui-se toda a estrutura neles esforçada*[54]*.*

[54] MELO, Celso Antonio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. 1.ª ed., São Paulo: RT, 1980, p. 230.

A exemplo, como lembra Geraldo Ataliba, do que ocorreu em " A Abóboda", de Alexandre Herculano[55], *usando, por comodidade didática de uma analogia que é sempre feita por Geraldo Ataliba e Celso Antonio Bandeira de Melo, podemos dizer que o sistema jurídico ergue-se como um vasto edifício, onde tudo está disposto em sábia arquitetura. Contemplando-o o jurista não só encontra a ordem na aparente complicação, como identifica imediatamente alicerces e vigas mestres. Ora, num edifício tudo tem importância: as portas, as janelas, as luminárias, as paredes, os alicerces, etc. No entanto, não é preciso termos conhecimento aprofundado de engenharia para sabermos que muito mais importantes do que as portas e janelas, "facilmente substituíveis", são os alicerces e as vigas mestras. Tanto que, se de um edifício retirarmos ou destruirmos uma porta, uma janela, ou até mesmo uma parede, ele não sofrerá nenhum abalo mais sério em sua estrutura, podendo ser reparado (ou até embelezado). Já, se dele subtrairmos os alicerces, fatalmente cairá por terra, de nada valerão portas, janelas, luminárias, paredes, etc, estejam intactas em seus devidos lugares. Com o inevitável desabamento, não ficará pedra sobre pedra. Pois bem, tomadas as cautelas que as*

---

[55] *Neste capítulo de sua* História de Portugal*, Alexandre Herculano de Carvalho e Araújo, vulto máximo do romantismo português, relata-nos, como todo o vigor de seu estro insuperável, os singulares episódios que marcaram a construção do Convento da Batalha (ou Santa Maria da Vitória). Como se sabe, D. João I, Mestre de Aviz, tendo vencido os castelhanos em Aljubarrota (1385), mandou edificar, em cumprimento a um voto que fizeram, o referido Convento. A obra foi confiada ao arquiteto português Afonso Domingues, que, ficando cego no curso dos trabalhos, viu-se, sem mais, substituído pelo irlandês David Ouguet, antes de dar início a formidável abóboda da casa capitular.*
Ouguet, menosprezando a pedra de fecho concebida pelo antecessor, alterou o risco primitivo e, por isso, a abóboda ruiu, algumas horas depois de ser dada por concluída.
Chamado à presença do rei, Afonso Domingues, apesar de ressentido (a página que reproduz o suposto diálogo que manteve com D. João I, inscreve-se entre as mais belas e dramáticas das já escritas em língua portuguesa), retomou a direção dos trabalhos e, na data aprazada, deu por teminada a notável obra, que tem resistido ao peso dos séculos, Tão consciente estava da exatidão dos cálculos, que, retiradas as vigas que sustinham a abóboda, debaixo dela permaneceu, sem comer, nem beber, durante três dias. (CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 3.ª ed. rev.e amp., São Paulo: RT, pp. 24-25).

comparações impõem, estes "alicerces", estas "cifas mestras" são os princípios jurídicos objeto de nossa atenção.[56]

O princípio jurídico, consoante ensina o mestre, *é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do direito e, por isso mesmo, vincula de modo inexorável o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam*.[57]

Complementa o pensamento supramencionado a lição de Celso Antonio Bandeira de Melo, que preleciona ser *o princípio, por definição, o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, cobrindo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência; dando um tom de harmonia e perfeição ao sistema jurídico.*[58]

Aplicar o direito, à luz da Constituição, é antes de tudo compreender o exato sentido do comando imposto pelo sistema. Interpretar é aplicar a lei de modo correto e voltado para a finalidade social dos dispositivos inseridos no texto da Lei Maior. É uma atividade de conhecimento que tem por objetivo buscar o alcance das normas jurídicas para a verdadeira e completa aplicabilidade do sistema jurídico positivo. É muito mais importante a busca da *mens legis* do que a da vontade do

---

[56] CARRAZA, Roque Antonio. *op. cit.* pp. 24-25.

[57] *Idem, ibidem.* pp. 25-26.

[58] BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. **Elementos de Direito Administrativo**, 1.ª ed., São Paulo: RT, 1980, p. 230.

legislador. É na *mens legis* que vamos encontrar a real vontade do Estado explicitada por meio da norma jurídica, que no mais das vezes se desprende por completo da vontade do legislador que a editou. Em verdade, a busca do alcance da vontade legislativa, pela via da perfeita interpretação dos princípios, impõe um grande complexo de compreensão que inclui o conhecimento material, por meio de contato com a norma jurídica, e o sistêmico da Lei Maior, em que também se inserem fatores de primordial importância, dentre os quais destacamos a existência de fatos sociais que impulsionam e vivificam toda a atividade do ser humano, e que possuem relevância para o mudo do direito.

A invocação dos grandes princípios inseridos no texto da Lei Maior, muitas vezes inscritos em termos equívocos, impõe um complexo contato que envolve toda a interpretação, como dissemos. Ensina Michel Temer que *a interpretação de uma norma constitucional levará em conta todo o sistema, tal como positividade, dando-se ênfase, porém, para os princípios que foram valorizados pelo constituinte. Também não se pode deixar de verificar qual o sentido que o constituinte atribuiu às palavras do texto constitucional, perquirição que só é possível pelo exame de todo o normativo, após a correta apreensão da "principiologia que ampara aquela palavra"*.[59]

O exercício da hermenêutica é, portanto, não só uma profilaxia de compreensão como também o modo de aplicação correto e de compreensão e interação do sistema jurídico como um todo.

---

[59] TEMER, Michel. **Temas de Direito Constitucional**, 1.ª ed., São Paulo: RT, 1982, p. 12.

Ensina o professor Geraldo Ataliba[60] ser o sistema jurídico um todo harmônico e orgânico, perfeito e acabado, no qual as normas se entrelaçam umas às outras de modo hierarquizado, formando este grande complexo de compreensão e aplicabilidade.

Os princípios, no dizer de Carlos Ayres de Brito, seriam *idéias matrizes dessas regras singulares, vetores de todo o conjunto mandamental, fontes de inspiração de cada modelo deôntico, de sorte a operar como verdadeiro critério do mais íntimo significado do sistema como um todo, e de cada qual das suas partes*.[61] Haveria, no âmbito do sistema jurídico *, feixes orgânicos que se articulam em blocos unitários, como se fossem peças de uma grande engrenagem instrumental de uma só política legislativa*.[62]

A verdadeira compreensão do sistema jurídico é que levará ao acerto do fornecimento das reais balizas principiológicas do sistema jurídico-constitucional. A interpretação literal de algumas regras em caráter isolado, sem dúvida, poderá induzir em equívoco de interpretação. Nesse sentido, lembremos o cometimento de um erro costumeiro, que poderá acontecer pela interpretação laica do texto constitucional, de, ao mal compreender a discriminação de competências contidas

---

[60] *O caráter orgânico das realidades componentes do mundo que nos cerca e o caráter lógico do pensamento humano conduzem o homem a abordar as realidades que pretende estudar, sob critérios unitários, de alta utilidade científica e conveniência pedagógica, em tentiva de reconhecimento coerente e harmônico da composição de diversos elementos em um todo unitário, integrado em uma realidade maior. (ATALIBA, Geraldo.* **Sistema Constitucional Tributário Brasileiro**, 1.ª ed., São Paulo: RT, 1966, p. 4).

[61] BRITTO, Carlos Ayres. **Inidoneidade do Decreto-lei para Instituir ou Majorar Tributo**, PUC/SP, trabalho inédito, datilografado, 1982, p. 6.

[62] *Idem, ibidem* p. 8.

no texto da Lei Maior, imaginar, por exemplo, que o estabelecido no artigo 114 da Constituição Federal, em seus parágrafos 1.º e 2.º, representaria invasão de competência constitucional do Poder Legislativo, pelo simples fato de a Constituição delegar o estabelecimento de normas e regras ao Poder Judiciário, confundindo-se tal possibilidade com aquela de produzir normas e regras legislativas no sistema jurídico. É que as normas constitucionais, que possuem uma pluralidade de sentidos, devem ser aplicadas com os princípios gerais informadores da Constituição Federal. É claro que a competência da União está restrita à criação de normas e regras sobre Direito do Trabalho, na conformidade de como for estabelecido pelo processo legislativo ordinário. Mas, como veremos adiante, não há nos preceitos estabelecidos no artigo 114 qualquer modalidade "legiferante", como equivocadamente procuraram alguns interpretar. Em verdade, um dos princípios fundamentais que informam o regramento da Lei Maior é o da indelegabilidade das competências fundamentais, muito embora lá ou cá possa ocorrer, por exceção, a produção de regras legislativas pelo Judiciário, como também judicantes pelo legislativo, ou legislativas pelo executivo, como melhor examinaremos mais adiante. Para que não se incorra nos erros de interpretação só justificáveis aos olhos de um leigo, é preciso saber que um princípio jurídico-constitucional é, sem dúvida, uma norma jurídica qualificada, eis que, tendo âmbito de validade maior, orienta a atuação de outras normas, mesmo as de nível constitucional.

Qualquer regra que menospreze os princípio da igualdade, na forma estabelecida no artigo 5.º da Lei Maior, terá, sem dúvida, inominável reação e conseqüências jurídico-legais. Se compararmos, todavia, o princípio da igualdade com a regra que está estabelecida no artigo 93, inciso II, por exemplo, da

Constituição Federal, vamos encontrar evidente desproporção de qualificação de normas, eis que a questão atinente à promoção de juízes até poderia não constar do texto da Lei Fundamental.

As regras informadoras dos princípios essenciais elencados na Constituição Federal, de outro lado, são normas e regras que possuem vigência e eficácia imediata, como se depreende da leitura e da compreensão dos principais títulos e capítulos da Lei Fundamental. São princípios irrenunciáveis do sistema, alguns cuja inobservância implica até mesmo a possibilidade de intervenção da União nos estados, dos estados nos municípios, e assim por diante, tal a relevância tributada pelo sistema a essas regras. O princípio federativo e a união indissolúvel dos estados sequer podem ser objeto de apreciação por emendas. Princípios que envolvem questão de soberania e cidadania, bem como aqueles que tocam à dignidade da pessoa humana, aos valores sociais do trabalho e à livre iniciativa, não podem ser objeto de revisão e orientam todos os demais princípios elencados na Constituição.

A autonomia e a independência dos poderes representam por seu turno, regra que, se violada, colocará em risco a própria sobrevivência do Estado, equiparando-se a regras fundamentais, como a independência nacional; a prevalência dos direitos humanos e a defesa da autodeterminação dos povos; a não-intervenção em Estados estrangeiros; a defesa da paz; a solução pacífica dos conflitos; além do repúdio ao terrorismo e ao racismo. Todas essas regras vêm numa seqüência lógica de compreensão, a desaguar no princípio da igualdade, consagrado no artigo 5.º do Texto Fundamental, o qual desdobra a questão da igualdade, como um vetor direcional fundamental, em outras, de explícita e

espetacular importância, tais como o princípio da legalidade; a regra da defesa do ser humano com a vedação da tortura e dos castigos degradantes; a livre manifestação de pensamento; o direito de propriedade e de liberdade religiosa. Como mencionaremos mais adiante, três grandes vetores acabam por identificar o direcionamento do texto da Lei Fundamental, que está basicamente voltado para a defesa da liberdade dos direitos individuais e coletivos.

Feitas tais observações, resta-nos qualificar, em razão de sua importância, a vigência e a eficácia de tais princípios. Reafirmamos que as normas descritas nos “Princípios Fundamentais” possuem vigência e eficácia imediata, independendo de regulamentos ou regras inferiores que complementem o sentido de tais princípios informadores. Fazemos tal afirmação fincados no pensamentos de que toda norma jurídico-constitucional que encerra princípio fundamental possui, insíto dentro de si mesma, um comando de natureza positiva ou negativa que é prescrito e condicionador de conduta. Tais comandos não podem ser contrariados de nenhuma forma, sob pena da possibilidade de reação violenta pelo próprio sistema (a intervenção). A regra jurídica que defende a liberdade individual, ou a igualdade de todos perante a lei, não está em debate. Destarte, se qualquer comando de índole inferior vier a atingir o princípio da igualdade, ele será automaticamente banido do sistema-jurídico. Da mesma forma, uma norma que viole regras produtivas da liberdade individual ou coletiva não poderá produzir efeitos válidos se violadora de princípios estabelecidos na Constituição Federal. Suponha-se, por exemplo, que um dado comando legislativo estabeleça a um membro de alguma categoria profissional a obrigatoriedade de associar-se a uma determinada associação ou sindicato, para que possa exercer direitos individuais e coletivos de

natureza trabalhista; por óbvio, uma norma dessa jaez não poderia produzir efeitos válidos na ordem jurídica, por afrontar o estabelecido no inciso XX do artigo 5.º da Constituição Federal. Lícito seria a quem fosse abrangido pelo referido comando jurídico o seu descumprimento, bem como a argüição pelas vias devidas de inconstitucionalidade do dispositivo em tela.

Quer isso significar que a norma a que acabamos de nos referir é constitucional de eficácia plena, que produz os seus efeitos imediatamente, sem que haja necessidade de regulamento, mormente de regras que lhe confrontem o mandamento. Imagine-se que um comando legislativo desejasse estabelecer que uma determinada função de trabalho fosse privativa de pessoas do sexo masculino, em razão da necessidade de força para o seu exercício: sem dúvida estaríamos diante de uma gritante inconstitucionalidade, e não poderia referido mandamento produzir efeitos. Evidentemente, não carecerá de representação de inconstitucionalidade um mandamento de tais circunstâncias, visto que o seu comando não precisará ser observado.

Como acabamos de verificar, os princípios jurídicos constitucionais possuem um valor inestimável no regramento do sistema de normas positivas, sendo certo que a sua violação representa uma das mais graves ameaças à sobrevivência do Estado, pela Magna Lei.

2.4.2. Princípios do Direito Contratual

A codificação do Código Civil de 2002, principalmente na seara obrigacional, está calcada no princípio da eticidade, apontando para a valorização das condutas guiadas pela boa-fé[63], e também no princípio da socialidade direcionado para a socialização do direito contemporâneo.[64]

O Direito Civil, na parte contratual, fulcra-se em vários princípios, alguns tradicionais, outros modernos, introduzidos no Código Civil de 2002 como cláusula ou norma geral.

Considerando as inovações introduzidas por cláusulas gerais, entendo oportuno registrar a lição de Carlos Roberto Gonçalves sobre a distinção entre princípio geral e cláusula geral: *Cláusula gerais são normas orientadoras sob forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o, ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir. São elas formulações contidas na lei, de caráter significativamente genérico e abstrato, cujos valores devem ser preenchidos pelo*

[63] No tocante ao princípio da eticidade, utilizado na codificação do atual Código Civil, o Ministro José Delgado, do Superior Tribunal de Justiça, afirma que *o tipo de Ética buscado pelo Novo Código Civil é o defendido pela corrente Kantiana : é o comportamento que confia no homem como ser composto por valores que o elevam ao patamar de respeito pelo semelhante e de reflexo de um estado de confiança nas relações desenvolvidas, quer negociais, quer não negociais. É, na expressão kantiana, a certeza do dever cumprido, a tranqüilidade da boa consciência.* (DELGADO, José. *A Ética e a Boa-fé no Novo código Civil.* **Questões Controvertidas do Novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2003. p. 177).

[64] Quanto ao princípio da socialidade, é de grande importância a lição de Carlos Roberto Gonçalves no sentido de que o *Código Civil procurou afastar-se das concepções individualistas que nortearam o diploma anterior para seguir orientação compatível com a socialização do direito contemporâneo. O princípio da socialidade por ele adotado reflete a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundamental da pessoa humana* (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro** – Contratos e Atos Unilaterais. São Paulo: Saraiva, 2004, vol. III, p. 4).

juiz, autorizado para assim agir em decorrência da formulação legal da própria cláusula geral. Quando se insere determinado princípio geral (regra de conduta que não consta do sistema normativo, mas se encontra na consciência dos povos e é seguida universalmente) no direito positivo do país (Constituição, leis etc), deixa de ser princípio geral, ou seja, deixa de ser regra de interpretação e passa a caracterizar-se como cláusula geral.[65]

Norteiam a teoria contratual os seguintes princípios fundamentais:

a) da autonomia da vontade;

b) do consensualismo ou consentimento;

c) da supremacia da ordem pública;

d) da força obrigatória ou da obrigatoriedade da convenção;

e) da revisão dos contratos ou da onerosidade excessiva;

f) da relatividade dos efeitos dos contratos;

g) da função social do contrato; e

h) da boa-fé e da probidade.

2.4.2.1. Princípio da autonomia da vontade

O princípio da autonomia da vontade, segundo a teoria clássica, consubstancia-se na premissa de que os contratantes detêm ampla liberdade para contratar e regulamentar seus interesses particulares, estabelecendo o conteúdo, a forma e os efeitos dos contratos, sem interferência do Estado. Têm a liberdade para celebrar contratos típicos ou estabelecer combinações dando origem a contratos

[65] GONÇALVES, Carlos Roberto. *op. cit.* p. 7.

atípicos. Esse princípio teve seu ápice após a Revolução Francesa, com a predominância do individualismo e a pregação de liberdade em todas as searas, inclusive no campo contratual.

Para Orlando Gomes, a autonomia da vontade:

> *Significa o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica. No exercício desse poder, toda pessoa capaz tem aptidão para provocar o nascimento de um direito ou para obrigar-se.*
>
> *A produção de efeitos jurídicos pode ser determinada assim tanto pela vontade unilateral, como pelo concurso de vontades. Quando a atividade jurídica se exerce mediante contrato, a autonomia privada ganha extensão. Outros conceituam a autonomia privada como um aspecto de liberdade de contratar, no qual o poder atribuído aos particulares é o de se traçarem determinadas condutas para o futuro relativamente às relações disciplinadas na lei*[66] [67].

[66] GOMES, Orlando. *op. cit*. p. 22.

[67] *A lei da autonomia da vontade das partes é o principal ponto de conexão estabelecido pela Convenção de 19 de junho de 1980 da Comunidade Econômica Européia sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, cujo art. 3.º dispõe: " O contrato é regido pela lei escolhida pelas partes. Essa escolha deve ser expressa ou das circunstâncias da causa. Por essa escolha as partes podem designar a lei aplicável à totalidade ou a uma parte de seu contrato".* (SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. O contrato internacional de trabalho. **Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1994, ano II, n. 2, p. 68).

A liberdade de contratar pressupõe a igualdade econômica e jurídica dos particulares contratantes. Contudo, aquela liberdade ampla, irrestrita e absoluta introduzida por volta da Revolução Industrial vem, ao longo do tempo, sendo mitigada, seja em relação à faculdade de contratar e de não contratar, seja quanto à escolha do outro contratante ou, ainda, quanto à fixação do conteúdo.[68]

O Código Civil de 2002 assegura a liberdade de contratar nos artigos 421 e 425, com o seguinte teor*:*

> *Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.*
>
> *Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos[69], observadas as normas gerais fixadas neste Código.*[70]

---

[68] A limitação da liberdade de contratar sob os três aspectos é apontada por Carlos Roberto Gonçalves: *Assim, a faculdade de contratar e de não contratar (de contratar se quiser) mostra-se, atualmente, relativa, pois a vida em sociedade obriga as pessoas a realizar, freqüentemente, contratos de toda espécie, como o de transporte, de compra de alimentos, de aquisição de jornais, de fornecimento de bens e serviços públicos (energia elétrica, água, telefone etc). O licenciamento de veículo, por exemplo, é condicionado à celebração do seguro obrigatório. O Código de Defesa do Consumidor dispõe que o fornecedor de produtos e serviços não pode recusar atendimento às demandas dos consumidores, na medida de suas disponibilidades de estoque, e em conformidade com os usos e costumes (art. 39, II).*
Também a liberdade de escolha do outro contraente (de contratar com quem quiser) sofre, hoje, restrições, como nos casos de serviços públicos concedidos sob regime de monopólio e nos contratos submetidos ao Código do Consumidor. E, em terceiro lugar, o poder de estabelecer o conteúdo do contrato (de contratar sobre o que quiser) sofre, também, hodiernamente, limitações de determinadas cláusulas gerais, especialmente as que tratam da função social e da boa-fé objetiva, do Código de Defesa do Consumidor e, principalmente, pelas exigências e supremacia da ordem pública. (Gonçalves, Carlos Roberto. *op. cit*. 22).

[69] Carlos Roberto Gonçalves, didaticamente, estabelece a distinção entre contrato atípico e típico: *Contrato atípico é o que resulta de um acordo de vontades não regulado no ordenamento jurídico, mas gerado pelas necessidades e interesses das partes. É válido, desde que estas sejam capazes e o objeto lícito, possível, determinado ou determinável de apreciação econômica. Ao contrário do contrato típico, cujas características e requisitos são definidos na lei, que passam a integrá-lo, o*

A introdução de uma função social no contrato demonstra, inequivocamente, uma concepção moderna do contrato no sentido de que *não é a de exclusivamente atender aos interesses das partes contratantes, como se ele tivesse existência autônoma, fora do mundo que o cerca. Hoje o contrato é visto como parte de uma realidade maior e como um dos fatores de alteração da realidade social.*[71]

A teoria moderna do contrato não nulifica a autonomia dos contratantes. Prevalece a liberdade deles com as limitações impostas pelo princípio da supremacia da ordem pública, o qual veda tratativas em afronta à moral, à ordem pública e aos bons costumes, e também pelo princípio da função social do contrato, explícito no artigo 421 do Código Civil.

Considerando a lei como limitadora do exercício da autonomia para contratar, mostra-se pertinente a distinção entre as normas jurídicas de caráter supletivo ou subsidiário e aquelas de natureza coativa.

Revestem-se as leis de caráter supletivo ou subsidiário quando aplicáveis tão-somente para suprir o silêncio ou a vontade das partes, detendo os contratantes autonomia para contratar, para estipular e estruturar o contrato, sempre

---

atípico requer muitas cláusulas minudenciando todos os direitos e obrigações que o compõem. Essas novações, aceitas na doutrina,forma convertidas em preceito legal, no novo diploma. (Gonçalves, Carlos Roberto. *op. cit*. 22).

[70] *Caio Mário da Silva Pereira tece críticas à redação do artigo 425 e, desdobrando-o em dois incisos, diz :* O primeiro autorizando estipular contratos atípicos, é evidentemente ocioso, pois que, em todos os tempos, a velocidade da vida econômica e as necessidades sociais estimularam a criação de toda uma tipologia contratual que o legislador não pode prever, e que os Códigos absorveram após a prática corrente havê-la delineado. O segundo, na linha de elaboração doutrinária, determinando que, aos novos contratos elaborados tipicamente, apliquem-se as normas deste Código. Podia ser mais preciso, acrescentando-lhes, além destas, as que constem de leis extravagantes, normalmente adequadas a cada contrato atípico. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *op. cit.* p. 124).

[71] *Idem, ibidem*, p. 13.

com observância dos limites fixados pela ordem jurídica.[72] Já os preceitos coativos podem ser imperativos quando ordenam o que se deve fazer e proibitivos quando determinam o que não se deve fazer. As leis coativas, imperativas ou proibitivas são inderrogáveis pela vontade das partes, por questão de política social.

Conclui-se, assim, que a autonomia da vontade das partes não é absoluta nem ilimitada.

2.4.2.2. Princípio do consensualismo ou do consentimento

Segundo o princípio do consensualismo[73] ou consentimento, via de regra, basta o acordo de vontades para a perfeição do contrato*, contrapondo-se ao formalismo e ao simbolismo que vigoravam em tempos primitivos. Decorre ele da moderna concepção de que o contrato resulta do consenso, do acordo de vontades, independentemente da entrega da coisa*.[74]

Muito embora criticado por ser considerado como manifestação do liberalismo, não se pode olvidar que remanesce certa inclinação para o formalismo, mesmo nas legislações que se afastaram da influência liberal.

---

[72] GOMES, Orlando. o*p. cit*. p. 22.

[73] Caio Mário da Silva Pereira, em incursão histórica sobre o princípio do consensualismo, relata: *Quando, pois, no limiar da Idade Moderna, um jurista costumeiro, como Loysel, dizia que "os bois se prendem pelos chifres e os homens pela palavra", fazia na verdade, e a um só tempo, uma constatação e uma profissão de fé: testemunhava em favor da força jurígena da palavra em si mesma, e deitava uma regra, segundo a qual os contratos formavam-se, em princípio, solo sensu. (*PEREIRA, Caio Mário da Silva. *op. cit. p. 18).*

[74] GONÇALVES, Carlos Roberto. *op. cit*. p. 25.

Tanto é assim que a validade dos contratos solenes e dos reais está condicionada ao cumprimento de solenidades estabelecidas em lei ou somente se perfaz se cumprida certa exigência legal.

As exceções previstas em lei, como as situações descritas nos artigos 1.417[75] e 1.361, §1.º[76], do Código Civil, não desfiguram o princípio do consentimento na formação do contrato, até porque em sua grande maioria os negócios jurídicos bilaterais são de índole consensual.

A propósito, leciona Maria Helena Diniz, *o simples acordo de duas vontades basta para gerar o contrato válido, pois, como apontamos alhures, não se exige, em regra, qualquer forma especial para a formação do vínculo contratual. Embora alguns contratos, por serem solenes, tenham sua validez condicionada à observância de certas formalidades estabelecidas em lei, a maioria deles é consensual, já que mero consentimento tem o condão de criá-los, sendo suficiente para sua perfeição e validade*[77].

Preconiza o artigo 107 do Código Civil*:*

---

[75] *Artigo 1.417. Mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel.*

[76] *Artigo 1.361. Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor:*
§. 1º Constitui-se a propriedade fiduciária com o registro do contrato, celebrado, por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado do registro.

[77] DINIZ, Maria Helena.**Curso de Direito Civil Brasileiro** - Teoria das Obrigações. 21.ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005, vol. 3, p. 38.

> *A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.*

Tem-se, assim, que a regra é o consensualismo e a exceção é o formalismo**.**

2.4.2.3. Princípio da supremacia da ordem pública

O princípio da supremacia da ordem pública consiste, na verdade, em limitação à autonomia da vontade, apontando para a prevalência do interesse público quando o interesse individual conflita com o interesse coletivo*.*

Segundo Carlos Roberto Gonçalves*, a supremacia da ordem pública resultou da constatação, feita no início do século passado e em face da crescente industrialização, de que a ampla liberdade de contratar provoca desequilíbrios e a exploração do economicamente mais fraco. Compreendeu-se que, se a ordem jurídica prometia igualdade política, não estava assegurando econômica. Em alguns setores fazia-se mister a intervenção do Estado, para restabelecer e assegurar a igualdade das partes*.

Surgiram os movimentos em prol dos direitos sociais e a defesa destes nas encíclicas papais. Começaram, então, a ser editadas leis destinadas a garantir, em setores de vital importância, a supremacia da ordem pública, da moral e dos bons costumes, podendo ser lembradas, entre nós, as diversas leis do inquilinato, a Lei da Usura, a Lei da Economia Popular, o Código de Defesa do Consumidor e

outros. A intervenção do Estado na vida contratual é, hoje, tão intensa em determinados campos (telecomunicações, consórcios, seguros, sistema financeiro etc.) que se configura um verdadeiro dirigismo contratual.[78]

Percebeu-se que a desigualdade real existente entre os contratantes favorecia o abuso por parte do mais forte. Para equilibrar essa diferença, fez-se necessário atribuir ao contratante mais fraco economicamente uma superioridade jurídica, conforme ensinamento de Gallart Folch[79], ficando restaurada, assim, a igualdade das partes contrantes.

Para equilibrar as forças, o Estado atualmente acaba intervindo fortemente nas relações contratuais, configurando, assim, o dirigismo contratual. Em algumas áreas é notável essa intervenção, como nas telecomunicações, consórcios, sistema financeiro, entre outras.

O princípio da ordem pública encontra-se positivado no parágrafo único do artigo 2.035 do Código Civil e no artigo 17 da Lei de Introdução do mesmo diploma legal com a seguinte redação*:*

> *Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os*

[78] GONÇALVES, Carlos Roberto. *op. cit*. p. 23.

[79] *Si la única solucón efizaz de la lucha de clases, es el encauzamiento de las relaciones entre patronos y obreros, de manera que no haya poderes incontrolados, ni fuerzas económicas que actúem fatalmente sin cortapisas éticas, ello no puede lograrse sino mediante la regulación jurídica de tales relaciones, en forma, que la injusticia no pueda prevalecer y que todos, aun los más desvalidos, temgan medio fácil y hacedero de alzarse contra ella, logrando el castigo de la misma y la reparación que les es debida*. (GALLART FOLCH, Alejandro. **Derecho Administrativo y Procesal de las Corporaciones de Trabajo**. Barcelona: Liberia Bosch, 1929, p. 6).

> *estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos*.
>
> Artigo 17 da Lei de Introdução ao Código Civil:
>
> *As leis, os 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*.

Como visto, a liberdade dos contratantes depara com as restrições impostas pela ordem pública e pelos bons costumes.

As expressões *ordem pública* e *bons costumes* são cláusulas gerais, abertas, sem conceituação na lei, cabendo esta tarefa a todos os operadores do direito e ao juiz ao aplicar a lei ao caso concreto. Vem a calhar aqui o ensinamento do Desembargador Sérgio Cavalieri Filho a respeito das razões das cláusulas gerais, a saber*:*

> *Por que as cláusulas gerais? Porque a sociedade moderna tornou-se tão complexa que não é mais possível legislar casuisticamente, fazer regulação particular, prever na norma todas as situações que vão ocorrer na vida social. Particularismo não tem mais vez. Não há legislador que agüente. Ainda que o legislador conseguisse prever tudo em determinado momento, amanhã já haveria algo diferente. Então não há outro*

> *caminho, a não ser adotar critérios de legislação mais avançados, baseados nas chamadas cláusulas gerais, nas quais temos uma moldura estabelecida em lei, dentro da qual caberá ao juiz formular a regra para o caso concreto. A regulação tem que ser genérica e geral*.[80]

Entretanto, não é tarefa fácil a conceituação de ordem pública e bons costumes.

Com muita propriedade, Orlando Gomes discorre sobre o tema:

> *A liberdade de contratar, propriamente dita, jamais foi ilimitada. Duas limitações de caráter geral sempre confinaram-na: a ordem pública e os bons costumes. Entendia-se, como ainda se pensa, que as pessoas podem auto-regular seus interesses pelo modo que lhes convenha, contanto que não transponham esses limites.*
>
> *Mas essas limitações gerais à liberdade de contratar, insertas nos códigos como exceções ao princípio da autonomia da vontade, jamais puderam ser definidas com rigorosa precisão. A dificuldade, se não a impossibilidade, de conceituá-las permite sua ampliação ou restrição conforme o pensamento dominante em cada*

[80] CAVALIERI FILHO, Sérgio. O Novo Código Civil e o Código do Consumidor. Convergências ou antinomias?. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, 2002, vol. 5, n.º 20, p. 104.

> *época e em cada país, formado por ideais morais, políticas, filosóficas e religiosas.*
>
> *Condicionam-se, em síntese, à organização política e à infra-estrutura ideológica.*
>
> *A despeito, porém, das suas flutuações e da assinalada dificuldade de reduzi-las a termos puramente objetivos, tem-se procurado fixar o conceito, tanto de ordem pública, como de bons costumes, para que não variem ao sabor de convicções pessoais dos aplicadores da lei*
>
> *Em larga generalização, pode-se dizer que as limitações à liberdade de contratar inspiram-se em razão de utilidade social. Certos interesses são considerados infensos às bases da ordem social ou se chocam com os princípios cuja observância por todos se tem como indispensável à normalidade dessa ordem. Diz-se então que ferem as leis de ordem pública e os bons costumes* [81].

Conforme Henri de Page, *la loi d´ordre public est celle Qui touche aux intérêts essentiels de l´Etat ou de la collectivité, ou que fixe, dans le droit privé, les*

[81] GOMES, Orlando. *op. cit.* p. 24.

bases juridiques fondamentales sur lequelles repose l´ordre économique ou moral d´une société déterminée[82].

Como se denota, para Henri de Page, norma jurídica legal de ordem pública seria *aquela que se relaciona com os interesses essenciais do Estado ou da coletividade, ou que fixa, no Direito Privado, as bases jurídicas fundamentais sobre as quais repousa a ordem econômica ou moral de determinada sociedade*.

Entretanto, essa idéia não estampa com clareza suficiente a conceituação de ordem pública e também não deixa evidente quais seriam os interesses essenciais do Estado e da coletividade, uma vez que estes variam conforme o regime político adotado, o que dificulta sobremaneira a tarefa do juiz de invocá-la. Nem sempre é possível classificar as normas que são de interesse do Estado e da coletividade. Busca-se, então, socorro na doutrina, que, na tentativa de classificá-las, traça uma enumeração exemplificativa, como fazem de forma criteriosa Orlando Gomes[83] e Caio Mário da Silva Pereira[84].

---

[82] DE PAGE, Henri. **Traité Élémentaire de Droit Civil Belge**. Deuxième Édition. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, 1948, tome I, p. 102).

[83] Recorre-se ao expediente da enumeração exemplificativa, tentando-se classificá-las, como segue: a) as leis que consagram ou salvaguardam o princípio da liberdade e da igualdade dos cidadãos e, particularmente, as que estabelecem o princípio da liberdade de trabalho, de comércio e de indústria; b) as leis relativas a certos princípios de responsabilidade civil ou a certas responsabilidades determinadas; c) as leis que asseguram ao operário proteção especial; d) as leis sobre o estado e capacidade das pessoas; e) as leis sobre o estado civil; f) certos princípios básicos do direito hereditário, como os relativos à legítima e o que proíbe os pactos sobre sucessão futura; g) as leis relativas à composição do domínio público; h) os princípios fundamentais do direito de propriedade; i) as leis monetárias; e j) a proibição do anatocismo (GOMES, Orlando. *op. cit*. pp. 23-24).

[84] [...] *condizem com a ordem pública as normas que instituem a organização da família (casamento, filiação, adoção, alimentos); as que estabelecem a ordem de vocação hereditária e a sucessão testamentária; as que pautam a organização política e administrativa do Estado, bem como as bases mínimas da organização econômica; os preceitos fundamentais do Direito do Trabalho; enfim, as regras que o legislador erige em cânones basilares da estrutura social, política e econômica da Nação. Não admitindo derrogação, compõem leis que proíbem ou ordenam, cerceando nos seus limites a liberdade de todos.* (Gomes, Orlando. *op. cit.* pp. 25-26).

Para Sílvio Rodrigues a *idéia de ordem pública é constituída por aquele conjunto de interesses jurídicos e morais que incumbe à sociedade preservar. Por conseqüente, os princípios de ordem pública não podem ser alterados por convenção entre os particulares. "Jus publicum privactorum pactis derrogare non potes"*. [85]

As normas legais de ordem pública são cogentes, imperativas e, portanto, inderrogáveis pela vontade das partes, *por interessarem diretamente à estrutura da sociedade, ou à política jurídica estabelecida pelo legislador*[86]

Preleciona Henri de Page que *les bonnes moeurs ne sont pas definies par la loi. Le Code se borne à em reconnaître l´existence, sans autre précision, dans les articles 6 et 1133. (...) La notion des bonnes moeurs et essentielment réaliste et de bom sens. Certains auteurs assimilent les bonnes moeurs à la morale* [87].

De Page nos dá as seguintes idéias: no Código Civil Belga, a noção de bons costumes não é definida pela lei; o Código reconhece sua existência, sem precisão; a noção de bons costumes é essencial para a realização do bom senso; e certamente há semelhança entre moral e bons costumes.

Entre nós, também em relação aos bons costumes, por se tratar de cláusula genérica, não há uma definição precisa[88] e apresentam também dificuldade de conceituação precisa[89]*. Parecem se r projeção de regras morais no terreno*

---

[85] RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 30.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, vol. 3, p. 16.

[86] *Idem, ibidem.* p. 16.

[87] DE PAGE, Henri. *op. cit*. p. 112.

[88] ***Costume*** *é uma norma jurídica sobre determinada relação de fato e resultante de prática diurna e uniforme, que lhe dá força de lei* (MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 6.ª ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1957, p. 236).

[89] *O costume não é uma <fonte> muito importante de direito no mundo moderno. É usualmente uma fonte subordinada, no sentido de que o poder legislativo pode, através de uma lei, retirar à regra*

jurídico[90]*, mas não se confundem com a Moral*. [91] [92]

Ante a impossibilidade de conceituação precisa de bons costumes, Orlando Gomes[93] enumera, exemplificativamente, alguns contratos considerados contrários aos bons costumes, tais como*:*

---

consuetudinária o seu estatuto jurídico; e, em muitos sistemas, os critérios aplicados pelos tribunais, para determinar se um costume pode ser objecto de reconhecimento jurídico, incluem noções tão fluidas como a de <razoabilidade>, as quais fornecem pelo menos algum fundamento à idéia de que, ao aceitar ou rejeitar um costume, os tribunais estão a exercer um poder discricionário virtualmente incontrolado. Mas mesmo assim, atribuir o estatuto jurídico de um costume ao facto de que um tribunal, ou poder legislativo, ou o soberano, assim o <ordenou>, é adoptar uma teoria apenas sustentável, se for dado à <ordem> um significado tão lato que acaba por desvirtuar a teoria.
Mais adiante afirma: *Até que os tribunais as apliquem em casos particulares, tais regras são* meros *costumes e em nenhum sentido são direito. Quando os tribunais as aplicam e, em concordância com elas, proferem decisões que são executadas, só então, pela primeira vez, recebem estas regras o reconhecimento jurídico* (HART, Hebert L. A. **O conceito de Direito**. 3.ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, pp. 53-55).

[90] *Se é certo que o Direito não impõe a Moral, não é menos verdadeiro que se opõe ao imoral; não estabelece a virtude como um preceito; porém reprime os atos contrários ao senso ético de um povo em determinada época; fulmina-os com a nulidade, inflige outras penas ainda mais severas. Por êsse processo negativo, indireto, cimenta a solidariedade, prestigia os bons costumes e concorre para a extinção de hábitos reprováveis. Condena a má-fé, os expedientes cavilosos para iludir a lei, ou os homens.*
Entretanto, não abroquela uma idéia superior, virtuosa, de moralidade, e, sim, o senso ético médio do povo em geral, na época em que foi feito o ato ajuizado; como bem observou VADALÁ PAPALE, o Direito corporifica e defende – não a moral abstrata dos moralistas, e, sim, a ***moral da vida*** (HART, Hebert L. *op. cit*. p. 205).

[91] *A pretensão de que entre direito e moral há uma conexão necessária tem muitas variantes importantes, nem todas conspícuas pela sua clareza. Há muitas interpretações possíveis dos termos – chaves <necessário> e <moral> e estas nem sempre têm sido distinguidas e consideradas separadamente pelos críticos. A mais clara, talvez, porque é a forma de expressão mais extrema deste ponto de vista, é a que está associada à tradição tomista do Direito Natural. Ela contém uma afirmação dupla: em primeiro lugar, que há certos princípios de verdadeira moral ou justiça, passíveis de descoberta pela razão humana sem o auxílio da revelação, ainda que tenham uma origem divina; em segundo lugar, que as leis elaboradas pelos homens que contrariam estes princípios não são direito válido.* <Lex iniusta non est lex>*. Outras variantes deste ponto de vista geral adotam uma diferente visão, tanto do estatuto dos princípios da moral, como das conseqüências do conflito entre direito e moral. Algumas delas concebem a moral, não como princípios imutáveis de conduta, ou como passíveis de descoberta pela razão, mas como expressões de atitudes humanas em relação à conduta, as quais podem variar de sociedade para sociedade ou de indivíduo para indivíduo* (HART, Hebert L. A. *op. cit*. pp. 170-171).

[92] GOMES, Orlando. *op. cit*. p.25.

[93] *Idem, ibidem*. p. 25.

> *1.º) os relativos à exploração de casas de tolerância;*
>
> *2.º) os concernentes às relações entre concubinários;*
>
> *3.º) os que têm por objeto a corretagem matrimonial;*
>
> *4.º) os que dizem respeito ao jogo;*
>
> *5.º) os que objetivam a venda ou o comércio de influência;*
>
> *6.º) os que consagram, sob qualquer forma, a usura no mútuo.*

Há que se ter presente que, frente ao dinamismo da sociedade, as idéias sobre bons costumes apresentam variações no tempo e no espaço. Nesse sentido são os ensinamentos extraídos de Caio Mário da Silva Pereira, os quais merecem registro a seguir:

> *Bons costumes são aqueles que se cultivam como condição de moralidade social, matéria sujeita a variações de época a época, de país a país, e até mesmo dentro de um mesmo país e mesma época. Atentam contra 'bonos mores' aqueles atos que ofendem a opinião corrente no que se refere à moral sexual, ao respeito à*

> *pessoa humana, à liberdade de culto, à liberdade de contrair matrimônio*. [94]

Essas limitações impostas à liberdade de contratar têm como conseqüência jurídica a decretação de nulidade dos contratos firmados em ofensa às leis de ordem pública, à moral e aos bons costumes.

2.4.2.4. Princípio da força obrigatória

O princípio da força obrigatória ou da obrigatoriedade do contrato funda-se, segundo a teoria clássica, na regra de que o contrato, desde que validamente estipulado, faz lei entre as partes, obriga os contratantes – *pacta sunt servanda* –, não lhes sendo lícito o arrependimento ou a revogação, a não ser mediante consentimento. Significa que, uma vez concluído o contrato com observância dos requisitos legais de validade, reveste-se de eficácia plena, sujeitando, em definitivo, os agentes.

No raciocínio de Carlos Roberto Gonçalves, constituem os fundamentos desse princípio: *a) a necessidade de segurança nos negócios, que deixaria de existir se os contratantes pudessem não cumprir a palavra empenhada, gerando balbúrdia e caos; b) a intangibilidade ou imutabilidade do contrato, decorrente da convicção de que o acordo de vontades faz lei entre as partes,*

[94] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *op. cit*. 23.

personificada pela máxima pacta sunt servanda (os pactos devem ser cumpridos), não podendo ser alterado nem pelo juiz. [95]

A intangibilidade ou imutabilidade do conteúdo dos contratos consubstancia-se, segundo essa concepção clássica, na impossibilidade de revisão ou alteração de cláusulas contratuais pelo judiciário. Qualquer revogação ou alteração do conteúdo dos contratos somente poderia ocorrer por acordo de vontade das partes. Apenas a escusa por caso fortuito ou força maior[96] consistia limitação a esse princípio (Código Civil, artigo 393 e parágrafo único[97]). Na hipótese de inadimplemento, conferia-se ao lesado o direito de provocar o judiciário para obrigar a outra parte a cumprir o pactuado ou a indenizar por perdas e danos, sob pena de execução patrimonial (Código Civil, artigo 389[98]).

Esse princípio *contém ínsita uma idéia que reflete o máximo de subjetivismo que a ordem legal oferece: a palavra individual, enunciada na conformidade da lei, encerra uma centelha de criação, tão forte e tão profunda, que*

---

[95] GONÇALVES, Carlos Roberto. *op. cit*. p. 28.

[96] Para Mário Luiz Delgado Régis, caso fortuito ou força maior: *Foram empregados pelo legislador como sinônimos, mas doutrinariamente não se confundem, muito embora os autores divirjam sobre as diferenças entre os dois eventos. Os conceitos, muitas vezes, chegam a ser diametralmente opostos. Optamos por seguir a corrente dos que entendem ser o caso fortuito o acidente que não poderia ser razoavelmente previsto, decorrente de forças naturais ou ininteligentes, tais como um terremoto, um furacão etc. (Clóvis Beviláqua, João Luiz Alves, Tito Fulgêncio e Carvalho de Mendonça). A força maior, tomando por empréstimo a definição de Huc, seria "o fato de terceiro, que criou, para execução do contrato, um obstáculo, que a boa vontade do devedor não pôde vencer" (Commentaire théorique et pratique du Code Civil, v. 7, p. 143). Exemplos de força maior: a guerra, o embargo de autoridade pública que impede a saída do navio do porto etc* (FIUZA, Ricardo. *op. cit.* p. 309*).*

[97] Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.
Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

[98] Artigo 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo os índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

não comporta retratação, e tão imperiosa que, depois de adquirir vida, nem o Estado mesmo, a não ser excepcionalmente, pode intervir, com o propósito de mudar o curso de seus efeitos[99]*.*

Ocorre, todavia, que o princípio da força obrigatória, com o sentido rígido, absoluto e exacerbadamente individualista, passou a ser atenuado após a 1ª Guerra Mundial, tendo em vista a ocorrência de fato extraordinário (guerra) que refletia nos contratos, tornando-os insustentáveis e excessivamente onerosos para um dos contratantes. Na mesma época, surgiram movimentos sociais contra o poder econômico em detrimento dos mais fracos, desaguando no desequilíbrio entre os contratantes.

Passou-se, então, a uma nova orientação no sentido de se aceitar, em caráter excepcional, a ingerência do Estado no conteúdo de determinados contratos*, seja mediante aplicação de leis de ordem pública em benefício do interesse coletivo, seja com a adoção de uma intervenção judicial na economia do contrato, modificando-o ou apenas liberando o contratante lesado, com o objetivo de evitar que, por meio da avença, se consume atentado contra a justiça*.[100].

Isso, contudo, não induz à conclusão de que o princípio da obrigatoriedade dos contratos tenha sido mutilado em sua essência*. Conquanto essa atitude represente alteração radical nas bases do Direito dos Contratos, como*

[99] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *op. cit*. p. 15.

[100] GONÇALVES, Carlos Roberto. *op. cit*. 29.

parece a alguns entusiastas do poder pretoriano dos juízes, a verdade é que, no particular, houve sensível modificação do pensamento jurídico[101].

A modificação do pensamento jurídico[102], a que alude Orlando Gomes, teve seu marco, como norma legal, na França, por meio da edição da lei Faillot, de 21 de maio de 1918, *dispondo que os contratos mercantis estipulados antes de 1º de agosto de 1914, cuja execução se prolongasse no tempo, poderiam ser resolvidos se, em virtude do estado de guerra, o cumprimento das obrigações por parte de qualquer contratante lhe causasse prejuízos cujo montante excedesse de muito a previsão que pudesse ser feita, razoavelmente, ao tempo de sua celebração*.[103]

Essa lei *representa um marco decisivo na evolução do pensamento jurídico no tocante à questão da força obrigatória dos contratos, uma vez que consagra a idéia nova da imprevisão*[104]*.*

A teoria da cláusula *rebus sic stantibus*, em resumo, consiste em se presumir, nos contratos de execução diferida (de trato sucessivo e nos de duração), uma cláusula implícita, não escrita, segundo a qual os contratantes se obrigam ao seu cumprimento se o estado de fato existente na data da contratação não sofrer

---

[101] GOMES, Orlando. *op. cit*. p. 37.

[102] Orlando Gomes registra que: *A mudança de orientação deve-se a acontecimentos extraordinários, que revelaram a injustiça da aplicação do princípio em seus termos absolutos. Após a primeira conflagração mundial, apresentaram-se, em alguns países beligerantes, situações contratuais que, por força das circunstâncias, se tornaram insustentáveis, em virtude de acarretarem onerosidade excessiva para um dos contratantes. Na França, o Conselho de Estado admitiu, então relativamente a contratos de concessão de serviço público, que seu conteúdo poderia ser revisto, desde que novas circunstâncias, fora de toda a previsão, houvessem determinado, para o cumprimento das obrigações, tamanha onerosidade que a sua execução importasse a ruína econômica do devedor* (GOMES, Orlando. o*p. cit.* p. 37).

[103] *Idem, ibidem* p. 37.

[104] *Idem, ibidem, p. 37.*

alteração durante a execução do pactuado. Havendo modificação na situação de fato em decorrência de fatos extraordinários, por exemplo a guerra, que resultem onerosidade excessiva ao devedor, admite-se a revisão dos contratos. Essa teoria serviu de fundamento para a construção da teoria da imprevisão.

Visando regular determinados contratos atingidos por circunstâncias extraordinárias e buscando resguardar o equilíbrio contratual, a doutrina invocava, inicialmente, a cláusula *rebus sic stantibus*[105] [106] e, posteriormente, construiu-se a teoria da imprevisão, exigindo-se não somente circunstâncias extraordinárias mas também imprevisíveis para possibilitar a revisão dos contratos que causavam onerosidade excessiva a um dos contratantes. Essa teoria, evidentemente, implicou a relativização do princípio da força vinculante do contrato.

---

[105] A cláusula *rebus sic stantibus,* segundo Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos, *é a abreviação da fórmula "contractus qui habent tractum sucessivum et dependetiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur", que, na Idade Média, era admitida tacitamente nos contratos com dependência do futuro e que equivalia a estarem todos os contratos sucessivos ou a termo dependentes da permanência da situação fática existente na data da celebração contratual. Como conseqüência do "individualismo", que passou a prevalecer nas relações jurídicas, tal entendimento foi relegado ao esquecimento no decorrer do século XIX, mas ressurgiu com as novas idéias "solidaristas, que começaram a ganhar vulto desde o início do presente século. Resultou, assim, da antiga cláusula "rebus sic stantibus" 'a teoria da imprevisão', com a preocupação moral e jurídica de evitar graves injustiças, ao ser exigido cumprimento de contratos que não tenham execução imediata, na forma estipulada, admitindo-se sua revisão ou resolução, por meio de intervenção judicial, se as obrigações assumidas tornarem-se excessivamente onerosas pela superveniência de fatos anormais e imprevisíveis à época da vinculação contratual.* (SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa. **Cláusula "rebus sic stantibus" ou teoria da imprevisão**: revisão contratual. Belém: Cejup, 1989, p. 9).

[106] Para Orlando Gomes: *A cláusula rebus sic stantibus considerava-se inserta nos contratos de duração e nos de execução diferida, como condição de sua força obrigatória. Para que conservassem sua eficiência, era subentendido que não deveria ser alterado o estado de fato existente no momento de sua formação. Admitia-se, em suma, que "contratus que habent tractum sucessivum et dependetiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur". Assim, deveriam ser entendidas e presumidas.*
Trata-se, porém, de construção rudimentar, porquanto baseada na existência de condição resolutiva implícita, sem levar em conta fatores que vieram a ser fixados como elementos decisivos à revogação circunstancial do princípio da força obrigatória. Não deve bastar, com efeito, a alteração do estado de fato no momento da formação do vínculo. É preciso algo mais que justifique a quebra da fé jurada. A impossibilidade de prever a mudança desse estado veio a ser considerada condição indispensável à modificação do conteúdo do contrato pela autoridade judicial, ou à resolução. Julgou-se esse requisito tão importante que a construção nova passou a se conhecer sob a denominação de teoria da imprevisão (GOMES, Orlando. *op. cit*. p. 38).

Caio Mário da Silva Pereira sintetiza, criteriosamente, a teoria da imprevisão da seguinte forma:

> *Admitindo-se que os contratantes, ao celebrarem a avença, tiveram em vista o ambiente econômico contemporâneo, e previram razoavelmente para o futuro, o contrato tem de ser cumprido, ainda que não proporcione às partes o benefício esperado. Mas, se tiver ocorrido modificação profunda nas condições objetivas coetâneas da execução, em relação às envolventes da celebração, imprevistas e imprevisíveis em tal momento, e geradoras de onerosidade excessiva para um dos contratantes, ao mesmo passo que para o outro proporciona lucro desarrazoado, cabe ao prejudicado insurgir-se e recusar a prestação. Não o justifica uma apreciação subjetiva do desequilíbrio das prestações, porém a ocorrência de um acontecimento extraordinário, que tenha operado a mutação do ambiente objetivo, em tais termos que o cumprimento do contrato implique em si mesmo e por si só o enriquecimento de um e o empobrecimento do outro*.[107]

O Código Civil de 1916 não previa expressamente a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* ou da teoria da imprevisão. Maria Helena Diniz aponta

[107] PEREIRA, Caio Mário da Silva, *op. cit*. p. 165-166.

inúmeros dispositivos legais que denotam algum vestígio (Código Civil, artigos 401 e 1.058[108]) e outros que comportam aplicação analógica da teoria da imprevisão (Código Civil, artigos. 954, III[109], 1.092[110], 1.190,[111] 1.131[112], 1.383, parágrafo 1.º[113] , e 1.750[114]).

---

[108] DINIZ, Maria Helena, *op. cit*. p. 37.

Art. 401. *Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na fortuna de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar do juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução, ou agravação do encargo*.

Art. 1.058. *O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito, ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado, exceto nos casos dos arts. 955, 956 e 957.*
Parágrafo único. O caso fortuito, ou de força maior, verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir.

[109] Art. 954. *Ao credor assistirá o direito de cobrar a dívida antes de vencido o prazo estipulado no contrato ou marcado neste Código*:
(....)
III – *se cessarem, ou se tornarem insuficientes as garantias do débito, fidejussórias, ou reais, e o devedor, intimado, se negar a reforçá-las*.

[110] Art. 1.092. *Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.*
Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio, capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a parte, a quem incumbe fazer a prestação em primeiro lugar, recusar-se a esta, até que a outra satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante para satisfazê-la.

[111] Art. 1.190. *Se, durante a locação, se deteriorar a coisa alugada, sem culpa do locatário, a este caberá pedir a redução proporcional do aluguer, ou rescindir o contrato, caso já não sirva a coisa para o fim a que se destinava*.

[112] Art. 1.131. *Não obstante o prazo ajustado para o pagamento, se antes da tradição o comprador cair em insolvência, poderá o vendedor sobrestar na entrega da coisa, até que o comprador lhe dê caução de pagar no tempo ajustado*.

[113] Art. 1.383. *O sócio investido na administração por texto expresso do contrato pode praticar, independentemente dos outros, todos os atos, que não excederem os limites normais dela, uma vez que proceda sem dolo.*
Parágrafo 1º Os poderes, que exercer, serão irrevogáveis durante o prazo estabelecido, salvo causa legítima superveniente.

[114] Art. 1.750. *Sobrevindo descendente sucessível ao testador, que o não tinha, ou não o conhecia, quando testou, rompe-se o testamento em todas as suas disposições, se esse descendente sobreviver ao testador.*

Na vigência do Código Civil revogado, a *cláusula rebus sic stantibus* e a teoria da imprevisão eram aplicadas com muita cautela e em casos excepcionalíssimos, exigindo-se os seguintes requisitos*:*

> *a) a vigência de um contrato comutativo de execução diferida ou de trato sucessivo;*
>
> *b) ocorrência de fato extraordinário e imprevisível;*
>
> *c) considerável alteração da situação de fato existente no momento da execução, em confronto com a que existia por ocasião da celebração;*
>
> *d) onerosidade excessiva para um dos contratantes e vantagem exagerada para o outro.*[115]

Toda a cizânia doutrinária e jurisprudencial a respeito da incidência e aplicação da denominada cláusula *rebus sic stantibus* e da teoria da imprevisão no direito pátrio foi minimizada em parte pela Lei no 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor –, que em seu artigo 6.º, inciso V[116], estabelece expressamente a revisão de cláusulas contratuais em razão de fatos supervenientes que as tornem

---

[115] GONÇALVES, Carlos Roberto. *op. cit*. p. 31.

[116] *Art. 6º São direitos básicos do consumidor:*
(...)
V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

excessivamente onerosas. A Lei do Inquilinato, de n.º 8.245/91, também prevê a revisão dos aluguéis, ajustando-os ao preço de mercado (art. 19[117]).

O atual Código Civil solucionou de vez toda a problemática ao disciplinar a revisão contratual por imprevisibilidade no artigo 317 e a resolução dos contratos por onerosidade excessiva nos artigos 478 a 480.

2.4.2.5. Princípio da revisão dos contratos ou da onerosidade excessiva

Esse princípio contrapõe-se ao da obrigatoriedade do contrato, relativizando-o na medida em que possibilita ao contratante buscar a tutela jurisdicional para o restabelecimento do equilíbrio ou a resolução contratual em virtude de eventos factuais extraordinários e imprevisíveis que acarretam onerosidade excessiva ao devedor.

O Código Civil de 2002, sob inspiração do artigo 1.467 do Código Civil Italiano[118], sacramentou a teoria da imprevisão ao regulamentar a resolução dos contratos por onerosidade excessiva em uma seção, integrada pelos artigos 478, 479 e 480, a saber:

---

[117] *Art. 19. Não havendo acordo, o locador ou o locatário, após 3 (três) anos de vigência do contrato ou do acordo anteriormente realizado, poderão pedir revisão judicial do aluguel, a fim de ajustá-lo ao preço de mercado.*

[118] *Art.1467 Contratto com prestazioni correspettive*
Nei contratti a esecuzione continuata o periódica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di uma delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte Che deve tale prestazione può domandare la resoluzione Del contratto, com gli effetti stabiliti dallárt. 1458 (att. 168).
La risoluzione non può essere domandata se la sopravventura onerosità rientra nell'alea normale Del contratto.

> *Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.*
>
> *Art. 479. A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial.*
>
> *Art. 480. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer caso, indenização por perdas e danos.*

O artigo 478 estabelece os requisitos indispensáveis para a resolução do contrato por onerosidade excessiva[119], e Caio Mario elenca-os didaticamente, a saber*: a) vigência de um contrato de execução diferida ou continuada; b) alteração radical das condições econômicas objetivas no momento da execução, em confronto*

La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizione del contratto (962, 1623, 1664, 1923).

[119] Jones de Figueirêdo Alves conceitua onerosidade excessiva como sendo o evento que embaraça e torna dificultoso o adimplemento da obrigação de uma das partes, proveniente ou não de imprevisibilidade da alteração circunstancial (evento extraordinário e imprevisível), impondo manifesta desproporcionalidade entre a prestação e a contraprestação, com dano significativo para uma parte e

com o ambiente objetivo no da celebração; c) onerosidade excessiva para um dos contratantes e benefício exagerado para o outro; d) imprevisibilidade daquela modificação[120]*.* Estudo mais pormenorizado do artigo será dado quando se tratar neste trabalho da extinção dos contratos.

O artigo 478 sofre crítica porquanto prevê a aplicação da teoria da imprevisão tão somente para fins de resolução contratual, sem qualquer referência à revisibilidade contratual, olvidando o legislador que, em função do princípio da utilidade do contrato, procura-se assegurar a manutenção deste, buscando-se o reequilíbrio contratual por meio da revisão (e não da resolução) do contrato. Nessa linha foram editadas, antes mesmo da vigência do atual Código, as legislações especiais, Código de Defesa do Consumidor e Lei do Inquilinato, já mencionadas anteriormente, as quais tratam da revisibilidade contratual, como regra, e da resolução do contrato, como exceção. Nesse aspecto, o atual Código Civil se apresenta como um retrocesso e não atende objetivamente aos anseios da sociedade.

Considerando-se o disposto no artigo 478 do diploma civil, surge o questionamento quanto a sua aplicação nos casos de revisibilidade contratual.

A doutrina, nesse particular, é rica de fundamentos e não apresenta divergência quanto à aplicabilidade do artigo 478 na hipótese de revisão do contrato.

Se o artigo 478 autoriza a resolução, *permitido estará o menos, a revisão contratual*, segundo Maria Helena Diniz, por aplicação da premissa*: a maiori*

---

conseqüente vantagem excessiva (enriquecimento sem causa) para a outra, em detrimento daquela, a comprometer, destarte, a execução eqüitativa do contrato. (FIUZA, Ricardo*. op. cit.* p. 381).

[120] PEREIRA, Caio Mário*. op. cit.* p. 166.

ad minus – in eo quod plus est semper inest et minus (àquele a quem se permite o mais, não se deve negar o menos).[121]

Caio Mário da Silva Pereira entende que o artigo 478 *concede ao contratante a resolução. A alteração das cláusulas de cumprimento será iniciativa do credor, que voluntariamente aquiesce em oferecer oportunidade de solução menos onerosa ao devedor, como meio de salvar a avença*[122]*.*

Carlos Roberto Gonçalves apresenta solução brilhante e fundamentada nas cláusulas gerais da função social do contrato, da boa-fé dos contratantes e do enriquecimento indevido, a qual merece ser registrada, a saber*:*

> *Assim, em resumo, as modificações supervenientes que atingem o contrato podem ensejar pedido de revisão do negócio jurídico, se ainda possível manter o vínculo com modificações nas prestações (art. 317 e 479 do CC), ou de resolução, nos termos dos arts. 317 e 478, a ser apreciado tendo em contas as cláusulas gerais sobre o enriquecimento injusto (art. 884)*[123]*, a boa-fé (art. 422)*[124] *e o fim social do contrato (art. 421)*[125]*, se*

---

[121] DINIZ, Maria Helena, *op. cit*. p. 39.

[122] PEREIRA, Caio Mário da Silva, *op. cit*. p. 167.

[123] *Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.*
Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

[124] *Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, com em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.*

[125] *Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.*

> *houver modificação da base dos negócios que signifique quebra insuportável da equivalência ou frustração definitiva da finalidade contratual objetiva.*

O artigo 317, a que faz referência Carlos Roberto Gonçalves, trata da aplicação da teoria da imprevisão nos contratos unilaterais, dispondo que: *Quando, por motivos imprevisíveis*[126]*, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.*

A III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, realizada no período de 1.º a 3 de dezembro de 2004, também concluiu pela possibilidade de aplicação do artigo 478 do Código Civil visando à revisão de cláusulas contratuais, com fundamento no princípio da conservação dos negócios jurídicos[127].

No que diz respeito à aplicação da teoria da imprevisão nos contratos aleatórios[128], a doutrina não a admite *nos casos em que a onerosidade excessiva*

---

[126] *A interpretação da expressão "motivos imprevisíveis", constante do art. 317 do novo Código Civil, deve abarcar tanto causas de desproporção não previsíveis, como também causas previsíveis mas de resultados imprevisíveis* (Disponível no site www.cjf.org.br, em 18/04/2006).

[127] *Enunciado n.º 176: Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão dos contratos e não à resolução.* (Disponível no site www.cjf.org.br, em 18/04/2006).

[128] Conforme Sílvio Rodrigues*, aleatórios são os contratos em que o montante da prestação de uma ou de ambas as partes não pode ser desde logo previsto, por depender de um risco futuro, capaz de provocar sua variação. Com efeito, o contrato aleatório é aquele em que as prestações oferecem uma possibilidade de ganho ou de perda para qualquer das partes, por dependerem de um evento futuro e incerto que pode alterar o seu montante. O objeto do negócio está ligado à idéia de risco. Isto é, existe uma álea no negócio, podendo daí resultar um lucro ou uma perda para qualquer das partes. (*RODRIGUES, Sílvio. *op. cit.* p. 124)*.*

provém da álea normal, e não do acontecimento imprevisto[129]. Conclui-se, assim, que nos contratos aleatórios somente é admitida a aplicação da teoria da imprevisão*, se o imprevisível decorrer de fatores estranhos ao risco do próprio negócio.*[130]

2.4.2.6. Princípio da relatividade dos efeitos dos contratos

O princípio da relatividade dos efeitos dos contratos funda-se, segundo a teoria clássica, na idéia de que tais efeitos somente são produzidos em relação às partes, que manifestaram a sua vontade, não afetando terceiros. Em relação ao terceiro é *res inter alios acta, aliis neque nocet neque prodest*, ou seja, o contrato produz seus efeitos somente entre as partes, não aproveitando a terceiros nem os prejudicando*.*

Esse princípio encontra-se positivado no artigo 928 do Código Civil vigente, com a seguinte redação:

> *A obrigação, não sendo personalíssima, opera assim entre as partes, como entre seus herdeiros.*

Muito embora tenham sido mencionados apenas os herdeiros, também não são terceiros, em face dos contratantes*, o sucessor, a título singular ou a título universal de um contratante, embora não tenha participado da formação do contrato, terceiro não é, porque a sua posição jurídica deriva das partes, como tal devendo ser*

---

[129] PEREIRA, Caio Mário da Silva, *op. cit*. p. 166.

[130] GONÇALVES, Carlos Roberto. *op. cit*. p. 33.

tido[131]*.* Somente a obrigação personalíssima não vincula os sucessores, e Orlando Gomes[132] cita como exemplos o mandato e a fiança, previstos, respectivamente, nos artigos 682, II[133], e 836[134], ambos do atual Código Civil.

Em síntese, o contrato tem força de lei, mas a sua eficácia, relativa aos efeitos internos, é limitada às partes contratantes. Os efeitos externos, por seu turno, não podem ser desconhecidos pela comunidade.

Extrai-se daí que o princípio da relatividade dos efeitos dos contratos aplica-se em relação não somente aos sujeitos como também ao objeto do contrato. Relativamente aos efeitos sobre o objeto, diz-se que o *contrato tem efeito apenas a respeito das coisas que caracterizam prestação. Se o objeto da prestação, recebido pelo credor em virtude de contrato comutativo, tem defeito oculto que o torna impróprio ao uso a que é destinado ou lhe diminui o valor, ou se dele vem ser privado em virtude de sentença que reconheça o direito de outrem, a eficácia do contrato estará comprometida*[135]*.*

Sofre exceções, todavia, esse princípio.

Situações existem em que pessoas estranhas ao contrato, ou seja, que não participaram da sua formação, são atingidas pelos seus efeitos. Maria Helena Diniz[136] cita como exemplos a estipulação em favor de terceiros (CC, art. 436)[137] e o

---

[131] GOMES, Orlando*. op. cit. pp. 45-46.*

[132] *Idem, ibidem, p. 46.*

[133] Art. 682*. Cessa o mandato:*
(...)
II – pela morte ou interdição de uma das partes;

[134] Art. 836*. A obrigação do fiador passa aos herdeiros; mas a responsabilidade da fiança se limita ao tempo decorrido até a morte do fiador, e não pode ultrapassar as forças da herança.*

[135] GOMES, Orlando. *op. cit*. p. 46*.*

[136] DINIZ, Maria Helena*. op. cit.* p. 41.

contrato com pessoa a declarar (CC, art. 467)[138].

Humberto Theodoro Júnior[139] indica, também, como exceções ao princípio da relatividade dos efeitos do contrato os artigos 12[140], 13[141], 14[142], 18[143], 19[144] e 28[145] da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor, assim se manifestando:

---

[137] Art. 436. *O que estipula em favor de terceiro pode exigir o cumprimento da obrigação.*
Parágrafo único. Ao terceiro, em favor de quem se estipulou a obrigação, também é permitido exigi-la, ficando, todavia, sujeito às condições e normas do contrato, se a ele anuir, e o estipulante não o inovar nos termos do art. 438.

[138] *Art. 467. No momento da conclusão do contrato, pode uma das partes reservar-se a faculdade de indicar a pessoa que deve adquirir os direitos e assumir as obrigações dele decorrentes.*

[139] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *op. cit.* p. 56.

[140] Art. 12. *O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.*

[141] Art. 13. *O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando:*
I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados;
II - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador;
III - *não conservar adequadamente os produtos perecíveis.*

[142] Art. 14. *O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação de danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.*

[143] Art. 18. *Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.*

[144] Art. 19. *Os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de quantidade do produto sempre que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha.*

[145] Art. 28. *O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.*

> *De duas maneiras a Lei n. 8.078/90 afetou, mais intensamente, o princípio da relatividade nos contratos de consumo:*
>
> *a) ao alongar a solidariedade pela reparação dos defeitos dos produtos e serviços, para atingir pessoas que não participaram do contrato firmado entre o fornecedor e o consumidor (arts. 12, 13, 14, 18 e 19) e*
>
> *b) ao permitir, com largueza, a adoção da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (art. 28).*
>
> *Com isto, o legislador ampliou consideravelmente a área de ação do consumidor, ensejando-lhe garantir-se não só com o patrimônio do fornecedor, no caso de ressarcimento de danos, mas também com o de outras pessoas que figuraram na sucessão da circulação do bem negociado até alcançar o seu destinatário fiscal, e até mesmo outras entidades que não se inseriram no fluxo da operação de consumo, mas que se beneficiaram indiretamente de seus resultados econômicos, como se dá com as várias empresas interligadas num mesmo 'grupo econômico'*.

Deve-se ter presente que o Código Civil de 2002, ao reconhecer a função social ao contrato (artigo 421), atinge sobremaneira o princípio da relatividade dos efeitos do contrato, na medida em que este, além de regulamentar e

proteger os interesses dos contratantes, visa também proteger e tutelar os interesses da coletividade, prevalecendo estes últimos quando em conflitos com aqueles.

A possibilidade de revisão desse princípio já vem sinalizada na conclusão da I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, realizado no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado, do Superior Tribunal de Justiça, que aprova o seguinte Enunciado n. 21*:*

> *A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, a impor revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito*. [146]

2.4.2.7. Princípio da função social

O Código Civil de 2002 preocupou-se em retirar o caráter individualista do antigo *codex* que fora elaborado para a sociedade de então, eminentemente agrícola. Com a mudança estrutural da sociedade, onde a grande maioria da população vive nas áreas urbanas, o novo Código Civil deveria atentar nesse novo paradigma, devendo prevalecer o social sobre o individual.

O princípio da função social encontra-se explicitamente materializado no artigo 421 do Código Civil de 2002, ao dispor*:*

[146] FIUZA, Ricardo. *op. cit.* p. 330.

> *A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*.

O preceito não define a expressão "função social do contrato". Trata-se de norma genérica, comportando inúmeras interpretações, e sua redação sofreu crítica já na primeira fase de tramitação do Projeto de Lei do Código Civil.[147] Mesmo após a promulgação do atual Código Civil, em 2002, também é objeto do Projeto de lei n.º 6.960/2002, visando dar nova redação ao dispositivo, com o seguinte teor:

> *Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato*[148] .

O artigo 421 do Código Civil inova ao atribuir função social ao contrato. Tratando-se de um princípio moderno, entendo ser oportuna e esclarecedora a interpretação que a doutrina e a jurisprudência emprestam a esse princípio.

Segundo Jones Figueirêdo Alves:

---

[147] *Na Câmara Federal, em primeira fase, o então Deputado Tancredo Neves considerou tratar-se de "disposição de maior inconveniência, porque significa que, fora dos limites da 'função social' do contrato, não pode ser exercida a liberdade de contratar", admitindo impreciso o conceito de "função social do contrato". Sugeriu, assim, pela Emenda n. 371 nova redação ao artigo, no sentido de que "ao interpretar o contrato e disciplinar a sua execução, o juiz atenderá à sua função social". A emenda foi rejeitada, com o parecer do Relator-Geral, Deputado Ernani Satyro, de onde se extrai o realce: "A afirmação da 'função social do contrato', consoante o art. 420, corresponde ao princípio da função social da propriedade, a que se refere o art. 160, III, da Constituição de 1969* (FIUZA, Ricardo*. op.cit.* p. 329)

[148] *O Deputado Ricardo Fiúza, autor do projeto, promove a alteração atendendo a sugestão dos Profs. Álvaro Villaça de Azevedo e Antonio Junqueira de Azevedo, objetivando substituir a expressão "liberdade de contratar" por "liberdade contratual". Anota a justificativa que "liberdade de contratar a pessoa tem, desde que capaz de realizar o contrato. Já liberdade contratual é a de poder livremente discutir as cláusulas do contrato". Também procedeu-se à supressão da expressão "em razão". A liberdade contratual está limitada pela função social do contrato, mas não é a sua razão de ser* (*idem, ibidem.* p. 330).

A função social do contrato acentua a diretriz de sociabilidade do direito, de que nos fala, percucientemente, o eminente Professor Miguel Reale, como princípio a ser observado pelo intérprete na aplicação dos contratos. Por identidade dialética guarda intimidade com o princípio social da propriedade previsto na Constituição Federal.

A concepção social do contrato apresenta-se, modernamente, como um dos pilares da teoria contratual. Defronta-se com o vetusto princípio pacta sunt servanda*, exaltado, expressamente, pelos Códigos Civil francês (art. 1.134) e italiano (art. 1.372) para, atenuando a autonomia da vontade, promover a realização de uma justiça comutativa. A moldura limitante do contrato tem o escopo de acautelar as desigualdades substanciais entre os contratantes, como adverte José Lourenço, valendo como exemplo os contratos de adesão. O negócio jurídico haverá de ser fixado em seu conteúdo, segundo a vontade das partes. Esta, todavia, apresenta-se auto-regrada em razão e nos limites da função social, princípio determinante e fundamental que, tendo origem na valoração da dignidade humana (art. 1º da CF), deve prescrever a ordem econômica e jurídica.*

Por sua função social, o contrato é submetido a novos elementos integradores de relevância

> *à sua formação, existência e execução, superando a esfera consensual. Mário Aguiar Moura afirma que, segundo a concepção moderna, o contrato fica em condições de prestar relevantes serviços ao progresso social, desde que sobre as vontades individuais em confronto se assente o interesse coletivo, através de regras de ordem pública, inafastáveis pelo querer de ambos ou de qualquer dos contratantes, com o propósito maior de evitar o predomínio do economicamente forte sobre o economicamente fraco.* [149]

Maria Helena Diniz assevera *que, ante o disposto no art. 421, repelido está o individualismo, nítida é, como diz Francisco Amaral, a função institucional do contrato, visto que limitada está a autonomia da vontade pela intervenção estatal ante a função econômico-social daquele ato negocial, que o condiciona ao entendimento do bem comum e dos fins sociais. Amputa-se, assim, os excessos do individualismo e da autonomia da vontade. Como a lei não define a locução "função*

social do contrato, poderá ela ser interpretada de formas diversas, conduzindo à declaração de nulidade de cláusulas ou até mesmo de toda a avença. Por isso, procuramos delinear alguns parâmetros a serem seguidos, pois com essa função social do contrato teremos o justo processo legal substantivo. O contrato deve ter

[149] FIUZA, Ricardo. *op. cit.* p. 329.

alguma utilidade social, de modo que os interesses dos contratantes venham a amoldar-se ao interesse da coletividade[150].

Caio Mário da Silva Pereira[151], ao comentar o artigo 421, afirma que:

> *A redação que vingou deve ser interpretada de forma a se manter o princípio de que a liberdade de contratar é exercida em razão da autonomia da vontade que a lei outorga às pessoas. O contrato ainda existe para que as pessoas interajam com a finalidade de satisfazerem os seus interesses. A função social do contrato serve para limitar a autonomia da vontade quando tal autonomia esteja em confronto com o interesse social e este deva prevalecer, ainda que essa limitação possa atingir a própria liberdade de não contratar, como ocorre nas hipóteses de contrato obrigatório.*

E conclui:

> *A função social do contrato é um princípio moderno que vem a se agregar aos princípios clássicos do contrato, que são os da autonomia da vontade, da força obrigatória, da intangibilidade do seu conteúdo e da*

[150] DINIZ, Maria Helena. *op.cit.* p. 34.

[151] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *op. cit*. p. 13.

> *relatividade dos seus efeitos. Como princípio novo ele não se limita a se justapor aos demais, antes pelo contrário vem desafiá-los e em certas situações impedir que prevaleçam diante do interesse social maior.*

Humberto Theodoro Júnior[152] cita exemplos de contratos que não merecem a tutela jurídica, porque se desviam de sua função social e não há a presença do interesse coletivo, tais como*: locação de imóvel em zona residencial para fins empresariais; venda de produto ou serviço mediante propaganda enganosa; alienação de bens, fraudando credores; ato negocial conducente à concorrência desleal; negócio simulado para prejudicar terceiro; turismo sexual por agência de viagens*.

Na jurisprudência, firma-se o posicionamento retratado nas seguintes ementas:

> *A antiga parêmia "o contrato faz lei entre as partes" hoje, devido ao sentido social da norma jurídica, precisa ser analisada 'cum grano salis'. O aresto afrontado foi sensível a esse aspecto. Tanto assim, fundamenta: "A previsão contratual não tem assim valor absoluto e nem pode superar o justo. Os princípios da autonomia da vontade e da obrigatoriedade das convenções sofrem limitações impostas pela idéia da ordem pública, entre cujas normas se encontram as leis*

[152] THEODORO JUNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 55-56.

> *do inquilinato" (2º TACSP, Ap. 280.300-1, Rel. Juiz Gildo dos Santos, RT, 662/133) (Lex – JSTJ, 119/236).*

A I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, realizada no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado do STJ, aprova os seguintes Enunciados[153]*:*

> *Enunciado n.º 21: A função social do contrato prevista no art. 421 do novo Código Civil constitui cláusula geral, que impõe a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a cautela extrema do crédito).*

> *Enunciado n.º 22: A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas .*

> *Enunciado n.º 23: A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance daquele princípio quando presentes*

[153] FIUZA, Ricardo, *op. cit*. p. 330.

> *interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.*

Questão relevante que surge é a relativa à natureza jurídica do preceito inserto no artigo 421 do Código Civil - se de ordem pública ou dispositiva -, e a solução decorre do cotejo com a disposição contida no parágrafo único do artigo 2.035 do mesmo diploma legal*:*

> *Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.*

Do confronto decorre, sem qualquer margem de dúvida, que o teor do artigo 421 reveste-se de caráter de ordem pública e, conseqüentemente, inderrogável pela vontade das partes, sendo passível de nulidade o contrato celebrado em ofensa ao princípio da função social.

2.4.2.8. Princípio da boa-fé e da probidade

O artigo 113 do Código Civil inseriu no ordenamente jurídico pátrio dispositivo que obriga os contratantes, ao negociarem, agirem com boa-fé, *in verbis*:

> *Art. 113 Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da sua celebração.*

Para a pessoa agir com boa-fé é necessário que ela o faça com lisura, sem intenção dolosa; é a certeza de que a sua ação está amparada pela lei, ou não a está ofendendo. É, de maneira singela, atuar com sinceridade.

A boa-fé, como princípio geral de direito, embasa todas as relações jurídicas existentes na sociedade, e, inovando, o Código Civil de 2002 introduziu o princípio da boa-fé, como cláusula geral[154], no artigo 422[155], com a seguinte redação*:*

> *Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé*.

Não há uma conceituação precisa, determinada e clara sobre a locução boa-fé. Para melhor compreensão do princípio e sua aplicabilidade no campo contratual, há que se estabelecer, no sentido jurídico, a concepção da boa-fé nos seus aspectos subjetivo e objetivo.

---

[154] *Na interpretação da cláusula geral da boa-fé, deve-se levar em conta o sistema do Código Civil e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos*, conforme o Enunciado n.º 27 da I Jornada de Direito Civil. (Disponível no sítio www.cjf.gov.br, em 18/04/2006).

[155] O Enunciado n.º 24 da I Jornada de Direito Civil preceitua que *em virtude do princípio da boa-fé, positivado no artigo 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independente de culpa.* (Disponível no sítio www.cjf.gov.br, em 18/04/2006).

A boa-fé, no aspecto subjetivo ou psicológico, é de ordem interna e está vinculada ao sujeito que desconhece a real situação jurídica, a despeito de ter o convencimento de que está agindo corretamente.

A boa-fé, no seu aspecto objetivo, é de ordem externa, diz respeito às normas de conduta, de como o sujeito deve agir, vale dizer com lealdade, honestidade, confiança, cooperação, condizentes com o comportamento exigível do *homus medium*.[156]

Nessa distinção, a doutrina é de suma importância e muito contribui.

Para Eduardo de Oliveira Gouvêa, a boa-fé subjetiva *diz respeito a dados internos de jaez psicológico, atinentes ao sujeito. É o estado de ignorância acerca das características da situação jurídica que se apresenta, suscetíveis de conduzir à lesão de direitos de outrem.* E conceitua a boa-fé objetiva *ou boa-fé lealdade* como *um dever de agir de acordo com determinados padrões socialmente recomendáveis, de lisura e honestidade, para não frustrar a confiança da outra parte.*[157]

Carlos Alberto Gonçalves assevera que a boa-fé subjetiva *diz respeito ao conhecimento ou à ignorância da pessoa relativamente a certos fatos, sendo levada em consideração pelo direito, para fins específicos da situação regulada. Serve à proteção daquele que tem a consciência de estar agindo conforme o direito, apesar de ser outra a realidade*. A seguir, sintetiza afirmando que *a boa-fé é tanto*

---

[156] Os Enunciados aprovados pela III Jornada de Direito Civil dispõem acerca da boa-fé objetiva da seguinte forma:
Enunciado n.º 168: *O princípio da boa-fé objetiva importa no reconhecimento de um direito a cumprir em favor do titular passivo da obrigação.*
Enunciado n.º 169: *O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.* (Disponível no sítio www.cjf.gov.br, em 18/04/2006).

[157] Disponível no sítio www.uva.br/icj/artigos_de_professores/boa_fe-inov_civil.htm, em 29/03/2006.

forma de conduta (subjetiva ou psicológica) como norma de comportamento (objetiva). Nesta última acepção, está fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e na consideração para com os interesses do outro contratante, especialmente no sentido de não sonegar informações relevantes a respeito do objeto e conteúdo dos negócios.[158]

Segundo Flávio Tartuce, *dentro do conceito de boa-fé objetiva reside a boa-fé subjetiva, já que uma boa atuação presume, inexoravelmente, uma boa intenção. Portanto, toda vez que há previsão da boa-fé objetiva, também está prevista a subjetiva, pela relação de mutualismo que os conceitos mantêm.*[159]

Miguel Reale registra que *a boa-fé apresenta dupla faceta, a objetiva e a subjetiva. Esta última - vigorante, v.g., em matéria de direitos reais e casamento putativo – corresponde, fundamentalmente, a uma atitude psicológica, isto é, uma decisão de vontade, denotando convencimento individual da parte de obrar em conformidade com o direito. Já a boa-fé objetiva apresenta-se como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever de que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria uma pessoa honesta, proba e leal.*[160]

A boa-fé inserta no artigo 422 é a objetiva e tem importância fundamental, porque cria deveres jurídicos para as partes[161] e, segundo Miguel Reale, *deve necessariamente ser analisada como* "*condição sine qua non" para a*

---

[158] GONÇALVES, Carlos Roberto. *op. cit*. pp. 34-36.

[159] Disponível no sítio www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artgos/artigo-boaf%c3%a9-tartuce.doc, em 29/03/2006.

[160] Disponível no sítio http:/www.miguelreale.com.Br/artigos/boafe.htm, em 29/03/2006.

[161] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *op. cit.* p. 20.

realização da justiça ao longo da aplicação dos dispositivos emanados das fontes do direito, legislativas, consuetudinárias e negociais.[162]

No que diz respeito à validade do contrato quanto ao seu objeto, o artigo 422 deve ser cotejado com o 104, *posto que quando o art. 104 dispõe sobre a validade do negócio jurídico, referindo-se ao objeto lícito, neste está implícita a sua configuração conforme a boa-fé, devendo ser declarado ilícito todo ou parte do objeto que com ela conflite*.[163]

O Código Civil de 1916 não consagrava o princípio da boa-fé contratual de forma explícita, e essa ausência de previsão era uma das críticas que sofria o referido código, uma vez que outras codificações importantes já consignavam, de forma expressa, esse princípio[164].

Importante registrar, todavia, que, desde 1850, o ordenamento jurídico pátrio já contemplava expressamente o princípio da boa-fé, de índole contratual, no artigo 131, inciso I, do Código Comercial, preceito esse integrante da parte que foi revogada pelo Novo Código Civil.

Prescrevia a referida norma legal:

> *Art. 131. As palavras do contrato e convenções mercantis devem inteiramente entender-se segundo o costume e uso recebido no comércio, e pelo*

[162] REALE, Miguel. *op. cit*.

[163] *Idem, ibidem*.

[164] Caio Mário da Silva Pereira assevera que *a maior crítica que certamente se podia fazer ao Código Civil de 1916 era o fato de que nele não se tinha consagrado expressamente o princípio da boa-fé como cláusula geral, falha imperdoável diante da consagração do princípio nos Códigos a ele anteriores, como o francês (art. 1.134) e o alemão (par. 242*). (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *op. cit*. p. 20).

> *mesmo modo e sentido por que os negócios se costumam explicar, posto que entendidos de outra sorte possam significar coisa diversa:*
>
> *I – a inteligência simples e adequada que for mais conforme a boa-fé e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras;*

Essa disposição legal, de tão grande valia e importância na ordem jurídica não se revestiu de efetividade e aplicação no plano prático para os operadores do direito. Bem lembrado por Gustavo Tepedino o fato de o Código Comercial conter cláusula geral de boa-fé objetiva e não ser utilizada, efetivamente, no mundo prático.[165]

A Lei n. 8.078/90, denominada de Código de Defesa do Consumidor, não deixou de agasalhar o princípio da boa-fé, tanto é que o invoca expressamente no artigo 4º, inciso III[166], como fundamento da tutela do consumidor.

No direito comparado, o Código Civil Italiano contempla a boa-fé em diversos dispositivos, dentre eles, o artigo 1.337, inspirador do legislador de 2002, a saber:

---

[165] TEPEDINO, Gustavo. **A Parte Geral do Novo Código**. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, p. XIX.

[166] Art. 4º *A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios*:
(...)
III – *harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre o consumidores e fornecedores*;

Art. 1337 Trattative e responsabilità precontrattuale.

Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede.

Art. 1175 Comportamento secondo correttezza

Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza.

Art. 1358 Comportamento delle parti nello stato dipendenza

Colui che si è obbligato o che ha alienato un diritto sotto condizione sospensiva, ovvero lo ha acquistato sotto condizione risolutiva, deve, in pendenza della condizione, comportarsi secondo buona fede per conservare integre le ragioni dell'altra parte.

Art. 1366 Interpretazione di buona fede

Il contratto deve essere interpretato secondo buona fede.

> *Art. 1375 Esecuzione di buona fede*
>
> *Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede.* [167]

A redação da aludida regra, como promulgada, é objeto de crítica por se referir apenas à execução e à conclusão dos contratos[168], omitindo-se quanto à boa-fé na fase pré e pós-contratual. Acolhendo as sugestões de Antonio Junqueira de Azevedo[169], o Deputado Ricardo Fiúza formulou o Projeto de Lei n.º 6.960/02, que propõe a seguinte redação para o artigo 422 do Código Civil:

> *Os contratantes são obrigados a guardar, assim nas negociações preliminares e conclusão do contrato, como em sua execução e fase pós-contratual, os princípios da probidade e boa-fé e tudo mais que resulte da natureza do contrato, da lei, dos usos e das exigências da razão e da eqüidade*.

---

[167] Disponível no sítio http://www.jus.unitn.it/Cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Lib4.htm, em 15/03/2006.

[168] Jones Figueiredo Alves afirma que a redação do artigo apresenta, conforme aponta Antonio Junqueira de Azevedo, *insuficiências e deficiências, na questão objetiva da boa-fé nos contratos. As principais insuficiências convergem às limitações fixadas (período da conclusão do contrato até a execução), não valorando a necessidade de aplicações da boa-fé às fases pré-contratual e pós-contratual, com a devida extensão do regramento. As deficiências decorrem da ausência de duas funções do direito pretoriano, para a cláusula geral da boa-fé: a ' supplendi' e a 'corrigendi', no que diz respeito, fundamentalmente aos deveres anexos ao vínculo principal, cláusulas faltantes e cláusulas abusivas.* (FIUZA, Ricardo. *op. cit.* p. 331*).*

[169] *Idem, ibidem*, p. 423.

A proposta restou, inicialmente, rejeitada pelo parecer do Deputado Vicente Arruda, integrante da Comissão de Constituição, Justiça e Redação da Câmara dos Deputados, nomeado como relator para a análise do referido Projeto de lei, sob o seguinte fundamento:

> *Pela manutenção do texto, que fala em 'conclusão do contrato', que compreende a fase de negociação, elaboração, assinatura, e da sua 'execução', que compreende o cumprimento ou descumprimento das obrigações contratuais, bem como a solução dos conflitos entre as partes. Não devendo ceder à tentação de deixar tudo explícito, até o óbvio.*[170]

Assim, mantendo-se a redação originária do artigo 422, surge a questão de aplicação ou não da boa-fé também nas fases pré e pós-contratual, sendo de grande relevância, nesse aspecto, o papel da doutrina e da jurisprudência.

A jurisprudência já sinaliza no sentido de que a boa-fé deve ser exigida não somente na fase de conclusão e execução dos contratos como também nas fases preliminar e pós-contratual.

Com efeito, a I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, realizada no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado, do Superior Tribunal de Justiça, aprova os seguintes enunciados*:*

---

[170] Disponível no sítio www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigo-boaf%c%A9-tartuce.doc, em 29/03/2006.

Enunciado n.º 25: O art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós-contratual[171].

> *Enunciado n.º 26: A cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes*[172].

Igualmente na III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, realizada no período de 1.º a 3 de dezembro de 2004, o posicionamento é mantido, com a aprovação, dentre outros, do Enunciado a seguir transcrito:

> *Enunciado n.º 170: A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase das negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato*[173].

A doutrina moderna caminha no mesmo sentido[174].

---

[171] FIUZA, Ricardo. *op. cit* . p. 332.

[172] *Idem, ibidem*, p. 332.

[173] *Idem, ibidem*, p. 332.

[174] Eduardo de Oliveira Gouvêa posiciona-se no sentido de que: *A boa-fé contratual pode ser entendida portanto como um dever de agir objetivamente de boa-fé, com perdão pelo truísmo. Essa boa-fé preconiza constituir no campo contratual uma postura que deve ser seguida nas várias fases das relações entre as partes. Assim, na fase pré-contratual, das negociações preliminares à*

Caio Mário da Silva Pereira elucida a questão ao aduzir *que essa omissão não implica negação da aplicação da regra da boa-fé para essas fases antecedente e posterior ao contrato, muito pelo contrário, já que cabe aqui a interpretação extensiva da norma para abranger também as situações não expressamente referidas, mas contidas no seu espírito.*[175]

Nelson Nery Júnior aduz que o BGB § 242[176] *mantém sua redação original, desde 1896, que não menciona nem a fase pré-contratual, tampouco a pós-contratual e nem por isso a doutrina e a jurisprudência deixaram de incluir aquelas duas circunstâncias. Mesmo com redação insuficiente, estão compreendidas no CC as tratativas preliminares, antecedentes do contrato, como também as obrigações derivadas do contrato, ainda que já executado.* [177]

Ruy Rosado de Aguiar Júnior, discorrendo sobre o artigo 422, menciona que, na fase preliminar do contrato, pode haver censura à parte que não cumpriu com seus deveres, como a *feita a quem abandona inesperadamente as negociações já em adiantado estágio, depois de criar na outra parte a expectativa da celebração de um contrato para o qual se preparou e efetuou despesas, ou em*

---

declaração de oferta, os contratantes devem agir com lealdade recíproca, dando as informações necessárias, evitando criar expectativas que sabem destinadas ao fracasso, impedindo a revelação de dados obtidos em confiança, não realizando rupturas abruptas e inesperadas das conversações, etc. (Disponível no sítio www.uva.br/icj/artigos_de_professores/boa_fe-inov_civil.htm., em 29/03/2006).

[175] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *op. cit*. p. 20.

[176] *§ 242 - Leistung nach Treu und Glauben - Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.* (Disponível no sítio http://dejure.org/gesetze/BGB/242.html, em 17/04/2006). Tradução livre: O devedor está adstrito a realizar a prestação tal como exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfego.

[177] NERY JÚNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil – Apontamentos Gerais. **O novo Código Civil**: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale. Coord. de Domingos Franciulli Netto, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins Filho. São Paulo: LTr, 2003. p. 433.

função do qual perdeu outras oportunidades. A violação a esse dever secundário pode ensejar indenização.[178]

Ao tratar da boa-fé estatuída no artigo 422, Maria Helena Diniz também se posiciona a que haja que *haja entre as partes uma colaboração no sentido de mútuo auxílio na tratativa negocial, na formação, na execução e na extinção do contrato, impedindo que uma dificulte a ação da outra.*[179]

No tocante à probidade, preleciona Miguel Reale *que a conduta, segundo a boa-fé objetiva, é assim entendida como noção sinônima de "honestidade pública".*[180]

O antigo conceito romano de *probus* (honesto) e de *improbus* (desonesto), presente no Direito Administrativo, foi introduzido no Código Civil de 2002, fazendo com que a honestidade se tornasse uma conduta exigível dos contratantes.

Administrativamente, *o dever de probidade está constitucionalmente integrado na conduta do administrador público como elemento necessário do administrador público à legitimidade de seus atos, e o ato administrativo praticado com lesão aos bens de interesse público também fica sujeito a invalidação pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário, por vício de improbidade, que é uma ilegitimidade como as demais que nulificam a conduta do administrador*. [181]

---

[178] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por incumprimento do devedor**. 2.ª ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2003, p. 248.

[179] DINIZ, Maria Helena. *op. cit*. p. 42.

[180] Disponível no sítio http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm, em 29/03/2006.

[181] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 17.ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992, pp. 91-92. (Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho).

Assim, como é dever do administrador público agir com lealdade e honestidade para a legitimação do ato administrativo, também a conduta dos contratantes, na linha de pensamento de Miguel Reale, deve ser pautada pela lealdade e honestidade para a legitimação do contrato. Nessa mesma direção segue Caio Mário da Silva Pereira ao afirmar que *a probidade resulta do confronto da conduta do contratante com um padrão de "homem leal e honesto".*[182]

A probidade, mencionada no artigo 422 do Código Civil, para Carlos Roberto Gonçalves, *nada mais é senão um dos aspectos objetivos do princípio da boa-fé, podendo ser entendida como a honestidade de proceder de maneira criteriosa de cumprir os deveres, que são atribuídos ou cometidos à pessoa. Ao que se percebe, ao mencioná-la, teve o legislador mais a intenção de reforçar a necessidade de atender ao aspecto objetivo da boa-fé do que estabelecer um novo conceito.*[183]

2.5. FORMAÇÃO DOS CONTRATOS

2.5.1. Negociações preliminares

A formação do contrato decorre da final conjugação de vontades das partes, mas pode ocorrer que, muitas vezes, não se dê a finalização logo após o seu encontro inicial, tendo em vista a necessidade de realização de uma série de tratativas e transigências que podem demandar intenso labor.

---

[182] PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. *op. cit*. p. 21.

[183] Gonçalves, Carlos Roberto. *op. cit*. p. 34.

As negociações preliminares, conversas, sondagens são meios pelos quais as pessoas evidenciam seus interesses umas às outras visando à consecução de contratos futuramente. Todavia, nem sempre as propostas negociais vêm revestidas de nuances simples e singelas. Nos casos mais complexos, com variada gama de dados, avaliações e outros elementos especificadores, tornam-se necessárias reuniões para o debate de aspectos mais sutis do negócio, feitura de projetos e minutas clausulares. Nessa fase preliminar, meramente de sondagens e conversações, embora tenham sempre em conta a possibilidade de fechamento da negociação, os interessados, na verdade, ainda não se obrigam definitivamente. É que ainda, entre eles, não há nada de certo, determinado e concluído em todos os seus termos para se ter a entabulação como vinculante e obrigatória, negócio finalmente fechado, como se diz comumente.

É necessário registrar que as negociações prévias não geram obrigações, em si e por si mesmas, para os participantes envolvidos, mas a todos se impõe o comportamento de boa-fé. Pode ocorrer que uma das partes, agindo com deslealdade e incorreção nessa fase, pendente ainda a celebração do contrato e sua decorrente obrigatoriedade, faça a outra acreditar, porque induzida a tal, que o negócio será fechado e, por isso, esta, adiantando-se, toma providências e promove gastos, muitas vezes de elevada monta, para em seguida receber a comunicação do rompimento das negociações prévias por iniciativa do indutor, que pode ser responsabilizado civilmente.

2.5.2. A manifestação da vontade

A manifestação da vontade, no ensinamento de Carlos Roberto Gonçalves, *é o primeiro e mais importante requisito de existência do negócio jurídico. A vontade humana se processa inicialmente na mente das pessoas. É momento subjetivo, psicológico, representado pela própria formação do querer. O momento objetivo é aquele em que a vontade se revela por meio da declaração. Somente nesta fase ela se torna conhecida e apta a produzir efeitos nas relações jurídicas*.[184]

A manifestação de vontade pode ser expressa ou tácita. Expressa quando manifesta seu propósito por meio da palavra escrita ou oral, bem como por gestos. Gestos são movimentos do corpo para exprimir idéias, sentimentos, significações ou para realçar a expressão. Pelo gesto pode-se comunicar e manifestar a vontade, bastando um simples sinal de mão para se fazer um lance maior num leilão, atitude simples que integra o quadro de um negócio jurídico. A declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir (art. 107, Cód. Civil[185]), mas a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no país (artigo 108, Código Civil [186]). Registre-se que o

[184] GONÇALVES, Carlos Roberto. *op. cit.* p. 48.

[185] Art. 107. *A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir*.

[186] Art. 108. *Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.*

negócio jurídico celebrado com a cláusula de não valer sem instrumento público, formalidade que integra a substância do ato (artigo 109 [187]), constitui emissão da vontade dotada de poder criador e sua inobservância inquinará de ineficácia jurídica o ato negocial, conforme nota doutrinária ao pé do referido.[188]

A declaração de vontade pode ser tácita, quando a lei não a exigir expressa, conforme dispõe o artigo 432 do Código Civil[189], mas há que se extrair da conduta do agente a certeza inequívoca de seu querer no sentido da constituição do negócio contratual. A esse respeito, figura como exemplo na doutrina o contrato de doação de um veículo em que o donatário o licencia e passa a utilizá-lo, entendendo-se que aceitou a liberalidade por sua atitude ser incompatível com o ato de recusa[190]. Outro exemplo é *o do comerciante que recebeu encomenda e dá início à execução do contrato com a remessa das primeiras partidas. Ele não pode alegar que o ajuste não se completou por falta de aceitação, já que esta se revelou tacitamente*. [191]

O silêncio também pode veicular uma declaração de vontade, geradora de direitos e obrigações, mas há que ser um silêncio que efetivamente evidencie um desejo, um querer forte que com certeza seja a própria vontade contratual. Esse é o silêncio adequadamente chamado de circunstanciado, qualificado ou conclusivo pela doutrina, de vital importância para a expedição e rapidez das atividades econômicas,

---

[187] Art. 109. *No negócio jurídico celebrado com a cláusula de não valer sem instrumento público, este é da substância do ato.*

[188] FIUZA, Ricardo. *op. cit.* p. 103.

[189] Art. 432. Se o negócio for daqueles em que não seja costume a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa.

[190] RODRIGUES, Silvio. *op. cit.* p. 66.

[191] *Idem, ibidem,* p. 66-67.

e agasalhado nas disposições do artigo 111[192] de nosso Código Civil, que admite a validade do silêncio como manifestação expreassa de vontade. O exemplo que se traz à colação é do *comerciante que recebe, de freguês habitual, encomenda de mercadoria de sua especialidade, pelo preço corrente no mercado, com prazo certo de entrega determinado, que deve comunicar de pronto sua recusa ao cliente, sob pena de se haver por aceita a proposta*.[193]

2.5.3. Proposta

A proposta, ou policitação, constitui-se num dos elementos indispensáveis para a formação do contrato. Com a apresentação da proposta, o policitante já se vincula pelo próprio conteúdo dela, conforme dispõe o artigo 427 do Código Civil.

A proposta é o impulso oficial de uma fonte obrigacional e por isso deve ser precisa em todos os seus termos, contendo as linhas estruturais do negócio pretendido, a fim de que o contrato possa ser considerado perfeito com a simples concordância daquele a quem é dirigida, ou seja, o oblato.

Ela é dirigida não só a uma determinada pessoa, já que pode se apresentar também sob a forma de oferta ao público, caso em que o oblato não é identificado. A oferta ao público, contendo os elementos básicos do contrato, reveste-se de obrigatoriedade, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou

---

[192] Art. 111. *O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa.*

[193] RODRIGUES, Silvio. *op. cit.* pp. 66-67.

dos usos (artigo 429, Código Civil[194]). A legislação também enseja a revogação da oferta, desde que a hipótese venha ressalvada em seu texto.

Também o Código do Consumidor disciplinou a oferta ao público (artigo 35 [195]) e chegou a oferecer mais que a legislação comum ao possibilitar ao oblato a exigência do cumprimento específico da obrigação, se assim o desejar. Todavia, a doutrina, parcialmente, entendeu que, quando o policitante não honra a proposta, resta ao oblato buscar a via das perdas e danos, sem execução específica da obrigação de contratar. É orientação que deve mudar, pois, segundo Caio Mário da Silva Pereira, há uma *tendência moderna de se dar execução específica às obrigações de fazer*.[196]

A oferta ao público equivale à proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato (artigo 429, Código Civil [197]) e se realiza por licitação ou por concurso, aquela obrigatória para obras públicas, mas alcançando também os leilões de mercadorias e objetos.

O concurso, variante da oferta ao público, se destina a variada gama de propósitos, tais como admissão de empregados, seleção de projetos e realização de empreitadas. A realização do concurso deve ser concretizada obrigatoriamente,

---

[194] Art. 429. A oferta ao público equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos.

[195] Art. 35. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha:
I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;
II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;
III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.

[196] PEREIRA, Caio Mario da Silva. *op. cit*. p. 40.

[197] *Art. 429. A oferta ao público equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos.*
Parágrafo único. Pode revogar-se a oferta pela mesma via de sua divulgação, desde que ressalvada esta faculdade na oferta realizada.

mas não há obrigação de contratar com o ganhador, se houver ressalva preexistente a esse respeito.

Há máquinas automáticas de venda que, introduzida a moeda correspondente ao preço estipulado, disponibilizam a mercadoria ao comprador. O proponente, no caso, é representado pelo aparelho e o oblato é o público em geral. Esse sistema é aplicado também no transporte em trem subterrâneo, na venda de jornais e outros mais.

Via de regra, a proposta tem força absoluta, produzindo direitos e obrigações, mas, se o policitante gravá-la com a cláusula de não-obrigatoriedade, vale a reserva feita que lá se insere e, assim, se cancelada, nenhum gravame poderá recair sobre o policitante. O Código Civil, em seu artigo 428[198], arrola inúmeras hipóteses em que a proposta deixa de ser obrigatória e considera, como entre presentes, a contratação via telefônica ou por meio de comunicação semelhante. Nossa legislação adotou a teoria de Gabba[199], que entende que a contratação por via telefônica se dá entre presentes, minimizando a importância do espaço e preconizando a relevância da circunstância temporal, entendendo que o que tem significação para a solução do problema é o fato de os contratantes, embora não se vendo, podem contratar diretamente, ouvir-se mutuamente, propor e aceitar imediatamente. A conseqüência para os que contratam telefonicamente, embora as partes contratantes possam estar a milhares de quilômetros uma da

---

[198] Art. 428*. Deixa de ser obrigatória a proposta:*
I - se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita. Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante;
II - se, feita sem prazo a pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente;
III - se, feita a pessoa ausente, não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo dado;
IV - se, antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente.

[199] Carlo Francesco Gabba, jurista italiano, autor do livro *Teoria della retroativitá delle Leggi.*

outra, é que o negócio pode ser fechado de imediato, se assim quiserem os participantes, tal como fariam se estivessem frente a frente, cara a cara, presentes. Caso a contratação por via telefônica fosse tida como entre ausentes, sobrevalorizando o aspecto espacial, a distância entre os interlocutores, demandaria outras providências protocolares que delongariam a finalização do contrato.

A comunicação por via da Internet tem o mesmo tratamento jurídico da realizada por telefone, já que os interessados estão em contato simultâneo, estabelecendo preço, prazo e outros detalhes, finalizando o negócio em seguida. Na Internet, via de regra, a proposta em tempo real é imediatamente seguida da resposta ou aceitação, diferente, portanto, do que ordinariamente acontece com proposta feita por via de e-mail, já que por esse meio os usuários da rede não estão ao mesmo tempo conectados.[200] Porém, por amor à verdade, não deve ser afastada a possibilidade de, via e-mail (gmail[201]), os interessados, trocando proposta e aceitação, concomitantemente, comporem o negócio jurídico como se presentes estivessem.

O proponente, no caso de oblato ausente, deve aguardar o transcurso do prazo dado para ponderação e resposta. Não havendo resposta tempestiva, a proposta não prevalece. Entretanto, se não tiver sido assinado prazo, o proponente deve aguardar por tempo suficiente a resposta. Não é um prazo certo e definido, mas variável, razoavelmente ponderado, atendida a natureza do negócio e outras implicações. Nem longo demais, nem curto demais. É o chamado prazo moral.

---

[200] A respeito, há o Enunciado n.º 173 da III Jornada de Direito Civil entendendo que *a formação dos contratos realizados por meio eletrônico, completa-se com a recepção da aceitação pelo proponente* (Disponível no sítio www.cjf.gov.br, em 18/04/2006).

[201] Modalide de e-mail que permite saber se a pessoa com quem se fala encontra-se *on line*, possibilitando, inclusive, conversa em tempo real.

Pode o proponente retratar-se, desobrigando-se, mesmo que não tenha feito ressalva, pois obrigatoriedade não é sinônimo de irrevogabilidade. Essa retratabilidade não pode se dar a qualquer tempo, arbitrariamente. A retratação deve chegar ao oblato, por meio de carta ou outro meio, antes que este tenha recebido a proposta ou então simultaneamente a ela. Isso ocorrendo, a proposta e a retratação se anulam, automaticamente, diante da contradição existente. Nulificam-se mutuamente.

No caso de morte do proponente, a oferta não caduca como quer em alguns, pois a abertura da sucessão transmite aos herdeiros o patrimônio *do de cujus* com o ônus da proposta feita. Os herdeiros podem cumprir a oferta se o oblato aderir a ela, mas também podem os herdeiros recusar o cumprimento da oferta, se a retratação vier a tempo.

Interessante registrar que o comerciante que mantém sua casa comercial aberta e seus artigos sempre expostos se encontra em permanente estado de oferta, e o oblato, se assim pretender, tem o direito de adquirir o artigo em exposição mesmo que seja a última peça do estoque. A proposta se resume e se delimita pelo estoque existente e disponível, tal como deflui da cláusula “nos limites do estoque ou do disponível”.

2.5.4. Aceitação

A aceitação constitui passo final para a formação do contrato. O oblato ou destinatário da proposta deve efetivar sua manifestação de vontade para a consecução do contrato, aceitando ou não. O contrato nasce e se forma quando o

oblato adere à proposta. O efeito principal da aceitação não é somente vincular o aceitante, mas também prender o policitante, que a partir de então se liga ao contrato. A aceitação é, portanto, a complementação da policitação.

Entre presentes, a proposta deve ser aceita de imediato ou no prazo estabelecido. Não ocorrendo a manifestação de vontade daquele que seria o aceitante, a proposta deixa de ser obrigatória.

Entre ausentes, a aceitação deve chegar ao proponente dentro do prazo marcado, e, chegando atrasada e não mais interessando ao proponente o negócio, deve este dar ciência negativa ao aceitante, sob pena de arcar com perdas e danos (artigo 430 do Código Civil [202]) por agir maliciosamente. Assim é porque somente o proponente teria condição de certificar o atraso da aceitação e, por outro lado, evitaria que o aceitante, apesar da incerteza que pudesse ter quanto a esse fato, tomasse providências que, ao final, se mostrariam desnecessárias.

Pode ocorrer que o aceitante, ao receber a proposta, faça modificações, o que é tido como nova proposta ou contraproposta, e esta, então, para se impor sobre a proposta inicial, teria que cumprir novamente todo o trâmite

Há casos em que a aceitação, se recepcionada, constituiria manobra inaceitável visando à realização do negócio, violenta a vontade do oblato, como no caso do consumidor.

Outro exemplo, corrente na literatura e que desnatura a configuração de negócio jurídico, é a que se refere ao jornal que envia um exemplar à uma pessoa, informando que a não devolução desse constituíria-se em assinatura. Ora, é

[202] Art. 430. Se a aceitação, por circunstância imprevista, chegar tarde ao conhecimento do proponente, este comunicá-lo-á imediatamente ao aceitante, sob pena de responder por perdas e danos.

indubitável que a pretensa vinculação não significa manifestação de vontade, não obrigando, portanto, a devolução do jornal não encomendado. A remessa do jornal é tida como gratuita e mera propaganda. O proponente não tem amparo legal para impor a falta de resposta como fato consubstanciador da aceitação de sua oferta.[203]

O tema conclusão de contratos, quanto ao instante em que as partes passam a ficar vinculadas e o contrato começa a produzir efeitos jurídicos, desperta grande interesse.

O contrato é concluído quando:

> *Entre presentes, o contrato reputa-se concluído no instante em que o solicitado, a quem foi dirigida a proposta, emite a sua aceitação; a doutrina é firme e não existem dúvidas a respeito.*
>
> *Entre ausentes (por carta, telegrama, radiograma ou mensageiro), existe um lapso de tempo entre a manifestação da vontade do aceitante e o conhecimento dela pelo proponente. Nesse caso, em que momento se opera a conjugação das vontades, em que momento se aperfeiçoa o contrato?*
>
> *Acerca dos contratos concluídos entre ausentes, levantam-se dúvidas e dificuldades, que não se*

[203] MONTEIRO, Washington de Barros. *op. cit*. p. 19.

> *apresentam ao pensamento em outros casos de manifestação de vontade*.[204]

São estas as teorias a respeito da questão:

A teoria da cognição ou da informação exige o concurso das vontades do policitante e do aceitante, formando-se o vínculo obrigacional no momento em que aquele se inteira da aceitação deste.

A teoria da agnição ou da declaração é aquela para a qual o contrato

se aperfeiçoa no momento em que o aceitante manifesta a sua anuência, porque nesse exato instante se efetiva a convergência de vontades.

Essa teoria se subdivide em três orientações:

a) a teoria da declaração propriamente dita, como primeira orientação, assenta que a relação obrigacional constitui-se no momento em que o aceitante formula a resposta, escrevendo a carta ou redigindo o telegrama;

b) a teoria da expedição ou da transmissão, como segunda orientação, é aquela para a qual não basta escrever a resposta, é preciso remetê-la ao proponente, postando-a ou transmitindo-a. Realizado esse ato, presume-se que o contratante fez tudo quanto estava ao seu alcance para externar a aceitação. O contrato considera-se, pois, formado, com a expedição da resposta favorável;

c) a teoria da recepção, como a terceira orientação, é aquela em que o contrato se forma quando a resposta chega materialmente às mãos do policitante.

---

[204] *idem, ibidem,* p. 20.

Nosso Código Civil, pelo que dispõe o artigo 434[205], filiou-se à teoria da agnição ou da declaração, em sua modalidade da expedição, pela qual não basta escrever a resposta favorável; é preciso remetê-la.

Há exceções à teoria da expedição como as estatuídas nos números II e III do artigo 434 do Código Civil. A primeira é criação da vontade das partes, que poderão convencionar aguarde o proponente a resposta do aceitante; o momento consumativo do contrato será então o da recepção, e não o da expedição.

A outra exceção é injustificável: se há prazo estipulado para a resposta, o contrato estará perfeito no momento da expedição; se o prazo é para a chegada da resposta, reger-se-á a hipótese pelo n. II, já examinado.

2.6. EFEITOS DOS CONTRATOS

2.6.1. Noções Gerais

O contrato tem como efeito inicial criar obrigações para as suas partes integrantes e por isso, ao mesmo tempo, acaba vinculando-as juridicamente. O contrato, assim como as declarações unilaterais de vontade, os ilícitos e a lei, constituem fonte de obrigações e, de conseqüência, seus efeitos são também de natureza obrigacional.

---

[205] Art. 434. *Os contratos entre ausentes tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida, exceto:*
I - no caso do artigo antecedente;
II - se o proponente se houver comprometido a esperar resposta;
III - se ela não chegar no prazo convencionado.

Esses efeitos, derivados do vínculo jurídico, surgem com força obrigatória e com relatividade, podendo, neste último caso, atingir terceiros alheios ao contrato.

Os efeitos jurídicos decorrentes da obrigatoriedade do contrato vêm do vínculo convencionado pelas partes. O contrato torna imperativa, como se lei fosse, a estrita observância do avençado. Firmado o contrato, as partes são obrigadas a observá-lo e cumpri-lo, sob pena de execução ou responsabilidade por perdas e danos.

Tem-se o contrato, também, como irretratável e inalterável, e isso significa que a parte não poderá, por si só e ao seu arbítrio, desvincular-se do pacto. O rompimento do liame só poderia ocorrer sob consentimento das partes envolvidas no contrato. Pode ocorrer, também, com certeza raramente, que o contrato contenha cláusula que possibilite ao contratante alterar ou desvencilhar-se do convencionado pela sua única e exclusiva vontade e, ainda, arrepender-se e retirar-se se houver previsão contratual expressa acobertando a pretensão. Outra hipótese, assaz referida na literatura, é a do fiador sem limitação de tempo (Código Civil, artigo 835 [206]), que pode se livrar da garantia, mesmo silente o pacto sobre o referido aspecto, já que o efeito resulta do comando do próprio texto legal[207]. O contrato também poderá ser desfeito, materializando o arrependimento autorizado por lei, no campo das relações de consumo, quando o consumidor dele desistir, dentro de sete dias,

[206] Art. 835. O fiador poderá exonerar-se da fiança que tiver assinado sem limitação de tempo, sempre que lhe convier, ficando obrigado por todos os efeitos da fiança, durante sessenta dias após a notificação do credor.

[207] DINIZ, Maria Helena. *op. cit*. p. 110.

contados de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço (artigo 49 da Lei 8.078/90 [208]).

O contrato faz lei entre as partes, como comumente se diz, e como essa assertiva constitui decorrência de efeito da obrigatoriedade, infere-se que a sua interpretação se faz como se se estivesse interpretando um texto de lei propriamente dito. É uma imposição absoluta emanada da obrigatoriedade do contrato, cedendo apenas nos casos de imprevisão, pela cláusula *rebus sic stantibus*, ou na ocorrência de força maior ou caso fortuito.

Pelos efeitos do contrato quanto à sua relatividade, busca-se estabelecer os limites das conseqüências do avençado pelo prisma das partes ali envolvidas. Normalmente, o contrato faz lei entre os integrantes, sujeitando apenas as suas partes constituidoras e não alcançando terceiros que ficam fora de sua órbita, sem proveitos e sem prejuízos.

Todavia, há pessoas que poderão, eventualmente, mesmo não integrando o quadro contratual, sofrer a repercussão de seus efeitos. Faz-se referência aqui à obrigação contratual que é passível de transmissão ativa e passiva aos sucessores a título universal e particular das partes. A esse respeito, são substanciosos e pertinentes a lição e os exemplos vindos a lume pela pena da insigne mestra Maria Helena Diniz:

[208] Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

O contrato – exceto se "intuitu personae", se o direito for vitalício, ou, ainda, se os contraentes estabeleceram que a morte será causa de sua extinção – poderá atingir pessoas que não o estipularam, como, p. ex., os sucessores a título universal, tanto em relação ao crédito como em relação ao débito. O débito e o crédito transmitem-se "causa mortis" ao sucessor universal, que se investirá em todos os direitos creditórios e em todas as obrigações decorrentes do ato negocial, seja ele herdeiro testamentário ou "ab intestato". Todavia, quanto ao passivo, será de bom alvitre ressaltar que a herança responderá pelo pagamento das dívidas do "de cujus", mas, feita a partilha, cada herdeiro só se responsabilizará proporcionalmente à parte que lhe couber na herança (CC, art. 1.997). Portanto, o herdeiro não responderá por encargos superiores às forças da herança; incumbe-lhe, porém, a prova do excesso, salvo se existir inventário, que a escuse, demonstrando o valor dos bens herdados (CC, art. 1.792).

Os sucessores a título universal não são terceiros; logo, o fato de assumirem, na relação jurídica, a posição do falecido não constitui, propriamente, exceção ao princípio da relatividade dos efeitos do contrato, mas, como eles não estipularam, na verdade estão submetidos

> *a conseqüências jurídicas que não provocaram pessoalmente.*
>
> *Os sucessores a título singular, como aquele que do cedente adquiriu um ou vários direitos determinados, ou como o legatário, a não ser em situações excepcionais, previstas em lei, são alheios ao contrato.*[209]

Estende-se a autora citando outros exemplos e hipóteses, igualmente ilustrativos e esclarecedores.

2.6.2. Efeitos do contrato relativamente a terceiros

Os efeitos do contrato, de regra, não atingem terceiros pelo simples fato de não integrarem estes aquela relação. Regra geral, o contrato não beneficia nem prejudica terceiros, e seus efeitos alcançam apenas as partes envolvidas no acordo de vontades. Tal princípio, contudo, não é absoluto, pois comporta exceções, como nos casos de estipulação em favor de terceiro, contrato por terceiro e contrato com pessoa a declarar, institutos adiante explicitados.

O contrato de estipulação em favor de terceiro se encontra disciplinado nos artigos 436 a 438 do novo Código Civil [210], e por ele uma das partes, chamada

---

[209] DINIZ, Maria Helena. *op. cit.* pp. 112-113.

[210] Art. 436. *O que estipula em favor de terceiro pode exigir o cumprimento da obrigação.*
Parágrafo único. Ao terceiro, em favor de quem se estipulou a obrigação, também é permitido exigi-la, ficando, todavia, sujeito às condições e normas do contrato, se a ele anuir, e o estipulante não o inovar nos termos do art. 438.
Art. 437. Se ao terceiro, em favor de quem se fez o contrato, se deixar o direito de reclamar-lhe a execução, não poderá o estipulante exonerar o devedor.

estipulante, pactua com a outra, designada de promitente, determinada vantagem patrimonial em favor de terceiro que, como beneficiário, é pessoa alheia e estranha ao convencionado, não integrando a relação contratual. Maria Helena Diniz apresenta alguns exemplos. Todavia, o caso apresentado por Washington de Barros Monteiro, por demais exemplificativo, registra que *se o proprietário de um bem no valor de R$ 100.000,00 convenciona com outrem transferi-lo a terceiro, mediante pagamento que este fará de R$ 10.000,00, ninguém poderá negar a existência da vantagem legal, e, portanto, da estipulação em favor de terceiro, embora não seja esta gratuita*.[211]

A promessa de fato de terceiro, também denominada, na doutrina, de contrato por terceiro ou contrato a cargo de terceiro, encontra-se previsto no art. 439 do novo Código Civil de 2002, que assim dispõe: *Aquele que tiver prometido fato de terceiro responderá por perdas e danos, quando este o não executar*. É obrigação de fazer que, descumprida, importa em perdas e danos. O insigne mestre Washington de Barros Monteiro exemplifica com hipótese que se amolda à previsão legal: *Se alguém promete levar um artista famoso a determinado evento, sem ter obtido, previamente, sua anuência, responderá por perdas e danos perante os promotores do espetáculo se não ocorrer a prometida apresentação na ocasião anunciada*.[212]

Na sua Exposição de Motivos Complementar, o Prof. Agostinho Neves de Arruda Alvim preleciona que a regra introduzida no dispositivo *visa a impedir que*

Art. 438. O estipulante pode reservar-se o direito de substituir o terceiro designado no contrato, independentemente da sua anuência e da do outro contratante.
Parágrafo único. A substituição pode ser feita por ato entre vivos ou por disposição de última vontade.

[211] MONTEIRO, Washington de Barros. *op. cit.* p. 43.

[212] *Idem, ibidem,* p. 44.

o cônjuge, geralmente a mulher, por ter usado do seu direito de veto, venha a sofrer as conseqüências da ação de indenização que mais se mova contra o cônjuge promitente. O pressuposto é que, pelo regime de casamento, a ação indenizatória venha, de algum modo, a prejudicar o cônjuge que nada prometera. *A regra por ele preconizada tem origem nas Ordenações do Reino (Liv. IV, Tit. 48, p. 1.)* .[213]

2.6.3. Efeitos do princípio da relatividade quanto ao objeto da obrigação

A eficácia do contrato relativa ao objeto faz surgir obrigações de dar, de fazer ou de não fazer. Os efeitos do contrato, no caso, são puramente obrigacionais, já que criam obrigações que levam os contratantes a cumpri-las. O vínculo contratual tem natureza pessoal, o que autoriza uma das partes, se o quiser, a exigir da outra a prestação acordada. O objeto da prestação deve se prestar à plena utilidade e por isso não pode padecer de vícios ou defeitos ocultos que o tornem impróprio ao uso a que se destina ou que lhe diminuam o valor.

2.6.4. Efeitos particulares do contrato

Decorrem dos contratos bilaterais efeitos jurídicos particulares, pois para ambas as partes envolvidas há obrigações dependentes uma da outra que, descumpridas, acabam dando ensejo ao uso de institutos como o direito de retenção, a *exceptio non adimpleti contractus*, os vícios redibitórios, a evicção e as arras.

---

[213] FIUZA, RICARDO. *op. cit.* p. 347.

Para Henri de Page, conforme Maria Helena Diniz, o direito de retenção é o *direito em virtude do qual uma pessoa que detém coisa pertencente a outrem tem justo motivo para lhe diferir a restituição até o pagamento do que lhe é devido em razão desta coisa, por seu proprietário*.[214]

O uso do instituto do direito de retenção constitui certeza e garantia de que o credor vai receber o que lhe é devido. O direito de retenção é assegurado a todo possuidor de boa-fé e pode ser alegado sempre que o crédito do possuidor for conexo com a obrigação de restituir. O princípio da eqüidade permeia todo o instituto. As hipóteses de aplicação estão previstas em inúmeros dispositivos, e dentre os quais podem ser citados os artigos 1.219[215] e 1.652[216] do novo Código Civil. Pelo primeiro, o mandatário tem, sobre a coisa que possua em virtude do mandato, direito de retenção até se reembolsar do que no desempenho do encargo despendeu. O artigo diz respeito ao possuidor de boa-fé, que tem direito à indenização por benfeitorias e, em não sendo ressarcido, poderá exercer o direito de retenção.

Com referência à *exceptio non adimpleti contractus*, preleciona Silvio Rodrigues:

> *Se nos contratos bilaterais as prestações são recíprocas e nada se estipulou quanto ao instante de*

---

[214] DINIZ, Maria Helena. *op. cit.* p. 123.

[215] Art. 1.219. *O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis.*

[216] Art. 1.652. *O cônjuge, que estiver na posse dos bens particulares do outro, será para com este e seus herdeiros responsável:*
I - como usufrutuário, se o rendimento for comum;
II - como procurador, se tiver mandato expresso ou tácito para os administrar;
III - como depositário, se não for usufrutuário, nem administrador.

> *seu cumprimento, há que se entender serem devidas simultaneamente. De modo que nenhuma das partes pode exigir o cumprimento da obrigação cabente à outra, sem que tenha cumprido a sua*.
>
> *A idéia inspiradora da regra é sempre a mesma, isto é, que a prestação de um contratante tem como causa e razão de ser a prestação do outro.*
>
> *Daí contar qualquer das partes, como meio de defesa, quando a outra vem reclamar o cumprimento do negócio sem que haja fornecido sua prestação, com a "exceptio non adimpleti contractus"*. [217]

Essa exceção se encontra prevista no artigo 476 do Código Civil de 2002:

> *Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.*

Trata-se, pois, de um meio de defesa oponível pelo contratante demandado contra o co-contratante inadimplente, em que o demandado se recusa a cumprir a sua obrigação, sob a alegação de não ter, aquele que a reclama, cumprido

[217] RODRIGUES, Silvio. *op. cit.* p. 85.

o seu dever, dado que cada contratante está sujeito ao estrito adimplemento do contrato*.*

Ao dispor sobre vícios redibitórios, o Código Civil, em seu artigo 441, estatui:

> *A coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser rejeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor*.

É inequívoco que a disposição legal acima constitui-se em garantia para o adquirente, o qual tem direito à utilidade natural da coisa. O alienante fica sempre sujeito, comprovada a ocorrência de vícios redibitórios, à devolução do valor recebido, perdas e danos e, inclusive, abatimento de preço, se pretender conservar a coisa.

É princípio informador do direito contratual, na lição do mestre Silvio Rodrigues, *que os negócios devem processar-se num clima de boa-fé. Daí decorre que ao vendedor cumpre fazer boa a coisa vendida. Ou seja, ele responde pela coisa que aliena, a qual deve corresponder à justa expectativa do comprador.*[218]

Os efeitos particulares do contrato atingem também os institutos da evicção e das arras ou sinal.

---

[218] RODRIGUES, Silvio. *op. cit.* p. 108.

O alienante, no magistério de Maria Helena Diniz, *tem o dever não só de entregar ao adquirente o bem alienado, mas também o de garantir o uso e o gozo, defendendo-o de pretensões de terceiro quanto ao seu domínio, resguardando-o do risco da evicção, pois pode ocorrer que o adquirente venha a perder a coisa, total ou parcialmente, em razão de sentença judicial, baseada em causa preexistente ao contrato*.[219]

Pela evicção, o alienante do bem efetiva uma garantia a favor do comprador, que se constitui numa obrigação de fazer.

As arras ou sinal são a quantia em dinheiro, ou outra coisa fungível, que um dos contratantes antecipa ao outro, com o objetivo de assegurar o cumprimento da obrigação, evitando o seu inadimplemento. Não se confunde com a

cláusula penal, que só pode ser exigida após o inadimplemento, enquanto as arras são pagas de forma antecipada, justamente para evitar o descumprimento do contrato. Se a obrigação vem a ser cumprida normalmente, as arras deverão ser descontadas do preço ou restituídas a quem as prestou. [220]

O sinal recebido funciona como garantia do adimplemento e como prova de conclusão do contrato entre as partes, consagrando definitivamente o concurso de vontades.

O contrato com pessoa a declarar, também espécie de contrato com efeito relativo a terceiro, se encontra previsto nos artigos 467 a 471[221] do novo

---

[219] DINIZ, Maria Helena. *op. cit.* p. 134.

[220] FIUZA, Ricardo. *op. cit.* p. 326.

[221] Art. 467. *No momento da conclusão do contrato, pode uma das partes reservar-se a faculdade de indicar a pessoa que deve adquirir os direitos e assumir as obrigações dele decorrentes.*

Código Civil. Constitui nova espécie de contrato, surgida agora com o advento do novo código, inexistindo tanto em lei esparsa como no Código Civil de 1916, recém-revogado. Registra o Novo Código Civil Comentado, coordenado por Ricardo Fiúza, em nota doutrinária ao artigo 467, *que a novel espécie contratual já se encontra regulada nos Códigos Civis português e italiano*.[222]

No escólio de Maria Helena Diniz, tem-se que esse contrato *se relaciona com o mandato e com a gestão de negócios, mas sem se confundir com eles, e é similar à cessão de contrato. No contrato com pessoa a declarar, um dos contratantes tem o interesse em fazer-se substituir por pessoa cujo nome pretende ocultar, no momento da celebração do negócio (p. ex., condômino que quer adquirir outras cotas da co-propriedade; vizinho que quer comprar área contígua etc.), embora tal situação possa não ocorrer. É usual para evitar dispêndio com nova venda, em casos de aquisição de bem para revenda, em que há intermediação do adquirente. Pode ser utilizado por quem não deseja, por qualquer razão, ser identificado no início do contrato. Trata-se de cláusula "pro amico eligendo" inserida no contrato, pela qual, no momento da conclusão deste, uma das partes ("stipulans")*

Art. 468*. Essa indicação deve ser comunicada à outra parte no prazo de cinco dias da conclusão do contrato, se outro não tiver sido estipulado.*
Parágrafo único. A aceitação da pessoa nomeada não será eficaz se não se revestir da mesma forma que as partes usaram para o contrato.

Art. 469*. A pessoa, nomeada de conformidade com os artigos antecedentes, adquire os direitos e assume as obrigações decorrentes do contrato, a partir do momento em que este foi celebrado.*

Art. 470*. O contrato será eficaz somente entre os contratantes originários:*
I - se não houver indicação de pessoa, ou se o nomeado se recusar a aceitá-la;
II - se a pessoa nomeada era insolvente, e a outra pessoa o desconhecia no momento da indicação.

Art. 471*. Se a pessoa a nomear era incapaz ou insolvente no momento da nomeação, o contrato produzirá seus efeitos entre os contratantes originários.*

[222] FIUZA, Ricardo. *op. cit.* p. 368.

reserva a si o direito de indicar a pessoa ("electus") que deverá adquirir direitos ou que assumirá as obrigações decorrentes do ato negocial (Código Civil, art. 467). Tal indicação, feita por escrito, deverá ser comunicada à outra parte (promittens) dentro de cinco dias da conclusão do contrato, se outro prazo não tiver sido estipulado contratualmente (CC, art. 468). A aceitação do nomeado não terá eficácia se não se revestir da mesma forma usada pelas partes para efetuarem o contrato (CC, art. 468, parágrafo único). Logo, com a aceitação da pessoa nomeada ("electus"), revestida da mesma formalidade do ato negocial, esta passará a ter perante o "promittens" todos os direitos e deveres oriundos do contrato, a partir do instante de sua celebração, liberando-se, então, o indicante ("stipulans") (CC, art. 467). Fácil é perceber que aquela aceitação produz efeito "ex tunc", por isso o nomeado é tido como contratante originário, desaparecendo da relação aquele que fez a indicação.[223]

2.7. EXTINÇÃO DOS CONTRATOS

Neste trabalho, a matéria relativa à extinção do contrato segue a linha adotada por Maria Helena Diniz[224] e Carlos Roberto Gonçalves[225].

Assim como o indivíduo nasce, vive e morre, o contrato também tem o seu ciclo: surge do consentimento, desenvolve-se no mundo jurídico e extingue-se.

---

[223] DINIZ, Maria Helena. *op. cit.* pp. 120-121.

[224] *Idem, ibidem,* pp. 150-174.

[225] GONÇALVES, Carlos Roberto, *op. cit*. pp. 154-185.

A extinção do contrato opera-se, normalmente, pelo cumprimento ou, de maneira anormal, sem o seu cumprimento. Este último pode ocorrer por causas anteriores ou contemporâneas à formação do contrato ou por motivos posteriores a sua formação.

2.7.1. Extinção com cumprimento

A cessação normal do contrato se dá pela execução, pelo cumprimento da obrigação. O contrato cumpre a finalidade com a qual foi instituído. A quitação passada pelo credor desonera o devedor.

2.7.2. Extinção sem cumprimento

A extinção do contrato sem cumprimento acontece por causas diversas que impedem a execução na forma pactuada. Pode ocorrer por causas anteriores ou contemporâneas à formação do contrato ou por motivos posteriores à formação.

As causas anteriores ou contemporâneas à formação dos contratos são aquelas que, por alguma razão, viciam o vínculo contratual no seu nascedouro ou no momento da sua formação. São elas a nulidade, a cláusula resolutiva e o direito de arrependimento.

O contrato, para ser válido, deve preencher os requisitos legais subjetivos, objetivos e formais. Subjetivos são os relativos à capacidade das partes e ao livre consentimento. Os objetivos são pertinentes à licitude do objeto, e os formais dizem respeito à forma prescrita em lei.

A ausência de requisitos legais de validade acarreta a nulidade do contrato. Nulidade *é uma sanção, por meio da qual a lei priva de efeitos jurídicos o contrato celebrado contra os preceitos disciplinadores dos pressupostos de validade do negócio jurídico*[226]. A nulidade pode ser absoluta ou relativa.

A nulidade absoluta está prevista nos artigos 166 e 167 do Código Civil, a saber:

> *Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:*
>
> *I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;*
>
> *II - for ilícito, impossível ou indeterminável o objeto;*
>
> *III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;*
>
> *IV - não revestir a forma prescrita em lei;*
>
> *V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;*
>
> *VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;*
>
> *VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.*
>
> *Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.*

[226] DINIZ, Maria Helena. *op. cit*. p. 163.

A nulidade absoluta diz respeito a norma de ordem pública, de interesse da coletividade. Pode ser argüida pelo interessado ou pelo Ministério Público e não é passível de ser suprida pelo juiz, que deve conhecê-la de ofício[227]. O efeito da declaração de nulidade é *ex tunc* (desde aquele momento), vale dizer, retroage à data da celebração do contrato. Não convalesce com o decurso do tempo[228] e o defeito é de tal gravidade que o contrato não produz efeitos jurídicos desde a sua formação. O contrato é ineficaz.

A nulidade relativa, ou anulabilidade, está estatuída no artigo 171 do Código Civil, com o seguinte teor:

> *Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:*
>
> *I – por incapacidade relativa do agente;*
>
> *II – por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.*

Não há o interesse público em primeiro plano. A matéria é de ordem privada. O interesse é do prejudicado, e somente por ele cabe ser alegada. Pode ser sanada pelo juiz, ao qual não é dado conhecê-la de ofício. Os efeitos da declaração de anulabilidade são *ex nunc* (de agora em diante), ou seja, operam a partir da

---

[227] Art. 168*. As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir.*
Parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes.

[228] Art. 169*. O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem se convalesce com o decurso do tempo.*

decisão, não retroagem[229]. Enquanto não declarada a anulabilidade, o contrato produz seus efeitos jurídicos, é eficaz. Comporta confirmação[230] e se convalesce pelo decurso do tempo.

A cláusula resolutiva é a segunda causa de extinção do contrato e está disciplinada nos artigos 475 e 476 do Código Civil:

> *Art. 474. A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial.*
>
> *Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer caso, indenização por perdas e danos.*

Trata-se de presunção legal a existência de uma cláusula implícita em todos os contratos bilaterais ou sinalagmáticos que autoriza o lesado, na hipótese de não-execução do pactuado por um dos contratantes, a requerer, se preferir, o cumprimento ou a rescisão do contrato, mais indenização por perdas e danos. A rescisão contratual, nesse caso, não se opera de pleno direito, havendo

---

[229] Art. 177. *A anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício; só os interessados a podem alegar, e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade.*

[230] A confirmação está prevista nos artigos 172 a 174 do Código Civil, a saber:
Art. 172. *O negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro.*
Art. 173. *O ato de confirmação deve conter a substância do negócio celebrado e a vontade expressa de mantê-lo.*
Art. 174. *É escusada a confirmação expressa, quando o negócio já foi cumprido em parte pelo devedor, ciente do vício que o inquinava.*

necessidade de pronunciamento judicial, conforme proclama a parte final do artigo 474.

Em comentário ao artigo 475 do Código Civil, preleciona Jones Figueirêdo Alves:

> *O contratante cumpridor de suas obrigações tem, no dispositivo, duas alternativas para opor-se ao inadimplemento do outro: resolver o contrato ou exigir-lhe cumprimento contratual, uma vez cabível a execução coativa mediante a tutela específica. Em qualquer dos casos, haverá a indenização por perdas e danos, o que difere da simples convenção de obrigação insatisfeita em indenização, tratada pelo art. 633, caput, do CPC e condicionada ao descumprimento do preceito (RT, 716-165). Mesmo implementada a obrigação, cumulam-se as perdas e danos, o que constitui inovação saudável*.[231]

Entretanto, as partes podem convencionar expressamente a cláusula resolutiva, resultando na rescisão do contrato no caso de inexecução da avença por um dos contratantes. Nesse caso, aplica-se o princípio *dies interpellat pro homine*.

Existe, todavia, controvérsia na doutrina quanto à necessidade de interpelação judicial para a extinção do contrato quando este prevê expressamente a cláusula resolutiva.

---

[231] FIUZA, Ricardo. *op. cit.* p. 375.

Segundo Maria Helena Diniz[232], havendo inadimplemento da obrigação por um dos contratantes, a rescisão contratual é automática*, opera-se de pleno direito e sem a necessidade de interpelação judicial* (Código Civil, artigos 474, 1ª parte, 127[233] e 128[234]).

Em sentido contrário, tem-se o entendimento de Carlos Roberto Gonçalves de que a resolução do contrato deve ter pronunciamento judicial, tanto para os contratos que contenham cláusula resolutiva expressa como para aqueles em que a cláusula resolutiva é tácita. *No primeiro, a sentença tem efeito meramente declaratório ex tunc, pois a resolução dá-se automaticamente, no momento do inadimplemento; no segundo, tem efeito desconstitutivo, dependendo da interpelação judicial*. Justifica seu posicionamento: *Havendo demanda, será possível aferir a ocorrência dos requisitos exigidos para a resolução e inclusive examinar a validade da cláusula, bem como avaliar a importância do inadimplemento, pois a cláusula resolutiva, "apesar de representar manifestação de vontade das partes, não fica excluída da obediência aos princípios da boa-fé e das exigências da justiça comutativa"*.[235]

Orlando Gomes segue na mesma linha de Carlos Roberto Gonçalves. Ao comentar sobre compromisso de compra e venda contendo cláusula resolutiva, assevera: *Não se rompe unilateralmente sem a intervenção judicial. Nenhuma das*

---

[232] DINIZ, Maria Helena, *op. cit*. p. 164.

[233] Art. 127*. Se for resolutiva a condição, enquanto esta se não realizar, vigorará o negócio jurídico, podendo exercer-se desde a conclusão deste o direito por ele estabelecido.*

[234] Art. 128. *Sobrevindo a condição resolutiva, extingue-se, para todos os efeitos, o direito a que ela se opõe; mas, se aposta a um negócio de execução continuada ou periódica, a sua realização, salvo disposição em contrário, não tem eficácia quanto aos atos já praticados, desde que compatíveis com a natureza da condição pendente e conforme ditames de boa-fé.*

[235] GONÇALVES, Carlos Roberto, *op. cit*. 158.

partes pode considerá-lo rescindido, havendo inexecução da outra. Há de pedir a resolução. Sem a sentença resolutória, o contrato não se dissolve, tenha como objeto imóvel loteado ou não.[236]

A terceira causa de extinção do contrato é o direito de arrependimento**.** Esse direito decorre da lei ou pode ser inserido no próprio contrato.

As partes, de comum acordo, podem estipular o direito de arrependimento. Assegura-se a qualquer dos contratantes o direito de se arrepender do ajuste efetuado, por meio de declaração unilateral da vontade. Havendo previsão expressa no contrato do direito de arrependimento, aplicam-se as conseqüências previstas no artigo 420 do Código Civil, que trata das arras penitenciais, a saber:

> *Art. 420. Se no contrato for estipulado o direito de arrependimento para qualquer das partes, as arras ou sinal terão a função unicamente indenizatória. Neste caso, quem as deu perdê-las-á em benefício da outra parte; e quem as recebeu devolvê-las-á, mais o equivalente. Em ambos os casos não haverá direito a indenização suplementar.*

O direito de arrependimento nas relações de consumo está previsto expressamente na Lei n. 8.078/90, dispondo o artigo 49:

> *O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de*

[236] GOMES, Orlando, *op. cit*. p. 281.

> *recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.*

As causas que ocorrem posteriormente à formação dos contratos são a resolução, a resilição, a morte de um dos contratantes e a rescisão.

A resolução configura-se pelo inadimplemento do contrato. Conforme Orlando Gomes, a resolução consiste *em remédio concedido à parte para romper o vínculo contratual mediante ação judicial*.[237] Pode ocorrer de três formas: resolução por inexecução voluntária; resolução por inexecução involuntária; e resolução por onerosidade excessiva.

A resolução por inexecução voluntária envolve a culpa de um dos contratantes e o prejuízo para o outro. Na lição de Maria Helena Diniz, para a caracterização da resolução contratual por inexecução voluntária, devem concorrer necessariamente três elementos: *inadimplemento do contrato por culpa de um dos contratantes; o dano causado ao outro; e o nexo de causalidade entre o comportamento ilícito do agente e o prejuízo*[238].

A resolução contratual por inexecução voluntária, de regra, produz efeitos *ex tunc*, como nos contratos de execução única, que retroagem ao passado, restituindo as prestações cumpridas. Nos contratos de duração ou de execução continuada, a resolução produz efeitos *ex nunc*, para o futuro, não se restituindo as prestações já cumpridas.

---

[237] GOMES, Orlando, *op. cit*. p. 190.

[238] DINIZ, Maria Helena, *op. cit*. p. 166.

O inadimplente está sujeito, segundo Carlos Roberto Gonçalves[239], *ao ressarcimento das perdas e danos e da cláusula penal, convencionada para o caso de total inadimplemento da prestação (cláusula penal compensatória), em garantia de alguma cláusula especial ou para evitar o retardamento (cláusula penal moratória), conforme os artigos 475[240] e 409[241] a 411[242].*

Nos contratos bilaterais, qualquer um dos contratantes, acionado judicialmente, pode alegar em sua defesa a *exceptio non adimpleti contractus,* ou a exceção de contrato não cumprido, consagrada no artigo 476 do Código Civil, que preceitua:

> *Artigo 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.*

Ensina Caio Mário da Silva Pereira que nos contratos bilaterais as obrigações das partes são recíprocas e interdependentes: *cada um dos contraentes é simultaneamente credor e devedor um do outro, uma vez que as respectivas*

---

[239] GONÇALVES, Carlos Roberto, *op. cit*. p. 161.

[240] Artigo 475*. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.*

[241] Artigo 409*. A cláusula penal estipulada conjuntamente com a obrigação, ou em ato posterior, pode referir-se à inexecução completa da obrigação, a alguma cláusula especial ou simplesmente à mora.* Artigo 410*. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor.*

[242] Artigo 411*. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal.*

obrigações têm por causa as do seu co-contratante, e, assim, a existência de uma é subordinada à da outra parte.[243]

É, pois, da substância dos contratos bilaterais a reciprocidade das obrigações assumidas pelos contraentes. De tal sorte que aquele que não cumpre com a sua obrigação não pode exigir o cumprimento da prestação correspondente pela outra parte, sob pena de esta invocar em defesa a exceção do contrato não cumprido.

As obrigações, além de recíprocas, devem ser simultâneas, salientando Sílvio Rodrigues que é *mister que as prestações sejam simultâneas, pois, caso contrário, sendo diferente o momento da exigibilidade, não podem as partes invocar tal defesa*.[244]

Em se tratando de obrigações sucessivas, leciona Washington de Barros Monteiro, *não pode ser invocada a exceção pela parte a que caiba o primeiro passo, a iniciativa do implemento; numa venda, por exemplo, não sendo a crédito, o comprador que não paga o preço não pode exigir a entrega da coisa (Código Civil de 2002, artigo 491). Quem tem o direito de realizar por último a prestação pode procrastiná-la, até o momento em que o outro contratante satisfaça a própria obrigação. E havendo inadimplemento por ambas as partes,* afirma o referido autor*, impõe-se a resolução do contrato com a restituição das partes ao "statu quo ante bellum*".[245]

Nos contratos bilaterais, há também a previsão legal de uma garantia de execução da obrigação no artigo 477 do Código Civil, com o seguinte teor:

---

[243] PEREIRA, Caio Mário da Silva, *op. cit*. p. 67.

[244] RODRIGUES, Sílvio, *op. cit*. p. 87.

[245] MONTEIRO, Washington de Barros, *op. cit*. p. 80.

> *Artigo 477. Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.*

Havendo diminuição do patrimônio, depois de concluído o contrato, capaz de comprometer a prestação pela qual se obrigou uma das partes, é facultado ao outro contraente, que por primeiro deveria cumprir a sua obrigação, exigir que aquele satisfaça a obrigação ou ofereça garantia suficiente para o adimplemento da obrigação. *É o caso do vendedor que se recusa a entregar a mercadoria vendida se sobrevier redução patrimonial do comprador, tornando duvidoso o pagamento do preço quando exigível, autorizado aquele a reclamar o preço de imediato ou garantia suficiente ao adimplemento da obrigação*.[246]

Resolução por inexecução involuntária opera-se em decorrência de fato para o qual os contratantes não contribuíram, como o caso fortuito ou força maior, que tornam inviável o cumprimento do contrato.

Na lição de Carlos Roberto Gonçalves*, a inexecução involuntária caracteriza-se pela impossibilidade superveniente de cumprimento do contrato e deve ser objetiva, total e definitiva*[247].

---

[246] FIUZA, Ricardo. *op. cit*. p. 428.

[247] Segundo o autor, a impossibilidade deve ser *objetiva, isto é, não concernir à própria pessoa do devedor, pois deixa de ser involuntária se de alguma forma este concorre para que a prestação se torne impossível.* Cita como exemplo a seguinte ementa: *Prestação de serviços. Inadimplemento*

A resolução do contrato por caso fortuito ou força maior opera de pleno direito. O inadimplente não responde por perdas e danos, exceto se estiver em mora (Código Civil, artigo 399[248]) ou se se responsabilizou expressamente a responder pelos prejuízos decorrentes de caso fortuito ou força maior (Código Civil, artigo 393[249]). O devedor pode ser compelido judicialmente a restituir o que possa ter recebido.

O efeito dessa resolução é *ex tunc*, ou seja, retroage à data da celebração da avença.

A resolução por onerosidade excessiva ocorre pela aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* e da teoria da imprevisão nos contratos. Sobre essas teorias já discorremos, neste trabalho, quando do estudo dos princípios que norteiam os negócios jurídicos.

A resolução por onerosidade excessiva está disciplinada nos artigos 478, 479 e 480 do Código Civil. Preceitua o artigo 478:

---

contratual. Força maior alegada pelo devedor, consubstanciada em greve de seus empregados. Descaracterização. Fato a ele próprio atribuível. Exoneração da responsabilidade pelo descumprimento do contrato somente quando levada a efeito por terceiros estranhos ao devedor e impediente de sua atuação, entendida, então, como fato necessário, inevitável e irresistível. Impossibilidade de se considerar seus prepostos como terceiros em relação ao credor (RT, 642/184). Sobre a impossibilidade *total* afirma que se a *inexecução for parcial e de pequena proporção, o credor pode ter interesse em que, mesmo assim, o contrato seja cumprido.* Por fim, acerca da impossibilidade definitiva assevera que*: Em geral, a impossibilidade temporária acarreta apenas a suspensão do contrato. Somente se justifica a resolução, nesse caso, se a impossibilidade persistir por tanto tempo que o cumprimento da obrigação deixa de interessar ao credor. Mera dificuldade, ainda que de ordem econômica, não se confunde com impossibilidade de cumprimento da avença, exceto se caracterizar onerosidade.* (GONÇALVES, Carlos Roberto, *op. cit*. pp. 167-168).

[248] Art. 399*. O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada.*

[249] Art. 393*. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.*

> *Artigo 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que o decretar retroagirão à data da citação*.

Depreende-se do dispositivo *supra* que o legislador de 2002 acresceu mais um requisito para a resolução do contrato por onerosidade excessiva: a extrema vantagem para a outra parte, além dos outros que já eram necessários pela aplicação da teoria da imprevisão, quais sejam, onerosidade excessiva para um dos contratantes e acontecimento extraordinário e imprevisível.

A III Jornada de Direito Civil, no Enunciado 175, estabeleceu que *a menção à imprevisibilidade e à extraordinariedade, insertas no artigo 478 do Código Civil de 2002, deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos, e não à resolução contratual.*

Assim, segundo a doutrina[250], são requisitos indispensáveis para que se opere a resolução contratual por onerosidade excessiva: *a) vigência de um contrato comutativo de execução diferida ou de trato sucessivo*[251]*; b) ocorrência de*

[250] GONÇALVES, Carlos Roberto, *op. cit*. p. 175.

[251] Conforme o autor, ao discorrer sobre o primeiro requisito: *para que se possa invocar a onerosidade excessiva é que se trate dos denominados contratos de duração, nos quais há um intervalo de tempo razoável entre a sua celebração e a completa execução. Não podem ser, pois, contratos de execução instantânea, mas de execução diferida ou de realização em momento futuro, como a compra e venda com postergação da entrega do bem para o mês seguinte ao da alienação, ou do pagamento para noventa dias após a conclusão do negócio, por exemplo, ou de execução*

fato extraordinário e imprevisível[252]*; c) considerável alteração da situação de fato existente no momento da execução, em confronto com a que existia por ocasião da celebração*[253]*; d) nexo causal entre o evento superveniente e a conseqüente excessiva onerosidade de uma parte e a extrema vantagem para a outra*[254].

A resolução contratual por onerosidade excessiva é decretada por sentença, cujos efeitos retroagem à data da citação, conforme a parte final do artigo 478 acima transcrito.

Por aplicação do artigo 399 do Código Civil, o devedor em mora não pode se valer da resolução do contrato por onerosidade excessiva, ressalvadas as exceções ali previstas.

Como alhures explicitado, a despeito de o artigo 478 tratar apenas da resolução contratual, a doutrina e a jurisprudência têm caminhado no sentido de admitir também a revisão contratual por onerosidade excessiva.

Preconiza o artigo 479 do Código Civil:

---

continuada ou periódica, como o de prestação de serviços por prazo indeterminado, de empreitada, de fornecimento etc. (*Idem, iIbidem*.)

[252] Com relação ao segundo requisito, afirma o autor que: *é a superveniência de fato extraordinário e imprevisível, que tenha operado a mutação do ambiente objetivo de tal forma que o cumprimento do contrato implique por si só o enriquecimento de um e empobrecimento de outro. Se as circunstâncias que a determinam pertencem ao ordinário curso dos acontecimentos naturais, políticos, econômicos ou sociais, não há razão, como afirma Enzo Ropp, "para tutelar o contraente que nem sequer usou da normal prudência necessária para representar-se a possibilidade da sua ocorrência e regular-se de acordo com as mesmas na determinação do conteúdo contratual"* (*Idem, ibidem*).

[253] Quanto ao terceiro requisito aduz o autor: *é a considerável alteração da situação de fato existente no momento da execução, em confronto com a que existia por ocasião da celebração. Diz respeito tal pressuposto à substância do negócio, concernente exatamente à medida de tal agravamento e desequilíbrio. Se a obrigação foi parcialmente cumprida, a onerosidade pode atingir a parte restante, com a revisão ou a resolução parcial do contrato.*(*Idem, ibidem,* pp. 175-176).

[254] No tocante ao quarto requisito, diz o autor que *é a existência de nexo causal entre o evento superveniente e a conseqüente excessiva onerosidade. É necessário que esta decorra de uma mutação da situação objetiva, em tais termos que o cumprimento do contrato, em si mesmo, acarrete o empobrecimento do prejudicado. O contrato só é resolúvel, no entanto, se a sucessiva onerosidade exceder a álea comum do contrato.* (*Idem, ibidem*, p. 177).

> *A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar eqüitativamente as condições do contrato*.

Na lição de Carlos Roberto Gonçalves, estando *presentes os pressupostos exigidos no artigo 478 do Código Civil, a parte lesada pode pleitear a resolução do contrato. Permite, todavia, o artigo 479 supratranscrito que a parte contrária possa, considerando que lhe é mais vantajoso manter o contrato, restabelecendo o seu equilíbrio econômico, oferecer-se para modificar eqüitativamente as suas condições*[255].

Ainda com relação à onerosidade excessiva, reza o artigo 480 do Código Civil:

> *Artigo 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva*.

No contrato que impõe obrigação somente para uma das partes, a existência de cláusula leonina não é rara, acarretando evidente onerosidade excessiva ao detentor da obrigação. Ocorrendo tal situação, o artigo 480 retrotranscrito faculta ao devedor da obrigação postular a revisão do contrato visando à redução da prestação ou à alteração do modo de executá-la.

---

[255] GONÇALVES, Carlos Roberto. *idem, ibidem*, p. 178.

Outra modalidade de dissolução do contrato é a resilição, que consiste na extinção do contrato pela manifestação da vontade de ambas as partes ou por apenas uma delas. Pode ser bilateral ou unilateral.

A resilição bilateral se dá pelo distrato[256]. Retrata a manifestação de vontade de ambas as partes, visando à dissolução do vínculo contratual anteriormente firmado.

A conceituação de distrato é dada minuciosamente por Maria Helena Diniz, ao lecionar que *é um negócio jurídico que rompe o vínculo contratual, mediante a declaração de vontade de ambos os contraentes de pôr fim ao contrato que firmaram. É um contrato que extingue o outro, que ainda não foi executado, isto é, cujos efeitos não se exauriram e cujo prazo de vigência não expirou. Pressupõe, portanto, contrato anterior e novo consentimento dos contratantes, no sentido de extinguir o elo obrigacional anteriormente estabelecido por eles, por ser de seu interesse. É um acordo liberatório, tendo em vista as obrigações ainda não cumpridas, desatando o laço que prendia as partes. Percebe-se, então, que a relação jurídica contratual poderá, a qualquer tempo, extinguir-se pela vontade comum daqueles que a celebraram. Pelo distrato, portanto, as partes desfazem a relação contratual que estabeleceram anteriormente*.[257]

Preconiza o artigo 472 do Código Civil:

---

[256] Caio Mário da Silva Pereira define o distrato ou resilição bilateral como *declaração de vontade das partes contratantes, no sentido oposto ao que havia gerado o vínculo. É o contrarius consensus dos romanos, gerando o contrato liberatório. Algumas vezes é chamado de mútuo dissenso. Não nos parece adequada a designação, pois que dissenso sugere desacordo, e esta modalidade de ruptura do liame contratual resulta da harmonia de intenções, para a obtenção do acordo liberatório, tendo em vista obrigações ainda não cumpridas*.(PEREIRA, Cario Mário da Silva. *op. cit.* p. 151).

[257] DINIZ, Maria Helena, *op. cit*. p. 171.

> *Artigo 472. O distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato.*

Esse dispositivo refere-se ao distrato relativamente aos contratos para os quais a lei exige uma forma especial. Nesse caso, o distrato há que ser realizado na mesma forma do contrato anterior[258]. Nos demais contratos, para os quais a lei não exige forma especial, o distrato pode ser concretizado na maneira que melhor aprouver aos contratantes.

Os efeitos do distrato são *ex nunc*, produzidos a partir da sua celebração.

A resilição unilateral encontra-se disciplinada no artigo 473 e parágrafo único do Código Civil, com o seguinte teor:

> *Artigo 473. A resilição unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte.*
>
> *Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto do investimento.*

[258] Maria Helena Diniz assevera que *se o contrato, que se pretende resolver, foi constituído por escritura pública por exigência legal, o distrato, para ter plena validade, deverá respeitar essa forma. Assim, só por escritura pública se haverá de distratar. Se a lei exigir que certo contrato seja feito por instrumento particular, o distrato não poderá ser verbal, devendo realizar-se por instrumento particular* (DINIZ, Maria Helena. *op. cit*. p. 171).

> Denota-se do *caput* do artigo 473 que constitui uma exceção a resilição unilateral do contrato, na medida em que é possível apenas quando a lei expressa ou implicitamente a admite, e, ainda assim, a manifestação de vontade unilateral fica condicionada à denúncia notificada à outra parte. Para Maria Helena Diniz, a denúncia notificada a que alude o texto legal configura-se como *declaração receptícia da vontade e só produz efeito quando a outra parte dela tiver ciência*[259].

Os efeitos da resilição unilateral são *ex nunc*, para o futuro, não atingindo as situações jurídicas anteriores.

O legislador de 2002 inovou ao introduzir no parágrafo único do artigo 473 uma *tutela específica, convertendo o contrato, que poderia ser extinto por vontade de uma das partes, em um contrato comum, com duração pelo prazo compatível com a natureza e o vulto do investimento*[260].

A resilição unilateral, em alguns tipos de contrato*, assume a feição especial de revogação, renúncia ou resgate*[261].

---

[259] DINIZ, Maria Helena, *op. cit*. p. 172.

[260] Segundo o autor, *certos contratos, todavia, não comportam a incidência da regra do mencionado parágrafo único do art. 473 do novo diploma. O de mandato, por exemplo, admite por sua natureza a resilição incondicional, porque se esteia na relação de confiança entre as partes. Nessas situações resta ao lesado "apenas obter indenização pelos danos sofridos, sem a possibilidade de extensão compulsória da vigência do contrato".* (GONÇALVES, Carlos Roberto, *op. cit*. p. 182).

[261] A autora conceitua e aponta exemplos de revogação, renúncia e resgate:
a) revogação, que se opera quando a lei concede tal direito, como no mandato e nas doações, que podem ser resilidos mediante simples declaração de vontade, independentemente de aviso prévio, mas condicionada a certas causas, desde que manifestada pela própria pessoa que praticou o ato negocial. Assim, no mandato, o mandante pode liberar-se do contrato, revogando os poderes que

A morte de um dos contratantes constitui motivo para a dissolução do negócio jurídico celebrado *intuitu personae*. A obrigação era personalíssima, devia ser cumprida especificamente pela pessoa contratada. Com a morte do contratante em face do qual se fez o ajuste, ocorre a resilição automática do contrato. Produz efeito *ex nunc*, não atingindo as prestações cumpridas.

Por fim, a rescisão é, também, uma modalidade de extinção do contrato.

Comumente, a palavra rescisão é utilizada como sinônima de resolução e de resilição. Todavia, esclarece Carlos Roberto Gonçalves que a rescisão há de ser empregada*, em boa técnica, nas hipóteses de dissolução de determinados contratos, como aqueles em que ocorreu lesão ou que foram celebrados em estado de perigo*.[262]

A lesão encontra-se disciplinada no artigo 157 e parágrafos do Código Civil, a saber:

> *Artigo 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.*

---

outorgou ao mandatário; b) renúncia, que é o ato pelo qual um contratante notifica o outro de que não mais pretende exercer seu direito. Assim, o mandatário pode notificar o mandante de que não continuará exercendo o mandato (Código Civil, art. 682, I), e este, então, cessará com a exoneração o mandatário (...); c) resgate, que é o ato de libertar alguma coisa de uma obrigação, ônus ou encargo a que estava vinculada, ou de cumprir uma obrigação de caráter pessoal, aplicável, p. ex., à enfiteuse e à hipoteca. O enfiteuta poderá resgatar o foro, após dez anos, mediante o pagamento, ao senhorio direto, de um laudêmio, que será de dois e meio por cento sobre o valor atual da propriedade plena e dez pensões anuais (CC de 1916, art. 693, vigente por força do art. 2038 do novo CC), extinguindo-se, assim, a enfiteuse, com a consolidação, no enfiteuta, da plenitude do domínio. (DINIZ, Maria Helena, *op. cit*. p. 172-173).

[262] GONÇALVES, Carlos Roberto, *op. cit*. p. 183.

> *§ 1.º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.*
>
> *§ 2.º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.*

A lesão constitui *vício de consentimento*[263] que macula o contrato. A norma legal que a regulamenta exige para a sua configuração: a necessidade premente ou a inexperiência de um dos contratantes; assunção por este de obrigação desproporcional ao valor da prestação assumida pela outra parte; aferição da desproporcionalidade ao tempo em que celebrado o ajuste. Desproporção verificada posteriormente à formação do contrato não se subsume à hipótese em tela. Não se perquire, também, da intenção dolosa ou do agir de má-fé do contratante favorecido com o negócio jurídico.

Dispõe o artigo 178 do Código Civil:

> *Artigo 178. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado:*
>
> *(...)*

[263] Maria Helena Diniz define a lesão como *vício de consentimento decorrente do abuso praticado em situação de desigualdade de um dos contratantes, por estar sob premente necessidade, ou por inexperiência, visando a protegê-lo, ante o prejuízo sofrido na conclusão do contrato, devido a desproporção existente entre as prestações das duas partes, dispensando a verificação do dolo, ou má-fé, da parte que se aproveitou.* (FIUZA, Ricardo. *op. cit*. p. 137).

> *II – no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo e lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico;*

Infere-se, assim, que o contrato firmado nas condições descritas no artigo 157 é passível de anulação, a não ser que ao lesado se ofereça um suplemento ou o favorecido concorde com a redução do proveito, conforme dispõe o § 2º do referido artigo.

O estado de perigo está contemplado no artigo 156 e parágrafo único do Código Civil, com a seguinte redação:

> *Artigo 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa da família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.*
>
> *Parágrafo único. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias.*

Para a configuração do estado de perigo[264], a regra legal transcrita exige: a existência de grave dano a que está sujeito o contratante ou pessoa de sua

[264] No que concerne ao estado de perigo, assevera Maria Helena Diniz: *No estado de perigo, há temor de grave dano moral ou material à própria pessoa, ou a parente seu, que compele o declarante a concluir contrato, mediante prestação exorbitante. A pessoa natural premida pela necessidade de salvar-se a si própria, ao a um familiar seu, de algum mal conhecido pelo outro contratante, vem a assumir obrigação demasiadamente onerosa. Por exemplo, venda de casa a preço fora do valor mercadológico para pagar um débito assumido em razão de urgente intervenção cirúrgica, por encontrar-se em perigo de vida*. (FIUZA, Ricardo. *op. cit*. pp. 136).

família; o conhecimento do dano pela outra parte; e a assunção por aquele de obrigação excessivamente onerosa.

Carlos Roberto Gonçalves cita como exemplos de estado de perigo *quem esteja obrigado a promover uma compensação desproporcionada a um guia alpino para convencê-lo a prestar socorro a um amigo ou parente, perdido na montanha; dos depósitos em dinheiro exigidos pelos hospitais para que o paciente possa ser atendido e internado numa emergência; da exigência feita pelo cirurgião, de pagamentos de honorários excessivos, para atender paciente em perigo de vida.*[265]

Quando grave dano não se referir a pessoa da família do declarante, cabe ao juiz analisar, segundo as circunstâncias, se o caso se ajusta ou não ao estado de perigo previsto em lei, *guiando-se*, segundo Maria Helena Diniz[266], *pelo bom sens*o (Lei de Introdução ao Código Civil, artigo 5.º).[267]

O contrato celebrado em estado de perigo também é passível de anulação, conforme previsão inserta no inciso II do artigo 178 do Código Civil. Os efeitos da sentença que declarar a anulação do contrato por lesão ou estado de perigo são *ex tunc*.

[265] GONÇALVES, Carlos Roberto, *op. cit*. p. 185.

[266] FIUZA, Ricardo. *op. cit*. p. 136.

[267] Artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil: *Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.*

3. DO DIREITO INTERNACIONAL

Na Antigüidade, os indivíduos permaneciam no mesmo local e efetuavam seus contratos, por meio do escambo, entre pessoas da própria comunidade, que possuíam os mesmos princípios éticos e as mesmas noções de justiça. As controvérsias decorrentes desses contratos eram solucionadas com base na força, prevalecia a lei do mais forte.[268]

Com o avanço da civilização, com a dominação de alguns povos por outros, passou a haver contato entre pessoas de comunidades diferentes, com noções éticas e morais diferentes. Também houve um progressivo avanço nos meios de comunicação e de transporte, o que viabilizou a aproximação dos indivíduos e facilitou o comércio entre sociedades diferentes, surgindo, então, o direito internacional.

Com isso, o comércio teve um enorme desenvolvimento. A matéria-prima de um produto vem de um país, a industrialização é feita em outro, e a distribuição, ainda, é realizada por outra nação, decorrendo uma variedade de contratos internacionais que trouxe a necessidade de uma regulamentação supranacional para que se propiciasse segurança jurídica aos contratantes, no âmbito de uma sociedade internacional.

---

[268] *Este es el fenómeno que parece haber existido en civilizaciones muy antiguas, y el cual remediaron las costumbres, hasta um cierto punto, com la práctica de la hospitalidad. No há podido producirse más que en las comunidades bastante primitivas e incapaces de sentir la necesidad de relaciones exteriores. Se señala en nuestros dias un resto en el odio con que al extranjero se persigue entre los pueblos que han permanecido mayor tiempo fuera del comercio internacional. Pero ya se observará también, en la historia de la condición de los extranjeros, que no hay ninguna época ni ninguén derecho en el que no se encuentren ciertas instituciones favorables a los extranjeros (proxenia, hospitalidad, etc). Esto significa que en todos los tiempos se há renocido la necesidad de un comercio internacional.* (PILLET, Antonie. **Princpios de Derecho Internacional Privado***.* Madrid: General de Victoriano Suárez, 1923, t. 1, pp. 8-9 (traducción española de Nicolás Rodriguez Aniceto e Carlos González Posada]).

Litrento enumera duas teorias acerca da constituição de uma sociedade internacional. A primeira, trazida por Scelle[269], entende que *a sociedade internacional se formaria apenas com as pessoas, como acontece nas nações, com isso deixariam de existir as relações internacionais propriamente ditas, e passariam a existir apenas as relações entre pessoas.*[270] No conceito de Scelle, trata-se de *uma sociedade política composta, como qualquer outra sociedade política, por indivíduos e grupos de indivíduos vinculados uns aos outros pelo laço da solidariedade nas suas duas modalidades: a solidariedade por semelhança ou mecânica e a solidariedade por divisão de trabalho ou orgânica, com predominância desta última.*[271]

A outra entende que a *sociedade internacional é formada por Estados e as relações sociais regidas pelo Direito Internacional são interestatais, não são apenas os Estados, também organizações internacionais, sujeito de Direito Internacional Público, Igreja Católica, Soberana Ordem de Malta, beligerantes, ONU, OEA, etc.*[272]

Carlos Roberto Husek entende que *se se trata de uma sociedade, necessariamente, tais elementos são os mesmos das sociedades internas: permanência, organização e objetivo comum.*[273]

---

[269] Notável jurista francês que muito contribuiu para o direito internacional, atuando no direito internacional público, no privado, bem como para consolidar os organismos internacionais e os conflitos que viessem a surgir na sociedade internacional.

[270] LITRENTO, Oliveiros. **Manual de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 36.

[271] *Idem, ibidem.*

[272] *Idem ibidem.*

[273] HUSEK, Carlos Roberto. *Elementos de Direito Internacional Público.* São Paulo: Malheiros, 1995, p. 12.

A sociedade internacional visa à convivência pacífica dos Estados, das organizações internacionais, das pessoas físicas e jurídicas e pressupõe que suas condutas fiquem sob a égide do direito internacional, que é o direito de tal sociedade e nasceu da necessidade de uma convivência harmoniosa.

Essa sociedade tem uma dominância dos Estados, já que eles são os formadores das organizações internacionais. As pessoas jurídicas exercem forte influência nas relações internacionais em razão da globalização, porque se tornam extremamente fortes, exercendo influência na política e na economia de várias nações, como é o caso das empresas transnacionais.

A regulamentação elaborada pela sociedade internacional deve respeitar as leis internas de cada nação, haja vista que a lei nasce de acordo com as necessidades, costumes e práticas locais, ou seja, a lei é determinada pela sociedade.[274]

O direito internacional tem o intuito de regulamentar as relações públicas internacionais entre os sujeitos de direito internacional, entre esse sujeitos e as pessoas jurídicas privadas e, também, questões atinentes às pessoas privadas, mas com o objetivo de internalizar essas regulamentações, para não extravasar o limite da soberania e o sentido de direito de cada Estado.

[274] Pillet entende que a tarefa de se constituir uma lei comum não é facil, *el problema es complicado y su dificuldad justamente célebre. No hay que soñar con imponer a los pueblos una ley común que substituya a las legislaciones diversas que actualmente los rigen. No existe una autoridad superior y única que pueda realizar esta tarea, y si se pretende obtener por la persuasión un resultado que la fuerza no puede procurar, se fracasará, por la doble razón de que una misma ley no puede convenir a todos los países y de que um Estado no querrá acepatar la autoridad de una legislación común, por buena que ella fuere, sin renunciar al mesmo tiempo, al derecho de mejorar su legislación, lo que constituiría, por su parte, el abandono de su deber essencial, una verdadera deserción.* (PILLET, Antônio. *op. cit.* p. 10-12.

O direito internacional é um direito *sui generis*, pois os seus integrantes estão, teoricamente, na mesma posição de igualdade, não existindo hierarquia.[275] Não há, muito menos, um Tribunal Supremo Internacional para aplicar essa lei, já que a sociedade internacional não é como as sociedades nacionais que possuem uma divisão de poderes, como, no caso do Brasil, o Poder Executivo, o Legislativo e o Judiciário.

Vem-se objetivando que as organizações internacionais assumam esse papel, auxiliando não só na produção das leis mas também no seu cumprimento, por meio de alguns tribunais internacionais. Entretanto, esses órgãos judiciários não possuem no seu âmago o verdadeiro poder jurisdicional, pois têm uma competência limitada e o Estado deve aceitar submeter-se ao seu julgamento.

As normas internacionais devem, segundo Hee Moon Jo, seguir *a aplicação dos princípios fundamentais orientadores do DI, tais como razoabilidade, legitimidade, eqüidade e proporcionalidade.*[276]

Há muitas críticas em relação ao direito internacional, por ele não poder impor sanção a nenhum Estado, por não existir um Tribunal que possa julgá-los e por ser o Estado a forma mais nobre de vida social. No entanto, esses argumentos são frágeis, já que as relações internacionais baseiam-se na soberania

---

[275] Aqui, consagra-se o princípio da horizontalidade, que, como ensina a Dra. Eliane Moraes de Almeida, *é plenamente notada no Direito Internacional, de modo que se possa aplicar as normas na exata medida de seus consentimentos, não há hierarquia entre os países, mas também não há ferimento em suas soberanias. Isto porque a efetividade do Direito Internacional repousa na atuação dos Estados como indivíduos que compõem essa comunidade, atuando também como autoridade de Direito Internacional,...* Disponível no sítio www.direitonet.com.br/textos/x/72/22/722/, em 22/05/2006, p. 2.

[276] JO, Hee Moon. **Introdução ao Direito Internacional**. 2.ª ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 46.

e igualdade dos Estados (incluindo a de direitos e a sua autodeterminação), na solução pacífica dos conflitos, não-intervenção nos assuntos internos, entre outros.

Boson ataca o tema da seguinte maneira:

> *Tais objeções à imagem da organização jurídica interna, encontram repulsa fácil, bastando considerar que não se pode confundir o Direito com a lei em que se traduz. Longe de constituí-lo, a lei o pressupõe, criada que é pela necessidade de uma formulação oficial do preexistente jurídico. Nem a organização judiciária é condição essencial da existência do Direito. Ao contrário, o Direito é anterior ao Poder Judiciário, que o aplica. Ademais, por dedução dos argumentos expendidos, verifica-se que a ausência de um* poder coercitivo *não implica a ausência do Direito. Na verdade, as relações jurídicas, quer internas, quer internacionais, na sua grande maioria, se efetivam sem apêlo aos Poderes Públicos. E uma coisa é a questão da existência do Direito, outra a de sua eficácia e natureza. O Direito é que fundamenta a sanção, que, sem base jurídica, é despotismo.*
>
> *Que o diga melhor, contra as objeções formuladas, a realidade da vida internacional hodierna, em que os Congressos e as codificações parciais se multiplicam ao lado da constituição permanente de*

> *jurisdições internacionais, de competência ampla e a que se vem recorrendo com freqüência crescente.*[277]

O direito internacional é de suma importância para a convivência pacífica e segura dos membros da sociedade internacional. Como já mencionado anteriormente, com os avanços tecnológicos, e também com a eclosão das guerras, houve um enorme fluxo migratório de pessoas e, por conseguinte, de mercadorias, que acabou por trazer uma grande diversidade de nacionalidades para dentro dos Estados, bem como de produtos.

Dessa forma, se o direito internacional não tivesse sido construído, quem não pertencesse ao Estado em que vive ficaria privado de todo e qualquer direito, as nações não manteriam relações de nenhuma espécie e, também, não existiria espaço para o comércio internacional, já que a segurança jurídica, fundamental a sua existência, não subsistiria.

Os Estados representam, na sociedade internacional e para a formação de seu direito, seus nacionais, buscando os interesses desses, como era de se esperar, pois essa é a sua missão nata, já que se originou para a defesa de sua população. Acontece que esse procedimento acaba por aumentar a desigualdade econômica, cultural, política e social existente no mundo, e, no afã de normalizar essa situação, criou-se a Organização das Nações Unidas, que, com pesar, não vem alcançando tal objetivo.

A questão atinente aos sujeitos do direito internacional é bastante controvertida, mas pacífico é o entendimento acerca de o Estado ser uma pessoa

---

[277] BOSON, Gerson de Britto Melo. **Curso de Direito Internacional Púlico***.* Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1958, vol. 1. p. 30).

jurídica de direito internacional por excelência. As organizações internacionais, dependendo da sua carta constitutiva, possuem, também, essa personalidade jurídica. As empresas transnacionais, os indivíduos, os insurretos, os índios provocam uma enorme discussão quanto a sua condição de sujeitos de direito internacional.

A personalidade jurídica é concedida, no âmbito nacional, pelo Estado aos seus nacionais por meio da legislação, de acordo com a sua cultura. Na sociedade internacional, por compor-se de várias nações, fica mais difícil a definição dos seus sujeitos, a qual depende de um denominador comum de todas as partes.

As diferenças sociais, culturais, morais e éticas entre os Estados são bem acentuadas, e definir quem são os titulares de direitos e obrigações na sociedade internacional, ou seja, os seus sujeitos, não é uma tarefa simples.

Antes de tratarmos do tema sujeitos de direito internacional, no que concerne aos indivíduos e às empresas transnacionais, oportuno é fazer a distinção adequada entre personalidade jurídica internacional e capacidade jurídica internacional.

A personalidade legal significa a existência no âmbito da sociedade; é ser sujeito de direitos e obrigações, com as garantias protegidas pelo ordenamento jurídico. Já a capacidade legal é o atributo que propicia que o sujeito possa se representar. Como bem explica Hee Moon Jo, *o reconhecimento da personalidade legal internacional significa o reconhecimento de sua existência legal na sociedade internacional. A entidade que tem personalidade legal internacional pode exercer*

direitos e contrair deveres, conforme a capacidade legal internacional reconhecida pelo DI.[278]

Os indivíduos, na era do naturalismo[279], possuíam tanto personalidade quanto capacidade jurídica. Ocorre que, com o domínio do positivismo, essa capacidade deixou de existir, sendo representados pelos seus Estados. Nos últimos anos, eles vêm adquirindo, novamente, certa capacidade internacional, mas ela ainda é muito restrita. São poucos os órgãos que os aceitam como parte, em geral quando se trata de violação a direitos humanos.

As transnacionais são aquelas empresas que exercem suas atividades em vários países para adquirir um lucro maior. Elas aproveitam-se do mundo globalizado para obter vantagens maiores e influenciam, também, os governos dos países mais fracos, já que estes se submetem às suas exigências para receber os investimentos dessas empresas.

---

[278] JO, Hee Moon. *op. cit.* p. 188.

[279] *Direito natural é a idéia abstrata do Direito, o ordenamento ideal, correspondente a uma justiça superior e anterior – trata-se de um sistema de normas que independe do direito positivo, ou seja, independe das variações do ordenamento da vida social que se originam no Estado. O direito natural deriva da natureza de algo, de sua essência. Sua fonte pode ser a natureza, a vontade de Deus ou a racionalidade dos seres humanos.*
O que importa é que, em todos os casos, trata-se de um direito que antecede e subordina o direito positivo de origem política/social que não deveria entrar em conflito com as regras do direito natural e, se entrar, pode perder sua validade (mesmo nesse ponto os jusnaturalistas são muito cautelosos). Nesse sentido pode-se sustentar que o direito natural é imutável ao longo da história, o que rendeu à idéia do direito natural críticas do historicismo.
Os adeptos do direito natural são conhecidos como jusnaturalistas. Historicamente pertenceram ao jusnaturalismo pensadores católicos como Tomás de Aquino e escritores racionalistas como Hugo Grócio.
Thomas Hobbes concebe o direito natural como "a liberdade que cada homem tem de usar livremente o próprio poder para a conservação da vida e, portanto, para fazer tudo aquilo que o juízo e a razão considerem como os meios idôneos para a consecução desse fim" (Leviatã, parte 1ª, cap. XIV). Direiro natural nasce a partir do momento que surge o Homem. Mas Hobbes considera que esse direito natural só leva à guerra de todos contra todos e à destruição mútua, sendo necessária a criação de um direito positivo, garantido pelo poder centralizado que estabelecerá regras de convívio e pacificação. Esse é um momento importante de crítica ao direito natural que será sistematicamente realizada pelos adeptos do positivismo jurídico, sendo muito clara e completa a postura critica de Hans Kelsen em dezenas de escritos. Mesmo assim, o direito natural continua tendo adeptos na atualidade, como o filósofo do direito John Finnis. Disponível no sítio http://pt.wikipedia.org/wiki/Direito_natural, em 24/05/2006.

É fato que elas possuem personalidade legal internacional, pois existem, mas a capacidade legal internacional leva a muitas divergências, pois não se definiram os seus direitos e deveres na esfera internacional.

Há, ainda, uma distinção em relação a sua capacidade como sujeito ativo e passivo. Hee Moon Jo elucida a questão, a saber:

> *Com relação à sua capacidade como sujeito passivo do DI, ou seja, os seus deveres no DI, essa questão é geralmente discutida em nome do controle internacional das ETNs, como se verá a seguir. Com relação à sua capacidade como sujeito ativo do DI, ou seja, os seus direitos no DI, essa questão é geralmente discutida em nome da personalidade legal internacional, provocando, assim, uma confusão no entendimento da questão. De fato, os direitos e deveres das ETNs podem aumentar ou diminuir conforme a necessidade da sociedade internacional, refletindo puramente a realidade internacional.*[280]

As principais fontes do direito internacional são as leis internas, principalmente no que tange ao direito internacional privado, que se encontra normatizado principalmente na Lei de Introdução ao Código Civil e, também, na

[280] *Idem, ibidem,* p. 419.

legislação esparsa. Os tratados, para que tenham eficácia no ordenamento interno, devem passar por um processo de que falaremos mais adiante. Já os costumes constituem uma das maneiras mais remotas de normatização, entretanto, por serem mutáveis, aplicam-se apenas nos casos em que haja lacuna legislativa. A jurisprudência, apesar de não possuir, em tese, caráter vinculante, corrobora a solução de conflitos, enquanto a doutrina tem um papel fundamental na construção do direito como um todo. Os princípios gerais do direito, por seu turno, baseiam-se, na esfera internacional, por óbvio, na reciprocidade, na *pacta sunt servanda* e na boa-fé internacional. Há, outrossim, casos em que se socorre da eqüidade para a solução do conflito.

Os tratados, que para o direito internacional público representam a principal fonte de direito, são acordos formais firmados por sujeitos de direito internacional Público cuja finalidade é produzir seus efeitos na órbita internacional para os Estados signatários.

São classificados em formal, que se subdivide pelo número de partes (bilateral ou multilateral), ou ainda pelo procedimento (que pode ser simples ou solene). A material diz respeito ao conteúdo do tratado, que pode ser como um contrato, que contém uma matéria específica, como no caso do tratado que criou a Itaipu; pode ser tratado-normativo, que contém regras gerais para vincular todas as nações que se relacionam, não se esquecendo da restrição aos países signatários.

O procedimento simples é aquele que não provoca repercussão no ordenamento jurídico, por isso possui uma forma mais rápida de elaboração, que se constitui apenas da negociação e da assinatura. É muito utilizado em tratados que dizem respeito a visitas oficiais de outros Chefes de Estado, ou de Governo,

dispondo acerca da segurança, entre outras necessidades. Com a assinatura do tratado pelo Presidente da República, ou algum representante[281], inicia-se sua eficácia na seara internacional e, com a publicação no Diáro Oficial da União, no âmbito interno.

O procedimento solene forma-se com maior número de etapas, iniciando-se com a negociação, seguida da assinatura, da aprovação legislativa e, por fim, da ratificação.

A aprovação legislativa ocorre por maioria simples, em turno único, e está prevista no artigo 49, I, da Constituição Federal, a saber:

> *Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:*
>
> *I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;*

Após a aprovação é publicado o Decreto Legislativo que imputa obrigatoriedade ao Presidente da República de ratificar o tratado.

A ratificação está prevista no artigo 84, VIII, da Constituição Federal, que dispõe:

---

[281] Os agentes signatários natos para firmar um tratado são: o Chefe do Executivo e Ministro das Relações Exteriores. Poderão, também, pactuar os embaixadores credenciados ou quem apresente carta de plenos poderes.

> *Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:*
>
> *VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;*

A obrigação internacional do Brasil com a sociedade internacional começa a partir do momento em que a carta de ratificação é depositada. Nacionalmente, inicia-se com o Decreto de Promulgação, que não consta na legislação pátria, mas é atributo essencial exigido pelo Supremo Tribunal Federal.

Para a Suprema Corte brasileira, os tratados entram no ordenamento jurídico nacional como se fossem leis ordinárias. Entretanto, quando o tratado versa acerca dos direitos humanos e há aprovação do Congresso por 3/5, em 2 turnos, entra em vigor na mesma condição de Emenda Constitucional, em razão da alteração trazida pela Emenda n.º 45, no artigo 5.º, §3.º, que preceitua:

> *§ 3º - Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.*

Os costumes são as normas que nascem com a repetição de uma prática na sociedade. Elas surgem sem o intuito de se tornarem leis. Têm uma grande importância internacional, pois o direito entre as nações é imperfeito e necessita de outras fontes para a solução de controvérsias.

Existem dois elementos que são fundamentais à formação dos costumes internacionais: o substantivo e o psicológico.

O substantivo diz respeito ao *consuetu*, que tenta esclarecer a prática habitual, geral e uniforme de uma ação. Para isso, usam-se, principalmente, os julgados precedentes para verificar-se a constatação da repetição.

O psicológico é o *opinio juris*, que consiste no conhecimento e aceitação do costume. Esse elemento é o mais subjetivo e estabeleceu que quem alega o desconhecimento deve prová-lo.

Existe uma diferença entre o direito internacional público e o privado, sendo que este último possui enormes divergências acerca de sua nomenclatura, pois não são leis internacionais, e sim internas, que fazem o direito internacional produzir efeitos no âmbito nacional. Alguns temas ficam no limiar acerca do que é internacional e do que é interno, como os direitos humanos e a questão atinente à nacionalidade.

Bustamante y Sirven distingui acertadamente esses dois direitos, sendo o direito internacional público *l´essemble des principes qui règlent les droits et les devoirs extérieurs et les relations des personnes juridiques qui font partie de la communauté international, entre elles et avec la Société de Nations et l´Union*

panaméricaine, ainsi que les règles communes de protection individuelle intome ou externe établies par accords internationaux.[282]

Define o direito internacional privado *como el conjunto de principios que determinan los límites en el espacio de la competencia legislativa de los Estados, cuando ha de aplicarse a relaciones jurídicas que pueden estar sometidas a más de una legislación.*[283]

Como dito, o direito internacional privado sofre enormes críticas por conta de sua denominação. A*lguns entendem que a matéria pertence ao direito internacional, porém não ao direito privado; outros porque se não trata de direito privado nacional, mas de uma das manifestações do direito privado nacional; outros, emfim, porque as normas do direito, que se diz internacional privado, nem são de direito internacional, são de direito privado.*[284] De fato há uma impropriedade em seu nome, mas é a forma mais utilizada, até mesmo por aqueles que a contestam.

No tocante ao direito internacional privado, Brocher entende que *il est international en ce sens qu´il établit des règles s'imposant à des souverainetés d'ailleurs indépendantes les unes des autres; il est droit privé dans ce sens que c n' est pas aux souverainetés elles-mêmes, considérees como telles, mas bien aux simples particuliers leurs ressortissants, que ces règles s'appliquent.*[285]

---

[282] BUSTAMANTE Y SIRVEN, Antonio Sanchez. **Droit International Public.** Paris: Libraire du Recueil de Sirey, 1934, t. I, p. 3 [traducion por Paul Gaulé]).

[283] BUSTAMANTE Y SIRVEN, Antonio Sanchez de. **Derecho Internacional Privado**. Habana: Carasa y cia, 1931, t. I, p. 18).

[284] ESPÍNOLA, Eduardo. **Elementos do Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1925, p. 18).

[285] BROCHER, Charles. **Nouveau Traité de Droit International Privé**. Paris: H. George, 1876, p. XXV.

Para Hildebrando Accioly, o *Direito Internacional Público, ou direito das gentes, é o conjunto de princípios ou regras destinados a reger os direitos e deveres internacionais, tanto dos Estados ou outros organismos análogos, quanto dos indivíduos.*[286]

Pillet cita uma definição muito adequada do direito internacional privado, elaborada por Rolin, que entende que *el derecho internacional privado podria definirse como el conjunto de reglas que determinan los derechos de los extranjeros y la competencia respectiva de las legislaciones delos diversos Estados, en lo que se refiere a las relaciones del derecho privado.*[287]

Além desses direitos internacionais citados acima, o público e o privado, existem também outros ramos, derivados dos dois alhures mencionados, como do comércio internacional, do direito internacional econômico, do direito internacional do trabalho, do direito internacional penal, do direito de integração, do direito comunitário, do direito humanitário, entre outros, que nascem por causa da constante mutação do direito.

3.1. DIREITO INTERNACIONAL DO TRABALHO

O direito internacional do trabalho é aquele que busca igualar e estabelecer um mínimo de proteção aos trabalhadores. Seu principal órgão é a

[286] ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 1961, p. 1.

[287] PILLET, Antonie. *op. cit*. p. 10.

Organização Internacional do Trabalho, com sede em Genebra, criada com o intuito de ampliar o direito dos homens social, econômica e politicamente.

É preciso que se reafirme, em primeiro lugar, o princípio vetor que informa a ciência do Direito e que está instrumentalizado na regra da sua unicidade. Com efeito, o Direito é uno, sendo certo que sua divisão tem por finalidade, apenas e tão-somente, facilitar o estudo dos diversos ramos da ciência do Direito. É esse o ensinamento primordial que nos legou o inesquecível professor Geraldo Ataliba ao preconizar a regra da unicidade do Direito, fincada nos princípios kelsenianos a perfeição do sistema e da interdependência existente entre seus diversos segmentos. É com base em tal pressuposto que passaremos a analisar o Direito do Trabalho, até porque impossível seria abranger toda a ciência jurídica sem tornar infinito o objetivo deste trabalho.

Especificamente sobre o Direito do Trabalho, mister afirmar ser este um dos modernísimos ramos da ciência jurídica. Destarte, ao se falar em Direito do Trabalho, automaticamente se está referindo ao ramo moderno da ciência do Direito. O Direito do Trabalho é, além de moderno, um direito de conquista, eis que não há sentido mencioná-lo sem falar das conquistas sociais dos destinatários das normas sociais, quais sejam, os trabalhadores, individual e coletivamente considerados. Direito de conquista porque, no entrechoque de interesses existentes entre capital e trabalho, esse só cede paz a eventuais conquistas dos trabalhadores mediante um sistema de negociações, paralisações, confrontos, regras e normas estabelecidas no sistema jurídico positivo, e assim por diante.

Nesse sentido, conforme passaremos a analisar, vamos verificar que, quando nos referimos ao Direito do Trabalho, estamos falando não só de um direito de conquistas mas também de uma realidade extremamente complexa, implemento de um método especial de conhecimento desse ramo da ciência jurídica, que tentaremos compreender a partir de nosso estudo.

Vale a pena mencionar, também de modo introdutório, que, por ser o Direito do Trabalho uma realidade complexa, está ele vinculado a uma permanente evolução, salvo no que toca aos princípios fundamentais informadores do chamado direito protecionista, uma vez que tais princípios formam as chamadas regras de mínimo, as quais não podem ser alteradas pela vontade das partes.

Para melhor compreender o objeto de nosso estudo, precisamos esboçar um breve bosquejo histórico da evolução desse ramo da ciência jurídica.

3.1.1. Evolução Histórica do Direito do Trabalho

É preciso reafirmar, inicialmente, juntamente com Segadas Vianna:

> [...] *o homem sempre trabalhou; primeiro para obter seus alimentos, já que não tinha outras necessidades em face do primitivismo de sua vida. Depois, quando começou a sentir o imperativo de se*

> *defender dos animais ferozes e de outros homens, iniciou-se na fabricação de armas e instrumentos de defesa.*
>
> *Posteriormente, verificou que o osso encontrado nos restos de animais putrefatos partia-se com facilidade e passou, no período paleolítico, a lascar pedras para fabricar lanças e machados, criando sua primeira atividade industrial. E usava seus produtos para caça de animais e nas lutas contra outros homens*[288].

A luta foi para o ser humano a primeira forma de conquista, de obtenção e de satisfação das necessidades essenciais. É da luta que o homem passa a conhecer a escravidão, ora explorando o subjugado pela derrota, ora sendo explorado todas as vezes em que a derrota lhe era imposta.

3.1.1.1.Escravidão

A escravidão, como se sabe, é o trabalho realizado sem qualquer contraprestação, sem que haja, portanto, qualquer comutatividade ou contraprestação em razão dos trabalhos realizados. A escravidão foi conhecida na história da humanidade em largas faixas de tempo, como na Grécia antiga e entre os

[288] VIANNA, Segadas *et alii*, **Instituições de Direito do Trabalho**. 13.ª ed., São Paulo: LTr, 1993, vol. 1, p. 27.

romanos, atingindo grande dimensão. Na Grécia, as fábricas de flautas, facas e ferramentas agrícolas, assim como de móveis, eram todas compostas de escravos. Em Roma, os senhores possuíam escravos de classes distintas, tais como pastores, gladiadores, músicos, filósofos e poetas, sendo certo que, mais tarde, esses escravos eram libertados, algumas vezes como gratidão aos serviços relevantes e em dias de grande festividade, outras junto à cabeceira do leito de morte, como dádiva trazida por seus senhores. Na Roma Antiga, após a conquista da liberdade, os antigos escravos acabavam por se dedicar a atividades de ofício que conheciam, “alugando” seus trabalhos para terceiros. Talvez tenha sido aí a origem do trabalho remunerado de que se tem notícia, a qual gerou a chamada locação de serviços, que culminaria, em futuro remoto, na tão desejada e conhecida relação de emprego, como hoje é conhecida.

A escravidão chegou a ser considerada como algo justo no pensamento antigo, tanto assim que Aristóteles teria afirmado que, para se adquirir cultura, necessário ser rico e ocioso, o que não seria possível sem o instituto da escravidão.

Na Idade Média, também existiu trabalho escravo, haja vista que os senhores feudais faziam grande número de prisioneiros, especialmente entre os bárbaros e os infiéis. Os escravos eram vendidos nos mercados.

Até mesmo a Igreja conheceu o instituto da escravidão: houve a autorização do Papa Nicolau para que o Rei de Portugal reduzisse à escravidão os muçulmanos. Inocêncio VIII chegou a distribuir, entre seus cardeais, escravos para que realizassem trabalhos.

Na Idade Moderna prosseguiu a escravidão. Espanhóis e portugueses apreendiam os negros na África e os traziam à América, para a realização de trabalhos, notadamente para o incremento da lavoura nos países por eles colonizados. Os índios também foram vítimas de trabalho escravo em toda a América[289], havendo notícias de que, no novo continente, ingleses, franceses e holandeses pirateavam nas colônias e praticavam em larga escala o tráfico de escravos.

O combate à idéia de escravidão só começa a ganhar fôlego a partir da Idade Contemporânea e do advento da Revolução Francesa, que inaugura o chamado Estado Contemporâneo.

3.1.1.2. Servidão

A servidão foi um tipo de trabalho que se generalizou na Idade Média e que esteve muito próximo do trabalho escravo.

Em tal modalidade de serviço, o indivíduo não possuía total liberdade nem disponibilidade de sua própria pessoa. O regime da servidão se caracterizava pela posse da terra pelos senhores, que acabavam por se apossar de todos os

[289] Quanto à escravização dos índios no Brasil Colonial, assim se manifesta Boris Fausto: *Os índios resistiram às várias formas de sujeição, pela guerra, pela fuga, pela recusa ao trabalho compulsório. Em termos comparativos, as populações indígenas tinham melhores condições de resistir do que os escravos africanos. Enquanto estes se viam diante de um território desconhecido onde eram implantados à força, os índios se encontravam em sua casa. Outro fator importante que colocou em segundo plano a escravização dos índios foi a catástrofe demográfica. Esse é um eufemismo erudito para dizer que as epidemias produzidas pelo contato com os brancos liquidaram milhares de índios. Eles foram vítimas de doenças como sarampo, varíola, gripe, para as quais não tinham defesa biológica. Duas ondas epidêmicas se destacaram por sua violência entre 1562 e 1563, matando mais de 60 mil índios, ao que parece, sem contar as vítimas do sertão* (FAUSTO. Boris. **História do Brasil**. São Paulo: Edusp, 1994, p. 50).

direitos do possuidor servente no tocante à agricultura e pecuária. Só não eram considerados escravos na acepção do termo porque possuíam direito de herança de animais e de objetos pessoais e, em certas partes, do uso dos pastos. Não podiam recorrer aos Juízes contra o senhor da terra, salvo em casos especiais.

3.1.1.3. As Corporações de Ofício

O sistema das corporações de ofício surgiu na Idade Média e caminhou paralelo ao regime das servidões, com peculiaridades que deram às corporações feição singular[290].

O conceito de moeda ainda não havia sido desenvolvido na Idade Média, pois o regime do metalismo e do mineralismo surge somente em tempos modernos, com o aparecimento da moeda como instrumento diferido de trocas.

O regime de corporação de ofício corresponde ao trabalho artesanal realizado por pessoas que se agregavam em torno da similitude dos trabalhos que desenvolviam para implementar especialmente o mercado de trocas, evidentemente sob a tutela do senhor feudal, que era o chefe e o coordenador de toda atividade desenvolvida em torno dos castelos[291].

---

[290] Segundo Segadas Vianna, *no caso especial de este [o senhor da terra] se querer apossar do arado e dos animais que o servo possuía* (VIANNA, Segadas. *op. cit*. p. 30).

[291] É interessante estudar os estatutos de uma corporação artesanal. Veja-se, a propósito, o estatuto da corporação dos curtidores de couro branco (século XIV, Londres), transcrito por Leo Huberman da obra de Bland, Brown e Tawney, *English Economic History, Seleta Documents*: [1] ... *se qualquer pessoa do dito ofício sofrer de pobreza pela idade, ou porque não possa trabalhar... terá toda semana 7 dinheiros para seu sustento, se for homem de boa reputação. [2] E nenhum estrangeiro trabalhará no dito ofício... se não for aprendiz, o homem admitido à cidadania do dito lugar. [3] E ninguém tomará o aprendiz de outrem para seu trabalho durante o aprendizado, a menos que seja com a*

Sob o ponto de vista político, a Idade Média foi um período em que os Estados ainda não estavam configurados na Europa e as aldeias se desenvolviam sob a proteção dos senhores feudais. A descentralização era evidente, e, pelo menos em teoria, os senhores feudais deveriam proceder à defesa dos vassalos contra os ataques externos, contra o pagamento de tributos. Evidentemente que, com a ausência da moeda, o incremento da atividade econômica era incipiente, havendo uma predisposição quase que completa no sistema de trocas de mercadorias em razão das especificidades feitas por cada organização de artesãos, artífices ou agricultores. Em poucas palavras, as trocas não eram diferidas e o estabelecimento do padrão de riqueza era aquele subjetivo, conferido à produtividade de cada grupo, que produzia certo tipo de mercadorias.

Como se vê, não se pode falar propriamente em atividade econômica, no período medieval, muito embora nessa época se tenha iniciado o culto ao ouro e às pedras preciosas, que viria a influenciar mais tarde o conceito de lastro, como que um pré-lançamento da existência futura da moeda. Sob os pontos de vista político e administrativo, a Idade Média, salvo no que concerne às origens, pouco representou, servindo como reflexão para o período que viria subseqüentemente, com o aparecimento do Estado Moderno.

---

permissão de seu mestre. E se alguém do dito ofício tiver em sua casa trabalho que não possa completar... os demais do mesmo ofício o ajudarão, para que o dito trabalho não se perca. [4] E se qualquer aprendiz se comportar impropriamente com seu mestre, e agir de forma rebelde para com ele, ninguém do dito ofício lhe dará trabalho, até que tenha feito as reparações perante o Alcaide e os Intendentes. [5] Também a boa gente do mesmo ofício uma vez por ano escolherá dois homens para serem supervisores do trabalho e de todas as outras coisas relacionadas com as transações daquele ano, pessoas que serão apresentadas ao Alcaide e Intendentes... prestando perante eles o juramento de indagar e pesquisar, e apresentar lealmente ao dito Alcaide e Intendentes os erros que encontrarem no dito comércio, sem poupar ninguém, por amizade ou ódio. [6] Ninguém que não tenha sido aprendiz e não tenha concluído seu termo de aprendizado do dito ofício poderá exercer o mesmo (HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. 21.ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Guanabara, p. 65).

Conforme ressalta Segadas Vianna, na Espanha o rei e as cortes tiveram forte intervenção no Direito regulamentar das corporações, o que já ocorria no feudalismo. As cortes de Valladollid (1351) fixaram a jornada de trabalho de sol a sol com períodos de descanso apenas para a alimentação, assegurando a qualquer pessoa liberdade para ensinar o ofício a quem quisesse ou soubesse aprendê-lo. Nas cortes de Toronto, proibia-se tanto a penhora de instrumentos de trabalho quanto a prisão do trabalhador por motivo de dívida.

No concernente ao Direito do Trabalho, é relevante frisar que o aparecimento das corporações de ofício lança, pela primeira vez, a idéia da defesa coletiva de pessoas em razão da similitude das atividades desenvolvidas. É nesse passo que vamos encontrar a primeira origem do chamado sindicalismo: as reuniões dos artesãos em corporações de ofício também representou, num primeiro momento, uma forma de defesa de interesses coletivos, em razão da similitude das funções ali desenvolvidas.

Não é possível dizer que tudo se tenha passado indiferente ao aparecimento dos tempos modernos, pois toda atividade humana se desenrola e se desenvolve a partir de iniciativas incipientes, conforme a que acabamos de mencionar. Como destaca Arnold Toynbee: *Em qualquer época de qualquer sociedade, o estudo da história, como outras atividades sociais, é governado pelas tendências dominantes no tempo e no espaço. O mundo ocidental de nossa época tem vivido sob o domínio de duas instituições: o sistema da economia industrial e o sistema político, ligeiramente menos complicado, a que chamamos 'democracia',*

expressão abreviada do governo parlamentar, responsável e representativo de um Estado nacional independente e soberano[292].

A relatividade do pensamento histórico, todavia, não pode desprezar a origem do conhecimento humano, pois, por menor que seja, pode revelar no futuro a semente de uma prática profícua e produtiva.

Não resta dúvida de que, em suas origens, o sindicalismo surge como necessidade de o ser humano agregar-se e permear o principal de todos os conceitos que jamais se conheceu, qual seja, o estabelecimento de critérios que levem à igualdade entre os seres humanos. As pessoas que só no próprio trabalho possuem a expressão de semelhante força de produção expressarão, decerto, coletivamente o poder de barganha e de conquistas o qual, partindo do coletivo, se espelhará inequivocamente sobre o individual.

Daí por que, no transcorrer da Idade Média, as corporações de ofício não representaram senão grupamentos de pessoas e artífices, possuidores de identidade de funções e intermediadores de trocas, projetando para o futuro a inestimável semente da função gregária do homem e da expressão de inequívoca modernidade, representada pela defesa dos chamados "interesses coletivos"[293].

---

[292] TOYNBEL,nold J. **Um estudo de História**. 1953. Rio de Janeiro: E.W. Jackson, p. 30.

[293] Veja, a propósito, Leo Huberman: (...) *Todos os que se ocupavam de um determinado trabalho — aprendizes, jornaleiros, mestres artesãos — pertenciam à mesma corporação. Tanto mestres como ajudantes podiam fazer parte da mesma organização e lutar pelas mesmas coisas. Isso porque a distância entre trabalhador e patrão não era muito grande. O jornaleiro vivia com o mestre, comia a mesma comida, era educado da mesma forma, acreditava nas mesmas coisas e tinha as mesmas idéias. Era regra, e não exceção, tornar-se o aprendiz, com o tempo, um mestre. Assim sendo, empregador e empregado podiam ser membros da mesma corporação. Mais tarde, quando aumentaram os abusos e as relações já não eram idênticas, encontramos jornaleiros formando corporações próprias. Mas, no princípio dessas organizações, a corporação dos arrieiros congregava todos os fabricantes de arreios, a dos armeiros, todos os fabricantes de armas etc. Os aprendizes tinham direitos iguais, o mesmo ocorrendo com os jornaleiros e mestres artesãos. Havia classes nas proporções, mas dentro de cada uma delas predominava a igualdade. E os degraus da escala da*

3.1.1.4. Tempos Modernos

O sistema da descentralização política e a idéia de um Estado fragmentar, com o poder diluído entre os senhores feudais, revelam a fragilidade do sistema medieval, que vai projetar-se sob o ponto de vista político na necessidade de criação de um sistema organizado de defesa, que determinará a concentração do poder nas mãos dos chamados imperadores. O declínio do poder dos senhores feudais — conseqüência por um lado das invasões dos países europeus pelos bárbaros oriundos do norte e, de outro, da expansão indiscriminada do império otomano — levou à concentração do poder nas mãos dos príncipes, que passaram a ser os grandes coordenadores das defesas de grupos de castelos feudais. Se de um lado, sob o ponto de vista político, tal realidade faz surgir a concentração de poder nas mãos dos príncipes de Estado (poder este que passam a defender como de origem divina), de outro vamos verificar o início do delineamento dos Estados modernos a partir da divisão geográfica que surge nesse tempo. Incrementa-se a concentração do poder nas mãos dos príncipes, que desenvolvem a teoria do direito divino. O poder, até então limitado nas mãos dos senhores feudais, passa a concentrar-se junto aos príncipes, os quais desenvolvem a teoria do direito divino. Há, assim, uma proliferação das monarquias, que, como tais, detêm o poder.

É por essa época que, com o desenvolvimento dos mecanismos de defesa, surge o embrião daquilo que, mais tarde, passaríamos a chamar de Ministério Público. Originariamente, sua função era a de porta-voz dos príncipes e a

---

ascensão, de aprendiz a mestre, não estavam fora do alcance dos trabalhadores (HUBERMAN, Leo. *op. cit*. p. 64).

da defesa do poder do Estado. Sim, porque, ao defender o ponto de vista do soberano, estaria, *ipso facto*, defendendo o ponto de vista do Estado, uma vez que este se confunde com a própria pessoa do soberano.

Até bem pouco tempo, o Ministério Público era órgão do poder Executivo, que, além de defender os interesses do Estado, acumulava também o *munus* de ser o fiscal da lei.

Ao tempo das monarquias centralizadoras, não há que se falar, sob o ponto de vista político, na existência de um sistema político de desconcentração de poderes, uma vez que esse tipo de organização só irá surgir posteriormente, com o rompimento das revoluções jurídicas e econômicas, como fenômeno do Estado contemporâneo.

É durante esse período que, como reação natural à centralização do poder, surge uma nova classe emergente — a burguesia —, desvinculada das cortes e dos nobres, que gravitavam em torno do poder central ao tempo do absolutismo monárquico.

A burguesia emergente começa a aparecer em razão do comércio necessário, impulsionada pela descoberta de novos mercados, decorrente das viagens de navegação, que buscam nas Índias as especiarias para o desenvolvimento de um comércio incipiente. A necessidade das grandes cidades também começa a forçar o aparecimento em escala de bens de consumo, que possam fazer frente às necessidades das grandes concentrações urbanas. A decadência do Estado centralizador monárquico, despótico e ditatorial, cercado por suas cortes imensas, para as quais o trabalho é considerado freqüentemente como uma verdadeira indignidade, contrasta com o surgimento dessa burguesia, que,

muito embora não possua qualquer modalidade de poder político, começa a pressionar o Estado e a recriar as teorias do direito divino. Surgem, assim, idéias novas, provenientes, em princípio, da intelectualidade, para, em seguida, alastrar-se junto ao pensamento popular. Tais idéias se fincam estruturalmente em conceitos como o da natureza do homem, suas necessidades, seu espírito[294]. Bem mais do que isso, idéias revolucionárias que atingem a própria pilastra do poder constituinte disseminam a noção de igualdade entre as pessoas, influenciando o espírito dos revolucionários do futuro.

É, todavia, dos grandes contrastes gerados pelo desequilíbrio do crescimento econômico e do desenvolvimento da técnica que começam a se estruturar os grandes conflitos geradores do Estado contemporâneo, a partir das duas grandes revoluções de que se tem notícia: a revolução jurídica, condicionada pela evolução econômica. Com efeito, a invenção da máquina a vapor e a do tear têm o condão de fomentar, de modo irreversível, a industrialização, numa escala avassaladora. O aparecimento da máquina produz uma verdadeira revolução nos métodos de trabalho, contribuindo igualmente para o surgimento de uma nova classe de pessoas: o proletariado.

---

[294] Rousseau lança a idéia de que o homem é naturalmente bom, e que a sociedade é que o corrompe. Consulte-se, a propósito, "Vida e Obra" de Rousseau, inserida no volume homônimo da coleção "Os Pensadores", cuja consultoria esteve a cargo de Marilena de Souza Chauí: *Em síntese, a civilização é vista por Rousseau como responsável pela degeneração das exigências morais mais profundas da natureza humana e sua substituição pela cultura intelectual. A uniformidade artificial de comportamento, imposta pela sociedade às pessoas, leva-as a ignorar os deveres humanos e as necessidades naturais. Assim como a polidez e as demais regras da etiqueta podem esconder o mais vil e impiedoso egoísmo, as ciências e as artes, com todo seu brilho exterior, freqüentemente seriam somente máscaras da vaidade e do orgulho. A vida do homem primitivo, ao contrário, seria feliz porque ele sabe viver de acordo com suas necessidades inatas. Ele é amplamente auto-suficiente porque constrói sua existência no isolamento das florestas, satisfaz as necessidades de alimentação e sexo sem maiores dificuldades, e não é atingido pela angústia diante da doença e da morte. As necessidades impostas pelo sentimento de autopreservação — presente em todos os momentos da vida primitiva e que impele o homem selvagem a ações agressivas — são contrabalançadas pelo inato sentimento de piedade que o impede de fazer mal aos outros desnecessariamente* (CHAUÍ, Marilena de Souza. Vida e Obra. **Coleção Os Pensadores** – Rousseau. 1987. São Paulo: Nova Cultural, vol. I, p. XIII).

O *proletariu* era quem trabalhava em fábricas, juntamente com sua prole — daí a origem do termo[295] —, visando à sobrevivência, sua e dos seus, mediante a prestação de trabalhos em grande escala. Surgem, desde logo, as relações entre patrões e trabalhadores, que vão originar o grande conflito do futuro, determinante do aparecimento do moderno Direito do Trabalho.

O capitalismo aparece como um fenômeno irreversível, colocando de um lado os detentores do capital (proprietários das máquinas) e, de outro, grandes contingentes de pessoas a vender seus serviços, sem qualquer modalidade de regulamento ou de limite. Essa é a origem do contratualismo, que visava dar primazia ao conceito de liberdade de contratar, como razão última e primeira da produção e da riqueza. O conceito de igualdade, mencionado anteriormente, se contrapõe ao de liberdade, cada qual a serviço dos interesses ideológicos do grupo interessado em priorizar o capital ou o trabalho. O conflito era, sem dúvida, inevitável em tais circunstâncias. Foi gerado e acabou por eclodir em duas gigantescas ordens: a primeira, no plano político, uma vez que o Estado centralizador e totalitário já não mais respondia aos interesses da comunidade; a segunda, sob o ponto de vista econômico, cujo escopo foi o de permitir o florescimento de uma nova classe política, que iria expulsar a antiga e decadente realeza, com seu séquito de cortesãos, inúteis e ociosos.

Não se cogitava, ainda, por evidente, do sistema de proteção trabalhista das grandes massas, sistema esse que só viria a eclodir com o

[295] *Cidadão pobre, útil apenas pela prole, i. e, pelos filhos que gerava*. (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, p. 1400).

rompimento da grande explosão social representada pelo descomunal desequilíbrio entre os que detinham o capital e os que não possuíam senão sua força de trabalho. Curiosamente, igualdade e liberdade caminharam lado a lado, num primeiro momento; posteriormente, tais conceitos foram priorizados lá e cá, ou seja, a igualdade a informar a nova teoria de proteção dos direitos das grandes massas trabalhadoras, e a liberdade a impulsionar o capitalismo tecnológico e poderoso que iria reduzir a frangalhos as monarquias até então existentes, já ultrapassadas e centralizadoras.

Em 1789, rompendo com as oligarquias até então existentes, advém a Revolução Francesa, culminando em 14 de julho com a queda da Bastilha e a destruição da realeza. A Revolução Francesa aparece sob a trilogia da “liberdade, igualdade e fraternidade”, síntese dos ideais revolucionários como expressão amadurecida da idéia dos iluministas, que preconizavam uma nova ordem. Sob o ponto de vista humano, Rousseau e sua teoria do homem naturalmente bom; sob o ponto de vista econômico, o avanço irreversível da técnica, a concentração de riquezas e a evolução da máquina a vapor. Paradoxalmente, recrudesce a miséria coletiva e a exploração do trabalho humano em limites inimagináveis. Homens, mulheres e crianças, jovens e idosos, em nome da “liberdade”, trabalhavam até a exaustão, sem qualquer direito a um regime de igualdade.

As reações a esse estado de coisas não tardaram a aparecer, levando à inevitável decadência do sistema liberal. A igualdade jurídica caminhava lado a lado com a desigualdade econômica, numa dualidade insuportável. O Estado se colocava como mero observador, limitando-se a assegurar a liberdade desenfreada, inspiradora do chamado “*l’État gendarme*”.

Mesmo os adeptos do liberalismo começavam a conscientizar-se de que o Estado estava inexoravelmente afastado de sua verdadeira função, qual seja, a de promover o bem individual e o coletivo, e de que não poderia estar apenas e tão-somente a serviço da preservação da liberdade.

As reações a esse estado de coisas levaram ao aparecimento da teoria da mais-valia[296], de Karl Marx[297], embasamento teórico-intelectual para o surgimento dos movimentos socialistas. As idéias anarquistas, por seu turno, caminhavam a par e passo com o pensamento dos nacionalistas, os quais desenvolviam de modo incipiente a idéia de um socialismo nacional, que pudesse opor-se a tal estado de injustiça.

A Igreja, por seu turno, não se manteve silente e, em 1891, por intermédio da encíclica do Papa Leão XIII, *De Rerum Novarum* ("Das coisas novas"), *"proclama a necessidade da união entre as classes do capital e do trabalho, que têm*

---

[296] Veja-se, a propósito: *O produto — a propriedade do capitalista — é um valor de uso, fio, botas etc. Mas, embora as botas, por exemplo, constituam de certo modo a base do progresso social e nosso capitalista seja um decidido progressista, não fabrica as botas por causa delas mesmas. O valor de uso não é, de modo algum, a coisa qu'on aime pour lui-même. Produz-se aqui valores de uso somente porque e na medida em que sejam substrato material, portadores do valor de troca. E para nosso capitalista, trata-se de duas coisas. Primeiro, ele quer produzir um valor de uso que tenha um valor de troca, um artigo destinado à venda, uma mercadoria. Segundo, ele quer produzir uma mercadoria cujo valor seja mais alto que a soma dos valores das mercadorias exigidas para produzi-la, os meios de produção e a força de trabalho, para as quais adiantou seu bom dinheiro no mercado. Quer produzir não só um valor de uso, mas uma mercadoria, não só valor de uso, mas valor, e não só valor, mas também mais-valia* (MARX, Karl. **O Capital**: Crítica da Economia Política. 1985. São Paulo: Nova Cultural, livro I, vol. I).

[297] A exploração do trabalho na sociedade capitalista é demonstrada pela teoria da mais-valia. Leo Huberman resume o processo por meio das seguintes frases curtas: *O sistema capitalista se ocupa da produção de artigos para a venda, ou de mercadorias. O valor de uma mercadoria é determinado pelo tempo de trabalho socialmente necessário encerrado na sua produção. O trabalhador não possui os meios de produção (terra, ferramentas, fábricas etc.). Para viver, ele tem de vender a única mercadoria de que é dono, sua força de trabalho. O valor de sua força de trabalho, como o de qualquer mercadoria, é o total necessário à sua reprodução — no caso, a soma necessária para mantê-lo vivo. Os salários que lhe são pagos, portanto, serão iguais apenas ao que é necessário à sua manutenção. Mas esse total que recebe, o trabalhador pode produzir em parte de um dia de trabalho. Isso significa que apenas parte do tempo estará trabalhando para si. O resto do tempo, estará trabalhando para o patrão. A diferença entre o que o trabalhador recebe de salário e o valor da mercadoria que produz, é a mais-valia. A mais-valia fica com o empregador — o dono dos meios de produção. É a fonte do lucro, juro, renda — as rendas das classes que são donas. A mais-valia é a medida da exploração do trabalho no sistema capitalista* (HUBERMAN, Leo. *op. cit*. pp. 232-233).

'imperiosa necessidade uma da outra; não pode haver capital sem trabalho, nem trabalho sem capital. A concorrência traz consigo a ordem e beleza; ao contrário, de um conflito perpétuo, não podem resultar senão confusão e lutas selvagens'"[298]. A palavra da Igreja impressionou o mundo, e, com base na doutrina *De Rerum Novarum*, surge a inspiração daquilo que no futuro deveríamos qualificar de Estado-providência, como expressão da modernidade na qual o Estado atua de modo subsidiário para implementar a justiça social[299].

O sistema liberal conheceu gigantescos reveses, em razão dos exageros implementados pelo liberalismo. A própria França, *celula mater* da Revolução Francesa, que originou a queda da Bastilha e o aparecimento do Estado contemporâneo, experimentou enormes vicissitudes na idéia libertária inspiradora dos ideais revolucionários. Da liberdade à monarquia absoluta, foi um átimo; Bonaparte implementou, na França, uma monarquia autocrática, nascida como reação à chamada "liberdade suicida", espraiada pela Revolução Francesa.

O legado da Revolução Francesa, sob o ponto de vista da estrutura política do Estado, é verdadeiramente espetacular e irreversível. O Estado moderno, sustentado na tripartição dos poderes de Montesquieu, veio para ficar em definitivo. Não há democracia moderna que não esteja estruturada na idéia da tripartição de poderes independentes e harmônicos, cada qual exercendo uma função de Estado, sem conflitos, e cada qual em seu campo específico de atuação, completando a obra de outro poder do Estado democrático.

---

[298] VIANNA, Segadas *et alii*, *op. cit*. p. 40.

[299] A *Rerum Novarum*, analisando a situação de miséria dos operários, apresenta uma crítica profunda das doutrinas e práticas tanto do liberalismo como do socialismo. Leão XIII apresenta um audacioso programa de política social, abordando pontos como a intervenção do Estado em defesa dos trabalhadores e na estruturação de leis sociais, proteção e aquisição da propriedade, greve, repouso dominical, limitação do tempo de trabalho, salário, poupança e repouso remunerado.

Convém evocar que os três poderes a que nos referimos são o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. O Executivo tem por finalidade implementar a política e a execução do que vem contido no comando normativo, preconizado e estabelecido pelo poder Legislativo. Este tem por finalidade a criação de toda a estrutura normativa de comandos existente na sociedade, mediante a elaboração de leis que representam comandos abstratos de uma sociedade democrata. As leis representam comandos abstratos porque estão desvinculadas daqueles governantes que exercem o poder de modo temporário e que devem ser eleitos pela vontade soberana do povo, por meio de voto secreto e universal. É a chamada democracia por delegação, uma vez que o gigantismo do mundo moderno não mais permite o exercício direto da democracia, como ocorria na Grécia antiga, quando o povo deliberava nas praças. Destarte, o poder é exercido por delegação, como querem os constitucionalistas, delegação esta do povo, que pelo voto majoritário elege os seus representantes, para que realizem uma estrutura de comandos legislativos moderna e eficiente, com vistas ao desenvolvimento e crescimento harmônico da sociedade. Do trinômio de Montesquieu, o terceiro poder corresponde ao Judiciário, cuja finalidade é atuar em casos concretos, dirimindo os conflitos individuais e coletivos existentes entre pessoas, grupos e pessoas indeterminadas, fazendo cumprir a estrutura de comandos legislativos preconizada democraticamente pelo poder Legislativo. O poder Judiciário atua como um poder de contenção; sua finalidade é “dizer o Direito”, todas as vezes em que ocorrerem conflitos entre pessoas, Estado, indivíduo e coletividade. Por ser o poder de contenção, o Judiciário não pode existir senão democraticamente. Cercam-no as garantias indispensáveis ao exercício da judicatura: irredutibilidade de salários (no Brasil, “subsídios”, conforme a Constituição Federal, artigo 93, inciso V: *o subsídio dos Ministros dos Tribunais Superiores*

corresponderá a noventa e cinco por cento do subsídio mensal fixado para os Ministros do Supremo Tribunal Federal e os subsídios dos demais magistrados serão fixados em lei e escalonados, em nível federal e estadual, conforme as respectivas categorias da estrutura judiciária nacional, não podendo a diferença entre uma e outra ser superior a dez por cento ou inferior a cinco por cento, nem exceder a noventa e cinco por cento do subsídio mensal dos Ministros dos Tribunais Superiores, obedecido, em qualquer caso, o disposto nos artigos 37, XI, e 39, parágrafo 4º), inamovibilidade e vitaliciedade.

O poder Judiciário brasileiro, inspirado no direito alemão e no direito italiano, é composto por juízes togados e vitalícios, como regra, e, como exceção, por juízes eleitos (representação temporária classista e membros do tribunal do júri). A propósito da representação classista, tem-se que na justiça do trabalho do Brasil havia os chamados juízes classistas, além dos juízes vitalícios. Os magistrados classistas eram representantes das classes sociais em conflito, que deveriam julgar a lide trabalhista, juntamente com o magistrado vitalício. Tinha-se a "Junta de Conciliação e Julgamento", composta por dois juízes classistas, temporários, e por um juiz vitalício, permanente (este último com a denominação de juiz do trabalho). Eram três julgadores, decidindo o mesmo caso. Tal estrutura foi extinta com a Emenda Constitucional n° 24, de 09-12-1999, que cri ou as "Varas do Trabalho", nas quais atua apenas o juiz vitalício, ou seja, o juiz do trabalho, togado e vitalício.

A discriminação de competência entre os três poderes há de vir estabelecida expressamente na Constituição Federal, para que não haja intromissão indevida de um poder sobre os outros.

O Estado, como afirma Ripert, deve ser o órgão de equilíbrio, com vistas a eliminar, defrontar e destruir a diferença entre classes e grupos, a sobressair

o interesse coletivo, tornando relativo o direito individual, que se subjugará ao interesse social todas as vezes em que o contrariar. Na busca do nivelamento social pela limitação ou destruição dos direitos individuais, é sempre o interesse público que serve de pretexto para a obra da reforma.

O Estado deve intervir *para proteger os fracos. O dever que cada particular não cumpre em relação ao próximo, e aquele que, em todo caso, a lei não pode obrigá-lo, pertence ao Estado cumpri-lo em nome de todos e, quando passa a ser um dever do Estado, torna-se um Direito para quem se beneficia dele*[300].

A democracia moderna assegura a proteção dos fracos, pois tais pessoas correspondem, numericamente, a grande quantidade de pessoas.

O Estado intervencionista atua de modo providencial, assegurando as liberdades e, concomitantemente, vedando ou tolhendo o crescimento das desigualdades, com vistas ao bem-estar coletivo, harmonizado com o social.

3.1.1.5. Da Universalização da Legislação de Proteção ao Trabalho

Ao tratar a questão da universalização da legislação de proteção ao trabalho, pensamos ter adentrado uma das mais importantes partes informadoras e introdutórias desse ramo da ciência do Direito, razão pela qual nos reservamos o direito de elaborar algumas advertências. Ao contrário do que preconizam alguns, a pretexto de defesa da “modernidade” quando criticam o Direito do Trabalho e seus princípios estruturais, é preciso advertir que esse ramo da ciência jurídica, conquanto moderno e inovador, não é fruto da imaginação corporativista. A

[300] VIANNA, Segadas *et alii*, *op. cit*. p. 39.

Consolidação das Leis do Trabalho representa, em suas linhas mestras, uma síntese de tudo aquilo que existe de mais moderno e do que preconizam as nações mais civilizadas do mundo no tocante ao Direito do Trabalho, conhecido por alguns como Direito Social[301]. O princípio protecionista é fruto de uma evolução secular, síntese serena das reações ao liberalismo puro que imperou no mundo ao tempo da Revolução Industrial.

As regras decorrentes da Constituição Federal sobre a proteção dos direitos individuais e coletivos dos trabalhadores, assim como da Consolidação das Leis do Trabalho, correspondem à síntese das normas que são praticadas universalmente pelas nações civilizadas do mundo e que hoje enfrentam o descomunal desafio dos conceitos de globalização e de flexibilização que se pretende inserir nas relações de trabalho.

Reitere-se que as normas de direito laboral são as mais universais de que se tem conhecimento; são, portanto, normas globalizadas, no sentido amplo do termo. Só não se chegará a essa conclusão se confundirmos o conceito de globalização com a idéia política de recomposição do pensamento liberal, reimplantando a idéia do contratualismo puro e do liberalismo ultrapassado, objeto de tantos conflitos que sucedeu à Revolução Francesa, em 1789. Pretende-se, com isso, afirmar que a globalização não pode ser identificada com a idéia de neoliberalismo, como expressão moderna de reimplantação do sistema contratualista de livre pactuação entre as partes. Há muito a livre pactuação vem sendo repudiada pelo conceito generalizado das nações civilizadas, que se

[301] Denominação empregada, entre outros, por Georges Gurvitch, García Oviedo, Juan Menéndes Pidal e Cesarino Júnior.

recusaram a massificar o trabalho sem contrapor-se ao desenvolvimento tecnológico, adaptando às necessidades do homem as grandes conquistas da humanidade, sem com isso escravizá-lo ou subjugá-lo. Há um conceito equivocado e generalizado de que universalizar e globalizar tem estreita ligação com a regra de liberalização das relações tutelares que formam o Direito do Trabalho. Manifesta-se em tal conceito um equívoco evidente, que poderá levar a humanidade a repetir erros sobre os quais já havia conseguido pensar há longos anos (mais precisamente, dois séculos de prática de desenvolvimento tecnológico industrial e de crescimento das riquezas mundiais).

A expressão da universalização dos direitos de proteção ao trabalhador corresponde, sem dúvida, àqueles conceitos debatidos na Organização Internacional do Trabalho (OIT), centro mundial de discussões dos direitos protetivos e evolutivos do pensamento moderno, que informa o direito laboral.

A Organização Internacional do Trabalho surgiu juntamente com a Liga das Nações, ocasião em que as nações civilizadas realizaram um pacto, um compromisso com a paz universal, como base de implementação da justiça social, cujo marco inicial se dá com a Primeira Grande Guerra (1914/1918). Estabelece o artigo 23 desse pacto fundador da OIT que a sociedade das nações deve esforçar-se para assegurar condições de trabalho eqüitativas e humanitárias ao homem, à mulher e à criança, em seus próprios territórios e nos países aos quais estendam suas relações de comércio e indústria. Tal disposição do pacto coincide com a parte XIII do Tratado de Versalhes, de 28/07/1919, que instruía a Organização Internacional do Trabalho (5.º capítulo: “Direito Internacional do Trabalho”).

Convém relembrar que a sociedade das nações desapareceu, mais tarde, em razão de fragilidades que não vêm a lume ora examinar, mas manteve intocável a Organização Internacional do Trabalho, em razão do plano elevado de objetivos que possuía, qual seja, preservação da paz social e luta pela dignidade do homem e do cidadão.

O Brasil, assim como outros 113 países participantes da Organização Internacional do Trabalho, ora subscrevem, ora não as resoluções por ela editadas, trazendo do direito internacional para o âmbito do direito interno tais resoluções sob a forma de tratados internacionais. Os países participantes — soberanos que são — têm total liberdade para avaliar tudo aquilo que se discute no âmbito da universalidade, cuja finalidade é a manutenção da justiça social internacionalmente. Recentemente, a Organização Internacional do Trabalho, devido a questões decorrentes do fenômeno da globalização, tentou estabelecer a existência do chamado “selo social”, que identificaria os produtos produzidos pelas nações participantes da Organização Internacional do Trabalho as quais repudiam a exploração do trabalho humano, minimizando as condições da dignidade humana em prol do produtivismo que reduz tudo a uma única equação, a saber, “o custo”, como se isso fosse objeto de competitividade e como se tal competitividade fosse por si só objeto de criação e multiplicação de riquezas, com desprezo à dignidade individual e coletiva dos trabalhadores.

Pensamos que a adoção do selo social é uma necessidade que se impõe, mesmo porque o fenômeno da globalização gerará perplexidades de um mundo complexo em que algumas nações preservam a dignidade do ser humano e cultuam a democracia, dignificando as liberdades individuais e coletivas com a

prática de um protecionismo social indispensável à sobrevivência do ser humano. Em contrapartida, outras nações, não-participantes da Organização Internacional do Trabalho, praticam condenáveis formas de produção, por meio da mais vil e execrável exploração do trabalho humano, desprezando históricas conquistas acumuladas ao cabo de dois séculos e que beneficiam as grandes coletividades. Existem países em que a mão-de-obra escrava é institucional. Lamentavelmente, o trabalho infantil é exercido impunemente, sem qualquer modalidade de restrição, em nome de uma pretensa competitividade que despreza os mais comezinhos valores do espírito e da dignidade humana. Países em que a mão-de-obra é tão barata que não raro se pratica a troca do trabalho por um prato de comida.

O futuro do selo social seria estabelecer, no consenso das nações, um regramento que impusesse punição por meio de sanções internacionais aos países que não observassem as normas e condições de proteção mínima universalmente aceitas pelo conceito das nações, como ocorre na Organização Mundial do Comércio. Nesta, os protagonistas impõem sanções aos países que violem liberdades comerciais, consoante debatido nas resoluções dessa organização.

O Brasil, lamentavelmente, perfilando um entendimento equivocado do chamado “custo Brasil”, acabou por resistir à adoção do selo social, unindo-se a países sabidamente retrógrados e exploradores do trabalho humano, no âmbito dos quais reconhecidamente não existem liberdades políticas e se pratica em larga escala a exploração do homem pelo homem, como a China continental, a Indonésia e a Malásia. Esses países também repudiaram a utilização do selo social, que poderia ser o primeiro passo para a adoção, no plano do direito internacional, de sanções contra aqueles que não observassem as regras mínimas de proteção aos

direitos de quem trabalha. Entendemos não tratar-se de modernidade, mas sim de um conceito retrógrado que se imagina poder-se levar à prática, por meio da implementação de uma liberdade predatória, uma competitividade que poderia gerar justiça distributiva. A história já demonstrou que essa é uma falácia enganosa e que não é possível, pela via da restauração do liberalismo, impulsionador do capitalismo selvagem, praticar um progresso sadio para o indivíduo e para as coletividades. O ser humano, em especial o trabalhador — sob os pontos de vista individual e coletivo —, há que ser priorizado, atentando-se para a proteção de seus direitos e deveres em relação à atividade produtiva.

Em suma, não há por que confundir universalização com liberalização ou retaliação dos direitos sociais e coletivos, sob pena de se testemunhar a fragilização do crescimento da nação e da democracia. Bem andou a Igreja Católica que, após a edição da encíclica *De Rerum Novarum*, em 1891, seguiu com sua preocupação social, editando novas encíclicas de grandioso conteúdo social, como a *Quadragesimo Anno*[302] e a *Divino Redemptores*, de Pio XI ; a *Mater et Magistra*, de João XXIII[303]; a *Populorum Progressio*, de Paulo VI; e a *Labore Exercens*, de Paulo

[302] Em comemoração ao 40.º aniversário da *Rerum Novarum*, Pio XI publicou, em 15 de maio de 1931, a encíclica *Quadragesimo Anno*, cujo objeto assim foi descrito: *Por isso é que Nós, veneráveis Irmãos e amados Filhos, agora que todo o mundo e sobretudo os operários católicos, que de toda a parte acodem a esta Alma Cidade, comemoram com tanta solenidade e entusiasmo o quadragésimo aniversário da encíclica Rerum Novarum, julgamos dever Nosso aproveitar esta ocasião para recordar os benefícios que dela advieram à Igreja católica e a toda a humanidade; defender a doutrina social e econômica de tão grande Mestre, satisfazendo a algumas dúvidas, desenvolvendo mais e precisando alguns pontos; finalmente, chamando a juízo o regime econômico moderno e instaurando processo ao socialismo, apontar a raiz do mal-estar da sociedade contemporânea e mostrar-lhe ao mesmo tempo a única via de uma restauração salutar, que é a reforma cristã dos costumes. Eis os três pontos da presente encíclica.* (PIO XI. *Quadragesimo anno*. **Encíclicas e Documentos Sociais**. São Paulo: LTr, 1991, vol. I, p. 55).

[303] João XXIII publica *Mater et Magistra* em 15 de maio de 1961, na data comemorativa do 70.º aniversário da *Rerum Novarum*, retomando *o pensamento de Leão XIII, Pio XI e Pio XII, particularmente a respeito da liberdade, da dignidade humana, da defesa da família, da propriedade particular e da função social da propriedade, e reiterando o ensinamento de Pio XI a respeito do princípio de subsidiariedade ou de suplementação* (JOÃO XXIII. *Mater et magistra*. **Encíclicas e Documentos Sociais**. São Paulo: LTr, 1991, vol. I, p. 224).

II, todas com a mesma preocupação: a proteção universal e global das pessoas, em especial dos trabalhadores.

O Brasil possui um elenco de normas constitucionais e infraconstitucionais extremamente moderno e atual no tocante aos direitos dos trabalhadores, todas elas inspiradas no modelo universal protecionista, como examinaremos.

3.1.1.6. Universalização – aprofundamento do tema

Muitas idéias são universais, pois transcendem as fronteiras. O pensamento religioso ou o marxista, por exemplo, são universais.

A regra que estrutura o conhecimento da universalização do direito do trabalho decorre do consenso que surgiu inicialmente nos países mais desenvolvidos. OWEN[304], na Inglaterra, estruturou a idéia de que é preciso haver normas e regras consensuais e universais que instrumentem os princípios formadores do direito do trabalho.

É dessa forma que surge a idéia da criação de um organismo internacional com a finalidade de discutir, debater e normatizar as regras de direito do trabalho.

[304] Robert Owen foi um dos criadores do cooperativismo.

A Organização Internacional do Trabalho foi criada em 1919, na Conferência de Paz[305], que ocorreu em decorrência do término da I Guerra Mundial, fazendo parte do item XIII do Tratado de Versalhes, como já mencionado. Em 1944, outro fato importante marcou o organismo: após a II Guerra Mundial, foi elaborada a Declaração da Filadélfia, que foi de suma importância para a sua constituição e, também, de outras organizações, como a ONU. Ela reafirmou os objetivos e modernizou os princípios e métodos de trabalho da instituição. A personalidade jurídica internacional da OIT, como sujeito de direito público internacional, ficou firmada após a aprovação da Carta das Nações Unidas, em 1945, e com a revisão da constituição do organismo, em 1946, na cidade de Montreal. A organização entende que *a paz para ser universal e duradoura deve assentar sobre a justiça social*[306]*,* com a melhoria das condições de trabalho dos homens.

A Organização Internacional do Trabalho surgiu juntamente com a Liga das Nações, sendo que esta não sobreviveu por muito tempo, terminando logo após a I Guerra Mundial. Toma o seu lugar a Organização das Nações Unidas (ONU). A OIT, no entanto, permaneceu, sendo um organismo ligado à ONU que tem por finalidade debater questões de direito social.

---

[305] *A Conferência de Paz de Paris foi aberta em 18 de janeiro de 1919 com a presença de 70 delegados representando a coligação dos 27 países vitoriosos na I Guerra Mundial, mas foi politicamente dominada pelos chamados "Quatro Grandes", Estados Unidos, Reino Unido, França e Itália.*
O principal documento produzido pela conferência foi o Tratado de Versalhes, assinado em 28 de junho de 1919, que definia os termos da paz com as nações derrotadas.
A conferência foi encerrada em 20 de janeiro de 1920, mas os termos do Tratado de Versalhes provocaram grande mal-estar e ressentimento na Alemanha. Disponível no sítio http://pt.wikipedia.org/wiki/Confer%C3%AAncia_de_Paz_de_Paris_(1919), em 24/05/2006.

[306] Disponível no sítio www.ilo.org/info/download/constituicao_oit.pdf, em 22/05/2006 p. 2.

Todas as nações mais civilizadas do mundo, das mais diversas culturas e formas de pensamento (religioso, político, social), participam da OIT e debatem questões atinentes ao regramento do direito do trabalho.

Os princípios fundamentais da Organização Internacional do Trabalho constam de sua carta constitutiva, em seu anexo I, *in verbis*:

> *a) o trabalho não é uma mercadoria;*
>
> *b) a liberdade de expressão e de associação é uma condição indispensável a um progresso ininterrupto;*
>
> *c) a penúria, seja onde for, constitui um perigo para a prosperidade geral;*
>
> *d) a luta contra a carência, em qualquer nação, deve ser conduzida com infatigável energia, e por um esforço internacional e contínuo e conjugado, no qual os representantes dos empregadores e dos empregados discutam, em igualdade, com os dos Governos, e tomem com eles decisões de caráter democrático, visando o bem comum.*[307]

[307] Disponível no sítio www.ilo.org/info/download/constituicao_oit.pdf, em 22/05/2006, pp. 20/21.

Na declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais do trabalho, de 1998, pronunciou-se, no item 2, que os Estados-membros devem proteger os princípios relativos aos direitos fundamentais, que são:

> *a) a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva;*
>
> *b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório;*
>
> *c) a abolição efetiva do trabalho infantil; e*
>
> *d) a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.*[308]

O tema “universalização do direito do trabalho” é usado no sentido de mostrar às pessoas que os instrumentos de proteção dos direitos sociais, do direito do trabalho, não são regras que vieram aportar à nossa Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) sem mais nem menos. A influência do direito internacional, a influência dos problemas sociológicos, políticos e econômicos mundiais sempre vêm a estruturar o pensamento que informa os direitos sociais. Agora mesmo estão sendo debatidas na OIT (que se reúne pelo menos uma vez por ano em Genebra) questões como o desemprego, a prevalência do contrato de trabalho, o avanço da

[308] Disponível no *sítio* www.ilo.org.be/info/download/declarac_port.pdf, em 22/05/2006.

tecnologia e a manutenção das regras instrumentais à sobrevivência individual e coletiva.

A tentativa de se formar um organismo internacional é de se uniformizar o tratamento social, pois o mundo hoje é diversificado. Hoje em dia, em função da globalização, surgem impasses de ordem política de difícil solução, quando são colocados lado a lado, quando entram em confronto países de diferentes formações, de diferentes capacidades produtivas, de diferentes conhecimentos tecnológicos, de diferentes estruturas salariais etc.

Em razão do fenômeno da globalização, vemos hoje em dia alguns paradoxos a tomar conta do pensamento mundial. Países que têm uma estrutura de proteção dos direitos sociais bastante evoluída, lidando com uma economia de custos, entram em contato com outros, onde não existe nenhuma proteção dos direitos individuais e dos direitos sociais, devido a razões de ordem política. Logo após, tenta-se colocá-los no mercado internacional, propugnando e propagando a abertura de fronteiras.

Esta é a filosofia da Organização Mundial do Comércio (OMC), que procura estruturar uma política de mercados fincada no princípio da liberdade e na abertura dos mercados internacionais. No entanto, ela depara com problemas de difícil estruturação, que podem ser exemplificados pela comparação de dois casos extremados.

A Alemanha, por exemplo, possui um conjunto de normas de proteção aos direitos individuais e coletivos bastante evoluídas, com um padrão salarial altíssimo, inclusive superior ao dos Estados Unidos da América. De outro lado, temos a China continental, onde o padrão salarial é baixíssimo, trabalhando-se em

regime de semi-escravidão, com um custo de produção quase nulo, não havendo nenhuma forma de proteção social nem regra alguma que estruture os principais direitos sociais. Porém, a China experimenta um grande paradoxo: apesar de viver sob uma ditadura política estruturada na concentração de poder, tem o seu mercado aberto a investimentos e a capital estrangeiro.

Esse é o dilema de consenso internacional que o mundo tem que administrar. Questões como essas envolvem a globalização, cujo pensamento começou a ser informado a partir do chamado “Consenso de Washington”, onde se preconizou a abertura comercial das fronteiras. Tanto assim que a OMC prepara sanções para os países que adotam uma política protecionista em relação ao comércio. Por outro lado, em determinados países não se encontra nenhum mecanismo de proteção aos direitos sociais.

Recentemente, como já comentado, a Organização Internacional do Trabalho propôs a adoção do “Selo Social”, o qual seria um tipo de identificação dos países onde os direitos sociais seriam respeitados na forma por ela preconizada.

A ONU possui uma “Carta de Direitos do Cidadão”, na qual existem disposições como a regra da liberdade, as liberdades coletivas, as representações coletivas (que estão em concordância com as regras proferidas pela OIT, no sentido de se estabelecer em mecanismos de proteção aos direitos sociais, que devem ser adotados por todas as nações do mundo).

A nossa Constituição Federal possui normas de proteção contra o abuso do poder econômico, o qual é caracterizado por várias formas, como o *dumping*, a política de cartel etc. Todas as medidas propostas pela OIT em prol dos direitos sociais têm um “custo”, expressão que, sob a lógica das teorias econômicas

dos tecnocratas e dos economistas, é usada para designar a supressão de direitos, visando ao aumento do lucro e à conquista do mercado. Para atingir os seus objetivos, os tecnocratas chegam inclusive a propor a supressão do contrato de trabalho se a contingência do mercado assim o exigir.

O Direito do Trabalho é um direito de conquista, que está em constante mutação, sendo tema de debate junto à OIT, a qual, por meio de seus membros e suas comissões, examina intensamente as questões ligadas aos direitos sociais.

A organização está dividida estruturalmente em três partes: a Assembléia Geral, o Conselho de Administração e a Repartição Internacional do Trabalho.

A Assembléia Geral realiza a Conferência Internacional do Trabalho, onde é elaborado o Código Internacional do Trabalho, por meio da convenção, recomendação e resolução. A convenção é um acordo formal negociado e assinado na Conferência que se estabelece como um tratado, necessitando de aprovação legislativa e ratificação para ter eficácia nacional. A recomendação é muito parecida com a convenção, apenas o objeto da discussão é diferente. Existem assuntos que são mais propícios a serem discutidos em recomendação porque não podem ser aplicados de imediato, como na convenção. A resolução, por sua vez, constitui-se em norma não-obrigatória, servindo apenas como sugestão de regra para ser internalizada pelos Estados.

As resoluções aportam em nosso direito interno por meio de tratados, normas internacionalmente estabelecidas que são trazidas ao nosso país serem debatidas no Congresso Nacional, para que possam ser aprovadas parcial ou integralmente. Logo após serem submetidas à votação, se forem aprovadas, será

editado um decreto legislativo, e depois um ato do Poder Executivo, entrando em vigor.

Tal processo aconteceu com a Resolução n.° 158 da OIT, que regulamenta a impossibilidade da dispensa arbitrária dos trabalhadores. Tal resolução foi denunciada pelo governo brasileiro, apesar de a nossa Constituição prever esse tipo de dispensa. De fato, o artigo 7.° da Constituição Federal estabelece que a dispensa arbitrária ou a dispensa injustificada deverão ser regulamentadas pelo nosso direito, por ser expressão do princípio contido na Lei Maior. Já o artigo 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias estabelece algumas regras que inviabilizam as dispensas. Os representantes das comissões internas de prevenção de acidentes, a empregada gestante, o dirigente sindical são pessoas que contam com a estabilidade legal, ainda que temporariamente no exercício daquelas funções.

A Resolução n.° 158, embora tenha vindo para o nosso país sob a forma de tratado internacional, foi denunciada pelo governo brasileiro em razão das pressões econômicas e da postura da tecnocracia em relação a um eventual prejuízo que a estabilidade no emprego iria causar ao nosso direito. O desemprego que hoje temos demonstra que as disposições da Resolução n.° 158 deveriam ter permanecido no nosso sistema jurídico positivo.

A resolução tem poder vinculante, que não deve ser confundido com a recomendação, a qual não tem o poder de se transformar em um tratado internacional.

Essas normas internacionais podem também vir a fazer parte do nosso direito interno, pelo processo legislativo, no qual encontramos a possibilidade de incorporação de leis, ou pela iniciativa do Presidente da República.

Devemos ter cuidado com as mensagens da tecnocracia, quando diz que a CLT é ultrapassada e que a nossa Constituição deveria ser modificada.

Na realidade, a nossa Constituição Federal possui o que existe de mais moderno no mundo em termos de proteção dos direitos. Temos a tradição do direito posto, e não do direito costumeiro, e é por esse motivo que ela possui disposições sobre os direitos sociais.

Todo esse elenco de normas compõe o universo dos direitos que formam, num certo sentido, o consenso universal das nações civilizadas.

Essa é a origem estrutural do nosso direito. Podemos mencionar ainda que as conquistas sociais surgem também dos “movimentos ascendentes” que partem das organizações dos trabalhadores, como o movimento de greve, o de reivindicação salarial, os contratos coletivos etc.

Apesar de todas essas conquistas dos trabalhadores, ainda possuímos no Brasil um dos padrões salariais mais baixos do mundo. Possuímos também o espectro do desemprego e outro problema, relacionado ao custo da nossa produção, que é muito alto, oscilando em torno de 48 % do valor total do produto.

A representação dos Estados na Conferência ocorre de maneira singular, de forma tripartite. Cada Estado envia membros de três diferentes setores, sendo dois do Governo, um dos trabalhadores e um dos empregadores. Os textos aprovados por dois terços dos presentes tornam-se convenções, constituindo-se fonte formal de direito e gerando obrigação internacional. O que é aprovado também

por dois terços, mas cujo conteúdo diz respeito a recomendação, firma-se como fonte material de direito. Os Estados-membros têm o prazo de dezoito meses para apresentar as convenções e recomendações aprovadas na assembléia aos seus respectivos parlamentos para o procedimento interno que concederá a vigência interna das normas. Com a depósito da ratificação, a eficácia será internacional.

Após ratificada, a convenção terá um prazo de duração de dez anos, que poderá ser renovado. A denúncia só poderá ser feita após decorrido o primeiro lapso de dez anos e no período subseqüente de doze meses, sendo efetivada após dois anos. A denúncia deve ser, também, aprovada pelo parlamento nacional do Estado.

A Organização Internacional do Trabalho controla a aplicação de suas normas no âmbito interno dos Estados por meio de comissões que visitam os membros permanentemente. Elas verificam, principalmente, as liberdades sindicais e o cumprimento das convenções e recomendações.

Quando se constata a infringência a alguma norma, o organismo não impõe nenhuma sanção à nação, apenas há a emissão de relatórios que discorrem sobre os fatos. A penalidade, em si, é a exclusão de fato do Estado, que não é escrita.

O Conselho de Administração é um órgão executivo que possui um presidente e dois vice-presidentes, sendo que cada um deles representa uma das três divisões da OIT, quais sejam, governo, empregadores e trabalhadores.

Compõe-se de 56 pessoas, das quais vinte e oito na qualidade de representantes do governo, quatorze dos empregadores e quatorze dos trabalhadores. Dentre esses vinte e oito, dez serão nomeados pelas maiores

potências industriais e dezoito pelos demais Estados-membros que são designados para tal finalidade na conferência. As maiores potências são definidas pelo Conselho de Administração, que deverá estabelecer critérios para a escolha. Qualquer impugnação aos Estados escolhidos poderá ser objeto de apelo, que será julgado pela conferência, não se suspendendo os efeitos da escolha. Os representantes do empregadores e dos trabalhadores serão escolhidos pelos seus pares na oportunidade da conferência. O conselho será renovado a cada três anos, e, caso isso não ocorra, permanecerá a administração até o novo pleito. Esse órgão é responsável pela elaboração de seu próprio regulamento e deverá reunir-se sempre que oportuno. Na hipótese de, no mínimo, dezesseis membros requererem uma reunião por escrito, deverá ocorrer uma sessão especial.

O artigo 10 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho traz de forma meridiana as funções da Repartição Internacional do Trabalho, que transcreveremos a seguir:

> *1. A Repartição Internacional do Trabalho terá por funções a centralização e a distribuição de todas as informações referentes à regulamentação internacional da condição dos trabalhadores e do regime do trabalho e, em particular, o estudo das convenções internacionais assim como a realização de todos os inquéritos especiais prescritos pela Conferência, ou pelo Conselho da Administração.*

2. A Repartição, de acordo com as diretrizes que possa receber do Conselho de Administração:

a) preparará a documentação sobre os diversos assuntos inscritos na ordem do dia das sessões da Conferência;

b) fornecerá, na medida de seus recursos, aos Governos que o pedirem, todo o auxílio adequado à elaboração de leis, consoante as decisões da Conferência, e, também, ao aperfeiçoamento da prática administrativa e dos sistemas de inspeção;

c) cumprirá, de acordo com o prescrito na presente Constituição, os deveres que lhe incumbem no que diz respeito à fiel observância das convenções;

d) redigirá e trará a lume, nas línguas que o Conselho de Administração julgar convenientes, publicações de interesse internacional sobre assuntos relativos à indústria e ao trabalho.

3. De um modo geral, terá quaisquer outros poderes e funções que a Conferência ou o Conselho de Administração julgarem acertado atribuir-lhe.

A Conselho de Administração nomeará um diretor-geral para a repartição, que será o responsável pelo funcionamento desta. O pessoal que irá trabalhar na repartição será escolhido por esse diretor, que privilegiará, para a formação da equipe, a diversidade de nacionalidades e também a presença de mulheres. Todos que trabalharem no órgão em questão exercerão seus cargos com independência, sem interferência de qualquer representante de algum Estado-membro.

3.1.2. Evolução Histórica do Direito do Trabalho no Brasil

3.1.2.1. A legislação e suas forças criadoras

O Direito do Trabalho surge com os movimentos de conquista dos trabalhadores ao longo dos tempos, consolidando-se a partir de novas estruturações legais e costumeiras, vindo a formar o complexo de fontes informadoras. O Direito do Trabalho compõe uma realidade extremamente complexa, que lhe dá autonomia e forma de conhecimento, sendo certo que no correr do tempo acabou por inaugurar um novo método de aplicação do direito às relações jurídicas que deságuam na relação de emprego, conforme analisaremos mais tarde. Nesse passo, relevante registrar que o Direito do Trabalho, além de moderno, pode ser qualificado como um direito de conquista. Isso porque ninguém abre mão da propriedade e dos privilégios que cercam o mundo econômico sem que haja compressão por parte dos interessados na relação de emprego pela obtenção de novas conquistas, tanto no

âmbito do direito material quanto no do próprio direito adjetivo. Essa gama de fatores acaba por dar singularidade ao Direito do Trabalho.

Os doutrinadores em geral costumam afirmar que o Direito do Trabalho surge de movimentos identificáveis no curso dos tempos:

> *a) Movimentos ascendentes. Todas essas formas de luta, algumas vezes levadas ao extremo da violência e das barricadas, visam ao atendimento das reivindicações e sua solução, afora a dos acordos coletivos, de curta duração, só pode ser encontrada através da lei, que é a forma, por excelência, da solução estatal dos problemas sociais. Mesmo quando essas lutas objetivam o atendimento de anseios de pequenos grupos, elas servem de incentivo a que outros grupos, e, afinal, toda classe operária levantem tais reivindicações.*
>
> *Se esta foi, em quase todo o mundo, causa e origem da legislação do trabalho, em alguns casos — e neste se pode incluir o de nosso país —, não é o chamado movimento ascendente que vai gerar a ação dos parlamentos, e sim o movimento descendente que resulta de uma ação de cima para baixo, do governo para a coletividade.*

> *Os movimentos ascendentes que deram origem às legislações trabalhistas no México, Inglaterra e França, caracterizam-se pela sua coexistência com uma história social marcada pela luta de classe com trabalhadores fortemente apoiados por suas organizações profissionais, com espírito de classe bem nítido e com a existência de indústrias ou atividades produtivas, arregimentando grandes massas de trabalhadores.*
>
> *b) Movimentos descendentes. Nos movimentos descendentes, do qual é exemplo frisante nosso país, as características são: a) inexistência de luta, sem que isso indique a ausência de uma questão social, embora latente; b) falta de associações profissionais; c) os grupos sociais são ainda inorgânicos; d) não há atividades econômicas que exijam massas proletárias densas*[309].

Como se vê, os movimentos que informam o Direito do Trabalho são movimentos de conquista, de origem complexa, multilateral e multifacetada, mas sempre, sem dúvida, cercada de uma característica básica e fundamental: o Direito do Trabalho foi adquirido por meio de conquistas que expressam a luta dos trabalhadores. É por essa razão que ele está arraigado num pressuposto estrutural, qual seja, o reconhecimento da desigualdade das partes contratantes, com a

[309] VIANNA, Segadas *et alii. op. cit*. pp. 55-56.

preponderância de uma parte sobre a outra. Conseqüentemente, o trabalhador será tutelado por um conjunto de normas que expressarão as regras de conquistas obtidas, mediante sangue, suor e lágrimas, de muito confronto e, por vezes, de vitórias ou derrotas; ademais, exercerão uma compressão permanente e contínua sobre os órgãos dirigentes do país, em especial sobre o Poder Legislativo, a fim de que a edição de normas e regras complemente o verdadeiro sentido de tal direito de conquista.

Já foi dito que, durante o período de escravidão, não se conheceu nenhum regramento de Direito do Trabalho. Não há como chamar de trabalho a prestação de serviços compulsória. O trabalho não se coaduna com o conceito de gratuidade, muito menos com o de prestação compulsória e irrestrita de serviços, sem qualquer retribuição. Verificaremos, no momento oportuno, que uma das características que informam a relação de emprego é a contraprestação de serviços.

Examinamos linhas atrás como, ao longo da história universal, evoluiu a conquista dos direitos pessoais, em especial daqueles que trabalhavam. Já vimos o que representou para o mundo o liberalismo — a questão social, as violentas reações contra o sistema liberal, geradoras da desigualdade econômica, e o início de uma nova era social, seguida do conceito da universalização da proteção ao trabalho. Impõe-se agora conhecer o reflexo de todos esses movimentos e a história de sua evolução em nosso país.

No Brasil, com a abolição da escravatura, teve início um período de liberalismo total nas relações que envolvem o Direito do Trabalho.

Marcada por uma colonização preponderantemente agrícola[310], a sociedade brasileira — salvo em alguns momentos esporádicos no âmbito do comércio — desconhecia quase por completo os movimentos reivindicatórios então florescentes na Europa.

Para que se tenha uma idéia, vigorou no Brasil, até o ano de 1888, o regime da escravatura. Toda a economia agrária do país estava estruturada na mão-de-obra gratuita, fornecida basicamente pelos negros capturados na África e trazidos ao nosso país pelas mãos do colonizador português. O escravo era tido como verdadeiro objeto, e a mão-de-obra nada custava ao senhor de engenho, salvo o preço do investimento da compra da "mercadoria humana".

A Constituição de 1824 — a imperial — quase não faz menção, direta ou indiretamente, a trabalho ou a qualquer regramento legal, contendo apenas disposições esparsas, com uma única referência: a que abolia as corporações de ofício[311].

A Constituição de 1891, contemporânea da encíclica *De Rerum Novarum*, foi resultado da fusão dos projetos de Rangel Pestana e Santos Werneck, de Magalhães Castro e Américo Brasiliense, como nos mostra Segadas Vianna:

---

[310] Preponderantemente agrícola, não tipicamente agrícola. Veja-se, a respeito, Sérgio Buarque de Holanda: *Não foi, por conseguinte, uma civilização tipicamente agrícola o que instauraram os portugueses no Brasil com a lavoura açucareira. Não o foi, em primeiro lugar, porque a tanto não conduzia o gênio aventureiro que os trouxe à América; em seguida, por causa da escassez da população do reino, que permitisse emigração em larga escala de trabalhadores rurais, e finalmente pela circunstância de a atividade agrícola não ocupar, então, em Portugal, posição de primeira grandeza* (HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26.ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 18).

[311] *Título VIII — Das disposições gerais e garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros" —, da Constituição de 1834, art. 179: "25) Ficam abolidas as Corporações de Ofícios, seus Juízes, Escrivães e mestres.*

"Todos sofriam a influência das idéias dominantes nos Estados Unidos, com o caráter individualista, e dominava seus autores a crença de que fora o *laissez-faire* que levara a grande república ao alto grau de desenvolvimento já então atingido". Como se vê, o espírito marcadamente liberal influenciou sobremodo o pensamento da Constituição de 1891, de tal sorte que era verdadeiramente inconcebível imaginar a existência do chamado tutelado diante de tal movimento de idéias.

A missão do Estado, nessa época, deveria estar adstrita à preservação da atividade de governo, a fim de manter a segurança pessoal dos cidadãos e a propriedade privada decorrente das obrigações nascidas a partir da existência dos contratos, informadora, aliás, da teoria contratualista, vez que o homem só se realizaria na medida em que satisfizesse suas necessidades e interesses de ordem pessoal.

As idéias que dominavam o pensamento político da época não poderiam ensejar qualquer modalidade de pensamento diferente do pensamento liberal que informou a Carta Maior de 1891. A Constituição, marcadamente liberal portanto, quase nada tratou da proteção do trabalho ou do trabalhador. Estabelece o § 24 do art. 72: *É garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial*, o que afirma uma concepção de preponderância da vontade individual, sem que pudesse ocorrer o intervencionismo estatal em choque com tais princípios.

A nossa colonização se estruturou no interesse do colonizador de levar riquezas para a sede do reino e transformar a colônia num grande manancial de produção de riquezas. Nossas fronteiras foram alargadas com a busca de riquezas, o que acabou por transformar o Brasil em um verdadeiro continente.

A nossa estrutura básica (a agrária) surgiu em função da tradição ruralista, com grande espaço territorial, porém com pouca mão-de-obra. Tal fato gerou distorções importantes na nossa composição histórica, pois durante um longo período conhecemos a escravidão. A chaga representada pela escravidão estruturou o nosso sistema econômico até quase o século XIX, quando foi assinada a Lei Áurea.

Tal estrutura agrária permaneceu até o início do período do desenvolvimento do comércio, da industrialização brasileira, que se deu a partir de 1900, com o advento da imigração.

A vinda dos imigrantes possibilitou o aparecimento das grandes fortunas, dos grandes conglomerados que se formaram em alguns pólos, como por exemplo São Paulo, que passou então a vivenciar um período de grande desenvolvimento industrial.

Começaram então os problemas ligados à questão social, devido à influência dos imigrantes, principalmente os italianos, que vieram com idéias de sindicalismo, anarquismo e agregação das pessoas em torno de objetivos liberais comuns.

A evolução da passagem do trabalho preponderantemente rural para o urbano, em nosso país, é questão relativamente recente. No Estado de São Paulo, em 1901, dos 50 mil operários existentes, menos de 10% eram brasileiros, conforme cita Amauri Mascaro Nascimento:

> *Na capital paulista, entre 7.962 operários, 4.999 eram imigrantes, sendo a maioria absoluta de italianos. Pelo recenseamento de 1906 do Rio de Janeiro, numa população de 811.443 habitantes, 118.770 eram operários e a maioria estrangeiros, principalmente portugueses e espanhóis. No Relatório do Departamento Estadual do Trabalho de São Paulo, de 1912, consta que nas 31 fábricas de tecidos da capital trabalhavam 10.204 operários dos quais 1.843 eram brasileiros (18%), 6.044 italianos (59%), 824 portugueses (8%) e 3% de espanhóis.*[312]

A partir de então, o chamado direito de conquista passa a evoluir ao longo dos tempos. As imigrações italiana e espanhola, particularmente, trazem para o Brasil o pensamento reivindicador, já em franca evolução no Velho Continente. Correntes de opinião procedentes do pensamento anarquista e socialista passaram a influenciar os movimentos de compressão por melhores condições de trabalho, individuais ou coletivas.

Os primeiros movimentos de paralisação grevista no Brasil surgem por volta de 1900, com a paralisação dos condutores de bonde do Rio de Janeiro, em protesto contra o novo regulamento dos transportes. Houve intervenção da força pública e do Ministro da Justiça, que determinou a cessação do movimento. Os ferroviários da Central do Brasil, na Bahia, também experimentaram o movimento de

---

[312] RODRIGUES, Leôncio. **Conflito Industrial e Sindicalismo no Brasil**. São Paulo: DIFEl, 1966, p. 108.

paralisação por aumento de salário. Outros movimentos eclodiram em Santos e São Paulo, entre ferroviários e carroceiros, com o propósito de obtenção de conquistas laborais.

O primeiro movimento de reivindicação salarial relevante ocorreu no ano de 1917, com a eclosão da greve do cotonifício de Rodolfo Crespi, no bairro da Mooca, em São Paulo. Os operários paralisaram a fábrica por tempo indeterminado, reivindicando um aumento de 20% em seus salários. O movimento resultou num comício no centro da cidade, em que, aos dois mil grevistas, juntaram-se outros mil trabalhadores, que passaram a reivindicar igualmente um aumento de 20%. Em 11 de julho, o número de grevistas de várias empresas era por volta de quinze mil; no dia 12, já chegava a vinte mil. Também tiveram suas atividades paralisadas os serviços de transportes (bondes, no caso), luz, comércio e indústria de São Paulo. Em 15 de julho firmou-se o acordo, com acréscimo de 20% aos salários, garantia de emprego para aqueles que haviam paralisado suas atividades e libertação dos empregados presos em razão da greve. Acresceram ao acordo a proteção ao trabalho dos menores nas fábricas, o cumprimento de disposições contra a carestia da vida e de proteção do trabalhador. A ação dos anarquistas no Brasil foi verdadeiramente decisiva; relevante mencionar o Congresso Operário de 1906, que preconizava a resistência ao patronato, conforme registra Amauri Mascaro Nascimento em sua obra[313].

Os movimentos de reivindicação ganham corpo efetivo após o término da primeira grande conflagração mundial, e a partir de 1920, já com a influência moderna do pensamento de Rui Barbosa, começa a surgir a idéia de legislar sobre

[313] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *op. cit*. pp. 41-42.

questões de trabalho, destacando a legislação especializada do contexto até então civilista e preponderantemente existente no âmbito do Código Civil.

É com o movimento dos positivistas que aparecem as primeiras diretrizes a influenciar a Constituição do Rio Grande do Sul, antecessora da própria Constituição do México, de proteção aos direitos sociais, implementando-se efetivamente a filosofia de proteção do trabalho em contraposição à filosofia liberal até então existente.

A reforma constitucional começa a ganhar corpo com a implementação, no âmbito da Lei Maior, dos primeiros comandos de proteção do direito laboral. Destacam-se as primeiras leis protecionistas editadas, inicialmente de modo esparso, com tendência crescente à sua consolidação de modo sistemático. Dentre as primeiras leis, merecem destaque os seguintes projetos legislativos:

> *"1) de Leovigildo Filgueiras (1893), propondo, no Brasil, o homestead americano pelo qual a casa do trabalhador rural ficaria excluída da penhora; 2) de Costa Machado (1893), sobre contrato de trabalho, cópia da legislação monarquista e que não passou pela comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados; 3) de Moraes e Barros (1895) sobre contrato de trabalho agrícola, com ligeiras modificações feitas à Lei n. 2,827. de 15 de março de 1879; 4) de Chagas Lobato (1895), também sobre homestead; 5) de Moraes e Barros (1899), sobre prestação de serviços agrícolas; 6) de*

Lacerda Franco (1900), sobre crédito rural e agrícola e sociedades cooperativas; 7) de Bernardino de Campos (1901), instituindo privilégio para o pagamento de dívidas, do qual resultou o Decreto n. 1.150 sobre salários do trabalhador rural; 8) de Francisco Malta (1903), sobre homestead; 9) de Medeiros e Albuquerque (1904), sobre acidentes do trabalho; 10) de Gracho Cardoso e Wenceslau Escobar (1908), também sobre a mesma matéria; 11) de Nicanor do Nascimento (1911), sobre horário mínimo de trabalho e funcionamento dos estabelecimentos comerciais, em que previa casos de acidentes de trabalho; 12) de Figueiredo Rocha e Rogério Miranda (1912), sobre trabalho operário em geral, com a limitação da jornada diária de trabalho em 8 horas e pagamento de diárias de dois terços para o operário que ficasse inutilizado no trabalho; 13) de Adolpho Gordo (1915), sobre acidentes do trabalho; 14) de Maurício de Lacerda (1917), propondo a criação do Departamento Nacional de Trabalho, a limitação da jornada diária de trabalho a 8 horas, a criação de conciliação e arbitragem obrigatórias, regulando o trabalho das mulheres, criando creches, fixando idade mínima de 14 anos para a admissão de menores empregados, fixando normas sobre o contrato de aprendizagem, além de outras propostas"[314]*.*

[314] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *op. cit*. p. 45.

> Importantíssimo na época foi o projeto Nicanor Nascimento, que data de 1911. Por meio dele, pela primeira vez, foi estabelecido um comando legislativo, a regra que afirma que as pessoas são diferentes e, portanto, desiguais. Por esse motivo os mais fracos mereceriam maior atenção. Isso gerou grande confusão, porque os privativistas defendiam a idéia do contratualismo, em que a igualdade absoluta do tratamento era a regra.

Esse debate, inaugurado por Nicanor Nascimento, ganhou corpo e resultou num grande debate entre as idéias de Oliveira Viana, que defendia o avanço das normas de proteção social, e Waldemar Ferreira, que representando os privativistas defendia os princípios da liberdade e da igualdade decorrentes do contratualismo.

Oliveira Viana foi um jurista clarividente ao defender a teoria de que a normatividade nas relações sociais, que forma o direito do trabalho, deveria ser privilegiada com a função de arbitrar conflitos, criando-se normas cada vez mais protetoras para o direito do trabalho.

É nesse momento que se inicia o distanciamento do direito do trabalho do direito privado. É apenas em 1916 que vamos encontrar a regra de locação de serviços, a qual é inserida no Código Civil e posteriormente seria a semente das futuras relações do trabalho e da CLT.

Como se vê, de 1901 a 1920, começam a ser criadas no país as condições para que, ainda de forma velada, comece a se imaginar a criação de uma

ordem social, que vai culminando num projeto de estabelecimento da competência do Congresso Nacional para legislar sobre Direito do Trabalho.

É curioso constatar que a Revolução de 1930 se corporifica com o assassinato de João Pessoa, virtual candidato a vice-presidente pela chapa liderada por Getúlio Vargas. Lançam-se acusações ao então presidente, Washington Luís, que apoiava a candidatura presidencial de Júlio Prestes, de que teria sido co-partícipe de um movimento retrógrado, cuja finalidade seria desestabilizar a chapa progressista liderada por Getúlio Vargas. Torna-se, pois, patente o espírito revolucionário, que passa a assumir uma proporção incontrolável, precedendo ao grande movimento de 1930, cujo ápice se daria com a ascensão ao poder do estadista Getúlio Vargas, responsável pelo descortino de novos tempos, notadamente no campo dos direitos sociais.

Os direitos sociais em nosso país ganham relevância, entretanto, com a Revolução de 1930, divisor de águas entre a existência do direito antigo e do moderno, no tocante às conquistas do trabalhador. Veja-se, a propósito, o que diz Segadas Vianna:

> *Em 1930, vitoriosa a Revolução da Aliança Liberal, teriam de ser lembradas as palavras do Sr. Getúlio Vargas, lendo sua plataforma de candidato à Presidência da República, na Esplanada do Castelo:*
>
> *'Não se pode negar a existência da questão social no Brasil, como um dos problemas que terão de ser reencarados com seriedade pelos poderes públicos.*

> *O pouco que possuímos, em matéria de legislação social, não é aplicado ou só o é em parte mínima, esporadicamente, apesar dos compromissos que assumimos a respeito como signatários do Tratado de Versailles, e das responsabilidades que nos advêm de nossa posição de membros do 'Bureau Internacional do Trabalho', cujas convenções e conclusões não observamos.*
>
> *Se o nosso protecionismo favorece os industriais, em proveito da fortuna privada, corremos, também, o dever de acudir o proletário com medidas que lhe assegurem relativo conforto e estabilidade e o amparo nas doenças como na velhice*[315]*.*

Na síntese do pensamento do estadista, havia a preocupação de fazer que a evolução do pensamento protecionista grassasse no seio da sociedade brasileira. Com a proliferação de normas protecionistas, amplia-se, em 1930, o Direito do Trabalho no Brasil. Começa a ganhar corpo, então, o conjunto de regras que, no futuro, representará a semente da existência de uma consolidação de leis protecionistas.

Como assinala Boris Fausto:

---

[315] VIANNA, Segada *et alii*. *op. cit*. p. 69.

Um novo tipo de Estado nasceu após 1930 distinguindo-se do Estado oligárquico, não apenas pela centralização e pelo maior grau de autonomia, como também por outros elementos. Devemos acentuar pelo menos três dentre eles: 1. a atuação econômica, voltada gradativamente para os objetivos de promover a industrialização; 2. a atuação social, tendente a dar algum tipo de proteção aos trabalhadores urbanos, incorporando-os, a seguir, a uma aliança de classes promovida pelo poder estatal; 3. o papel central atribuído às forças armadas — em especial o Exército — como suporte da criação de uma indústria de base e sobretudo como fator de garantia da ordem interna.

Tentando juntar estes elementos em uma síntese, poderíamos dizer que o Estado getulista promoveu o capitalismo nacional, tendo dois suportes: no aparelho de Estado, as forças armadas; na sociedade, uma aliança entre a burguesia industrial e setores da classe trabalhadora urbana. Foi desse modo, e não porque tivesse atuado na Revolução de 1930, que a burguesia industrial foi promovida, passando a ter vez e força no interior do governo. O projeto de industrialização, com exceção de nomes como o de Roberto Simonsen, foi

> *aliás muito mais dos quadros técnicos governamentais do que dos empresários*[316].

Registram os historiadores que o governo Vargas teve como aspecto mais marcante e coerente a política trabalhista. Entre 1930 e 1945, passamos por diversas fases, sempre inovadoras em relação à fase anterior. Parte desse período vem marcada por repressões aos esforços das classes trabalhadoras urbanas em se organizar, enquanto o Estado pensa em atraí-las para seu apoio.

Cria-se, então, em 1930, o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, pelo decreto n.º 19.433, valorizando, assim, a nacionalização do trabalho. Editam-se diversas leis, como a dos 2/3 (decretos n.ºs 19.482, de 1930, e 19.740, de 1931); institui-se a Carteira de Trabalho Profissional (decreto n.º 21.175, de 1932), disciplina-se a jornada de trabalho no comércio (decreto n.º 21.186, de 1932), na indústria (decreto n.º 21.364, de 1932), nas farmácias (23.084, de 1933), nas casas de diversões (decreto n.º 23.152, de 1933), nas casas de penhoras (decreto n.º 23.316), nos bancos e nas casas bancárias (decreto n.º 23.322, de 1933), nos transportes terrestres (23.766, de 1934) e nos hotéis (24.696, de 1934). Observe-se que toda essa legislação foi objeto de decretos do Poder Executivo. O trabalho da mulher nos estabelecimentos comerciais, bem como o dos menores e os serviços de estiva, mereceram textos especiais, quais sejam: decreto n.º 21.117, de 1932; decreto m.º 22.042, de 1932; e decreto n.º 20.521, de 1931, respectivamente.

Registre-se, inclusive, que foi nesse período que se lançaram, proficuamente, as bases para o pensamento e a evolução do direito coletivo. O

---

[316] E finaliza: *As transformações apontadas não ocorreram da noite para o dia, nem corresponderam a um plano de conjunto do governo revolucionário. Elas foram sendo realizadas ao longo dos anos, com ênfase maior neste ou naquele aspecto.* (FAUSTO, Boris. *op. cit.* p. 327-328).

sindicalismo é contemplado pelo decreto n.º 19.770, de 19.03.1931; em 1934, pelo de n.º 24.694, que cria a instituição do direito de convenções coletivas do trabalho (decreto n.º 21.761, de 1932). Todas essas normas compõem um conjunto caracterizador de formação de um direito coletivo, já com certa autonomia. Os sindicatos passam a ser reconhecidos como órgão de defesa dos interesses profissionais e dos direitos dos seus filiados. Passam a ser também um veículo fundamental entre deveres e obrigações de empregados e empregadores, com a colaboração do Estado, conforme preconiza o decreto n.º 24.694, de 1934. Vislumbra-se, a partir desse momento, a estrutura básica do sindicalismo atual, dividido em federações e confederações, assim como os sindicatos. Esse decreto, por seu turno, proibia a sindicalização dos servidores públicos em seu art. 4.º, estabelecendo a constituição dos sindicatos ao reconhecimento pelo Estado (art. 8.º) e punindo com o fechamento do sindicato, por prazo nunca superior a seis meses.

Implementadas, assim, todas as condições — seja sob o ponto de vista político ou filosófico —, visando à execução do moderno Direito do Trabalho, passou-se a pensar na criação de uma Justiça especializada, destinada ao julgamento das questões decorrentes dos conflitos entre empregados e empregadores. Com o movimento de 1930 está-se na iminência de aflorar um novo modelo constitucional, que iria dar origem à Constituição de 1934.

Foi nesse período, também, que ocorreu a criação de órgãos voltados para arbitrar conflitos entre patrões e operários. Criaram-se as Juntas de Conciliação e Julgamento como veículos voltados para dirimir conflitos entre capital e trabalho, servindo de semente para a embrionária existência da Justiça do Trabalho, que viria a ser instituída mais tarde.

A política trabalhista do governo Vargas, num nítido exemplo dos chamados movimentos descendentes de proteção ao trabalho, não derivou de pressões da classe social, e sua estrutura — movimentos ascendentes —, mas sim de uma ampla ação do Estado, própria aliás de um país oriundo de uma estrutura rural e deficitário no que tange à consciência de direitos e deveres dos trabalhadores. Essa conscientização só adveio com a imigração italiana, por influência dos marxistas e anarquistas, procedentes do Velho Continente, já no período da intensa industrialização do país, pouco antes da eclosão da II Grande Guerra.

Os responsáveis pela nova legislação foram Lindolfo Collor e Salgado Filho, como antigos participantes de movimentos populares na Primeira República, com expressiva participação do advogado Evaristo de Morais, bem como de Oliveira Viana e Waldir Niemeyer.

Como era de se prever, as associações comerciais e industriais — muito embora tivessem aceitado a nova legislação laboral do período — combateram as medidas governamentais, notadamente aquelas que concederam direitos aos trabalhadores. Memorável a resistência das classes representativas dos empresários no tocante à extensão do direito de férias aos trabalhadores da indústria, argumentando que a concessão de inúmeros direitos representaria um custo insuportável para as empresas e desnecessária redução da capacidade produtiva. Como se vê, as idéias informadoras do pensamento empresarial brasileiro — enraizadas em noções contratualistas e liberais, bastante similares ao ideário neoliberal hoje em voga em nosso país — sempre resistiram a uma política de repartição de riquezas, ainda que sob a forma de conquistas sociais legítimas

informadas pelo pensamento do direito das gentes e do direito internacional. A questão social, que não é nova no mundo, continua como objeto de resistência por parte das classes produtoras no tocante ao reconhecimento dos chamados direitos sociais .

3.1.2.2. A Constituição de 1934

Quatro anos depois da eclosão do movimento de 1930, o Brasil passaria a conhecer a sua primeira Constituição que foi objeto de intenso debate e fruto de uma Assembléia Nacional Constituinte.

No ano de 1933, o tenentismo[317] começava a desagregar-se como movimento. Não conseguiu transformar o Estado em seu partido, além de haver perdido forças no corpo do Exército nacional, em razão do problema de hierarquia. Entre 1932 e 1933, vários interventores do Nordeste — tenentistas, portanto — renunciaram. Os tenentes subordinaram-se finalmente ao governo Vargas, como foi anunciado com satisfação pelo general Góes Monteiro.

O governo provisório de então decidiu constitucionalizar o país e, em maio de 1933, procedeu à eleição da Assembléia Nacional Constituinte. Vale

[317] *A essência do movimento tenentista consistiu no seu papel ligado ao processo de ascensão da burguesia brasileira, em luta contra o absoluto domínio exercido pela classe latifundiária. Tal luta, na área política, iniciou-se com a própria República. A ascensão burguesa sofreu uma derrota, entretanto, com a imposição da chamada 'política dos governadores', iniciada por Campos Sales, e complementando necessariamente a política econômica e financeira defendida por Joaquim Murtinho. Era o pleno domínio das oligarquias, que se refletiu, de forma ostensiva, no problema da representação, relegando os atos eleitorais a simples farsas, em que o latifúndio escolhia e impunha os seus representantes, vedando às demais classes e camadas sociais brasileiras o direito à representação* (SODRÉ, Nelson Werneck. a*pud* Virgínio Santa Roda. **O sentido do tenentismo**. 3.ª ed. São Paulo: Ed. Alfa-Ômega, prefácio, pp. XVII a XVIII).

registrar que a importância da campanha eleitoral para a eleição da Assembléia Nacional Constituinte consistiu na intensa movimentação e participação popular, bem como na organização partidária. Previsivelmente, surgiram nos Estados partidos das mais diversificadas tendências, alguns com bases leais e outros sem qualquer consistência, servindo a propósitos de políticos. À exceção dos comunistas, circunscritos à ilegalidade, e da ação integralista, não houve formação de partidos nacionais.

Após meses de debates, a Assembléia Nacional Constituinte promulgou, em 16.07.34, a nova Constituição brasileira. Assemelhava-se à de 1891 ao estabelecer uma República Federativa, mas trazia em seu corpo incontáveis aspectos novos, como reflexo das revolucionárias mudanças ocorridas no país. O modelo inspirador da Carta de 1934 foi o da Constituição de Weimar, ou seja, da República Alemã, ocorrida entre o fim da I Guerra Mundial e a ascensão do nacional-socialismo. Registre-se a inserção de três títulos inexistentes nas Cartas Magnas anteriores: “Da ordem econômica e social” (título IV), “Da família, da educação e da cultura” (título V) e “Da segurança nacional” (título VI).

O primeiro título, de matiz pronunciadamente nacionalista no tocante à economia, propunha a paulatina nacionalização das minas, jazidas minerais, quedas d’água e outras fontes de energia hidráulica julgadas essenciais à economia e à defesa do país[318]. As regras de caráter social asseguravam, por seu turno, a pluralidade e autonomia dos sindicatos (art. 120), estabelecendo a legislação trabalhista (art. 121), a qual previa, em seu § 1.º: *a) proibição de diferenças de*

[318] *Art. 119 — O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, bem como das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização ou concessão federal, na forma da lei. (...) § 4.º — A lei regulará a nacionalização progressiva das minas, jazidas*

salário para um mesmo trabalho por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; b) salário mínimo, capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, às necessidades normais do trabalhador; c) trabalho diário não excedente de oito horas, reduzíveis, mas só prorrogáveis nos casos previstos em lei; d) proibição de trabalho a menores de 14 anos; de trabalho noturno a menores de 16 e em indústrias insalubres, a menores de 18 anos e a mulheres; e) repouso hebdomadário, de preferência aos domingos; f) férias anuais remuneradas; g) indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa; h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidente de trabalho ou de morte; i) regulamentação do exercício de todas as profissões; e j) reconhecimento das convenções coletivas de trabalho.

Mais ainda, no tocante à defesa da família, educação e cultura, estabeleceu a regra que o ensino primário seria obrigatório, gratuito, de freqüência obrigatória e extensivo aos adultos (letra "a" do parágrafo único do art. 150); o ensino religioso, de freqüência facultativa nas escolas públicas, aberto a todos os credos, rompendo assim com o laicismo estabelecido pelo catolicismo, herança da Velha República[319].

---

minerais e quedas d'água ou outras fontes de energia hidráulica, julgadas básicas ou essenciais à defesa econômica ou militar do País.

[319] *Art. 153 — O ensino religioso será de freqüência facultativa e ministrado de acordo com os princípios da confissão religiosa do aluno manifestada pelos pais ou responsáveis e constituirá matéria dos horários nas escolas públicas primárias, secundárias, profissionais e normais.*

Pela primeira vez a segurança nacional passa a ser preocupação insculpida no texto da Lei Fundamental (Título VI, arts. 159 a 167). As questões atinentes à defesa seriam examinadas pelo Conselho Superior de Segurança Nacional, presidido pelo Presidente da República e integrado por Ministros e os chefes das Forças Armadas (Exército e Marinha)[320]. Foi instituído o serviço militar obrigatório[321], como já existia na 1ª República.

Digno de registro que em 15.07.34, pelo voto indireto da Assembléia Nacional Constituinte, Getúlio Vargas foi eleito Presidente da República para o exercício de um mandato até 13.05.38, quando então deveriam ocorrer eleições diretas para a Presidência da República. Concluídos seus trabalho, a Assembléia Nacional Constituinte de 1934 transformou-se no Congresso ordinário.

Como expressão do espírito que nortearia a Constituição de 1934, menciona Segadas Vianna a mensagem do Presidente Vargas ao instalar a Assembléia Nacional Constituinte:

> *A complexidade dos problemas morais e materiais inerentes à vida moderna alargou o poder de ação do Estado, obrigando-o a intervir mais diretamente, como órgão de coordenação e direção, nos diversos setores da atividade econômica e social.*

---

[320] *Art. 159 — Todas as questões relativas à segurança nacional serão estudadas e coordenadas pelo Conselho Superior de Segurança Nacional e pelos órgãos especiais criados para atender às necessidades da mobilização. § 1.º — O Conselho Superior de Segurança Nacional será presidido pelo Presidente da República e dele farão parte os Ministros de Estado, o Chefe do Estado-Maior do Exército e o Chefe do Estado-Maior da Armada*.

[321] *Art. 163 — Todos os brasileiros são obrigados, na forma que a lei estabelecer, ao Serviço Militar e a outros encargos, necessários à defesa da Pátria, e, em caso de mobilização, serão aproveitados conforme as suas aptidões, quer nas forças armadas, quer nas organizações do interior. As mulheres ficam excetuadas do serviço militar.*

> *Quanto à maior ou menor amplitude dessa intervenção, podem divergir as doutrinas; na realidade, porém, ela se apresenta como imposição iniludível diante da crescente preponderância dos interesses da coletividade sobre os interesses individuais.*
>
> *Todas as atividades humanas são forças sociais agindo negativa ou positivamente. O Estado, que é a sociedade organizada como poder, não lhes deve ficar indiferente, sob pena de falhar à sua finalidade. Impõe-se-lhe, contrariamente, discipliná-las e dirigi-las. Daí a sua intervenção no campo social e econômico, regulamentando as relações entre o trabalho e o capital, fiscalizando as indústrias e o comércio, desenvolvendo providências de diversas naturezas para promover o bem comum.*[322]

Contrariamente à anterior (de 1891), de caráter liberal e democrático, a Constituição de 1934 distinguiu-se por sua tendência social-democrática. Com efeito, instituiu a Justiça do Trabalho, estabeleceu o salário mínimo, limitou lucros, nacionalizou empresas, interveio, por meio do Estado, para regulamentar e orientar as forças produtoras e instituiu a liberdade de organização sindical. Foi a primeira Constituição a estabelecer o limite social ao exercício da propriedade privada, deferindo à lei o regulamento do conceito de uso social da propriedade. É digno de relevo que a Lei Maior tenha estabelecido a possibilidade da representação

[322] VIANNA, Segadas *et alii*. *op. cit*. p. 70.

profissional ou de classe, assegurando aos deputados classistas as mesmas prerrogativas dos representantes eleitos pelo voto popular. Como afirma Segadas Vianna, *estabeleceu-se, assim, um regime representativo sem par em nenhum outro país, porque nem mesmo nos de adiantada e florescente metodização das conquistas sociais se deu representação política às classes econômicas dentro do Legislativo, que é órgão de soberania nacional. Por toda parte a tendência é dupla: para as comissões técnicas, assessoras do Governo e dos legisladores; ou para os conselhos consultivos, formando organismos à parte, com restritos poderes em colaboração com as assembléias deliberativas*[323].

É relevante que a Constituição de 1934 tenha assegurado ampla autonomia sindical, dando a todos o direito de prover à própria subsistência e da família, mediante trabalho honesto, determinando que a lei promovesse o amparo à produção e às condições de trabalho como um instrumento de defesa social do trabalhador, atrelando tais conceitos aos interesses econômicos do país. Constituição evoluída que proibiu o trabalho dos menores de 14 anos (letra “d”, art. 121), o que só se refletiu na Constituição de 1988; vedou o trabalho noturno aos menores de 16 anos, que não poderia também ser realizado nas atividades insalubres pelas mulheres e pelos menores de 18 anos (*idem*). Assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante também foi objeto de previsão na Lei Fundamental, assim como o descanso anterior e posterior ao parto, sem prejuízo dos salários, fixando o dever de o Estado amparar o trabalhador inválido ou senil, prestigiando uma política de previdência social compatível com empregados e empregadores (letra “h”, art. 121). Realizando velho anseio dos trabalhadores nacionais, instituiu a Justiça do Trabalho:

---

[323] José Augusto *apud* Segadas Vianna *et alii*. *op. cit*. pp. 70-71.

> *Art. 122 — Para dirimir questões entre empregadores e empregados, regidas pela legislação social, fica instituída a Justiça do Trabalho, à qual não se aplica o disposto no Capítulo IV do Título I.*

A Constituição apontou um caminho de mediação na competição entre as classes sociais, instalando um sistema de intervenção moderada, prestigiando assim o direito coletivo sobre o direito individual e evitando as conflagrações e os conflitos entre diversos interesses.

O ano de 1934 foi marcado por tendências reivindicatórias da classe trabalhadora, que se espraiaram igualmente em setores da classe média. Foi nesse ano que o Governo, em razão dos inúmeros conflitos existentes, encaminhou ao Congresso Nacional projeto da Lei de Segurança Nacional. Em paralelo à discussão da Lei de Segurança Nacional, os comunistas e os tenentes de esquerda preparavam o clima para o lançamento daquilo que seria a Aliança Nacional Libertadora, movimento esquerdista de orientação marxista que ganhou notoriedade a partir de março de 1935. Vale lembrar que, nessa ocasião, Carlos Lacerda leu o manifesto do movimento e indicou para liderá-lo Luiz Carlos Prestes, acolhido por aclamação. O conteúdo programático da ideologia da Aliança Nacional Libertadora era basicamente nacionalista e tratava de problemas operários. Combatiam o pagamento da dívida externa; apregoavam a nacionalização das empresas estrangeiras; defendiam a reforma agrária; e propugnavam a bandeira da garantia das liberdades populares pela constituição de um governo de origem popular com participação franqueada ao povo em geral.

A Aliança Nacional Libertadora se ajustou à orientação dada pelo Partido Comunista Brasileiro, na época ligado à Internacional Comunista, com sede em Moscou, que capitaneava as ações do movimento comunista. Ela seria o exemplo de uma frente popular criada no mundo subdesenvolvido, reunindo setores sociais com o intuito de resistir às idéias capitalistas, denominadas de “imperialistas”, e ao mesmo tempo fazer frente às idéias do nazi-fascismo, que, como se sabe, frutificavam com grande força na Itália e na Alemanha.

Reprimida seguidamente e qualificada de subversiva, a Aliança Nacional Libertadora chegou a ser fechada pelo governo, com a edição do Decreto de 11/7/35. A perseguição aos comunistas levou o Partido Comunista Brasileiro a se lançar num movimento de insurreição que resultaria na tentativa de golpe militar ocorrida em 1935. O movimento de 1935, que lembrava a revolta tenentista de 1920, não logrou efetivamente êxito em suas intenções. Iniciado no Rio Grande do Norte, sua iniciativa foi coordenada a partir do Rio de Janeiro, configurando-se, na verdade, um movimento fadado ao insucesso.

A tentativa de golpe no Brasil representou, na expressão de Boris Fausto, *o canto do cisne da linha política anterior*[324].

O clima político do Brasil, nos anos 30, foi por demais conturbado. Refletindo a tendência agitada do resto do mundo, o país experimentou, além da grande revolução de 1930, inúmeras insurreições armadas que acabaram por fragilizar a tênue sustentação do regime democrático instituído pela Constituição de 1934. Alguns exemplos foram: a Revolução de 30; a Revolução Constitucionalista de 1932, em que paulistas e mineiros propugnavam pela existência de uma

[324] FAUSTO, Boris. o*p. cit*. p. 361.

Constituição democrática e soberana; e a Intentona Comunista de 1935. Houve, ainda, outras agitações sociais que culminaram com a fragilização do Estado de direito às vésperas da implantação do Estado Novo.

No dia 10 de novembro de 1937, as tropas da Polícia Militar cercaram o Congresso e impediram a entrada dos congressistas. O general Dutra, então Ministro da Guerra, se opusera a que tal operação fosse realizada pelas forças do Exército nacional.

Vargas anunciou uma nova fase da política e a entrada em vigor de um novo diploma constitucional, elaborado por Francisco Campos, que iria inaugurar a era do intervencionismo por influência das idéias preponderantes na Itália, com a edição da *Carta del Lavoro* e do pensamento nacional-socialista, que já tomava corpo na Alemanha com a ascensão ao poder dos nacional socialistas. É relevante notar que o Estado Novo, com marcadas tendências ao autoritarismo, veio sem grandes agitações, eis que o movimento dos comunistas foi abatido e estava sem condições de reação; por outro lado, a classe dominante aceitava o golpe como veículo de sobrestamento e avanço das idéias comunistas. Seria o golpe de Estado inevitável e até benéfico à sobrevivência das instituições. Os integralistas, que num momento inicial apoiavam o golpe, romperam com o governo em 1938, ao perceber que seu líder, Plínio Salgado, não seria guindado ao posto de Ministro do governo de Getúlio Vargas.

3.1.2.3. A Constituição de 1937

É um equívoco imaginar que a Carta de 1937 tenha sido a expressão de um rompimento radical com o passado. A Constituição de 1937 representou igualmente uma síntese do pensamento, que teve início em 1930 e culminou com a Lei Maior de 1937. Manteve incólume a defesa dos direitos sociais, individuais e coletivos, já consagrada na norma constitucional anterior. As diferenças entre a Constituição de 1934 e a de 1937 estavam nas disposições finais e transitórias. É nesse passo que vamos encontrar a grande centralização do poder, com a submissão das instituições e dos sindicatos ao poder irrestrito do Presidente da República, o qual poderia, no plano político, nomear governadores, confirmar ou não seus mandatos, nomear interventores etc. O intervencionismo do governo central, inspirado no modelo fascista, imaginava poder centralizar e dirimir todos os conflitos nas mãos do Estado, com poderes inusitadamente grandes, concentrados nas mãos do Chefe do Poder Executivo. Foi um período em que proliferou a edição de decretos-leis, sobre todas as matérias de responsabilidade do Governo Federal. As liberdades civis foram suspensas, embora formalmente garantidas no corpo da Carta Constitucional. Também nas disposições transitórias estava contido o preceito que autorizava a aposentadoria de civis e militares, no interesse do serviço público e da conveniência do regime. O poder foi centralizado nas mãos do Presidente da República, que passou a governar sob a forma de decretos-leis. Esse foi o período de maior concentração de poder jamais conhecido em nossa história, que não escapou de intervir de modo decisivo na tênue e frágil liberdade sindical,

submetendo os sindicatos ao poder do Estado, impedindo-os, com isso, do exercício da livre representação, assegurada, aliás, pela Carta precedente, de 1934.

Sob o ponto de vista econômico, é digno de registro que o governo instituído em 1937 tivesse promoveu a industrialização do país, que se refletiu no campo educacional. Foi criado o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI), sob a direção da Confederação Nacional da Indústria, a qual se aproximou do governo Vargas, a partir de 1933, após a derrota da revolução paulista, mediante a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo, dirigida por Roberto Simonsen, com apoio da Confederação Nacional da Indústria e da Federação das Indústrias de Minas. A burguesia reivindicava medidas no setor de câmbio e de tarifas, assim como postulou a proteção na indústria nacional.

No campo da política trabalhista, o Estado Novo pode ser enfocado sob dois ângulos: de um lado implementou e sistematizou a prática iniciada pela *Carta del Lavoro*, vigente na Itália fascista desde 1930. Adotou a Carta de 1937 o princípio da unicidade sindical, a qual, na prática, não havia nunca sido abandonada, mesmo em se considerando que a Carta de 1934 tenha assegurado plena liberdade de associação. A greve e o *lockout* foram proibidos. As paralisações foram proscritas do sistema jurídico positivo em razão de tal proibição. Não se encarava a greve como um instrumento da expressão democrática delegado à vontade dos trabalhadores, que deveriam apreciar a conveniência e a oportunidade de sua realização. Foi em 1939 que um decreto-lei estabeleceu as linhas estruturais da organização sindical, atrelando de vez o sindicato à estrutura do Estado, deixando aquele dependente quase que completamente do poder centralizado. Reforçou-se a estrutura sindical vertical, já estruturada em 1934, estabeleceram-se, então, as federações,

confederações e os sindicatos, sendo que as federações reuniam pelo menos cinco sindicatos em âmbito estadual e as confederações, pelo menos três federações no âmbito nacional.

Criou-se no Brasil, em julho de 1940, o imposto sindical, que passou a ser o instrumento básico de financiamento do sindicato e também de sua subordinação ao poder do Estado. O imposto era formado por uma contribuição obrigatória e anual de um dia de trabalho paga por todos os empregados, sindicalizados ou não. Ao Banco do Brasil caberia efetuar a arrecadação, que destinava 60% ao sindicato, 15% à Federação, 5% à Confederação e 20% ao Fundo Social Sindical. O valor destinado ao Fundo Social Sindical era freqüentemente desviado, sob a forma de verba secreta para finalidades outras que não aquelas que deveriam derivar, e freqüentemente financiava ministérios e campanhas eleitorais. O imposto sindical, afirma Boris Fausto, *deu suporte ao aparecimento da figura do 'pelego'* [325]. A expressão deriva de um de seus significados: *'Pelego' é uma cobertura de pano ou couro colocada sobre a cela de montaria para reduzir o choque produzido pelo movimento do animal no corpo do cavaleiro. A idéia de amortecedor se mostrou bastante adequada*. Pelego era, pois, o dirigente sindical subserviente que atuava mais com vistas aos próprios interesses do que aos dos associados ou da categoria profissional que tinha por dever defender. É um agente que visa amortecer os atritos e prestigiar o poder das autoridades que lhe dão suporte. O imposto sempre garantiu o poder a esse tipo de pessoa, razão pela qual temos sistematicamente nos oposto às contribuições de caráter obrigatório e

[325] FAUSTO, Boris. *op. cit*. p. 374.

permanente, uma vez que tais contribuições estimulam o aparecimento dessas figuras abjetas no meio sindical.

A Justiça do Trabalho foi organizada em maio de 1939, e a consolidação e sistematização da Consolidação das Leis do Trabalho se deram em 1941, vigorando a partir de 1943. Em 1940 foi regulamentada a idéia de existência do salário mínimo regional, valendo a pena relembrar que a idéia de salário mínimo foi introduzida a partir da Constituição de 1934.

O Estado Novo, como expressão do autoritarismo do Estado e da centralização política, declinou a partir da derrota dos países do Eixo ao cabo da II Grande Guerra, em 1945. No Brasil, os intelectuais e os pensadores preconizavam o retorno ao ideário da revolução de 1930, conforme anuncia o manifesto assinado por figuras importantes da elite, como Afonso Arinos e Virgílio de Melo Franco, Milton Campos, Pedro Aleixo e o ex-presidente Bernardes. O manifesto, assinado em 24 de outubro de 1943, propugnava pelo restabelecimento da democracia “capaz de dar segurança econômica e bem0-estar ao povo brasileiro”. Iniciava-se o declínio do Estado Novo, inaugurado com a Constituição de 1937, e em 1944, já bastante pressionado, o Governo prometia a realização de eleições livres e soberanas, tão-logo terminasse a II Guerra.

Finalmente, em 2 de dezembro de 1945, foi estabelecido um prazo para eleição do Presidente e a convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte, bem como a data de 06 de maio de 1946 para a realização de eleições no plano dos estados.

Todos esses fatos acabam por levar à queda do regime do Estado Novo e protagonizam o aparecimento de uma nova era, com a entrega transitória ao

poder do Presidente do Supremo Tribunal Federal, José Linhares, até que se realizassem eleições gerais para o restabelecimento da democracia.

3.1.2.4. A Constituição de 1946

No final de janeiro de 1946, tomava posse o presidente Dutra, que deu início aos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte. Os debates travados no curso da assembléia ocorreram em razão de temas fundamentais, tais como: liberdade, política, sindicalismo, direitos individuais, liberdade e propriedade privada, garantia dos direitos do homem e do cidadão etc.

A nova Carta Magna afastava-se do regramento estabelecido pela Carta de 1937 e adotava inquestionavelmente o figurino liberal-democrático. As garantias de existência de sindicato e das representações coletivas, assim como a preservação dos direitos sociais, foram, todavia, mantidas no corpo da Constituição liberal, demonstrando que a tendência do protecionismo decorrente dos princípios informadores do Direito do Trabalho continuaria a ser irreversível e independia de normas e regras oriundas do modelo autoritário e fascista decorrente do período anterior. Digna de nota foi a fixação de atribuições dos Poderes Executivos, Legislativo e Judiciário, dos quais o Poder Executivo seria chefiado pelo Presidente da República, durante o período de cinco anos, eleito por voto direto. O exercício da função legislativa estaria adstrito ao Congresso Nacional, subdividido na Câmara de Deputados e no Senado Federal, com a existência de representação proporcional. Já o Senado da República asseguraria o princípio majoritário e da representação

paritária dos Estados sempre para os candidatos que reunissem maior número de votos. A representação paritária iria favorecer de modo explícito aqueles estados que possuíam pouca representação. Dentre as inovações estruturais trazidas pela Constituição de 1946, tem-se o dispositivo que estabeleceu a participação dos trabalhadores nos lucros das empresas, nos termos e na forma que a lei determinar. Diga-se de passagem que tal dispositivo configurou letra morta, uma vez que o Congresso Nacional jamais expediu qualquer norma visando a regular a participação nos lucros dos trabalhadores, na forma estabelecida pela Constituição.

Na parte concernente à organização dos trabalhadores, os constituintes revelaram a intenção de prosseguir no modelo estabelecido pela Constituição de 1934 e mantido pela de 1937, tendo mantido, inclusive, o imposto sindical. Estabeleceu, de forma ambígua, a liberdade de associação sindical ou profissional, assim como previu a existência de contratos coletivos de trabalho e o exercício das funções delegadas pelo poder público. A unicidade sindical foi mantida, bem como o direito de greve foi reconhecido na forma como deveria ser regulado em lei posterior.

A Constituição de 1946 durou até 31/3/64, quando, após a implantação do golpe militar de 1964, deixou de vigorar em razão da edição do Ato Institucional n.º 1.

O Brasil de 1964 a 1967 teve um período de vacância constitucional, sendo certo que apenas em 1967 foi outorgada pelo regime militar a nova Constituição Federal, que foi posteriormente alterada pela Emenda Constitucional n.º 1, de 1969.

3.1.2.5. A Constituição de 1967 e a Emenda de 1969

A Constituição Federal de 1967, assim como a de 1937, traz um pecado original em sua origem: a ausência de liberdade e de debate sobre o seu texto. Como se sabe, não foi ela debatida pelo povo brasileiro ou deferida por meio de uma Assembléia Nacional Constituinte, como expressão da vontade soberana e democrática do povo. Só esse fato serviria para inquinar a Constituição sob o seu ponto de vista originário.

O poder é dominado por um "Comando Militar Revolucionário", que efetua prisões políticas de todos quantos seguiram o Presidente da República deposto (João Goulart), ou de todos aqueles que protestaram contra o autoritarismo implantado.

Houve a expedição de diversos Atos Institucionais (AI nº1, de 09-04-1964, que manteve a ordem constitucional vigorante, mas impôs várias cassações de mandatos e suspensões de direitos políticos, sendo governante o Marechal Humberto de Alencar Castelo Branco; AI n° 2, de 27-10-1965; AI n° 3; AI n° 4, regulando o procedimento a ser adotado pelo Congresso Nacional para votar a nova Constituição, cujo projeto o governo apresentou)[326].

A nova Constituição foi promulgada em 24-01-1967, entrando em vigor em 15-03-1967. O Presidente da República era o Marechal Arthur Costa e Silva, sendo que os caracteres dessa Carta eram os seguintes: preocupação com a segurança nacional; maiores poderes para a União e o Presidente da República;

[326] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 1991, p. 77.

sistema tributário nacional reformulado, com o “federalismo cooperativo”, ou seja, uma entidade participando da receita de outra, mas com acentuada centralização; sistema orçamentário atualizado, com os programas plurianuais de investimento; normas de política fiscal tendo em vista o desenvolvimento nacional e o combate à inflação; autonomia individual reduzida, com permissão para suspensão de direitos e de garantias constitucionais; definição maior dos direitos dos trabalhadores.

Surgiram novas crises sociais e políticas, vindo o Ato Institucional n° 5, de 13-12-1968, que rompeu com a ordem constitucional. Seguiram-se vários atos complementares e decretos-leis, até que um problema de saúde impediu o Presidente Arthur Costa e Silva de continuar governando. Este é declarado temporariamente impedido de exercer a Presidência (Ato Institucional n° 12, de 31-08-1969), sendo o exercício do Poder Executivo Federal atribuído aos Ministros do Exército, Marinha e Aeronáutica. Tais Ministros completaram o preparo do novo texto constitucional, promulgado em 17-10-1969, entrando em vigor em 30-10-1969.

Tal Emenda Constitucional n° 1, de 1969, à Constituição de 1967, não foi, tecnicamente, uma “emenda”, mas uma verdadeira “nova Constituição”. Houve um texto integralmente reformulado[327].

3.1.2.6 A Constituição de 1988

Após o Ato Institucional n° 5 foi intensificada a luta pela volta da democracia. O regime militar já dava as primeiras mostras de esgotamento, com o aumento da insatisfação da sociedade.

---

[327] *Idem, ibidem*, p. 78.

Em 1984 houve grande movimento popular em favor das eleições diretas para Presidente da República. Todavia, tal movimento não foi vitorioso, sendo mantidas as eleições indiretas.

Bateram-se então duas candidaturas: a de Tancredo Neves, com inegável simpatia da população, e a de Paulo Maluf, com o discreto apoio dos militares. O clamor popular foi ouvido, sendo eleito Tancredo Neves. Todavia, este morreu antes de tomar posse, assumindo o Vice-Presidente, José Sarney.

Sarney deu cumprimento às promessas de Tancredo, nomeando uma Comissão de Estudos Constitucionais, que deveria elaborar estudos e o anteprojeto de uma nova Constituição.

Sobre esse assunto, Wellman Galvão mostra o seguinte:

> *A Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instituída pelo Presidente José Sarney pelo Decreto n° 91.450, de 18 de julho de 1985 – e comumente denominada 'Comissão Afonso Arinos' (seu Presidente) – foi o principal antecedente da Constituinte de 1987-1988. Foi instalada em setembro de 1985.*
>
> *Elaborou Anteprojeto completo, que não foi a base para os debates constituintes de 1987-1988, apenas tendo sido, após entregue ao Presidente José Sarney, por este encaminhado à Constituinte, que o descartou. A monografia, embora apriorística (isto é, reunindo o que*

> *cada membro da Comissão entendia conveniente numa Constituição, e sem direto apelo popular e nacional), foi muito bem preparada pela elite, que compunha a 'Comissão Provisória'...* [328]

José Afonso da Silva descreve o trâmite seguinte da Constituinte:

> *Enquanto isso, o Presidente José Sarney, cumprindo mais uma etapa dos compromissos de transição, enviou ao Congresso Nacional proposta de emenda constitucional convocando a Assembléia Nacional Constituinte. Aprovada como EC 26 (promulgada em 27.11.85), em verdade, convocara os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal para se reunirem, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1.2.87, na sede do Congresso Nacional. Dispôs, ainda, que seria instalada sob a Presidência do Presidente do Supremo Tribunal Federal que também dirigiria a sessão de eleição de seu Presidente. Finalmente, estabeleceu que a Constituição seria promulgada depois da aprovação de seu texto, em dois*

[328] GALVÃO, Wellman. **A Constituição Brasileira de 1988**. AFPESP, p. 10

turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos membros da Assembléia Nacional Constituinte. Assim se fez. Mas ao convocar os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, a rigor, o que se fez foi convocar, não uma Assembléia Nacional Constituinte, mas um Congresso Constituinte. Deve-se, no entanto, reconhecer que a Constituição por ele produzida constitui um texto razoavelmente avançado. É um texto moderno, com inovações de relevante importância para o constitucionalismo brasileiro e até mundial. Bem examinada, a Constituição Federal, de 1988, constitui, hoje, um documento de grande importância para o constitucionalismo em geral.

Sua estrutura difere das constituições anteriores. Compreende oito títulos, que cuidam: 1) dos princípios fundamentais; 2) dos direitos e garantias fundamentais, segundo uma perspectiva moderna e abrangente dos direitos individuais e coletivos, dos direitos sociais dos trabalhadores, da nacionalidade, dos direitos políticos e dos partidos políticos; 3) da organização do Estado, em que estrutura a federação com seus componentes; 4) da organização dos poderes: Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário, com a manutenção do sistema presidencialista, derrotado

> *o parlamentarismo, seguindo-se um capítulo sobre as funções essenciais à Justiça, com ministério público, advocacia pública (da União e dos Estados), a advocacia privada e defensoria pública; 5) da defesa do Estado e das instituições democráticas, com mecanismos do estado de defesa, do estado de sítio e da segurança pública; 6) da tributação e do orçamento; 7) da ordem econômica e financeira; 8) da ordem social; 9) das disposições gerais. Finalmente, vem o Ato das Disposições Transitórias. Esse conteúdo distribui-se por 245 artigos, na parte permanente, e mais 70 artigos na parte transitória, reunidos em capítulos, seções e subseções. (...)*
>
> *É a Constituição Cidadã, na expressão de Ulysses Guimarães, Presidente da Assembléia Nacional Constituinte que a produziu, porque teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania.*[329]

Do ponto de vista trabalhista, a Constituição Federal de 1988 trouxe então um capítulo voltado aos chamados “direitos sociais” (Capítulo II, Dos Direitos Sociais), a qual tem importância fundamental para o Direito do Trabalho:

[329] SILVA, José Afonso. o*p. cit.* p. 80.

Artigo 6º: São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Artigo 7º: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I- relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos da lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; II- seguro-desemprego, em caso de desemprego voluntário; III- fundo de garantia do tempo de serviço; IV- salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada a sua vinculação para qualquer fim; V- piso salarial proporcional à extensão e complexidade do trabalho; VI- irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; VII- garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável; VIII- décimo terceiro salário com

base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria; IX- remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; X- proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; XI- participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei; XII- salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei; XIII- duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; XIV- jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva; XV- repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos; XVI- remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal; XVII- gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; XVIII- licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias; XIX- licença-paternidade, nos termos fixados em lei; XX- proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; XXI- aviso prévio proporcional ao tempo de serviço,

sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; XXII- redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; XXIII- adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei; XIV- aposentadoria; XV- assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até os seis anos de idade em creches e pré-escolas; XVI- reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho; XVII- proteção em face da automação, na forma da lei; XXVIII- seguro contra acidentes do trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa; XXIX- ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; XXX- proibição da diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; XXXI- proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; XXXII- proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos; XXXIII- proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de dezoito e de

qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; XXXIV- igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

Parágrafo único: São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI e XXIV, bem como a sua integração à previdência social

Artigo 8º: É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: I- a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical; II- é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa da categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município; III- ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas; IV- a assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema

confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei; V- ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato; VI- é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho; VII- o aposentado filiado tem direito a votar e ser votado nas organizações sindicais; VIII- é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer infração grave nos termos da lei.

Parágrafo único: As disposições deste artigo aplicam-se à organização de sindicatos rurais e de colônias de pescadores, atendidas as condições que a lei estabelecer.

Artigo 9º. É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

Parágrafo primeiro: A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

Parágrafo segundo: Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.

Artigo 10: É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação.

Artigo 11: Nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes entendimento direto com os empregadores.

O capítulo da Constituição Federal, contendo esses direitos sociais, é a pedra angular da matéria intitulada “Direito Constitucional do Trabalho”. Sobre ela existe considerável bibliografia, podendo ser mencionada a seguinte: *Curso de Direito Constitucional do Trabalho,* Arion Sayão Romita, coordenador, Ltr Editora, 1991; *Direito do Trabalho na Constituição de 1988,* Amauri Mascaro Nascimento, Saraiva, 1989; *Constituição do Direito do Trabalho,* Eduardo Gabriel Saad, Ltr Editora, 1989; *Comentários à Constituição Federal,* Haddock Lobo e Prado Leite, Ed. Trabalhistas, 1989; *Direito do Trabalho e a Nova Ordem Constitucional,* Gergenor de Sousa Franco Filho e outros, Ltr Editora, 1991; *Trabalho na Constituição,* Chiarelli, Ltr Editora, 1989.

3.1.2.7. Evolução constitucional dos direitos trabalhistas

É importante acompanhar as mudanças constitucionais específicas quanto ao direito do trabalho.

A Constituição do Império, de 1824, é uma Carta que vem influenciada pelo pensamento da Revolução Francesa, de defesa da liberdade, portanto não traz nenhuma regra de relevância para o direito do trabalho. Nesse período não houve uma evolução do direito social, pois essa Constituição veio com o intuito de limitar o poder do Imperador.

Já a de 1891 foi a primeira Constituição da República. Ela trouxe alguns avanços, mas ainda veio impregnada das idéias liberais. Imaginava-se que todos eram iguais no sentido linear, sem observar as desigualdades naturais existentes entre as pessoas. Essa Constituição traz apenas algumas regras de liberdade de comércio e de locação de serviços.

Quanto à Constituição de 1930, tem-se que somente a partir da Revolução de 1930 é que haverá uma evolução dos movimentos sociais. O ano de 1930 é considerado como um grande divisor de águas de nossa história política, econômica e social.

O então Brasil rural, o Brasil da política do café com leite, onde toda a estrutura econômica se concentrava no eixo São Paulo – Minas, passará por profunda transformação no momento em que Júlio Prestes, presidente eleito por São Paulo, não toma posse e Getúlio Vargas assume o poder por meio de uma revolução e implementa uma nova ordem, uma nova República, influenciado por idéias que, naquela época, estavam provocando um verdadeiro tumulto em todo o mundo.

Foram acontecimentos importantes daquela época: 1929 – o *crash* da bolsa de Nova Iorque, fato esse que abalou profundamente as estruturas dos EUA (somente após o término da 2ª Guerra Mundial é que conseguiram melhorar a sua situação); 1930 – revolução liderada por Getúlio Vargas no Brasil; 1932 – Revolução Constitucionalista, quando São Paulo tentou impor ao governo federal uma nova Constituição liberal; 1935 – a Intentona Comunista; 1939 – início da 2ª Guerra Mundial, a qual só chegará ao fim em 1945.

Nesse período, que vai de 1929 a 1945, o mundo experimentou várias alternativas políticas, sociais e econômicas de poder:

a) fascismo, na Itália de Mussolini e na Espanha de Franco;

b) nazismo, na Alemanha de Hitler;

c) comunismo, na União Soviética, com a ditadura do proletariado inspirada nas idéias de Lênin, que foi o idealizador da Revolução Bolchevique;

d) capitalismo, o qual passou por um período de transformação até o final da guerra.

A partir de 1930 houve no Brasil uma grande produção de leis de proteção social, quando foram instituídos o regime de pensão e aposentadoria, o descanso semanal remunerado, a regulamentação do trabalho da indústria e do comerciário, com a criação de medidas de limitação do trabalho, o que viria a servir de base para o aparecimento do futuro Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio.

A Carta de 1934 é a primeira Constituição moderna de nosso país. Sob o ponto de vista político, possui uma tendência social democrata. Foi revolucionária para o seu tempo, pois implementou importantes idéias, como a liberdade sindical, o

direito à livre associação, a liberdade coletiva, a representação por meio de sindicato, dentre outras.

Apesar de ser uma Constituição revolucionária, não consegue dar sustentação ao governo de Getúlio Vargas, o qual sofreu inúmeras pressões políticas, econômicas e sociais, tanto no âmbito nacional como internacional.

Quanto à Constituição de 1937, houve um retrocesso político, quando o presidente Getúlio Vargas outorgou uma nova Constituição, a qual se inspirou nos modelos corporativistas da Carta Del Lavoro, então vigente na Itália de Mussolini. A principal característica dessa Carta era a concentração de poder sobre os sindicatos, impossibilitando-os de se desenvolverem livremente, pois ficavam tutelados ao Estado. Na concepção de Mussolini o Estado deveria ser o grande administrador de todos os conflitos sociais.

Apesar de todos esses defeitos, a Constituição de 1937 teve um lado positivo, pois manteve o elenco dos direitos sociais surgidos em 1930. Essa tendência foi mantida até o final da 2ª Guerra Mundial, quando, em decorrência da vitória dos países aliados sobre os países do eixo, o “modelo liberal” foi privilegiado em todo o mundo.

Sobre a Constituição de 1946, uma nova Assembléia Nacional Constituinte a elaborou, a qual observou o “modelo liberal” então preponderante no mundo. É uma Constituição que traz como traço principal a manutenção dos direitos sociais. Foi por meio dela que a Justiça do Trabalho se estruturou com a feição que hoje possui, como órgão do Poder Judiciário.

Outro fato marcante desse período deve ser notado: em 1943 entrou em vigor a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que teve a função, como o

próprio nome indica, de consolidar todas as regras surgidas a partir de 1930 e que passaram a regular e a estruturar o direito do trabalho. Tais regras, apesar de terem sofrido algumas alterações, estão hoje em vigor, inclusive exercendo uma grande influência no Código de Processo Civil, que assimilou muitas normas do processo trabalhista.

Quanto à Constituição de 1967, tem-se que em 31 de março de 1964 um golpe militar implementa a ditadura militar no Brasil. A Constituição de 1946 foi retirada por meio de um ato institucional. Entre 1964 e 1967 houve um período de vacância de constituição, quando o país passou a ser governado por atos e decretos. Em 1966 entrou em vigor a lei que institui o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), o que tornou o trabalho instável. O capítulo VII, artigos 492 a 500, da CLT traz novas determinações a respeito da estabilidade dos empregados.

Finalmente, em 5 de outubro de 1988 entrou em vigor a nova Constituição democrática (Constituição Federal de 1988).

3.1.3. Fontes do Direito do Trabalho

3.1.3.1. Conceito de fonte

Há duas acepções da palavra “fonte”. A primeira é a interpretação leiga, em sentido amplo. A segunda é a acepção jurídica, estrita, que vai nos interessar mais de perto.

Na visão leiga, fonte é a causa, a origem, o princípio de tudo[330].

Já no sentido jurídico, fontes são os meios pelos quais se formam ou pelos quais se estabelecem as normas jurídicas. São os órgãos sociais de que dimana o direito objetivo[331].

3.1.3.2. Espécies de fontes do Direito do Trabalho

Discutem os autores acerca da classificação das fontes do Direito do Trabalho.

Orlando Gomes e Elson Gottschalk discorrem sobre o tema:

> *O Direito do Trabalho fornece ao intérprete um rico manancial de fontes, que pela sua origem e procedimento o caracterizam singularmente entre as demais disciplinas jurídicas.*
>
> *A fonte primária, ou fonte de criação, comum a todo direito privado, é a vontade das partes. É, realmente, do contrato que nasce o vínculo de trabalho; e as obrigações essenciais que lhe são inerentes encontram, no concurso de vontades, seu elemento*

[330] MICHAELIS, **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa***,* Editora Melhoramentos, 1998, p. 977.

[331] MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil.** São Paulo: Saraiva, 1989, vol. 1, p. 12.

propulsor. O contrato é, pois, a única e exclusiva fonte voluntária da relação de emprego.

Essa fonte tem a sua capacidade produtiva limitada pela produção de outras fontes que, pela sua natureza, podem ser chamadas imperativas, visto como suas normas se impõem de modo irresistível à vontade dos contraentes, incorporando-se automaticamente ao conteúdo da relação.

Podem-se dividir as fontes imperativas do Direito do Trabalho em quatro categorias, segundo a sua origem e a composição dos órgãos dos quais emanam, a saber:

a) fontes de produção estatal;

b) fontes de produção profissional;

c) fontes de produção mista;

d) fontes de produção internacional.

Todas fornecem copioso material ao conteúdo da relação de trabalho, em consequência do declínio do princípio da autonomia da vontade. Como se sabe, a esfera deixada à vontade individual está minguando, em face da crescente intervenção legislativa do Estado e de outras instituições jurígenas. O fim do

contrato de trabalho é socialmente tão importante, que seu conteúdo está sendo predeterminado cada vez mais amplamente. Assim, a vontade dos indivíduos, na celebração e na execução do contrato de trabalho, se está dobrando a inúmeras injunções, provindas dos mais diversos mananciais. São normas jurídicas de procedência vária: ora se encerram em disposições de ordem pública, ditadas pelo Estado; ora em regras oriundas de concerto entre grupos profissionais; ora em preceitos elaborados por órgãos de composição paritária aos quais o Estado delega poderes normativos, na órbita profissional; ora provêm do Direito Supernacional.

Quase todas essas causas ou fontes geradoras de direitos e obrigações ínsitos ao vínculo de trabalho são normas jurídicas, no sentido comum do termo. Por isto, as fontes que as produzem se chamam, também, fontes normativas.

Entre as diversas fontes enumeradas há uma hierarquia, cujo conhecimento é de considerável utilidade prática. A diversidade de procedência das normas que preenchem o conteúdo do contrato de trabalho lhes enseja o choque, criando o problema da prevalência de uma regra sobre outra. Daí, a necessidade de hierarquizar cuidadosamente as várias fontes, a fim de

> *obter segura orientação para solucionar os possíveis conflitos.*
>
> *A classificação das fontes refere-se à produção imperativa originária da norma, devendo entender-se que algumas delas, para revestirem-se de plena eficácia, hão de passar pelo processo de extensão, ou da ratificação...*[332].

Preferimos outra classificação, de cunho mais didático. As fontes do Direito do Trabalho podem se dividir em fontes legais, fontes contratuais e outras modalidades, que seriam consideradas o terceiro gênero dessas fontes.

3.1.3.3. Fontes legais

Existem duas ordens de fontes legais.

A primeira é a Constituição Federal. Esta é a fonte primária de todos os direitos, sendo aquela que vai nos fornecer a indicação e localização dos princípios pertinentes ao Direito do Trabalho.

A segunda é a lei ordinária, representada pela atuação legislativa dos chamados poderes constituintes. A lei ordinária trabalhista corresponde a uma

---

[332] GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 17.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 33-34. (Atualizado por José Augusto Rodrigues Pinto e Otávio Augusto Reis de Sousa).

prerrogativa de iniciativa do Congresso Nacional. A Constituição Federal estabelece que a lei trabalhista deve ser uma lei federal de iniciativa do Congresso Federal[333].

Existe um outro tipo de norma que surge a todo instante, regulando os direitos trabalhistas. São as chamadas medidas provisórias, do artigo 62 da Constituição Federal. Elas são formas impróprias e equivocadas de legislar, as quais violam a Carta Maior, pois na verdade só poderiam ser emitidas se a matéria a ser tratada fosse urgente ou relevante. Estes dois pressupostos, que a Constituição estabelece para a emissão dessas medidas, visam a transformá-las em formas de legislar com antecipação de eficácia, vinculadas à aprovação do Congresso Nacional no prazo legal.

Diz o legislador maior:

> *Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força d e lei, devendo submetê-las de*
>
> *imediato ao Congresso Nacional. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 11/9/2001)*
>
> *§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: (Parágrafo incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 11/9/2001)*
>
> *I – relativa a:*

[333] Artigo 22 da Constituição Federal: *Compete privativamente à União legislar sobre: I- direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e* ***do trabalho***. (grifos nossos).

a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;

b) direito penal, processual penal e processual civil;

c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º;

II – que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro;

III – reservada a lei complementar;

IV – já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.

§ 2º Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada. (Parágrafo incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 11/9/2001)

§ 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12, perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes. (Parágrafo incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 11/9/2001)

§ 4º O prazo a que se refere o § 3º contar-se-á da publicação da medida provisória, suspendendo-se durante os períodos de recesso do Congresso Nacional. (Parágrafo incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 11/9/2001)

§ 5º A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais. (Parágrafo incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 11/9/2001)

§ 6º Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subseqüentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações

legislativas da Casa em que estiver tramitando. (Parágrafo incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 11/9/2001)

§ 7º Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional. (Parágrafo incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 11/9/2001)

§ 8º As medidas provisórias terão sua votação iniciada na Câmara dos Deputados. (Parágrafo incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 11/9/2001)

§ 9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional. (Parágrafo incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 11/9/2001)

§ 10. É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo. (Parágrafo incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 11/9/2001)

§ 11. Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou

> *perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas. (Parágrafo incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 11/9/2001)*
>
> § 12. Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto." (Parágrafo incluído pela *Emenda Constitucional nº 32*, de 11/9/2001)

3.1.3.4. Fontes contratuais

As fontes contratuais correspondem aos contratos individuais de trabalho.

Eles têm a possibilidade de estabelecer normas de condição vinculante, que é exatamente o pressuposto extraído da legislação.

Já os contratos coletivos de trabalho são formas de se estabelecerem relações jurídicas que abrangem as coletividades (dos empregadores e dos empregados). Esses contratos se expressam em nosso direito sob a forma de acordos, convenções e dissídios coletivos. O contrato coletivo de trabalho tem uma

força vinculante muito grande, equivalendo a uma norma jurídica, porque produz obrigações paras as partes tal qual se fosse um comando legal.

Pedro Paulo Teixeira Manus mostra que:

> *Enquanto a convenção é celebrada por dois sindicatos e, portanto, alcança toda a categoria, o acordo coletivo é celebrado por um sindicato de trabalhadores e apenas uma ou algumas empresas da categoria, tendo, pois, aplicação limitada aos contratos individuais de trabalho desta ou destas empresas acordantes e seus respectivos empregados* [334].

Já o dissídio coletivo é um processo judicial de solução dos conflitos coletivos econômicos e jurídicos[335].

3.1.3.5. Outras fontes de aquisição de direitos

O costume é uma fonte importantíssima de aquisição de direitos. Consiste na prática reiterada de determinados atos, na convicção de que prática

[334] MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Negociação Coletiva e Contrato Individual de Trabalho**. 1.ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 21.

[335] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *op. cit.* p. 589.

corresponde a um comando legal. Alguns autores costumam chamar esse comando legal de *“opinio juris et necessitatis”,* ou seja, a convicção de que o indivíduo pratica aquela regra costumeira no sentido de estar cumprindo uma lei, que nem sempre existe, pois o costume pode existir sem lei.

O costume, no Direito do Trabalho, gera direitos. Aquelas regras que são estabelecidas em razão do costume acabam por se incorporar ao contrato de trabalho.

A jurisprudência, por sua vez, é o conjunto de decisões dos tribunais, sobre certo assunto, num determinado sentido, de modo constante, reiterado e pacífico.

Há numerosos exemplos de jurisprudência criadora de direitos:

a) Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho

Correspondem a uma decisão sumulada nos verbetes. Todas as vezes em que uma questão é debatida por várias vezes no Poder Judiciário, e segue para o Tribunal Superior do Trabalho, as questões similares são reunidas e enviadas para uma seção administrativa desse mesmo Tribunal, o qual as examina e edita um tipo de entendimento padronizado.

b) Precedentes do Tribunal Superior do Trabalho e dos Tribunais Regionais do Trabalho no âmbito das suas respectivas jurisdições

Existem os precedentes do TST e dos TRTs, que correspondem aos entendimentos sumulados também em verbetes, mas com matéria referente aos direitos coletivos. Ou seja, são regras estruturadas pela jurisprudência atinentes aos direitos coletivos, as quais acabam por se transformar em fonte da criação dos

direitos. São decisões costumeiramente adotadas pela jurisprudência e que se transformam em normas indicadoras da conduta das pessoas.

As fontes jurisprudenciais expressam, na realidade, uma forma de interpretar o Direito do Trabalho, a qual é influenciada pela postura que a jurisprudência assume em relação aos princípios informadores desse ramo jurídico.

3.1.4. Princípios Gerais Informadores do Direito do Trabalho

3.1.4.1. Conceito de princípio

Na visão leiga, princípio equivale a ponto de partida, origem [336].

Os princípios constituem tema estruturalmente muito importante, estando interligados principalmente em relação à idéia que foi preconizada por Cesarino Júnior no direito social.

Esses princípios gerais do Direito do Trabalho estão vinculados ao seu método e aplicação.

Os princípios aos quais nos referimos são aqueles que nos trazem sempre o regramento do fundamento jurídico. São os princípios que estruturam o sistema jurídico positivo.

---

[336] *prin.cí.pio sm (lat principiu) 1Ato de principiar. 2Momento em que uma coisa tem origem; começo, início. 3Ponto de partida. 4Causa primária. 5Fonte primária ou básica de matéria ou energia. 6Filos Aquilo do qual alguma coisa procede na ordem do conhecimento ou da existência...* (MICHAELIS. **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa***.* São Paulo: Melhoramentos, 1998, p. 1697).

Sem conhecer os princípios informadores do direito em geral, não temos condições de entender o sistema jurídico.

O princípio representa uma diretriz ordenadora do sistema. Ele é que dá um direcionamento a esse sistema. É importante o conhecimento dos princípios, bem com a sua essência. Aqueles evitam até o arbítrio legislativo, porque são regras que norteiam a aplicação do direito positivo.

Imagine-se a seguinte situação: se um Poder da República, seja ele qual for (Executivo, Legislativo, Judiciário), pudesse legislar de uma forma desordenada, pudesse editar comandos jurídicos livremente, sem nenhuma modalidade de restrição, tem-se que viveríamos num sistema ditatorial. No nosso país, recentemente, ao tempo da ditadura militar, era isso o que ocorria (sem nenhum vínculo limitativo). Os generais limitavam atos, editavam decretos, e a partir destes estabeleceram o que se chama de direitos políticos da nação.

Os princípios no regime jurídico democrático são essas normas, essas regras norteadoras, que vão dar estrutura e base ao sistema .

Os princípios, em certo sentido, são muito mais importantes do que as regras legais, porque eles têm um conteúdo que vai legitimar todos aqueles atos que são praticados em razão daquilo que a Constituição Federal estabelece. O Professor Roque Antonio Carraza costuma dizer que os princípios são interligados, e eles correspondem a esse norteamento dado à função legislativa.

É dos princípios que nós vamos extrair normas. São as chamadas normas de conteúdo primário, referidas por Renato Alese, correspondentes a essas diretrizes que são inseridas pelo sistema. Os autores do Direito Constitucional antigo

costumavam dizer que a Constituição e o conjunto das leis costumam possuir normas de conteúdo programático.

Os modernos pensadores registram essa idéia, em especial o Professor Geraldo Ataliba e outros grandes constitucionalistas e doutrinadores, como o Professor José Afonso da Silva, Maria Helena Diniz, dentre outros.

Nos princípios e em todas as normas vamos encontrar certo conteúdo eficaz.

As normas que encerram os princípios são estruturalmente importantíssimas para o sistema jurídico, porque vão dar diretrizes de ordem política e de legislativa.

Sob o ponto de vista político, elas dão uma diretriz aos próprios governantes. Não é possível que estes não se curvem ao cumprimento dessas normas de direito, de conteúdo primário, para estabelecer até mesmo a forma e a estrutura de governo.

Sob o ponto de vista legislativo, elas vão determinar ao legislador limites de atuação e editar normas jurídicas. As normas carregadas de princípios são encontradas no corpo da Constituição Federal e nos dão aquela idéia trazida pelo Professor Roque Carraza, de que os princípios são hierarquizados. Existem na Constituição Federal princípios de valor estrutural muito forte, que se sobrepõem a outros. Existem outras normas constitucionais que são desprovidas de princípios: aquelas que possuem uma estrutura formal constitucional, ou seja, são as normas inseridas na Constituição por deliberação do legislador constituinte, mas que não são propriamente normas constitucionais

Nós vamos encontrar um conteúdo hierarquizado de princípios estabelecido na Constituição Federal.

Normas de conteúdo primário são as que limitam, que indicam a regra legislativa estabelecida para algum legislador tanto sob o ponto de vista político quanto legislativo.

Sobre a questão dos princípios, elucidativa a lição da Amauri Mascaro do Nascimento:

> *Princípio é uma proposição que se coloca na base das ciências, informando-as (...) . É um ponto de partida. Um fundamento. O princípio de uma estrada é o seu ponto de partida, ensinam os juristas. Encontrar princípios (...) corresponde, portanto, à enumeração de idéias básicas (...)*
>
> *Porém, há idéias comuns a outros ramos do saber. Daí a classificação dos princípios em onivalentes, aplicáveis a todas as ciências, como o princípio da identidade – o ser é, o não-ser não é; princípios plurivalentes, aplicáveis a algumas ciências, como o princípio da causalidade, das ciências físicas, e o princípio da imputabilidade, das ciências sociais; princípios monovalentes, que são os princípios de uma ciência, como os da ciência jurídica; e os princípios setoriais, que são os de um ramo da ciência, podendo-se usar, também,*

> *a expressão para designar os princípios próprios de um setor.*
>
> *Outras classificações são encontradas, e um dos aspectos que pesam sobre as suas formulações resulta de uma concepção de direito do intérprete. Uma concepção positivista leva à identificação dos princípios com as normas previstas nos ordenamentos jurídicos, nas quais aqueles se encontram, expressam-se e têm o seu meio de exteriorização, em alguns sistemas caracterizados como técnica de integração das lacunas; uma posição jusnaturalista leva às concepções dos princípios como valores transcendentes ao direito positivo, acima deste e com funções retificadoras de suas injustiças...* [337]

3.1.4.2. Atributos da norma jurídica

Os dois atributos estruturais da norma jurídica são vigência e eficácia.

Vigência é aquela regra estabelecida na Lei de Introdução ao Código Civil que corresponde ao fato de a lei existir por ter sido editada por um órgão legitimado para produzi-la. Todas aquelas leis que vêm, por exemplo, do Poder Legislativo.

[337] NASCIMENTO, Amauri Mascaro Nascimento. *op.cit*, p. 96.

A Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei n° 4.657, de 04 de setembro de 1942) estabelece quando uma lei é vigente:

> *Artigo 1°: Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o País 45 (quarenta e cinco) dias depois de oficialmente publicada.*
>
> *Parágrafo 1°: Nos Estados estrangeiros, a obrigatoriedade da lei brasileira, quando admitida, se inicia 3 (três) meses depois de oficialmente publicada.*
>
> *Parágrafo 2º: A vigência das leis, que os governos estaduais elaborem por autorização do Governo Federal, depende da aprovação deste e começará no prazo que a legislação estadual fixar.*
>
> *Parágrafo 3º: Se, antes de entrar a lei em vigor, ocorrer nova publicação de seu texto, destinada a correção, o prazo deste artigo e dos parágrafos anteriores começará a correr da nova publicação.*
>
> *Parágrafo 4º: As correções a texto de lei já em vigor consideram-se lei nova.*
>
> *Artigo 2º: Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.*

> *Parágrafo 1º: A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.*
>
> *Parágrafo 2º: A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.*
>
> *Parágrafo 3º: Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.*

Eficácia é a qualidade da norma jurídica de produzir efeitos válidos.

Uma norma só existe quando tem conjugados esses dois atributos (vigência e eficácia).

A norma vigente produz efeitos válidos quando está estruturada em regramentos de princípios, que são esses comando voltados para o estabelecimento legislativo.

Qual é o poder que tem a capacidade de fiscalizar isso?

É o Poder Judiciário.

O Supremo Tribunal Federal é denominado uma Corte Constitucional, pois tem por finalidade fazer a polícia do cumprimento ou da constitucionalidade das leis. Pode fazer esse controle direto de constitucionalidade quando julga as

chamadas ações diretas de inconstitucionalidade ou, ainda, quando julga as chamadas ações diretas de constitucionalidade .

É o Supremo Tribunal Federal que vai dizer se uma norma jurídica é constitucional ou inconstitucional. Se ele julgar que é inconstitucional, irá propor a retirada de sua vigência. Portanto, ela deixa de produzir efeitos válidos se estiver em desconformidade com o sistema jurídico.

Voltando àquela idéia inicial, de que existem na Constituição Federal normas meramente programáticas, tem-se que se trata de um equívoco. Têm razão os autores modernos de Direito Constitucional segundo os quais todas as normas jurídicas, ainda que de forma reduzida, possuem um conteúdo de eficácia.

E essa eficácia do princípio em relação às normas constitucionais é denominada de eficácia de validação. É a principal normatividade estabelecida como atributo de uma norma jurídica. É o reconhecimento de que uma norma está em conformidade com o texto da Constituição Federal. Ou, ainda, é o reconhecimento de que uma norma jurídica, ao não se conformar com a Carta Magna, pode ser retirada do sistema jurídico. Portanto, essa validação pode ser positiva ou negativa; essa é a eficácia de validação estabelecida pelo sistema jurídico e que vem dos princípios informadores da Constituição Federal. Portanto, é o atributo de exigência mais importante do nosso direito. Não é meramente programático porque ou ele envia comando positivo, ou envia comando negativo. Ele vai validar a norma jurídica sob o ponto de vista positivo ou negativo.

Os princípios podem vir de modo implícito ou explícito na Constituição Federal.

É o exame sistêmico da Carta Maior, o exame do seu sistema positivo, que nos vai oferecer condições para identificar esses princípios, que ora vêm no sentido implícito, ora no explícito. E, por vezes, há conteúdo formal desprovido de princípios.

Por exemplo, a Constituição estabelece, no artigo 1º, que o Brasil é uma República Federativa formada pela união indissolúvel dos Estados. Portanto, ela integra o princípio federativo.

O Brasil não foi sempre uma Federação. Ao tempo da Monarquia, ele era um Estado unitário, dividido em regiões geoeconômicas. O Brasil não conhecia aquela divisão em Estados que convivem com o sistema federativo, tal qual é estabelecido na Constituição Federal.

Portanto, tem-se o sistema federativo quando a Constituição do país estabelece que o seu sistema político é o federativo, formado pela união indissolúvel dos Estados. Não é possível a nenhum Congresso Nacional, a nenhum Presidente da República, a nenhum Poder da República, conspirar ou tentar erradicar o chamado sistema federativo.

Há outros princípios. O que implementa o voto universal e direto também está estabelecido na Constituição Federal. O voto universal e direto é aquele que qualifica a nossa democracia, sendo uma regra inserida nos princípios fundamentais constitucionais

O valor social do trabalho e da propriedade é outro princípio explícito inserido na Carta Maior.

Todos esses são princípios explícitos, protegidos pela Constituição Federal de uma forma radical. O princípio federativo, o que estabelece o voto

universal e direto, o que informa a garantia dos direitos individuais são todos princípios assegurados pela Constituição e que não podem ser objeto sequer de reforma constitucional, nem objeto de emenda constitucional. A própria Constituição se autolimita (artigo 60, parágrafo 4º), estabelecendo quais são as regras constitucionais que os encerram[338].

Tais princípios não podem ser discutidos em hipótese alguma, no sentido de serem abolidos ou de serem passíveis de emenda. Isso pode ser verificado ao ser estabelecido que os direitos individuais também são regras pétreas ou são princípios fundamentais, apesar de estarem inseridos no capítulo dos direitos individuais e coletivos.

Nós vamos encontrar um largo campo protegido da Constituição Federal. Há normas que vão desde o artigo 5º até o 11 da Lei Maior, na qual Onde encontramos, inclusive, diretrizes políticas em relação aos princípios, que são os chamados direitos sociais.

Esses direitos sociais possuem uma subdivisão na Constituição, em seu artigo 6º. Há os chamados direitos sociais difusos, como norma de conteúdo primário voltada para a orientação política do legislador, e os direitos sociais coletivos e individuais no artigo 7.º.

---

[338] Artigo 60 da Constituição Federal: A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I- de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II- do Presidente da República; III- de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. Parágrafo 1º: A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. Parágrafo 2º: A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. Parágrafo 3º: A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. Parágrafo 4º: Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I- a forma federativa de Estado; II- o voto direto, secreto, universal e periódico; III- a separação de Poderes; IV- os direitos e garantias individuais. Parágrafo 5º: A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

Há normas desprovidas de conteúdo principiológico. Por exemplo, a norma da Constituição Federal que estabelece que o magistrado deve residir no local onde está prestando a sua função jurisdicional, ou seja, no lugar onde está lotado. Essa é uma norma desprovida de princípio, uma norma mera e formalmente constitucional.

Os princípios aos quais estamos nos referindo não são apenas meros enunciados teóricos, inaplicáveis e etéreos. São uma regra de validação.

Quando falamos em princípios, temos que ter presente que eles compõem a estrutura e o fundamento do sistema positivo em geral.

Essa é uma questão informada pela Teoria Geral do Direito.

3.1.4.3. Princípios que informam o Direito do Trabalho em espécie

O Direito do Trabalho, como ciência autônoma, possui diversos princípios próprios, que orientam o seu entendimento e aplicação[339].

3.1.4.3.1. Princípio protetor

O Direito do Trabalho está voltado sempre para a tutela do bem jurídico principal, que diz respeito à relação de emprego ou normas de trabalho.

[339] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *op. cit*. p. 228.

Uma das grandes preocupações existentes no Direito do Trabalho, desde a sua origem, desde o seu perfil histórico, é atingir um regramento de igualdade, que só se atinge quando tratamos os desiguais na medida da sua desigualdade. É o caso entre o capital e o trabalho. É necessário que a lei estabeleça um princípio de proteção a tais regras, que são informadoras desse princípio tutelar.

Nesse sentido La Cordelli afirma que, entre o forte e o fraco, entre o pobre e o rico, é a liberdade que escraviza e é a lei que liberta, ao expressar a regra da tutela do Direito do Trabalho. E essa máxima é repetida por Ripelo, quando afirma que a missão do Estado é estabelecer um regramento protetor para a relação de emprego. Ou seja, as partes devem ter uma autonomia de vontade restrita, e restrita pela ordem legal.

O direito do trabalho é um direito tutelado, é um direito voltado para regrar a igualdade a partir do princípio de proteção. Nesse sentido a vontade está restrita e não é puramente contratual, porque a regra de tutela é um princípio estrutural, informador do direito do trabalho.

O princípio protetor, também chamado de princípio da tutela, é um princípio informador, estrutural, que vai restringir o da autonomia das partes, voltado à regra contratual. Sem compreender isso, nós não vamos entender por que o direito do trabalho estabelece, por vezes, que na dúvida deve ser dada preponderância ao interesse daquele que é protegido. É o chamado princípio *in dubio pro misero*, ou ainda *in dubio pro operariu.* Tal noção é interligada a essa questão da tutela.

Esse é o primeiro princípio informador do Direito do Trabalho, e o principal.

Todos os demais que se sucederam estão interligados com ele.

3.1.4.3.2. Princípio da irrenunciabilidade

As normas do direito do trabalho são normas de ordem pública e, por isso, irrenunciáveis.

Com isso, evita-se a tentação de se privilegiar um danoso contrato trabalhista, invocando-se uma falsa liberdade de pactuar, fundada na pretensa regra de igualdade.

Pode ser imaginada uma situação de desemprego geral (tão comum no Brasil). Se não houvesse a regra e o princípio protetor, se todas as normas fossem renunciáveis, poderiam surgir situações em que alguém fosse contratado declarando sua renúncia, *verbi gratia,* à proteção à maternidade ou à regra do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Mas a lei não permite isso, pois são direitos irrenunciáveis.

Têm-se direitos constitucionais, estabelecidos no artigo 7º da Constituição Federal.

Por esse motivo, ninguém pode igualmente contratar e renunciar ao seu direito às férias.

Ninguém pode renunciar às regras protetoras estruturadas na Carta Magna.

Discute-se se o artigo 7.º da Constituição Federal está inserido entre as regras pétreas do sistema, podendo ou não ser objeto de reforma ou de revisão constitucional.

O princípio da irrenunciabilidade não é absoluto. De acordo com ele, é possível renunciar em nome da composição entre as partes, em certas circunstâncias e de acordo com a forma preestabelecida, preconcebida pela lei.

Por exemplo, a Constituição, no seu artigo 7º, inciso VI, estabelece o princípio da irredutibilidade do salário. Todas as pessoas têm essa proteção. Tal regra é inegociável sob o ponto de vista do direito individual. Se uma empresa rebaixa o salário de uma pessoa ou de um grupo de pessoas unilateralmente (ou mesmo com a pretensa concordância delas), tem-se que a Justiça do Trabalho irá recompor tais salários ao seu valor devido. Mas a irrenunciabilidade está limitada, pois há a possibilidade de as partes estabelecerem negociações coletivas, visando à redução geral dos salários. Nessa negociação, as partes são assistidas pelos seus sindicatos.

Se o sindicato da categoria patrocinar uma negociação coletiva com o empregador e estabelecer, mediante um acordo coletivo, a redução de salários, tem-se que não foi ferido o princípio ora em discussão. Isso é possível porque há uma norma permissiva no próprio texto da Constituição Federal. Esta é uma norma concreta, não sendo necessária uma medida provisória ou outra norma federal para se chegar a tal resultado. Basta que as partes negociem, basta que passem para a autocomposição.

E essa norma não contraria o princípio da irrenunciabilidade, pois é tutelada pela Carta Magna. Ao ser estabelecido o sistema representativo, foi permitido que o sindicato, representando a coletividade dos trabalhadores, negocie a redução de salários.

A jornada de trabalho também pode ser reduzida, desde que haja negociação coletiva.

A nossa Carta Magna, ao contrário do que afirmam os tecnocratas governamentais, é uma Constituição flexível, que permite por meio da negociação coletiva que todos esses direitos sejam negociados. Desde que, logicamente, observado o critério de igualdade, que está estabelecido na Lei Maior, em seu artigo 8º, inciso III. Trata-se dos princípios da igualdade e da liberdade representada. Confira-se o que diz a Norma Fundamental:

> *Artigo 8º da CF - É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:*
>
> *(...)*
>
> *III- ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas ...*

Portanto, o princípio da irrenunciabilidade não é tido como um regramento absoluto de vedação da negociação. Pelo contrário, a Constituição Federal privilegia a autocomposição.

O princípio da irrenunciabilidade se vincula ao princípio protetor, para estabelecer a regra de que pode haver negociação de direitos, desde que observadas certas condições protetoras aos trabalhadores.

3.1.4.3.3. Princípio da continuidade da relação de emprego

O contrato de trabalho e a relação de emprego fazem parte das necessidades estruturais e vitais do ser humano, porque sem trabalho não existem alimentos, pois estes decorrem do trabalho. Se o alimento é uma necessidade vital básica de todas as pessoas, é intuitivo que a continuidade da relação de emprego deve ser um pressuposto fundamental na estrutura do direito do trabalho. Quem pode viver sem alimentos, quem pode viver sem ter as suas necessidades fisiológicas atendidas? Ninguém. E disso decorre que as pessoas precisam ter trabalho. A continuidade da relação de emprego é um princípio supralegal, que vem do direito das gentes. Está arraigada na natureza das coisas. A dignidade da pessoa humana está interligada com a necessidade de trabalho. Portanto, o pressuposto estrutural que informa a continuidade da relação de emprego é o de que o contrato deve ser sempre por prazo indeterminado (como regra, como pretensão).

A continuidade da relação de emprego é um pressuposto estrutural do direito do trabalho. Por isso, recentemente a imprensa noticiou, no Brasil, que

determinada central sindical ingressou com uma ação direta de inconstitucionalidade contra a medida provisória que estabeleceu o contrato temporário.

3.1.4.3.4. Princípio da norma mais favorável

Dentre várias normas existentes, deve ser aplicada a mais favorável em uma relação de emprego.

O contrato de trabalho, assim como a relação de emprego, forma uma realidade complexa. Esta corresponde a um conjunto de normas que incidem sobre essa mesma relação de emprego, em que há normas de direito constitucional (como os artigos 6º e 7º da Constituição Federal) e de direito comum (como a Consolidação das Leis do Trabalho, que corresponde a uma lei ordinária).

Há ainda outros tipos de normas que incidem sobre a relação de emprego. Tem-se o contrato individual de trabalho firmado por escrito entre o empregado e o empregador, o contrato coletivo de trabalho, o costume e às vezes as normas que são criadas pelos enunciados da jurisprudência.

Todas as vezes em que houver dúvida sobre a aplicabilidade entre duas normas, tem-se que deve ser escolhida a mais favorável.

A própria CLT mostra que tal orientação é um princípio informador do direito do trabalho. Basta ser analisado o seu artigo 620:

> *As condições estabelecidas em Convenção, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em Acordo.*

3.1.4.3.5. Princípio da condição mais benéfica

O princípio da condição mais benéfica não se confunde com o anteriormente analisado, que é o da norma mais favorável.

Ambos os princípios têm o mesmo fundamento, mas são diferenciados. O fundamento comum é a proteção ao trabalhador.

Quando se fala em condição, está se falando em norma de contrato de trabalho (individual ou coletiva). São as condições concretas em que o trabalho é prestado. Estas, então, devem ser mantidas.

Já quando se trata de norma, tem-se em vista a norma legal, ou seja, a lei. Sempre que houver mais de uma norma a ser aplicada numa relação, deve ser escolhida aquela que seja mais favorável ao emprego. Isso ocorre devido ao princípio protetor, à regra da irrenunciabilidade, à regra da continuidade da relação de emprego e ao princípio da igualdade. E, portanto, verifica-se que todos esses princípios estão interligados. Não estão em compartimentos, um decorre do outro.

O princípio protetor é o primeiro, e todos o demais estão interligados. Daí por que a Justiça do Trabalho é uma justiça de aplicação de normas ou regras que são de proteção. É por isso que, aparentemente, o empregado sempre ganha a

reclamação trabalhista. Aparentemente, porque a norma, que é de proteção, deve ser seguida. Sempre que o empregador provar que cumpriu bem a lei não terá problemas. Ele só vai ser condenado judicialmente quando estiver fraudando a lei ou não cumprir os princípios que informam o direito do trabalho.

Em suma, condição mais benéfica é uma condição contratual.

3.1.4.3.6. Princípio da primazia da realidade

O direito do trabalho está fincado na regra da busca da chamada verdade real. Devem ser envidados todos os esforços para que apareça a verdadeira situação existente, derrubando-se a falsa máscara às vezes montada.

Nesse ponto, discordamos de Fernando da Costa Tourinho Filho. O renomado autor diz que:

> *Na verdade, enquanto o Juiz não-penal deve satisfazer-se com a verdade formal ou convencional que surja das manifestações formuladas pelas partes, e a sua indagação deve circunscrever-se aos fatos por elas debatidos, no Processo Penal o Juiz tem o dever de investigar a verdade real, procurar saber como os fatos se passaram na realidade, quem realmente praticou a*

> *infração e em que condições a perpetrou, para dar base certa à justiça...* [340].

O Juiz do Trabalho é um Juiz não-penal. Todavia, não deve conformar-se com a verdade formal. Ao contrário, deve buscar a verdade real.

Por vezes, a verdade real se contrapõe à chamada verdade formal. Existem alguns atos que exigem forma para existir, e, se eles não forem formalizados de uma determinada maneira, não existem.

Por exemplo, tome-se o direito de propriedade. Tem-se que, se um indivíduo compra uma propriedade e lavra escritura, só poderá ser considerado proprietário do bem imóvel após cumprir uma formalidade, exigida por lei. É a transcrição do registro na escritura pública. Quem não possui tal registro tem apenas uma expectativa de ser proprietário. Quem tem só a escritura não transcrita no registro de imóveis tem o direito real sobre a coisa, mas não é ainda proprietário, porque a tradição se dá presumidamente com a transcrição no registro público. Esse é um ato extremamente formal que o direito comum comporta.

Se nós pudéssemos transportar a realidade para o direito do trabalho, poderíamos dizer que nesse último não é a forma que prepondera, mas sim a essência.

Pode ser citado como exemplo, no direito do trabalho, o seguinte caso, em que a forma cede à essência da realidade: o indivíduo é contratado sem anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, e assina um contrato de

---

[340] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 13.ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1992, volume I, p. 37.

prestação de serviços, no qual há uma cláusula informando que ele não é empregado. Ademais, formalmente esse indivíduo se inscreve na prefeitura como autônomo e recolhe tributos previdenciários no carnê de autônomo. Se, todavia, ele estiver na realidade desempenhando uma relação de emprego e comprovar isso, vai ser reconhecido como empregado. Se os fatos mostrarem que, no início, aqueles contratos que ele firmou formaram uma realidade falsa por meio da forma, o Juiz do Trabalho vai dar primazia à regra da realidade, e portanto vai reconhecer o vínculo de emprego, com todas as conseqüências e todas as indenizações.

Mencionada situação é muito comum nos Pretórios Trabalhistas. A propósito:

> *Relação de emprego. Configuração. Se a situação revelada no acervo probatório evidencia a presença da pessoalidade na prestação de serviço não eventual, correlativa percepção de vencimentos e o estado de subordinação do trabalhador, impõe-se o reconhecimento da relação de emprego, à luz do disposto nos artigos 2º e 3º da CLT. Recurso ordinário parcialmente provido.* (Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região, recurso ordinário 3771/99, Relator Juiz Gerson Rodrigues de Lima, Diário Oficial do Maranhão de 16-05-2000, pág. 43).

3.1.4.3.7. Princípio da razoabilidade

O princípio da razoabilidade não pode ser chamado propriamente de princípio.

Diz respeito a todas as relações, sendo uma regra de interpretação de todos os demais princípios, que devem ser interpretados, devem ser entendidos, dentro de um parâmetro de razoabilidade. Deve ser dada uma interpretação que não leve ao absurdo.

3.2. DIREITO DA INTEGRAÇÃO, COMUNITÁRIO E HUMANITÁRIO

O direito de integração materializa-se quando países independentes com interesses econômicos, sociais e/ou políticos afins se unem para formar blocos econômicos, adquirindo, dessa maneira, maior força competitiva no cenário mundial.

Destarte, não se pode confundir as comunidades regionais com as organizações internacionais, porque, enquanto estas buscam a cooperação dos Estados com um determinado fim, aquelas buscam a cooperação entre os Estados.

A primeira comunidade regional a surgir foi a européia, que buscava o fortalecimento de sua economia, que ficou muito enfraquecida após a II Guerra Mundial, em razão do crescimento dos Estados Unidos e da União Soviética, o qual deu início à Guerra Fria. Foi a solução encontrada pelos países europeus para se

recuparerem. Com o sucesso da comunidade européia, foram surgindo outras comunidades ao redor do mundo, como o Mercosul.

A formação das comunidades inicia-se por meio de uma zona de livre comércio, na qual não há alíquotas de importação e exportação. Registre-se que essa isenção pode ser concedida apenas para alguns produtos, como para todos.

Na fase seguinte, há uma união aduaneira, momento em que se estabelece uma tarifa externa para países que não pertencem ao bloco comum.

A próxima etapa é a do mercado comum, em que há uma livre circulação de pessoas, bens, serviços, capitais (investimentos) e livre concorrência. O que existe até este momento é uma relação interestatal.

A outra etapa, que seria uma relação de supranacionalidade, é a de união econômica e monetária, com Banco Central e Tribunal comuns.

Existe, ainda, uma quinta fase, que é hipotética, pois ainda não aconteceu, que é uma união política, em que os Estados se unem em uma confederação, ou federação. A Constituição Européia proposta há pouco não caminha no sentido dessa fase.

O direito comunitário é uma extensão do direito da integração, que se inicia com a existência de um parlamento comum.

O direito humanitário visa controlar os abusos cometidos nas guerras terrestres, aéreas e marítimas, bem como regular o tratamento que deve ser dado aos prisioneiros e proibir as guerras biológicas.

3.3. DIREITO ECONÔMICO

O Direito Econômico tem o intuito de organizar a economia, possuindo duas vertentes, uma delas identificada com o direito internacional privado, voltada para o âmbito normativo, sob o ponto de vista estrutural. Tem como limites as regras estabelecidas nos princípios estruturais elencados na Constituição Federal: livre-iniciativa-, livre concorrência-, intervenção do Estado no domínio econômico e os valores sociais do trabalho - regras e princípios que informam o princípio federativo e a proteção da dignidade da pessoa humana – direitos indispensáveis, tais como a liberdade, propriedade e equilíbrio social.

No plano internacional, o Direito Econômico está vinculado a outra estrutura principiológica de formação complexa, como a Organização Mundial do Comércio, a Organização Internacional do Trabalho, as regras que informam os contratos internacionais (contratos administrativos, tratados e convenções internacionais).

Internacionalmente, funda-se esse direito econômico nos princípios e nos objetivos traçados pelas Nações Unidas, que visam à extinção de qualquer resquício de imperialismo. A Carta de Direito e Deveres Econômicos dos Estados, aprovada na Resolução 3.281, de 1974, das Nações Unidas, adotou, em seu Capítulo I, os seguintes preceitos referentes à ordem econômica:

CAPITULO I

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LAS RELACIONES ECONÓMICAS INTERNACIONALES

Las relaciones económicas, políticas y de outra índole entre los Estados se regirán, entre otros, por los seguientes principios:

a) Soberanía, integridad territorial e independencia política de los Estados;

b) Igualdad soberana de todos los Estados;

c) No agresión;

d) No intervención;

e) Beneficio mutuo y equittivo

f) Coexistencia pacífica;

g) Igualdad de derechos y libre deternubación de los pueblos;

h) Arreglo pacífico de controversias;

i) Reaparación de las injusticias existentes por imperio de la fuerza que priven a una nación de los medios naturales necessarios para su desarrolo normal;

j) Cumplimiento de nurna fe de las obligaciones internacionales;

k) Respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales;

l) Abstención de todo intento de buscar hegemonía y esferas de influencia;

m) Fomento de la justiça social internacional;

n) Cooperación internacional para el desarrolo;

o) Libre acceso al mar y desde el mar para los países sin litoral dentro del marco de los princípios arriba enunciados.[341]

Após a 2.ª Guerra Mundial começou-se a praticar a liberdade econômica, com base no sistema internacional do livre comércio. Esse sistema foi elaborado pela Conferência de Bretton Woods, que vigora até os dias de hoje, e trouxe liberação comercial, diminuição das barreiras alfandegárias e liberação da transação monetária.

[341] Disponível no sítio http://www.um.org.spanish/documents/ga/res/29/ares29.htm, em 30/05/2006.

No entanto, esse sistema criou desigualdades entre as nações, já que era dirigido principalmente às nações industrializadas. Os países em desenvolvimento só conseguiram maior participação nas organizações em que o voto era por nação, e não por peso, como praticado no Fundo Monetário Internacional e no Banco Interamericano de Desenvolvimento (BIRD).

As normas do direito internacional econômico devem respeitar as características próprias de sua natureza, que é a sua constante mutabilidade. As sanções à infringência dessas regras normalmente não ocorrem dentro de um poder jurisdicional, por causa da demora na sua solução e na declaração de existência de um perdedor. Prefere-se, por isso, uma autocomposição, ou outro meio pacífico para a solução dos conflitos. No entanto, quando não viável uma composição, a sanção imposta pelas nações, umas às outras, é a pena de exclusão, que se materializa, por exemplo, em restrições comerciais, entre outras, que atendem à finalidade de punir.

Como se vê, até a adoção e proclamação da Carta acima mencionada, os países viviam numa ordem econômica em que havia, em tese, igualdade entre os países. Isso fez aumentar as desigualdades preexistentes e exigiu um novo sistema, que veio para tentar suprimir as diferenças e buscar a cooperação econômica internacional. Esta, aliada à interdependência econômica, visou garantir uma segurança internacional e ajustar as distorções econômicas entre as nações. Deve-se ressaltar que a Carta preservou a soberania e liberdade jurídica, legislativa e executiva interna dos Estados, propiciando que cada um criasse seu próprio ordenamento econômico.

Com pesar, a nova ordem econômica não atingiu seus objetivos, afastando cada vez mais os países e aumentando as desigualdades. É necessária

outra ordem econômica, que venha a estabelecer concretamente a harmonia e a igualdade entre as nações.

No âmbito nacional, o Estado elabora leis de acordo com a política que adota para disciplinar e estabelecer limites às relações econômicas. Na esfera internacional, foram criados organismos para atender a essa finalidade, como o Fundo Monetário Internacional e a Organização das Nações Unidas. A ordem econômica internacional atual formou-se com a constatação, pelos Estados, da necessidade de uma regulamentação supranacional**,** em razão do desastre e caos social, político e econômico deixados pelas chamadas crises do capitalismo do século XX, como as duas grandes guerras mundiais e a quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque. O direito econômico nacional produz as normas que irão regular as ações estatais internamente e também os limites para as relações interestatais.

3.4. DO CONTRATO INTERNACIONAL

O contrato internacional tem o mesmo fundamento do contrato estudado no item anterior, ou seja, constitui-se no ajuste entre duas ou mais pessoas com o intuito de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza obrigacional. Passa-se a internacional quando há algum elemento de estraneidade e de conexão no contrato, como, por exemplo, a nacionalidade, o domicílio dos contratantes, o lugar da execução, o lugar do contrato, entre outros, que vinculem mais de um sistema jurídico de territórios soberanos.

Na concepção de Strenger, *contrato internacional de comércio são todas as manifestações bi ou plurilaterais da vontade das partes, objetivando*

relações patrimoniais ou de serviços, cujos elementos sejam vinculantes de dois ou mais sistemas jurídicos extraterritoriais, pela força do domicílio, nacionalidade, sede principal dos negócios, lugar do contrato, lugar da execução, ou qualquer circusntância que exprima um liame indicativo de Direito aplicável[342].

Com o advento da internet, as relações entre os países estreitaram-se e houve um aumento considerável da facilidade com que se estabelecem contratos internacionais, principalmente por meio do *e-commerce*. O indivíduo acessa a rede mundial de sua casa e compra um produto na Alemanha, por exemplo.

Pelo site dos Correios, pode-se estabelecer vínculos jurídicos internacionais utilizando o "Exporta Fácil", não havendo para isso necessidade de sair de casa.

Em razão do grande número de contratos de compra e venda internacionais, foi elaborada, sob a supervisão da ONU, a Convenção de Viena, que os regulou e está em vigor nos países signatários desde de 1988, quando alcançou sua última ratificação.

Nos contratos internacionais comerciais, existe a possibilidade de eleição de foro, em virtude da autonomia da vontade[343]. No entanto, essa escolha

---

[342] STRENGER, Irineu. **Contratos Internacionais de Comércio**. São Paulo: RT, 1992, p. 81.

[343] *A autonomia da vontade, que se constitui em importante e discutido elemento de conexão, por ser compreendida como um ato correspondente à faculdade concedida aos indivíduos de exercer sua vontade tendo em vista a escolha e a determinação de uma lei aplicável a certas relações jurídicas nas relações internacionais, derivando tal possibilidade de confiança que testemunha a comunidade internacional ao indivíduo no interesse da sociedade.*
O seu exercício dentro de cada território é determinado de um lado pela noção de ordem pública e de outro pelas leis imperativas, entendendo-se que, no caso de um conflito de qualificações entre um sistema imperativo e um sistema facultativo a propósito de uma mesma relação de direito, a questão ficará fora dos limites da autonomia da vontade, que só poderá ter eficácia na medida em que se torna efetiva. (STRENGER, Irineu. **Curso de Direito Internacional Privado.** 2.ª ed. São Paulo: RT, 1996, p. 397).

pode encontrar óbice em virtude da existência de algum elemento de conexão que vincule outro ordenamento jurídico, que não o eleito. [344]

A grande problemática desses contratos encontra-se na falta de uma autoridade internacional que tenha poder real para analisar os contratos e impor sanções aos contratantes.

Uma boa parte dos contratos internacionais são firmados entre empresas privadas que, embora não tenham participação no governo, exercem um forte poder na economia, influindo no fluxo de capitais.

Existem, também, os contratos firmados entre particulares e o Estado que merecem uma análise a respeito. Como nos demais contratos, há uma liberdade para contratar, porém, aqui, o Estado deve representar, por meio do ato do príncipe, o interesse da coletividade, a vontade pública.

Há uma diferença no tocante à igualdade entre as partes, pois uma delas tem soberania[345], podendo modificar unilateralmente o que fora contratado,

---

[344] Note-se que embora as partes tenham, a princípio, liberdade de escolha do foro para reger o contrato e existam vários foros competentes de diferentes países, o que acarreta o forum shopping decorrente da escolha daquele mais favorável, há normas que devem ser observadas e consideradas quando da negociação de um contrato na esfera do direito internacional. (Soares, Marta G. S. *A cláusula de eleição de foro em contratos internacionais*. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, set/2002, vol. II, p. 260).

[345] Soberania *é o conceito que se aplica para caracterizar o ato de princípe como um ato de vontade coletiva, de interesse comum que deve sobrepor-se a qualquer outro interesse existente em determinado território. A aplicação do conceito permite qualquer ação estatal, desde a guerra, até a imposição de limites à liberdade individual. Legitima também interesses escusos geralmente conservados em Estados ditatoriais, à direita ou à esquerda, se é que estes conceitos ainda existam. Este conceito precisa urgentemente ser amoldado a situações de regularidade, de bem-comum, definidos de forma não unitária. Necessário haver um mínimo de regras comportamentais comuns a todos os povos.*
Mesmo que não seja aceita a tese da desnacionalização dos contratos com o Estado, forçoso reconhecer que o conceito de soberania pertencente a uma das partes contratantes, não pode servir como sustento de injustiças e prejuízos injustificáveis na órbita internacional. Afinal de contas, a soberania do Estado somente existe, porque legitimada por um direito internacional. É o direito internacional que lhe dá vida, não podendo portanto o próprio conceito ser maior e contrário a quem o legitima. (MARTINS, Eliane Maria Octaviano. *Contratos Internacionais com o Estado*. **Juris Sintese.** mar-abr/1999, n.º 16, p. 3).

julgar a si mesmo, entre outras “vantagens”, por agir em nome de um bem maior, o interesse público. Com isso, há uma relativização da força obrigatória dos contratos quando uma das partes for um Estado, pelas mesmas razões expostas acima. Mas isso não quer dizer que o princípio do *pacta sunt servanda* não será respeitado, bem como o direito adquirido. Deve ser observado o direito vigente à época da contratação para a solução de eventuais conflitos, preservando-se, assim, a segurança jurídica das relações contratuais.

A existência do denominado contrato internacional é uma realidade incontroversa e presente em todas as relações que envolvem a interdependência mundial existente no comércio jurídico entre as nações. Ao contrário do que querem alguns, o conceito de soberania não é empeço à existência de tais contratos[346], mormente em vista da possibilidade mundialmente consagrada de eleição de foro e de lei para tais contratos.

Destarte, se agregarmos às características substanciais de tais avenças a crescente e abrangente jurisdição internacional, que começa a surgir entre as nações, não há negar a existência dos referidos contratos. Mesmo para aqueles que negam a existência de um direito internacional por absoluta ausência de sanção existente entre nações soberanas, verificamos a existência indiscutível dos chamados costumes internacionais a reger as regras de contratação, às quais,

---

[346] *Se o direito, segundo a definição de Campagnolo, é apenas uma reação do Estado contra os próprios súditos, o direito internacional não pode existir de jeito nenhum, ou deve contentar-se em ser uma parte do ordenamento jurídico estatal; os seus sujeitos podem ser apenas os indivíduos enquanto súditos do Estado, e não os Estados ou os súditos de um Estado diverso daquele do qual o direito internacional deva considerar-se uma parte. Campagnolo abraça a segunda parte dessa alternativa. De fato, na p. 244 ele diz: “O direito internacional é [...] uma parte do direito estatal.” Tal direito internacional “regula a conduta do cidadão com relação ao estrangeiro*”. (KELSEN, Hans; CAMPAGNOLO, Umberto, organizado por Mario G. Losano. **Direito Internacional e Estado Soberano***.* 1.ª ed. São Paulo: Martins Forense, 2002, p. 130.) [traduzido do italiano por Marcela Varejão].

pode-se dizer, é perfeitamente possível conciliar normas conflitantes de diferentes sistemas jurídicos no mundo. Não entendemos, portanto, ser a soberania ou a disparidade legislativa entre os Estados fator que impeça o reconhecimento da realidade existente no comércio internacional, pelo que, *data venia*, entendemos existir o denominado contrato internacional nas várias modalidades existentes, tal como uma projeção das contratações existentes no direito interno.

3.5. ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS E SOLUÇÕES DE CONFLITOS NO ÂMBITO INTERNACIONAL

A Organização das Nações Unidas criou, em 1962, a UNCITRAL (United Nations Comissions for International Trade Law), que visa unificar a legislação internacional.

A Corte Internacional de Justiça é o principal órgão judiciário da ONU. Criada em 1946, com sede no Palácio da Paz, em Haia, Holanda, suas duas funções são: decidir conforme a lei internacional[347] as disputas legais que lhe forem submetidas por Estados[348] e dar opiniões, em caráter consultivo, nos

[347] O Estatuto da Corte Internacional de Justiça dispõe em seu artigo 38 da seguinte forma:
1. A Corte, cuja função seja decidir conforme o direito internacional as controvérsias que sejam submetidas, deverá aplicar;
2. as convenções internacionais, sejam gerais ou particulares, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
3. o costume internacional como prova de uma prática geralmente aceita como direito;
4. os princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas;
5. as decisões judiciais e as doutrinas dos publicitários de maior competência das diversas nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito, sem prejuízo do disposto no Artigo 59.
6. A presente disposição não restringe a faculdade da Corte para decidir um litígio ex aequo et bono, se convier às partes.

[348] *Apenas os Estados poderão ser partes em casos diante da Corte*, conforme artigo 34, item 1, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

questionamentos legais feitos por qualquer organismo autorizado para isso pela Carta das Nações Unidas, ou de acordo com suas disposições.

Outra forma de solução de conflitos é a arbitragem, meio reconhecido pela legislação brasileira e regulado pela Lei n.º 9.307/96.

Há duas formas de a avença ser submetida a arbitragem: uma quando existe cláusula compromissória no contrato que obriga as partes em caso de desavença; e outra quando, mesmo depois de surgido o conflito, as partes podem acordar em se submeter a arbitragem, que é o compromisso arbitral. Podem ser partes no procedimento arbitral pessoas físicas, jurídicas e Estados, conforme o artigo 1.º da lei acima mencionada, a saber:

> *As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.*

A mediação e a conciliação são outros meios alternativos de resolução de conflitos.

A primeira consiste em resolver principalmente problemas surgidos no meio da relação contratual e, por óbvio, visa à manutenção do negócio jurídico. O

No entanto, os interesses privados podem ser objeto de ação perante o Tribunal se o Estado assumir a sua defesa, sem se esquecer que a reclamação deve ser proposta contra outro Estado.

mediador não pode interferir na negociação[349]; apenas aproxima as partes para que elas busquem uma solução amigável da controvérsia.

Na segunda o conciliador instiga as partes, inclusive com sugestões, no intuito de obter a composição amigável. Vem sendo muito utilizada pela Justiça Estatal. Na Justiça do Trabalho é obrigatório que o magistrado busque a conciliação ao iniciar a audiência e após o final da instrução processual, sob pena de nulidade dos atos subseqüentes.[350]

Outro ponto interessante é que a arbitragem, utilizada principalmente após a rescisão contratual, começou a ser utilizada durante o contrato de trabalho para zerar os passivos com empregados da ativa, melhorando sensivelmente as relações de trabalho. A *Associação Brasileira dos Bancos Estaduais e Regionais (Asbace) e o seu braço empresarial, a ATP Tecnologia e Produtos S.A. – prestadora de serviços bancários, consultoria e treinamento -, foram as primeiras a entrar nesta onda, regularizando a situação de 344 entre 1,5 mil funcionários. A partir de sua experiência, pelo menos mais três dezenas de empresas estão indo pelo mesmo caminho, segundo levantamento do Conselho Arbitral de São Paulo (Caesp)*.[351]

---

[349] *Atualmente , o mediador vem adotando uma posição de conciliador. Uma vez que o esperado é a resolução do conflito, os esforços devem ser realizados para tal fim: pacificar e resolver o conflito.* Disponível no sítio www.revistaautor.com.br, em 21/03/2006.

[350] Art. 764 - *Os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação*
§ 1º - Para os efeitos deste artigo, os juízes e Tribunais do Trabalho empregarão sempre os seus bons ofícios e persuasão no sentido de uma solução conciliatória dos conflitos.

Art. 846 - *Aberta a audiência, o juiz ou presidente proporá a conciliação.*

Art. 850 - *Terminada a instrução, poderão as partes aduzir razões finais, em prazo não excedente de 10 (dez) minutos para cada uma. Em seguida, o juiz ou presidente renovará a proposta de conciliação, e não se realizando esta, será proferida a decisão*.

[351] Disponível no sítio http://www.crasp.com.br/mediacao_arbitragem/trabalhador_ativa.htm, em 19/04/2006.

Há uma discussão se o Estado, por ser um ente soberano e legislar no âmbito do seu território, poderia firmar uma convenção de arbitragem, por esse instituto não ser aceito em alguns países. No *Brasil entende-se que a celebração de uma convenção de arbitragem por um Estado ou empresa estatal implica a renúncia à sua imunidade de jurisdição*[352].

A questão atinente à soberania tem sido objeto de reflexão no plano do direito internacional. Modernamente, impossível radicalizar o regramento atinente à preservação da soberania como ocorria no passado. É que o crescimento da dependência recíproca entre as nações, que se espraia na interdependência econômica, política e tecnológica, não se pode recusar para a interpretação de instrumentos modernos de solução de controvérsias. É o que ocorre, por exemplo, com organismos internacionais de notória credibilidade e efetividade de decisões, como a Organização Mundial do Comércio, que, num certo sentido, é um ente internacional que exerce controle sobre a soberania dos Estados, mediante sanções de natureza econômica.

Pensamos que a convenção de arbitragem já é um instrumento pouco eficiente para o deslinde de certas questões, principalmente econômicas, muito embora possa ser muito eficiente para a resolução de embates de natureza política, como, por exemplo, o estabelecimento de linhas, fronteiras entre Estados, onde as convenções de arbitragem têm exercido uma função utilitária de grande importância, não obstante o elemento de confiança preponderante resida na credibilidade e imparcialidade do árbitro.

---

[352] MOURÃO, Barbara. **Arbitragem privada internacional e mecanismo de solução de controvérisias**. Disponível no sítio www.revistaautor.com.br, em 21/03/2006.

Sentença arbitral estrangeira[353] deve ser submetida à homologação do Superior Tribunal de Justiça[354], pois é equiparada a sentença estrangeira e deve passar por um exame para verificação de possível violação da ordem pública[355].

---

[353] Os artigos seguintes referem-se ao Capítulo VI, que regula o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, da Lei n.º 9.307/96:

Art. 34*. A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei.*
Parágrafo único. Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional.

Art. 35*. Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal.*

Art. 36. *Aplica-se à homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, no que couber, o disposto nos arts. 483 e 484 do Código de Processo Civil.*

Art. 37*. A homologação de sentença arbitral estrangeira será requerida pela parte interessada, devendo a petição inicial conter as indicações da lei processual, conforme o art. 282 do Código de Processo Civil, e ser instruída, necessariamente, com:*
I - o original da sentença arbitral ou uma cópia devidamente certificada, autenticada pelo consulado brasileiro e acompanhada de tradução oficial;
II - o original da convenção de arbitragem ou cópia devidamente certificada, acompanhada de tradução oficial.

Art. 38. *Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que:*
I - as partes na convenção de arbitragem eram incapazes;
II - a convenção de arbitragem não era válida segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação, em virtude da lei do país onde a sentença arbitral foi proferida;
III - não foi notificado da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, ou tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa;
IV - a sentença arbitral foi proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, e não foi possível separar a parte excedente daquela submetida à arbitragem;
V - a instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória;
VI - a sentença arbitral não se tenha, ainda, tornado obrigatória para as partes, tenha sido anulada, ou, ainda, tenha sido suspensa por órgão judicial do país onde a sentença arbitral for prolatada.

Art. 39. *Também será denegada a homologação para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira, se o Supremo Tribunal Federal constatar que:*
I - segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem;
II - a decisão ofende a ordem pública nacional.
Parágrafo único. Não será considerada ofensa à ordem pública nacional a efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem, admitindo-se, inclusive, a citação postal com prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa.

Art. 40*. A denegação da homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira por vícios formais, não obsta que a parte interessada renove o pedido, uma vez sanados os vícios apresentados.*

A Organização Mundial do Comércio foi fundada em 1995, após várias tentativas de se criar um órgão que conseguisse reconstruir a economia que fora abalada e desestruturada após a eclosão das guerras mundiais.

A primeira tentativa de se buscar a paz, o desenvolvimento e o comércio ocorreu com os Acordos de Bretton Woods, em 1944, que modificaram o lastro em ouro para o em dólar e criaram o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial.

O próximo passo na tentativa de estabelecer-se a paz foi a criação da Organização das Nações Unidas, pela Carta de São Franciso, em 1945.

No intuito de reconstruir o comércio internacional com a segurança necessária para seu desenvolvimento, foi negociada a Carta de Havana, em 1947, que previa a criação da Organização Internacional do Comércio (OIC), a qual não chegou a existir em face da falta dos depósitos de ratificação relativos à Carta.

---

[354] *Em virtude da promulgação da Emenda Constitucional 45, de 08.12.2004, a competência para homologar sentenças estrangeiras, assim como para concessão de "exequatur" a cartas rogatórias, foi transferida do Supremo Tribunal Federal para o Superior Tribunal de Justiça.*
A mudança de corte é bem-vinda, pois como informam alguns autores a análise de tais casos talvez seja o procedimento judicial de maior incidência no Supremo Tribunal Federal e que, muitas vezes, tais atos não versam sobre matéria constitucional, vocação originária da casa. O Superior Tribunal de Justiça, pela qualidade de seus integrantes e maior número de julgadores, com uma infra-estrutura adequada, está apto a cumprir esta função de forma mais célere e com o mesmo grau de acerto.
(...)
A eficácia é garantida com a homologação, para que a decisão estrangeira se revista das condições necessárias à sua executoriedade, nos termos da própria decisão, ou solicitação estrangeira. (FINKELSTEIN, Cláudio. **Alterações Constitucionais em temas de Direito Internacional**. Disponível no sítio www.smithedantas.com.br/texto/altera.doc, em 07/03/2006).

[355] *Também inexiste qualquer razão para acreditar que o procedimento para a homologação de sentenças estrangeiras e concessão de "exequatur" deixe de ser mera delibação (sem entrar no mérito da decisão estrangeira), pois o art. 17 da LICC dispõe:*
"As leis, atos e sentenças de outros país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficáia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes". (idem, ibidem).

Em seguida, iniciaram-se as negociações entre os países que foram denominadas de Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT), visando combater o protecionismo tarifário imposto pelos Estados mais fortes economicamente.

Houve várias rodadas para se discutir esse protecionismo. No entanto, com o passar do tempo e o amadurecimento das idéias e, sobretudo na famosa Rodada do Uruguai, o objetivo precípuo, as barreiras alfandegárias, foi ultrapassado e passou-se a falar em uma normatização do comércio internacional.

A Rodada do Uruguai[356], que ocorreu de 1986 até 1994 - durando quase o dobro do tempo previsto -, foi a responsável final pela criação da Organização Mundial do Comércio, em 1995, que substituiu o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT), com a elaboração do Acordo de Marrakesh. A razão e os fundamentos de sua criação estão nos motivos do acordo, a seguir transcritos:

> *Reconhecendo que as suas relações no domínio comercial e económico deveriam ser orientadas tendo em vista a melhoria dos níveis de vida, a realização do pleno emprego e um aumento acentuado e constante dos rendimentos reais e da procura efectiva, bem como o desenvolvimento da produção e do comércio de mercadorias e serviços, permitindo simultaneamente optimizar a utilização dos recursos mundiais em*

[356] *Abarcó la casi totalidad del comercio, desde los cepillos de dientes hasta las embarcaciones de recreo, desde los servicios bancarios hasta las telecomuniciones, desde los genes del arroz silvestre hasta los tratamientos contra el SIDA.*
Simplestemente fui la maior negociación comercial que haya existido jamás e, muy probablemente, la negociación de mayor envergadura, de cualquer género em la historia de la humanidad. (Disponível no sítio www.wto.org, em 22/03/2006).

consonância com o objectivo de um desenvolvimento sustentável que procure proteger e preservar o ambiente e aperfeiçoar os meios para atingir esses objectivos de um modo compatível com as respectivas necessidades e preocupações a diferentes níveis de desenvolvimento económico;

Reconhecendo ainda que é necessário envidar esforços positivos no sentido de assegurar que os países em desenvolvimento e, em especial, os países menos desenvolvidos beneficiem de uma parte do crescimento do comércio internacional que corresponda às suas necessidades de desenvolvimento económico;

Desejosas de contribuir para a realização destes objectivos mediante a conclusão de acordos recíprocos e mutuamente vantajosos tendo em vista a redução substancial dos direitos aduaneiros e de outros entraves ao comércio, bem como a eliminação do tratamento discriminatório nas relações comerciais internacionais;

Resolvidas, por conseguinte, a desenvolver um sistema comercial multilateral integrado, mais viável e duradouro, que integre o Acordo Geral sobre Pautas Aduaneiras e Comércio, os resultados dos esforços de liberalização comercial empreendidos no passado e todos

os resultados das negociações comerciais multilaterais do Uruguay Round;[357]

A Organização Mundial do Comércio é uma instituição mais sólida que as suas antecessoras, com personalidade jurídica, tendo a missão de estabelecer um ordenamento jurídico único, relativo ao comércio internacional, para todos os países-membros.

Dessa forma, propiciar-se-á uma segurança maior aos particulares, às empresas e aos governos, que poderão contratar sem se preocupar com surpresas futuras, pois já saberão de antemão as normas do comércio mundial. Não se pode esquecer que essas normas devem ser transparentes e previsíveis.

Não se pode olvidar que muitas vezes os acordos elaborados pelos países-membros devem ser interpretados e a organização pode intervir para tentar resolver as desavenças de maneira mais harmoniosa, com um procedimento imparcial.

Outra grande inovação foi a de impor às nações signatárias a adesão a todos os acordos da organização, não podendo escolher ao seu bel-prazer o acordo a que adeririam, como acontecia na era do GATT.

A organização serve de palco para que os governos negociem acordos comerciais e resolvam suas diferenças nesse âmbito. Por ter nascido como conseqüência de várias negociações, tudo o que faz deve começar com o diálogo.

---

[357] Disponível no sítio http://www.imprensa.macau.gov.mo/bo/i/96/09/desp09.asp, em 20/04/2006.

Os acordos tratam de questões referentes a agricultura, setor têxtil, serviços bancários, telecomunicações, contratação pública, normas industriais e segurança dos produtos. Ademais, regulam as normas sanitárias pertinentes aos alimentos, propriedade intelectual, entre outros.

Apesar de trabalhar para conceder uma liberdade comercial aos países-membros, existem casos em que há necessidade de impor obstáculos ao comércio, como para evitar a propagação de enfermidades e proteger o consumidor. Tem-se, então, que a atividade principal da organização visa à circulação comercial livre, desde que não produza efeitos secundários desfavoráveis.

A Conferência Ministerial é o órgão máximo da Organização Mundial do Comércio e tem a missão de resolver as questões submetidas a ela e decidir acerca de qualquer acordo multilateral. Todas as decisões importantes são tomadas com a presença de todos os seus membros. Os Ministros que representam seus Estados devem se reunir pelo menos a cada dois anos, bem como os embaixadores e os delegados devem fazê-lo com habitualidade, em Genebra.

Existe uma grande dificuldade de se conseguir consenso entre os 149 membros da organização. No entanto, a aprovação dessa maneira facilita o cumprimento dos acordos.

O trabalho cotidiano da organização fica a cargo de três órgãos: Conselho Geral, Órgão de Solução de Controvérsias e Órgão de Exame das Políticas Comerciais, que, na realidade, são os mesmos, têm os mesmos componentes. O Conselho Geral representa a Conferência Ministerial em assuntos que dizem respeito à OMC. Os outros dois órgãos se reúnem quando devem

solucionar controvérsias entre os membros, ou quando precisam analisar suas políticas comerciais.

A respeito disciplinou o artigo IV do Acordo de Marrakesh:

> *2 — Será instituído um Conselho Geral composto por representantes de todos os Membros, que se reunirá conforme adequado. No intervalo, entre as reuniões da Conferência Ministerial, as suas funções serão exercidas pelo Conselho Geral. O Conselho Geral exercerá igualmente as funções que lhe incumbem por força do presente Acordo. O Conselho Geral estabelecerá o seu regulamento interno e aprovará os regulamentos internos dos comitês previstos no n.º 7.*
>
> *3 — O Conselho Geral reunir-se-á, conforme adequado, para desempenhar funções de Órgão de Resolução de Litígios, tal como previsto no Memorando de Entendimento sobre Resolução de Litígios. O Órgão de Resolução de Litígios poderá ter o seu próprio Presidente e estabelecer o regulamento interno que considere necessário para o cumprimento daquelas funções.*
>
> *4 — O Conselho Geral reunir-se-á, conforme adequado, para desempenhar as funções de Órgão de Exame das Políticas Comerciais previsto no Mecanismo de Exame das Políticas Comerciais. O Órgão de Exame das Políticas Comerciais poderá ter o seu próprio*

> *Presidente e estabelecer o regulamento interno que considere necessário para o cumprimento daquelas funções.*[358]

Dentro do Conselho Geral existem outros três conselhos: o referente ao comércio de mercadorias, o relativo ao comércio de serviços e, ainda, o atinente aos aspectos dos direitos de propriedade intelectual que possuem relação com o comércio. Esses conselhos são responsáveis pelo funcionamento dos acordos pertinentes a sua competência, que se extrai da sua própria nomenclatura. Sua criação encontra-se no artigo IV do Acordo de Marrakesh, que preceitua:

> *5 — Serão instituídos um Conselho do Comércio de Mercadorias, um Conselho do Comércio de Serviços e um Conselho dos Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (a seguir designado «Conselho TRIPS»), que funcionarão sob a orientação geral do Conselho Geral. O Conselho do Comércio de Mercadorias supervisionará o funcionamento dos acordos comerciais multilaterais que figura no Anexo 1A. O Conselho do Comércio de Serviços supervisionará o funcionamento do Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços (a seguir designado «GATS»). O Conselho*

[358] Disponível no sítio http://www.imprensa.macau.gov.mo/bo/i/96/09/desp09.asp, em 20/04/2006.

> *TRIPS supervisionará o funcionamento do Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (a seguir designado «Acordo sobre TRIPS»). Estes Conselhos exercerão as funções que lhes forem atribuídas pelos respectivos acordos e pelo Conselho Geral. Estabelecerão os seus regulamentos internos, sob reserva da aprovação do Conselho Geral. Poderão participar nestes Conselhos os representantes de todos os Membros. Os Conselhos reunir-se-ão quando necessário para o exercício das suas funções.*[359]

Cada um dos conselhos de nível superior tem outros órgãos que lhe são subsidiários, em geral com uma competência pequena. Denominam-se comitês, tratando sempre de assuntos específicos, como agricultura, acesso aos mercados e medidas para prevenir o *dumping*.

Esses outros órgãos constam no artigo IV do acordo citado, como se vê:

> *6 — O Conselho do Comércio de Mercadorias, o Conselho do Comércio de Serviços e o Conselho TRIPS estabelecerão órgãos subsidiários de acordo com as necessidades. Estes órgãos subsidiários*

[359] Disponível no sítio http://www.imprensa.macau.gov.mo/bo/i/96/09/desp09.asp, em 20/04/2006.

estabelecerão os respectivos regulamentos internos, sob reserva da aprovação dos respectivos Conselhos.

7 — A Conferência Ministerial estabelecerá um Comité do Comércio e Desenvolvimento, um Comité das Restrições Relacionadas com a Balança de Pagamentos e um Comité do Orçamento, Finanças e Administração, que exercerão as funções que lhes incumbem por força do presente Acordo e dos acordos comerciais multilaterais, bem como quaisquer outras funções que lhes sejam atribuídas pelo Conselho Geral, podendo estabelecer outros comités com as competências que considerarem adequadas. No âmbito das suas funções, o Comité do Comércio e Desenvolvimento examinará periodicamente as disposições especiais dos acordos comerciais multilaterais a favor dos países menos desenvolvidos Membros e apresentará relatórios ao Conselho Geral para que este tome as medidas que considerar adequadas. Poderão participar nos comités os representantes de todos os Membros.

8 — Os órgãos previstos nos acordos comerciais plurilaterais exercerão as funções que lhes incumbem por força dos referidos acordos e funcionarão

> *no quadro institucional da OMC. Estes órgãos informarão periodicamente o Conselho Geral das suas actividades.*[360]

No Acordo de Marrakesh ficou estipulada, em seu artigo IV, a criação das Conferências Ministeriais, no prazo máximo de 2 anos entre cada uma, a saber:

> *1 — Será instituída uma Conferência Ministerial composta por representantes de todos os Membros, que se reunirá, pelo menos, uma vez de dois em dois anos. A Conferência Ministerial exercerá as funções da OMC e tomará as medidas necessárias para o efeito. A Conferência Ministerial será competente para decidir de todas as questões abrangidas por qualquer dos acordos comerciais multilaterais, se nesse sentido for solicitada por um membro, em conformidade com os requisitos específicos em matéria de tomada de decisões previstos no presente Acordo e no acordo comercial multilateral pertinente.*[361]

A primeira Conferência Ministerial ocorreu em Singapura, em 1996; depois houve a Conferência de Genebra, em 1998; após, a Conferência de Seattle,

---

[360] Disponível no sítio http://www.imprensa.macau.gov.mo/bo/i/96/09/desp09.asp, em 20/04/2006.

[361] Disponível no sítio http://www.imprensa.macau.gov.mo/bo/i/96/09/desp09.asp, em 20/04/2006.

em 1999; em seguida, em 2001, a Conferência de Doha; em 2003 ocorreu a Conferência sediada em Cancún; e, por fim, a Conferência de Hong Kong, em 2005.

A Conferência Ministerial de Singapura teve como principal decisão a Declaração sobre o comércio de produtos de tecnologia da informação.

Em Genebra, houve uma preocupação em regulamentar o comércio eletrônico.

A Conferência de Seatle foi tida como um enorme fracasso, por ter gerado desconfiança muito grande nos países-membros.

Na Conferência Ministerial realizada em Doha, que criou o Programa de Doha para o desenvolvimento, foram discutidos temas relativos a propriedade intelectual, saúde pública - havendo, inclusive, a produção da Declaração Ministerial sobre esses temas -, eliminação progressiva dos subsídio às exportações agrícolas, compromisso de debater futuramente acerca do comércio e meio ambiente e, também, o de buscar a integração dos países que se encontram com suas economias em desenvolvimento no comércio mundial. Uma grande conquista de Doha foi o ingresso da China e Taiwan na Organização Mundial do Comércio.

Em Cancún, o objetivo principal foi o de realizar balanços do progresso realizado nas negociações e em outros trabalhos que tiveram início em Doha. No entanto, foi considerado um fracasso por não ter sequer produzido uma Declaração Ministerial.

Hong Kong teve como objetivo resolver as questões que diziam respeito ao acordo final do Programa de Doha para o Desenvolvimento. O de mais substancial decidido foi que os subsídios agrícolas devem ser extintos até 2013, e até 2010 deverão sofrer uma redução significativa.

O intuito da Organização Mundial do Comércio é igualar o comércio mundial, sem que haja distinção entre as nações. O primeiro princípio é o do tratamento igual para todos os Estados: não se pode conceder benefício a algum país sem se conceder aos demais. Algumas exceções são permitidas, como quando os países podem estabelecer um acordo de livre comércio que se aplique somente a produtos objetos de comércio dentro do grupo.

O segundo diz respeito à igualdade entre produtos nacionais e estrangeiros. O mesmo tratamento devem ter os serviços, sem se esquecer os direitos de marca da fábrica, do comércio, os direitos do autor e das patentes. Ele aplica-se somente após ter entrado no mercado.

A Organização Mundial do Comércio possui, como já mencionado, um órgão de solução de conflitos, que é considerado sua pedra angular por ser um meio de solucionar divergências, e não um sistema baseado no cumprimento de leis.

As decisões dos painéis só não são acatadas quando todos os membros dizem não.

O primeiro passo para submeter um caso ao órgão é a consulta, na qual os países devem conversar para tentar resolver por eles mesmos, e diplomaticamente, as diferenças. Caso não se obtenha sucesso, as nações poderão pedir ao Diretor-Geral que medeie a disputa. Note-se que essa fase é obrigatória e dura até 60 (sessenta dias).

Não ocorrendo um acordo, o país reclamante pode solicitar a instauração do Grupo Especial, que consiste em ajudar o órgão de solução de

controvérsias a ditar as resoluções e elaborar as recomendações[362], que terá 45 (quarenta e cinco) dias para se constituir.

O Grupo Especial é formado por 3 (três), ou 5 (cinco), países-membros indicados por consenso entre as partes. Caso não ocorra, caberá ao Diretor-Geral da OMC essa tarefa.

Antes da primeira audiência, as partes devem expor seus argumentos, por escrito, ao Grupo Especial.

Na audiência inaugural do Grupo Especial, os países que compõem a contenda, e também terceiros que já tenham manifestado interesse no litígio, explanam seus motivos e argumentos. Os países que se sentirem afetados deverão manifestar-se, por escrito ou verbalmente, na segunda reunião do grupo.

Existindo questões de natureza técnica ou científica a serem resolvidas, o grupo poderá requerer o parecer de um *expert,* por escrito, a respeito do tema em relevo.

Por ser a OMC um órgão que outorga grande prestígio às decisões oriundas da negociação entre as partes, está sempre tentando promover a composição, evitando, assim, a decisão pelo órgão e deixando de impor sanção a algum país-membro.

O Grupo, então, terá um prazo para apresentar um Relatório Provisório para apresentar suas conclusões e constatações prévias. Com esse relatório, as partes podem solicitar um reexame do processo, em prazo que não deve ultrapassar

---

[362] *...su informe únicamente puee ser rechazado por consenso em el Órgano de Solución de Diferencias, es difícil revocar sus conclusiones. Dichas debem basarse em los Acuerdos invocados.* (Disponível no sítio www.wto.org, em 27/04/2006).

2 (duas) semanas. Não há empecilho para que se promova audiência entre os litigantes nesse período.

Após o reexame deverá ser apresentado o Relatório Final às partes, e depois de 3 (três) semanas a todos os membros da Organização Mundial do Comércio.

Se o Grupo Especial entender que o objeto da controvérsia foi a violação de uma das disposições da OMC, recomendará que se corrija a transgressão, podendo, inclusive, sugerir uma maneira.

Há, ainda, opção de apelar; no entanto, as possibilidades são bastante restritas. Deve existir algo de novo, que não havia no processo, excluindo-se, por óbvio, questões judiciais novas. A outra possibilidade seria para revisar matéria de direito, a interpretação jurídica, constante no Relatório.

O Órgão de Apelação é composto por 7 (sete) juízes, com mandato de 4 (quatro) anos, que não podem ter vínculo nenhum com os seus respectivos governos. Três deles são escolhidos por sorteio para examinar a apelação, e a decisão deve ser pronunciada após 60 (sessenta) dias, não podendo exceder jamais 90 (noventa) dias. Essa decisão pode modificar, confirmar ou revogar as conclusões e constatações elaboradas pelo Grupo Especial, no Relatório Final.

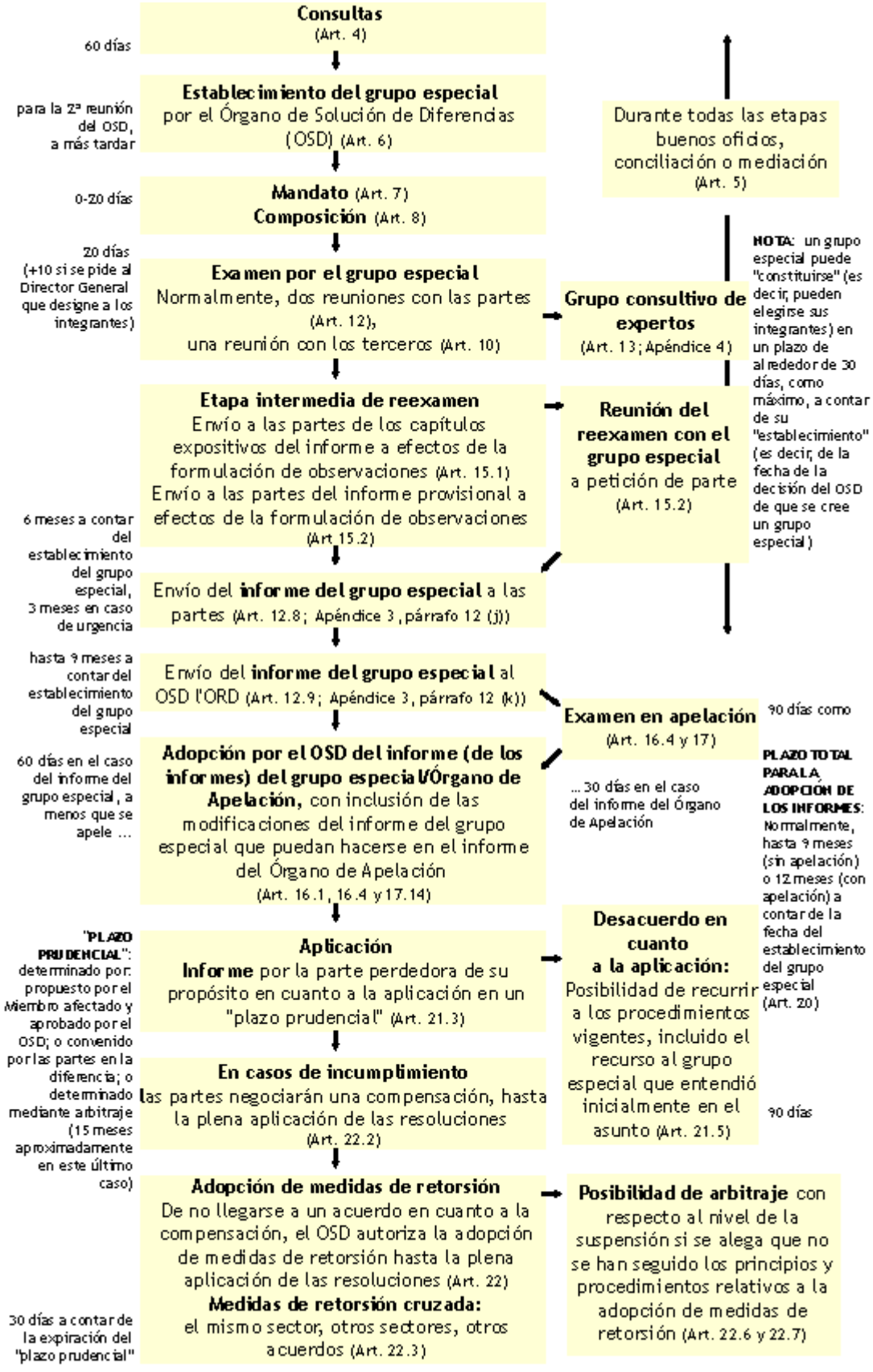
A Apelação poderá ser rejeitada, sem análise, desde que seja feito num período de 30 (trinta) dias, com a recusa por todos os membros do Conselho Permanente de Apelação.

Abaixo, mostraremos um caso, retirado do *site* da Organização Mundial do Comércio, em que a Venezuela apresentou uma reclamação contra os Estados Unidos por entender que estes estavam discriminando a gasolina daquela:

Tiempo (0 = iniciación del procedimiento	Plazo indicativo/real	Fecha	Medidas adoptadas
-5 años		1990	Modificación de la Ley de Protección de la Calidad del Aire, de los Estados Unidos.
-4 meses		Septiembre de 1994	Los Estados Unidos restringen las importaciones de gasolina al amparo de la Ley de Protección de la Calidad del Aire.
0	60 dias	23 de enero de 1995	Venezuela presenta una reclamación ante el Órgano de Solución de Diferencias y solicita la celebración de consultas con los Estados Unidos.
+1 mês	60 dias	24 de febrero de 1995	Celebración de consultas. Sin éxito.
+2 meses	60 dias	25 de marzo de 1995	Venezuela pide al Órgano de Solución de Diferencias el establecimiento de un grupo especial.
+2½ meses	30 días	10 de abril de 1995	El Órgano de Solución de Diferencias accede al establecimiento de un grupo especial. Los Estados Unidos no se oponen. (El Brasil inicia su reclamación y solicita la celebración de consultas con los Estados Unidos.)
+3 meses		28 de abril de 1995	Panel appointed. (31 May, panel assigned to Brazilian complaint
+6 meses	9 meses (el plazo indicativo es de 6-9)	10-12 de julio y 13-15 de julio de 1995	El grupo especial se reúne.
+11 meses		11 de diciembre de 1995	El grupo especial da traslado del informe provisional a los Estados Unidos, Venezuela y el Brasil, para que formulen observaciones.

+1 año		29 de enero de 1996	El grupo especial distribuye el informe definitivo al Órgano de Solución de Diferencias.
+1 año, 1 mes		21 de febrero de 1996	Los Estados Unidos apelan.
+1 año, 3 meses	60 días	29 de abril de 1996	El Órgano de Apelación presenta su informe.
+1 año, 4 meses	30 días	20 de mayo de 1996	El Órgano de Solución de Diferencias adopta los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación.
+1 año, 10½ meses		3 de diciembre de 1996	Los Estados Unidos y Venezuela se ponen de acuerdo sobre lo que deben hacer los Estados Unidos (el plazo de aplicación es de 15 meses a contar del 20 de mayo).
+1 año, 11½ meses		9 de enero de 1997	Los Estados Unidos presentan al Órgano de Solución de Diferencias el primer informe mensual de la situación con respecto a la aplicación de las recomendaciones.
+2 años, 7 meses		19-20 de agosto de 1997	Los Estados Unidos firman un nuevo reglamento (19 de agosto). Fin del período de aplicación convenido (20 de agosto).

Abaixo será transcrito um quadro, retirado do *site* da OMC, que demonstra o procedimento dos grupos especiais:


Consultas
(Art. 4)
60 días
Establecimiento del grupo especial
por el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) (Art. 6)
para la 2ª reunión del OSD, a más tardar
Mandato (Art. 7)
Composición (Art. 8)
0-20 días
Examen por el grupo especial
Normalmente, dos reuniones con las partes (Art. 12), una reunión con los terceros (Art. 10)
20 días (+10 si se pide al Director General que designe a los integrantes)
Grupo consultivo de expertos
(Art. 13; Apéndice 4)
Etapa intermedia de reexamen
Envío a las partes de los capítulos expositivos del informe a efectos de la formulación de observaciones (Art. 15.1)
Envío a las partes del informe provisional a efectos de la formulación de observaciones (Art 15.2)
Reunión del reexamen con el grupo especial
a petición de parte (Art. 15.2)
6 meses a contar del establecimiento del grupo especial, 3 meses en caso de urgencia
Envío del informe del grupo especial a las partes (Art. 12.8; Apéndice 3, párrafo 12 (j))
hasta 9 meses a contar del establecimiento del grupo especial
Envío del informe del grupo especial al OSD l'ORD (Art. 12.9; Apéndice 3, párrafo 12 (k))
Examen en apelación
(Art. 16.4 y 17)
90 días como
60 días en el caso del informe del grupo especial, a menos que se apele ...
Adopción por el OSD del informe (de los informes) del grupo especial/Órgano de Apelación, con inclusión de las modificaciones del informe del grupo especial que puedan hacerse en el informe del Órgano de Apelación (Art. 16.1, 16.4 y 17.14)
... 30 días en el caso del informe del Órgano de Apelación
"PLAZO PRUDENCIAL": determinado por: propuesto por el Miembro afectado y aprobado por el OSD; o convenido por las partes en la diferencia; o determinado mediante arbitraje (15 meses aproximadamente en este último caso)
Aplicación
Informe por la parte perdedora de su propósito en cuanto a la aplicación en un "plazo prudencial" (Art. 21.3)
Desacuerdo en cuanto a la aplicación:
Posibilidad de recurrir a los procedimientos vigentes, incluido el recurso al grupo especial que entendió inicialmente en el asunto (Art. 21.5)
90 días
En casos de incumplimiento
las partes negociarán una compensación, hasta la plena aplicación de las resoluciones (Art. 22.2)
Adopción de medidas de retorsión
De no llegarse a un acuerdo en cuanto a la compensación, el OSD autoriza la adopción de medidas de retorsión hasta la plena aplicación de las resoluciones (Art. 22)
Medidas de retorsión cruzada: el mismo sector, otros sectores, otros acuerdos (Art. 22.3)
Posibilidad de arbitraje con respecto al nivel de la suspensión si se alega que no se han seguido los principios y procedimientos relativos a la adopción de medidas de retorsión (Art. 22.6 y 22.7)
30 días a contar de la expiración del "plazo prudencial"
Durante todas las etapas buenos oficios, conciliación o mediación (Art. 5)
NOTA: un grupo especial puede "constituirse" (es decir, pueden elegirse sus integrantes) en un plazo de alrededor de 30 días, como máximo, a contar de su "establecimiento" (es decir, de la fecha de la decisión del OSD de que se cree un grupo especial)
PLAZO TOTAL PARA LA ADOPCIÓN DE LOS INFORMES: Normalmente, hasta 9 meses (sin apelación) o 12 meses (con apelación) a contar de la fecha del establecimiento del grupo especial (Art. 20)

Em 2005 o Órgão de Solução de Controvérsias completou 10 (dez) anos, e a data foi comemorada, por meio de conferências, em várias cidades ao redor do mundo, inclusive São Paulo.

Durante o evento foi mencionado que o órgão é o responsável pelo maior número dos contenciosos comerciais do mundo.

O Brasil vem utilizando-o bastante e, em boa parte das vezes, sai vitorioso, como foi o caso em que demandou contra os Estados Unidos na questão da gasolina, ou ainda contra o Canadá na demanda entre a Embraer e a Bombardier. Os perdedores acatam as decisões e mudam, até mesmo, sua legislação interna para se adequar ao decidido pelo Relatório.

Caso interesse de se analisar ocorre quando as decisões do Órgão de Solução de Controvérsias forem de encontro as normas de um bloco regional, como aconteceu no embate entre o Brasil e a Argentina, onde este último ganhou no Mercosul e perdeu no órgão, na questão atinente a sobretaxa que o governo argentino impôs à importação do frango brasileiro.

A Organização dos Estados Americanos teve seu início em 1948, mas os princípios e objetivos de sua criação, que constam na sua carta constitutiva, volvem à Primeira Conferência dos Estados Independentes da América, ocorrida em 1890, que criou a Organização Internacional das Repúblicas Americanas, surgindo o Escritório Comercial das Repúblicas Americanas, que, posteriormente, na Segunda Conferência dos Estados Independentes da América, transformou-se em Escritório Internacional das Repúblicas Americanas, fundando a União Pan-americana, que, por fim, deu origem à organização em análise.

O número de nações aderentes à organização cresceu, e hoje há 35 países-membros[363]. Cabe lembrar que Cuba foi afastada em 1962, por questões políticas.

Os objetivos para a constituição da Organização dos Estados Americanos constam no artigo 2.º da Carta Constitutiva, a saber:

> *La Organización de los Estados Americanos, para realizar los principios en que se funda y cumplir sus obligaciones regionales de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas, establece los siguientes propósitos esenciales*
>
> *a) Afianzar la paz y la seguridad del Continente;*
>
> *b) Promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención;*
>
> *c) Prevenir las posibles causas de dificultades y asegurar la solución pacífica de controversias que surjan entre los Estados miembros;*

[363] Antígua e Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belize, Bolívia, Brasil, Canadá, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, El Salvador, Equador, Estados Unidos, Granada, Guatemala, Guiana, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, São Cristóvão e Nevis, Santa Lúcia, São Vicente e Granadinas, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguai e Venezuela. (Disponível no sítio http://www.mre.gov.br/portugues/politica_externa/grupos/org_estadosameric/oea2.asp, em 02/05/2006).

d) Organizar la acción solidaria de éstos en caso de agresión;

e) Procurar la solución de los problemas políticos, jurídicos y económicos que se susciten entre ellos;

f) Promover, por medio de la acción cooperativa, su desarrollo económico, social y cultural;

g) Erradicar la pobreza crítica, que constituye un obstáculo al pleno desarrollo democrático de los pueblos del hemisferio, y

h) Alcanzar una efectiva limitación de armamentos convencionales que permita dedicar el mayor número de recursos al desarrollo económico y social de los Estados miembros.[364]

Os princípios de sua criação, contidos na Carta Constitutiva, são:

Artículo 3

Los Estados americanos reafirman los siguientes principios:

a) El derecho internacional es norma de conducta de los Estados en sus relaciones recíprocas.

[364] Disponível no sítio http://www.oas.org/juridico/spanish/carta.html, em 02/05/2006.

b) El orden internacional está esencialmente constituido por el respeto a la personalidad, soberanía e independencia de los Estados y por el fiel cumplimiento de las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional.

c) La buena fe debe regir las relaciones de los Estados entre sí.

d) La solidaridad de los Estados americanos y los altos fines que con ella se persiguen, requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa.

e) Todo Estado tiene derecho a elegir, sin injerencias externas, su sistema político, económico y social, y a organizarse en la forma que más le convenga, y tiene el deber de no intervenir en los asuntos de otro Estado. Con sujeción a lo arriba dispuesto, los Estados americanos cooperarán ampliamente entre sí y con independencia de la naturaleza de sus sistemas políticos, económicos y sociales.

f) La eliminación de la pobreza crítica es parte esencial de la promoción y consolidación de la democracia representativa y constituye responsabilidad común y compartida de los Estados americanos.

g) Los Estados americanos condenan la guerra de agresión: la victoria no da derechos.

h) La agresión a un Estado americano constituye una agresión a todos los demás Estados americanos.

i) Las controversias de carácter internacional que surjan entre dos o más Estados americanos deben ser resueltas por medio de procedimientos pacíficos.

j) La justicia y la seguridad sociales son bases de una paz duradera.

k) La cooperación económica es esencial para el bienestar y la prosperidad comunes de los pueblos del Continente.

l) Los Estados americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo.

m) La unidad espiritual del Continente se basa en el respeto de la personalidad cultural de los países americanos y demanda su estrecha cooperación en las altas finalidades de la cultura humana.

n) La educación de los pueblos debe orientarse hacia la justicia, la libertad y la paz.[365]

[365] Disponível no sítio http://www.oas.org/juridico/spanish/carta.html, em 02/05/2006.

Após a elaboração dessa carta, houve algumas reformas nos objetivos e estrutura contidos na Carta Constitutiva com o Protocolo de Buenos Aires (1967)[366], Protocolo de Cartagena das Índias (1985)[367], Protocolo de Washington (1992)[368] e Protocolo de Manágua (1993)[369].

Extrai-se, então, que a missão da Organização dos Estados Americanos é a de, dentro do hemisfério, criar laços entre os países-membros com o intuito de fortalecer a cooperação entre seus povos e desenvolver os interesses afins. Ela visa à proteção e à consolidação da democracia e, para isso, busca o respeito aos direitos humanos, a preponderância da paz, bem como a segurança, o crescimento do comércio e a erradicação da pobreza e de suas decorrências, como a corrupção e o tráfico de drogas.

A defesa da democracia é o ponto fundamental da organização, como se denota da Carta Democrática Interamericana, que preceitua, em seu artigo 1.º:

---

[366] Atendeu à preocupação dos Estados-membros em criar mecanismos que considerassem de maneira prioritária os temas de natureza econômica, social e cultural; (disponível no sítio http://www.mre.gov.br/portugues/politica_externa/grupos/org_estadosameric/oea2.asp, em 02/05/2006).

[367] Introduziu os temas da promoção e consolidação da democracia, respeitado o princípio da não-intervenção, como novos objetivos da Organização; (*Idem, ibidem).*

[368] Incorporou mecanismo político de suspensão de Estados onde houvesse ocorrido quebra da ordem democrática e, no campo sócioeconômico, definiu a pobreza crítica como obstáculo à democracia, ressaltando, portanto, a necessidade de combatê-la. Entrou em vigor em 1997, quando atingiu o número de ratificações necessárias. (*Idem, ibidem).*

[369] Estabeleceu parâmetros mais bem definidos para a cooperação hemisférica, imprimindo-lhe um caráter integral; nesse contexto, foi criado o "Conselho Interamericano de Desenvolvimento Integral - CIDI", que atua nos seguintes campos: educação; desenvolvimento social e geração de emprego produtivo; diversificação e integração econômicas, abertura comercial e acesso a mercados; desenvolvimento científico e intercâmbio e transferência de tecnologia; fortalecimento das instituições democráticas; desenvolvimento sustentável do turismo; desenvolvimento sustentável e meio ambiente; e cultura. (*Idem, ibidem).*

> *Os povos das Américas têm direito à democracia e seus governos têm a obrigação de promovê-la e defendê-la.*
>
> *A democracia é essencial para o desenvolvimento social, político e econômico dos povos das Américas.*[370]

A estrutura da organização consiste em uma Assembléia-Geral, um Conselho Permanente e um Conselho Interamericano de Desenvolvimento Integral, que se subdivide em vários comitês, ou comissões, dos quais destacaremos a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Essa Corte possui sede em San Jose, Costa Rica, e tem natureza judicial, julgando conforme a Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Em 2006, houve uma Sessão Extraordinária no Brasil, na sede do Superior Tribunal de Justiça, para julgamento de alguns casos, como das condições em penintenciárias de Mendonza (Argentina) e da tortura de um soldado paraguaio pelo exército de seu país.

Só podem litigar perante esse tribunal Estados ou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Mas, para que isso aconteça, é necessário que o Estado aceite a jurisdição contenciosa da Corte, o que foi realizado pelo Brasil em 1998.

---

[370] Disponível no sítio http://www.oas.org/OASpage/port/Documents/Democractic_Charter.htm, em 03/05/2006.

3.6. NOSSA CRÍTICA

A Organização Mundial do Comércio, ao contrário do que parece, não é um órgão democrático. Sua votação por consenso é apenas uma cortina de fumaça para o verdadeiro poder que as nações mais fortes economicamente exercem. Essas nações até mesmo apóiam esse sistema de votação. A razão é estritamente econômica e política, pois com o consenso há um aumento da legitimidade do órgão e uma obrigatoriedade de execução do que fora decidido, já que aceita por todos os membros.

Os países menos desenvolvidos chegam às rodadas de negociações com as suas preocupações internas e propostas para a solução, e não sabem o impacto que podem causar a sua economia as propostas trazidas pelos países mais fortes economicamente, que possuem uma diversidade econômica, uma vez que não fora feito um estudo prévio do assunto.

Por mais que tentem discordar das propostas, ao final, com as negociações, com as pressões dos países mais fortes, acabam aceitando e dando legitimidade e obrigatoriedade à decisão.

Então, tem-se que o voto por consenso não é democrático. Os países mais fortes fazem os outros mudarem de idéia e obtêm o consenso. Assim, todos ficam obrigados a cumprir o acordado.

A crítica da Feliciano Guimarães é oportuno, *in verbis*:

> Nesse *sentido, o caráter vinculante com base no voto por consenso acaba por favorecer os países mais poderosos na medida que transmite a legitimidade da aprovação dos países menos poderosos ao arcabouço final negociado. Os países mais pobres se vêem obrigados a negociar temas pouco relevantes para sua economia, mas muito importantes para os países desenvolvidos. Ocorre, portanto, uma barganha assimétrica na qual os países desenvolvidos permitem ganhos pontuais em área caras aos países em desenvolvimento como contrapartida da aceitação dos termos pelos últimos em temas centrais para as economias dos primeiros*.[371]

Normas contra várias leis de saúde e segurança nacional do trabalho, de direito humanos e ambientais, foram consideradas barreiras comerciais pelos governos que agem em nome de seus clientes cooperativos.

Os países em desenvolvimento acabam tendo que renunciar a leis que protegem suas economias em razão da pressão que os países industrializados exercem sobre aqueles. Com medo das sanções que a OMC pode impor, os países acabam sucumbindo e aceitando as determinações.

Recentemente, o Presidente da República, Luís Inácio Lula da Silva, propôs o voto por maioria, o que parece incoerente, já que vai contra os interesses

[371] GUIMARÃES, Feliciano de Sá. **O Sistema de Votação por Consenso da OMC**. Disponível no sítio www.revistaautor.com.br, em 21/03/2006.

pátrios deveria ser priorizada a conquista de um assento no Conselho de Segurança da ONU. Para Carlos Serapião e Demétrio Magnoli, *Lula revive um sonho antigo que foi a tentativa de controle da ONU pela maioria dos países da Assembléia-Geral nos anos 60. O empreendimento praticamente não ultrapassou os limites da retórica e seu significado ganhou a síntese definitiva da frase irônica de um diplomata da época: "O Terceiro Mundo controlava o prédio da ONU em Nova York, enquanto o Primeiro Mundo, o resto do mundo".*[372]

O procedimento do Órgão de Solução de Conflitos tem um excesso de formalismo jurídico. Os textos legais são complexos, e seus tribunais trabalham a portas fechadas.

[372] SERAPIÃO JÚNIOR, Carlos; MAGNOLI, Demétrio. **A OMC precisa de um Conselho de Segurança**. Disponível no sítio www.idcid.org.obr/default.asp?sec=3&id=5169, em 27/04/2006.

4. DO CONTRATO DE TRABALHO

4.1. INTRODUÇÃO

Já é universalmente aceito ser o contrato de trabalho uma modalidade especial de contratação cujo pressuposto básico é a desigualdade entre as partes pactuantes, sendo os seus princípios informadores, em sua grande maioria, de ordem pública e inderrogáveis pela vontade das partes. Nesse sentido, lícito é afirmar que o contrato de trabalho é tutelado pela ordem jurídica, em que, muitas vezes, a vontade das partes pouco importa, após o primeiro momento, representado pela aceitação da relação empregatícia [373].

Destarte, de nada adiantará às partes a renúncia a determinados direitos, como, por exemplo, à indenização no caso de rescisão injusta, ou aos depósitos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), ou mesmo à percepção de férias após doze meses de serviço. São regras de ordem pública tutelares do interesse social, voltadas para o hipossuficiente, verdadeira restrição ao princípio de liberdade de contratação e ao tradicional princípio contido nos contratos civis, retores dos negócios jurídicos em geral, qual seja: *pacta sunt servanda*.

[373] *Destarte, o Direito do Trabalho possui, sim, autonomia, porém de forma discreta, pois delimitada pelas leis protecionistas. Os direitos que não advêm de normas imperativas são negociáveis; entretanto, as disposições trabalhistas clássicas exigem, em relação a esses regramentos, uma posição legal mínima, indisponível e irrenunciável, contrapondo-se invariavelmente o ius variandi do empregador em face do ius resistentiae, que respeito ao obreiro*. (FARAH, Gustavo Pereira. *A autonomia da vontade no contrato internacional de trabalho.* **Caderno de Direito Previdenciário - Justiça do Trabalho**., Porto Alegre: HS, out/2002, ano 19, n.º 226 p. 62).

O direito do trabalho tampouco conhece o pré-contrato, ou seja, a manifestação de vontade anterior à formalização dos contratos, que, como sabemos, pode gerar conseqüências no mundo do direito civil. Para o direito do trabalho, a promessa de contratação de um determinado obreiro equivale a nada, mesmo que, para assumir o emprego prometido, tenha o empregado se demitido do trabalho anterior. Inexiste conseqüência para o não cumprimento da referida promessa de contratação por parte da “promitente-empregadora”.

Feitas essas considerações preliminares e levando-se em conta que o princípio do protecionismo da legislação social é quase universalmente aceito, com algumas diferenças regionais entre as legislações, passaremos a tratar especificamente do tema de locações de serviços de empregados brasileiros no exterior.

4.2. CONCEITO

O conceito de contrato de trabalho pode ser encontrado no artigo 442 da CLT, consoante o qual contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego. Na verdade, a lei nada diz. E andou bem o legislador, pois não é função da lei criar definições.

O contrato de trabalho é o negócio jurídico pelo qual uma pessoa física se obriga, mediante remuneração, a prestar serviços não eventuais a outra pessoa ou entidade sob direção de qualquer estatuto.

O contrato de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, e por prazo determinado ou indeterminado (artigo 443 da CLT).

O contrato de trabalho não precisa ser solene. É um contrato realidade. O ideal seria que ele fosse por escrito, mas uma relação verbal pode se tornar contrato.

4.2.1. Aspectos da vontade

O contrato de trabalho visa a uma atividade, e não a um resultado. Logo, é um pacto em que se contrata uma atividade, e não um resultado.

Durante muito tempo tentou-se explicar o contrato de trabalho baseado no contrato existente no direito civil. Alegava-se que aquele seria uma locação de serviços, no qual o empregado estaria locando o seu serviço para o empregador. A "locação de serviços é assim contrato sinalagmático, em virtude do qual um dos contratantes, o locador, se compromete a prestar certos serviços, que o outro, denominado locatário, se obriga a remunerar. À obrigação de fazer do primeiro contrapõe-se, portanto, uma obrigação de dar, por parte do segundo; essa reciprocidade outorga ao contrato caráter oneroso"[374].

Outra teoria usada era a da compra e venda. Seria também um contrato de compra e venda, em que o empregador está comprando o trabalho de

[374] MONTEIRO, Washington de Barros. *op. cit*. p. 182.

seu empregado. Por esse pacto, um dos contraentes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro[375].

Há duas teorias que tentam explicar essa relação do contrato de trabalho.

Uma diz respeito à relação contratual, fundamentada no acordo de vontades. A outra defende uma tese a respeito da anticontratualidade, segundo a qual, na verdade, não existiria o contrato, pois, como o Direito do Trabalho sofre uma interferência estatal muito grande (o Estado sempre interfere nas relações), a autonomia da vontade das partes ficaria restringida. O empregado e o empregador não possuem plena liberdade na contratação para estabelecer as cláusulas contratuais.

Pela segunda teoria, o empregado pode, mesmo concordando, dizer ao empregador que deseja trabalhar, mas não deseja receber salário, férias, 13º salário etc. Ele pode até assinar tal declaração e reconhecer a sua firma (assinatura). Se o empregado for à Justiça do Trabalho reivindicando os seus direitos, e o empregador disser*: 'Estão aqui as provas de que ele renunciou a esses direitos'*, de nada valerão as provas, e caberá ao empregado receber esses direitos por serem irrenunciáveis.

A maioria dos direitos contidos nessa matéria, na Constituição Federal, são irrenunciáveis. Ou seja, o empregado não pode abrir mão deles.

Se os empregados não podem renunciar a tais direitos, as partes perdem a autonomia da vontade. E, se perdem a autonomia da vontade, não se

[375] MONTEIRO, Washington de Barros. *op. cit*. p. 78.

pode falar em contrato. Dessa forma, o contrato de trabalho diz respeito a uma relação estatutária, em que o empregado, por ser admitido, incorpora o estabelecido no contrato, aderindo ao estatuto, ou seja, às cláusulas já existentes. Ele não vai ter a possibilidade de negociar as cláusulas do contrato de trabalho, em regra. Por exceção, algumas vantagens poderão ser negociadas.

Na realidade, a relação do empregado é estatutária. O empregado incorpora uma situação já existente e não tem como exercer com plenitude a autonomia da vontade.

Nenhum empregado pode ser admitido em determinada empresa se o empregador não o quiser, e por outro lado ninguém é obrigado a ser empregado de alguém. É aí que está presente a autonomia da vontade. A relação de contrato que prevalece é a contratual, nesse instante.

No início há contrato. Após a admissão, há estatuto.

4.2.2. Relação de Emprego

4.2.2.1. Introdução

A partir do momento em que o trabalho começou a existir, surgiram também as relações de emprego.

Essas relações, entretanto, como objeto de preocupação do direito, só passaram a ser consideradas nos tempos modernos, quando passou a ocorrer a regulagem das relações de capital e trabalho. No Brasil, especificamente a partir de

1930 é que vamos encontrar um avanço nessa questão de proteção da relação de emprego.

Sob o ponto de vista do direito, a relação de emprego é um regramento jurídico que envolve um vínculo, que deve ser pelo menos bilateral, podendo em certas circunstâncias ser também plurilateral.

Quando se fala em relação de emprego, não se pode imaginar uma relação jurídica de uma única pessoa.

No direito civil e no direito processual civil, no entanto, vamos verificar que algumas relações jurídicas envolvem direitos ou interesses de uma única pessoa. Por exemplo, a relação jurídica de uma pessoa para com a propriedade, a relação que há entre uma pessoa e a posse e os direitos reais. Todos esses exemplos envolvem, em regra, uma relação entre pessoa e coisa.

Quando nos referimos à relação de emprego, estamos falando de uma relação bilateral, e é por essa razão que a Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 442, define contrato individual de trabalho como sendo o acordo tácito ou expresso correspondente à relação de emprego.

4.2.2.2. Empregador

O importante para todos nós, nesta etapa, é conhecer quais são os protagonistas de uma relação de emprego. Sob o ponto de vista mediato, diríamos que é uma relação jurídica que envolve sempre o capital e o trabalho. Sob o ponto

de vista imediato, essa caracterização genérica de capital e trabalho se transforma em uma tentativa de conhecimento do empregado e do empregador.

O artigo 114 da Constituição Federal estabelece que compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores. Sendo assim, ela nos coloca desde logo a regra estrutural da existência desses dois protagonistas da relação de emprego.

A figura do empregador está estruturada na Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 2º. O dispositivo preconiza que empregador é a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

Quando a lei estabelece que considera a figura do empregador como sendo a empresa, tem-se que ela está se referindo precisamente àquela entidade que está voltada para a realização de objetivos e visa a atingir resultados.

4.2.2.3 Requisitos

O contrato de trabalho possui vários requisitos para poder existir. São eles a continuidade, a subordinação, a onerosidade e a pessoalidade.

4.2.2.3.1. Continuidade

Para se ter um contrato de trabalho ou para que se tenha uma relação de emprego, há necessidade de haver continuidade com relação à prestação de serviços. Um trabalho prestado eventualmente não dá ensejo a um contrato de trabalho.

Por exemplo, se uma pessoa contratar alguém para consertar uma vidraça, tem-se que o vidraceiro a consertará e, encerrado o trabalho, irá embora, sendo pago. Não há aí relação de emprego, pois ele está prestando um serviço eventual.

No emprego há a necessidade de uma relação contínua. Quando se fala em continuidade, não se quer dizer que o indivíduo precisa trabalhar todos os dias. O que importa é a habitualidade.

Aí, entra-se na questão da faxineira diarista. Geralmente, ela trabalha em determinados dias. E, mesmo que compareça em um único dia da semana, estará caracterizado o contrato de trabalho, desde que o comparecimento seja habitual. Existe uma continuidade, pois toda semana a faxineira comparece.

A propósito tem-se a seguinte decisão:

> *Vínculo empregatício. Faxineira. Ocorrência. Concretiza-se o vínculo empregatício quando vislumbrados os requisitos da prestação pessoal do trabalho, salário, subordinação e não-eventualidade,*

> *ainda que o comparecimento ao serviço aconteça apenas três vezes por semana, porém consistindo no desempenho de tarefas de natureza permanente, durante lapso temporal considerável* (Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, 3ª Turma, recurso ordinário 006188/99, Relatora Juíza Maria do Céo de Avelar, Diário de Justiça de Santa Catarina de 15-05-2000, pág. 87).

A continuidade não significa que o empregado deva trabalhar diariamente, 8 horas por dia. A continuidade pode se caracterizar de outras formas, existindo relações contratuais em que o empregado só precisa, por exemplo, trabalhar uma vez por mês, ou em determinados dias do mês. O que vai caracterizar a continuidade é a habitualidade de prestação de serviço.

No caso da diarista há essa continuidade, ou seja, essa habitualidade, sendo considerada empregada (doméstica). Não será tida como empregada se o seu trabalho não for habitual, prestando os seus serviços em dias descontínuos e incertos.

4.2.2.3.2. Subordinação

Pode haver várias formas de subordinação.

Na subordinação econômica, tem-se que todo empregado, ou pelo menos a grande maioria, é subordinado economicamente ao empregador. Ou seja, os empregados dependem da remuneração paga pelo empregador para sobreviverem.

Na subordinação técnica, o empregado depende muitas vezes da técnica desenvolvida pelo empregador para poder desenvolver a sua atividade. Então, o trabalhador entra com a sua força de trabalho, e, se ele não tiver à sua disposição os equipamentos que o empregador oferece para que possa desenvolver a sua atividade, se ele não conhecer a manipulação desses equipamentos, tem-se que tal empregado não tem como desenvolver o seu trabalho. Dessa forma, há uma subordinação técnica. Muitas vezes, tal situação se inverte um pouco, passando o empregador a depender do conhecimento técnico do seu empregado. Mas na maioria dos casos ocorre o inverso.

Na subordinação hierárquica, o empregado, ao ser admitido, passa a ter que obedecer a toda a estrutura e organização que o empregador possui. E é dentro dessa estrutura hierárquica que ele vai passar a cumprir as ordens do empregador, executando as suas atividades de acordo com as determinações deste.

4.2.2.3.3. Onerosidade

Nenhum contrato de trabalho pode existir sem o pagamento pelo trabalho. É a contraprestação pelo serviço. O empregado o presta, e, em troca, recebe a remuneração ou o salário. Essa contraprestação deve ser desejada e esperada pelo prestador do serviço.

Se alguém trabalhar em um hospital por motivos humanitários, ajudando as pessoas a título de caridade, por exemplo, tem-se que não haverá relação de trabalho, pois não há pagamento desejado. Para que haja relação de trabalho, é preciso que exista pagamento, esperado pelo trabalhador.

O fato de não haver pagamento, por si só, não significa ausência de vínculo de emprego. Tome-se como exemplo o patrão inadimplente, que nunca paga os seus empregados. Tal situação não impede o reconhecimento da relação de emprego.

4.2.2.3.4. Pessoalidade

O empregado sempre é a pessoa física, o ser humano. Não existe empregado pessoa jurídica.

E esse empregado, pessoa física, não pode se fazer substituir por outrem. Isso porque, normalmente, quando o empregador contrata uma pessoa, ele quer o trabalho desta, e não de outra (*intuitu personae*). Esse é o fundamento da pessoalidade.

Tal regra tem temperamentos. A substituição eventual não impede o reconhecimento do vínculo de emprego. Por exemplo, se um professor contratado pela universidade não puder comparecer em determinado dia para dar aula, mandando em seu lugar um professor substituto, tem-se como existente, mesmo assim, o vínculo empregatício.

Desse modo, tem-se que pela pessoalidade ocorre a contratação de determinada pessoa. O empregador, quando a contrata, quer que ela cumpra a sua função dentro da empresa.

4.2.2.3.5. Outros requisitos

Pela exclusividade haveria a proibição de o empregado ter várias relações de emprego. Ou seja, não seriam permitidos vínculos empregatícios com empregadores diferentes. Não é requisito da relação de emprego.

As exigências de formação profissional ou qualificação podem ser ou não requisitos para o contrato de trabalho. Tudo isso dependerá da atividade exercida. Por exemplo, um trabalhador só pode ser reconhecido como engenheiro empregado de uma empresa se, obviamente, for formado em engenharia.

4.3. CLASSIFICAÇÕES DO CONTRATO DE TRABALHO

4.3.1. Contrato individual e coletivo

Os contratos de trabalho possuem uma divisão clássica, de acordo com a qual eles podem ser denominados contratos individuais e contratos coletivos.

Os contratos individuais dizem respeito diretamente à relação de emprego que se estabelece entre as pessoas. Costuma-se afirmar que contrato

individual de trabalho é *“intuitu personae”,* ou seja, ele se faz entre partes que pactuam obrigações tendo em vista a pessoa do outro contratante.

Já vimos também que o contrato de trabalho envolve prestação e contraprestação. Nesse sentido, então, temos que relembrar a questão da comutatividade do contrato de trabalho

Por ela, o contrato de trabalho se mostra como um contrato bilateral, que envolve em regra duas pessoas. Pode eventualmente se apresentar sob a forma de uma contratação coletiva, se assim o decidir o direito do trabalho. Este admite a chamada contratação coletiva. É a hipótese da prestação de serviços em domicílio, como por exemplo no caso das costureiras que firmam uma contratação coletiva.

O contrato coletivo é aquele que diz respeito a uma regra que firma condições de ordem ou de natureza coletiva.

Um contrato coletivo é um grande manancial produtivo de normas de ordem jurídica, possuindo uma importância transcendental, porque equivale à regra inovadora correspondente à produção de normas jurídicas.

Tanto o contrato individual como o coletivo formam uma realidade complexa, no sentido de que vão se transformar em um conjunto de normas que vão incidir sobre a relação de emprego.

Quando nos referimos a contrato individual e a contrato coletivo, estamos apenas estabelecendo um diferencial entre relações de pessoas e relações coletivas. Com isso, poderemos conhecer regras processuais específicas para cada um dos casos.

A importância dessa distinção tem sido reconhecida pelos Tribunais, que chegam a criar órgãos especializados para analisar as relações coletivas. Exemplo é o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, sediado em São Paulo, que possui a "Seção Especializada em Dissídios Coletivos de Competência Originária", à qual compete *"processar e julgar originariamente os dissídios coletivos, decidindo sobre a homologação dos acordos celebrados..."*, dentre outras atribuições (Regimento Interno do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, artigo 37, inciso I, alínea 'a').

O contrato coletivo de trabalho pode apresentar-se de três formas: acordos coletivos, convenções coletivas e dissídios coletivos (estes últimos também chamados de contratos coletivos impróprios).

A Consolidação das Leis do Trabalho prevê o seguinte:

> *Artigo 611: Convenção coletiva de trabalho é o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho.*
>
> *Parágrafo 1º: É facultado aos sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar acordos coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem*

> *condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das empresas acordantes às respectivas relações de trabalho...*

Acordo coletivo é o pacto que se estabelece entre a coletividade dos empregados e um empregador. Portanto, ocorre dentro de uma pequena coletividade. De um lado, tem-se o sindicato dos empregados; de outro, a empresa diretamente. Por exemplo, a coletividade de empregados de uma determinada indústria pode firmar um acordo de compensação de horas com o seu empregador.

A convenção coletiva corresponde a uma contratação coletiva um pouco mais ampla. Expressa as relações coletivas que envolvem as categorias, e não apenas uma pequena coletividade. Portanto, ocorre dentro das categorias, representadas pelos respectivos sindicatos, do empregado e do empregador. De um lado, tem-se o sindicato dos empregados, e de outro o sindicato dos empregadores. Por exemplo, o sindicato dos metalúrgicos firma um pacto com o sindicato das indústrias.

Dissídio coletivo é o processo judicial de solução dos conflitos coletivos econômicos e jurídicos.

Todo o direito coletivo brasileiro está voltado para a autocomposição. Esta é a finalidade que a Constituição Federal estabelece para as relações coletivas de trabalho. A autocomposição é o mecanismo pelo qual duas pessoas, sem a interferência de uma terceira, chegam a um acordo sobre uma determinada questão.

Todas as vezes em que ocorre o acordo coletivo, tem-se a presença da autocomposição. Todavia, quando as partes não conseguem chegar a um acordo, recorrem ao Poder Judiciário.

Há vários fundamentos para a intervenção do Poder Judiciário nas relações coletivas de trabalho.

Nenhuma lesão de direito pode ficar suprimida da apreciação do Poder Judiciário. De fato, o artigo 5º, inciso XXXV , da Constituição Federal diz que *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*.

Por outro lado, nos termos da Constituição Federal, artigo 114, tem-se que:

> *Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:*
>
> *I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;*
>
> *II - as ações que envolvam exercício do direito de greve;*
>
> *III - as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;*

IV - os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;

V - os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o;

VI - as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

VII - as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho

VIII - a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;

IX - outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

§ 1.º - Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

§ 2.º - Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas

> *legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.*
>
> *§ 3.º - Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito.*

Assim, todas as vezes em que as partes não lograrem compor seus interesses espontaneamente e não desejarem recorrer à arbitragem, não resta outra alternativa a não ser recorrer ao Poder Judiciário.

O Judiciário, quando provocado por uma das partes, vai atuar diante de um conflito coletivo e estabelecer a chamada regra normativa que será aplicada às partes.

Por ora, será estudado o contrato individual de trabalho, com todos os seus caracteres.

4.3.2. Características

Os contratos de trabalho possuem várias características. São comutativos, onerosos, sinalagmáticos e de trato sucessivo.

A comutatividade é a característica do contrato pela qual as partes se obrigam reciprocamente a dar ou a fazer coisas equivalentes[376]. Existe a equivalência, ou seja, a igualdade entre as prestações. Por exemplo, o contrato de locação, no qual o valor pago a título de aluguel corresponde de fato ao valor do mercado.

Oneroso é o contrato em que as partes se obrigam a dar ou a fazer alguma coisa. Há a obrigação de cada uma das partes, o que diferencia o contrato oneroso do gratuito. Neste último, uma das partes proporciona à outra alguma vantagem, sendo esta puramente graciosa e sem retorno. Exemplo de contrato oneroso é a doação com encargo, na qual aquele que recebe a doação (donatário) também tem uma obrigação a cumprir. Exemplo de contrato gratuito é a doação sem encargo, na qual aquele que recebe a doação nada tem a cumprir.

Contrato sinalagmático é aquele em que as partes se obrigam reciprocamente. A pedra de toque é a reciprocidade, ou seja, a contraprestação. O contrato sinalagmático é também chamado de bilateral. A reciprocidade pode ser perfeita ou imperfeita. Perfeita, quando se caracteriza no instante mesmo do entabulamento do contrato. Exemplo é a compra e venda a vista. Imperfeita é a reciprocidade que só se caracteriza durante o cumprimento das prestações. Exemplo é a compra e venda a prazo.

Contrato oneroso e contrato sinalagmático não se confundem. Em ambos, as partes têm obrigações. Todavia, a idéia de *sinalagma* representa um *plus*, um algo a mais. Ao estabelecer um contrato sinalagmático, a primeira parte tem consciência de que tem um encargo a cumprir. Mas igualmente sabe que a segunda

[376] FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 710.

parte, ou seja, a parte contrária, também tem um encargo, que vai beneficiar a primeira parte, a primeira pessoa do contrato. Já no contrato oneroso ambas as partes têm obrigações. Mas a obrigação de cada uma delas pode não reverter em benefício da outra parte.

Contrato de trato sucessivo é aquele cujo cumprimento se protrai no tempo. Ou seja, não se exaure em uma única prestação, mas em várias.

Assim, verifica-se que o contrato de trabalho é comutativo. O salário recebido pelo empregado deve equivaler ao seu trabalho. É oneroso, pois o trabalhador tem a obrigação de prestar o seu serviço, e o empregador tem a obrigação de pagar o serviço prestado. É contrato sinalagmático, porque o trabalhador beneficia-se do salário que lhe é pago, e o empregador beneficia-se do serviço que lhe é prestado. Por fim, o contrato de trabalho é de trato sucessivo, pois, em regra, não tem prazo para terminar. Tem, com isso, duração continuada.

4.3.3. Natureza jurídica

A natureza jurídica do contrato de trabalho tem sido muito discutida.

Alguns entendem que seria um contrato-realidade. A relação jurídica de trabalho somente se forma com a prestação efetiva do serviço em determinada empresa.

Outros entendem que, na admissão do empregado, há um ato-condição. Haveria um estatuto previamente existente, ao qual o trabalhador adere ao ser admitido na empresa. É a teoria do Professor Cezarino Júnior, que entende

ser o contrato de trabalho um contrato regulado e protegido pela normatividade em geral.

Há também aqueles que entendem que o contrato de trabalho é o chamado contrato-estabilidade. Ter-se-ia o direito do empregado de não ver desfeito o contrato de trabalho em virtude de ato unilateral do empregador, senão mediante consenso ou sentença constitutiva do Juiz.

Délio Maranhão, referindo-se ao antigo Código Civil de 1916, brinda-nos com o seguinte ensinamento:

> *A simples denominação – contrato de trabalho – revela uma atitude nova do direito quanto ao fenômeno social da prestação de trabalho. Traduz um sentido de autonomia jurídica da disciplinação contratual da relação de trabalho, que escapa às fórmulas clássicas do direito comum, que a aproximava da locação de coisas. Nosso Código Civil desconhece a figura jurídica do contrato de trabalho, tratando, apenas, da 'locação de serviço' e da 'empreitada' no mesmo capítulo em que regula a 'locação de coisas', como espécies do gênero 'locação'. O grande Lacerda de Almeida, criticando, nesse particular, o Código Civil, que, segundo ele, 'colocou-se abaixo do assunto magno', já se referia a 'contrato de trabalho', 'cuja denominação' – acrescenta – 'está indicando que já não satisfaz qualificar com segurança –*

locação – o nexo contratual entre o capital e o trabalho. Com o advento da chamada 'legislação do trabalho', a nova denominação ganhou foros de cidade em nosso direito.

Nos termos do art. 442 da Consolidação, o contrato de trabalho 'é o acordo tácito ou expresso correspondente à relação de emprego'. Há, nesta definição, um misto de contratualidade e institucionalismo. Na verdade, girando em um círculo vicioso, ela nada esclarece a respeito daquilo que pretende explicar. De todo procedente a crítica que lhe faz Orlando Gomes, com 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.

Contrato de trabalho strictu 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.*[377]

Quanto à natureza do contrato de trabalho, há aqueles que entendem que ele poderia ser considerado de direito público; outros entendem ele seria de direito privado; finalmente, tem-se a teoria que o considera integrante dos chamados direitos sociais.

O contrato de trabalho é um contrato de direito privado. A forte limitação sofrida pela autonomia da vontade na sua estipulação não o faz um contrato de direito público ou de direito social. Não se confundem “direito público” (em que uma das partes é o Estado) e disposições de ordem pública (de aplicação obrigatória). As disposições de ordem pública, predominantes no direito do trabalho, também existem no direito privado. Os contratantes, no contrato de trabalho, agem como particulares. E é isso que leva ao reconhecimento do pacto como sendo de direito privado.

Mesmo quando o Estado estipula um contrato de trabalho, regido pela CLT, tem-se que aquele abre mão de seu poder de império. Age, pois, como empregador comum.

---

[377] VIANNA, Segadas *et alii*. *op cit.* pp. 236-237.

4.3.4. Requisitos de validade

Os requisitos do contrato de trabalho coincidem com os do ato jurídico em geral.

Fato jurídico é aquele contemplado pelo Direito. Ou seja, aquele que tem importância para a vida social, sendo então disciplinado pelo ordenamento jurídico.

Já o fato não-jurídico é aquele ignorado pelas leis, devido à sua falta de importância do ponto de vista social.

A propósito do fato jurídico e do ato jurídico, sempre atual a lição de Limongi França:

> (...) *a classificação dos fatos jurídicos poderia ser exposta da seguinte maneira:*
>
> *a - Fatos de ordem natural. Neles não há, juridicamente, intervenção da vontade humana. São assim o nascimento, a morte, o caso fortuito.*
>
> *b - Fatos de ações humanas. O arbítrio do sujeito neles está presente. Subdividem-se em duas classes:*
>
> *c - Fatos cujos efeitos devem atender à vontade do agente. São os ATOS JURÍDICOS em sentido estrito. Exemplo típico é o contrato.*

> *d - Fatos cujos efeitos independem da vontade do agente. São os atos ilícitos. Uma vez praticados, seus efeitos são aqueles que a lei prevê. Exemplo: a reparação prevista para o caso de dano.*[378]

Por sua vez, o ato jurídico é todo ato lícito, concretizado por meio de uma manifestação de vontade, que tenha por fim imediato criar, modificar ou extinguir direitos.

Os requisitos do ato jurídico são agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei.

Em primeiro lugar, no contrato de trabalho, deve ser verificado se os agentes são capazes, ou seja, se as pessoas físicas podem contratar no plano do direito do trabalho. A maioridade ou a capacidade plena para a contratação no plano do direito do trabalho não coincide totalmente com a capacidade plena do direito civil.

Pelo novo Código Civil, são considerados relativamente incapazes para contratar as pessoas que estão inseridas entre 16 e 18 anos de idade. E são absolutamente incapazes os menores de 16 anos.

Já no plano do direito do trabalho, a Constituição Federal é clara sobre a questão:

---

[378] FRANÇA, Rubens Limongi. *op. cit.* p. 125.

> *Artigo 7º: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:*
>
> *(...) XXXIII- proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos...*

De relevo são também as previsões da Consolidação das Leis do Trabalho:

> *Artigo 402: Considera-se menor para os efeitos desta Consolidação o trabalhador de quatorze até dezoito anos.*
>
> *(...)*
>
> *Artigo 403: É proibido qualquer trabalho a menores de dezesseis anos de idade, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos...*

Assim, a pessoa física não pode exercer qualquer trabalho antes dos quatorze anos de idade.

No período dos quatorze aos dezesseis anos (estes incompletos), o trabalho é permitido, mas somente na condição de menor aprendiz.

A partir dos dezesseis anos de idade, o trabalho comum é permitido. Todavia, dos dezesseis aos dezoito anos de idade, em virtude da definição legal do trabalhador como sendo menor, necessária a autorização do responsável legal. Esta decorre da simples concordância, do responsável, com que o trabalhador menor obtenha a sua Carteira de Trabalho e Previdência Social.

Dos dezoito anos para frente, tem-se a maioridade plena no campo do direito do trabalho.

Uma das grandes preocupações internacionais é a questão do trabalho infantil. A Organização Internacional do Trabalho estabelece um limite mínimo de idade para que possa haver trabalho infantil. O fato de se aumentar a idade mínima visa à erradicação desse tipo de trabalho, para que a criança possa ter uma formação plena, de modo a se tornar um adulto competitivo no futuro. Essa é uma questão muito complexa, e, em todo o mundo, menores são encontrados trabalhando em condições penosas, insalubres, em minas de carvão, carregando grandes fardos, e muitas vezes sendo submetidos ao trabalho escravo. A OIT muito se preocupa com a formação profissional e com a escolaridade do menor e, por essa razão, propõe que a tarefa do menor seja a do aprendizado, ou seja, a de menor aprendiz, como é previsto pela nossa legislação trabalhista. De acordo com esta legislação, o menor pode exercer uma atividade, porém deve ser de aprendizado.

Não obstante a proibição clara da lei, pode vir a ocorrer trabalho do menor. Se houver a comprovação de que ele trabalhou abaixo da idade permitida por lei, são devidas todas as indenizações e também todas as conseqüências que delas decorrem, inclusive para efeito de cálculo de tempo de serviço previdenciário. Tal medida visa a evitar o enriquecimento sem causa do empregador, bem como a evitar que o menor, ao trabalhar, se transforme em um indivíduo sem nenhum direito.

Os Tribunais têm apreciado a questão do trabalho do menor:

> *Menor de idade tem incapacidade relativa. Do art. 439 da CLT, que indica as limitações de suas manifestações de vontade, deduz-se que o menor pode contratar independentemente de assistência de seus responsáveis. Presume-se existir autorização pela posse da carteira de trabalho, posto que sua expedição está condicionada a autorização expressa de seu responsável legal. Se houvesse o impedimento do menor firmar contrato sem assistência, sua nulidade ou descaracterização (prazo determinado para prazo indeterminado, por exemplo), estariam previstas pelo legislador no Capítulo IV da CLT – Da Proteção do Trabalho do Menor. Não havendo qualquer proibição legal, prevalece válido o contrato experimental firmado pelo reclamante menor de 18 anos de idade"* (Tribunal

> Regional do Trabalho da 2ª Região, recurso ordinário 15.166/85, acórdão de 17-11-1986, Relator Juiz Valentin Carrion).

Dos dezesseis aos dezoito anos, o menor poderá contratar, mas essa contratação deverá ser assistida pelos seus pais ou responsáveis. Na ausência destes, pelos tutores e curadores e, em determinadas circunstâncias, pelo Ministério Público. Apesar de esse tipo de contratação ser assistido, o menor poderá firmar recibos de trabalho. A autorização para a obtenção da Carteira de Trabalho é suficiente.

No tocante à dispensa do menor, ela também terá que ser assistida por seus pais ou responsáveis e deverá ser homologada perante o sindicato da categoria ou pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social.

No tocante aos indivíduos que possuam dezoito anos ou mais, não haverá necessidade de se tomarem esses cuidados, pois eles já são agentes capazes de contratar e serem contratados.

O segundo requisito do contrato de trabalho é o objeto lícito.

Ilicitude, ou antijuridicidade, é a contrariedade do fato com o ordenamento como um todo. Destarte, atividades ilícitas não permitem o reconhecimento do contrato de trabalho. Exemplo é o tráfico de drogas, ou a prostituição. Impossível o reconhecimento do vínculo empregatício do traficante com os seus consumidores, ou da meretriz com os seus clientes.

O terceiro requisito é a forma prescrita ou não defesa em lei.

A forma prescrita ou não defesa em lei é aquela que é estabelecida pela lei, ou que não é proibida por ela. Em regra, o contrato de trabalho é informal. Excepcionalmente, pode exigir alguma forma, como a escrita para os atletas profissionais.

4.4. COMPARAÇÃO ENTRE O CONTRATO DE TRABALHO E OUTRAS FIGURAS

Costumamos ler nos jornais algumas afirmações, especialmente da tecnocracia do governo federal, no sentido de que a CLT é um documento ultrapassado e deveria ser reestruturada e modernizada. Mas isso não corresponde à realidade, porque, apesar de ela ser de 1943, é um documento moderno. Para nos contrapormos a esse argumento da tecnocracia, podemos citar o exemplo da Constituição da Inglaterra, que data de 1215, do tempo de João Sem Terra, e até hoje é utilizada e é atual. O nosso Código Civil data de 1916 e é um documento tão bem estruturado que hoje, ao se tentar reformá-lo, não se consegue conceber um instrumento melhor do que este que já existe. Só muito recentemente é que foi finalmente aprovado o novo Código Civil.

A CLT, quando procura se referir ao empregador, nos traz este conceito de empresa que é extremamente atual. Ela não fala em pessoa jurídica, mas sim em empresa, palavra que tem um significado genérico e permanente.

Sob o ponto de vista econômico, podemos dizer que o conceito de empresa encontrado no art. 2º da CLT está estruturado no direito comercial e se apresenta sob a forma de sociedade, como, por exemplo, a sociedade de nome

coletivo, que pode ser representada pelas microempresas, que tanto contribuem para o desenvolvimento do nosso país. Nelas, o indivíduo empreende o seu negócio individualmente ou em conjunto com a sua família, respondendo ilimitadamente pelas obrigações contraídas.

Encontramos mais comumente, por meio de um regramento de 1919, as empresas por cotas de responsabilidade limitada, as quais são uma modalidade muito usada nas atividades comerciais. Nela, algumas pessoas se reúnem ou se associam, integralizam o seu capital de forma diferenciada e montam uma sociedade de natureza empresarial, não precisando ser obrigatoriamente uma sociedade comercial, podendo se dedicar também à prestação de serviços. A responsabilidade dos sócios se limita ao capital que é subscrito.

As sociedades anônimas são aquelas empresas que possuem um capital maior a ser partilhado e que foram recentemente regulamentadas pelo nosso direito por meio da Lei n.° 6.404, de 1964. Essas sociedades se apresentam de duas formas: as sociedades anônimas de capital fechado, em que as pessoas se reúnem com o objetivo de empreender uma atividade comercial; e as chamadas sociedades anônimas de capital aberto, que são aquelas empresas que se utilizam do mercado, com a colocação das suas ações em bolsas. Essas ações podem ser preferenciais, não preferenciais ou debêntures convertidas em ações. Tais empresas são controladas pela Comissão dos Valores Mobiliários (CVM), na forma estabelecida pela Lei das Sociedades Anônimas.

A CVM estabelece uma política dos atos praticados por essas sociedades de capital aberto. Quando a assembléia geral de uma sociedade anônima delibera aumentar o seu capital e colocar ações na bolsa, a CVM age no

sentido de defender os indivíduos que vão comprar essas ações e incorporar o valor correspondente ao seu patrimônio.

Tais empresas também podem captar recursos pela emissão de debêntures, que são títulos legais voltados para o autofinanciamento da empresa. Essas sociedades de capital aberto possuem órgãos de deliberação, sendo o principal deles a assembléia geral, que reúne o conjunto de pessoas que compõem o quadro societário, o qual deve estar estruturado em seu contrato social, e que deliberam sobre os rumos dessa empresa.

A assembléia geral comanda essas empresas juntamente com outros órgãos auxiliares, como os chamados conselhos de administração, os quais representam o capital votante, ou seja, aquelas pessoas que subscrevem ações nessas sociedades. Já o conselho fiscal e a diretoria executiva têm a função de implementar todas aquelas disposições que estão contidas no estatuto da empresa.

Cabe à diretoria executiva o papel da execução de uma tarefa. Nesse sentido, ela possui certa subordinação hierárquica, certa subordinação jurídica, em relação àqueles órgãos que deliberam e expressam a regra estabelecida pelo capital votante.

A sociedade anônima é foi concebida com o intuito de democratização da participação dos capitais. Todas as vezes em que adquirimos em bolsas de valores ações de uma determinada empresa, estamos adquirindo bens patrimoniais que não têm uma finalidade especulativa, e o fato de se comprar em ações de uma determinada empresa significa um voto de confiança à sua finalidade.

Estamos afirmando isso para mostrar que órgãos aparentemente diretivos dessas empresas na verdade são órgãos subordinados e estruturados por

regras estabelecidas pela CLT. Um diretor de empresa é um técnico contratado no mercado de trabalho para exercer uma determinada função de direção empresarial. Ele não pode ser confundido com aquele outro indivíduo que tem o controle de capital na empresa, exercendo uma atividade em certo sentido subordinada.

Fazendo-se uma pesquisa na jurisprudência, verificamos que nos tribunais existe grande diferenciação entre a qualificação jurídica dos diretores de uma empresa. Alguns são considerados empregados e outros, empregadores, devido ao fato de possuírem capital investido nesaas empresas.

Outra regra que decorre do conceito moderno de empresa é a pulverização do controle acionário. Existem grandes companhias americanas que possuem um capital pulverizado no mercado, que chega ao ponto de indivíduos possuidores de uma quantidade mínima das ações preferenciais com direito a voto, terem o direito de participar de atividades controladoras da empresa, tal a quantidade de ações que ela possui no mercado.

Além das sociedades anônimas, encontramos também outras modalidades de empresas, como as comanditas simples, comanditas por ações etc. Quando a CLT fala em empresa, temos que entender que essa expressão tem um conceito genérico, estruturado em uma sociedade *stricto sensu*, representadas por essas modalidades estudadas no plano do direito comercial.

A regra pela qual as empresas assumem os riscos da atividade econômica é importantíssima, a ponto de somente se considerar como sendo uma empresa aquela entidade que assume esse risco. Este existe de fato, pois quando alguém entra no mercado em busca de resultados pode ser bem ou malsucedido, dependendo da forma como os negócios são conduzidos.

Existem, no entanto, empresas que não correm o risco econômico da atividade, como as estatais e as sociedades de economia mista, em que o capital do Estado é majoritário. Não correm esse risco porque a responsabilidade do Estado é subsidiária em relação às suas obrigações, sob o ponto de vista tecnojurídico.

Sob o ponto de vista estrutural, não correm o risco do negócio porque, em 90% dos casos, as sociedades de economia mista atuam no mercado dos serviços públicos, que são indicados pela Constituição Federal, como sendo obrigatórios para toda a sociedade. Por exemplo, tem-se o tratamento de água e esgoto, o fornecimento de energia elétrica, o sistema de comunicações telefônicas, de rádio e televisão.

Como essas empresas estão sendo privatizadas, se algum dia o grupo privado que as adquirir não tiver condições de dirigi-las de maneira que atendam a todas as necessidades da população, o Estado certamente deverá intervir, assumindo a atividade, pois são serviços fundamentais para todo o povo.

É a empresa que admite, assalaria e dirige a prestação pessoal do serviço, pois é ela que sabe o que é preciso fazer para implementar seu resultado final. Não é concebível que uma empresa do ramo metalúrgico não tenha em seu quadro de funcionários vários profissionais dessa área. Se ela os admite, é porque precisa dessa categoria de trabalhadores para alcançar seu resultado final.

Quando uma empresa admite uma pessoa, também deverá assalariá-la, e, dentro da regra estrutural da relação do emprego, ela dirige a prestação pessoal de serviço, o que quer dizer que é ela quem comanda essa atividade.

Dessa regra de comando vamos tirar um conceito importantíssimo na estrutura da relação de emprego, que é o da hierarquia, ou seja, a regra segundo a qual a atuação do empregado está submetida ao comando do empregador.

Além das empresas, existem, no entanto, outras pessoas que também são empregadoras, como por exemplo aquelas que possuem empregadas domésticas, as pessoas que prestam serviços junto a entidades beneficentes, clubes etc.

O parágrafo 1º do art. 2º da CLT trata desse tipo de empregador:

> *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 .*

O empregado doméstico, que constitui uma relação estritamente familiar, é protegido pela Constituição Federal, que assegura os seus direitos, bem como a sua integração à Previdência Social (CF, art. 7º, parágrafo único).

Todavia, o empregado doméstico, que representa uma atividade especial, não possui o mesmo tratamento jurídico que um empregado comum, porque não exerce uma atividade econômica. A lei que regula essa categoria tem normas especiais. Recentemente foi estabelecido um novo teto previdenciário para a

empregada doméstica, bem como houve a aprovação da Lei n.º 10.208, de 2001, que estende a esses trabalhadores o direito ao FGTS .

No tocante à figura do empregador, temos que fazer uma menção à regra do parágrafo 2º da CLT, o qual se refere à questão da responsabilidade, ou seja, a estrutura que envolve o conceito da responsabilidade solidária, a qual nos coloca diante do grupo econômico. Para os efeitos da relação de emprego, são solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Esse é mais um motivo que encontramos para defender a CLT quando estiver sendo atacada por ser considerada ultrapassada.

Esse conceito de grupo econômico foi copiado pela Lei das Sociedades anônimas, que apenas lhe deu uma nova configuração. Grupo econômico, de acordo com esta lei, é aquele grupo de empresas que se estruturam e que têm um registro.

Para a CLT, grupo econômico não precisa ter registro, sendo necessário apenas que as empresas possuam participação acionária comum.

O conteúdo da regra da responsabilidade solidária é a qualidade do débito salarial que tem uma natureza alimentar. O alimento é prestigiado pelo nosso direito em todos os setores, em todos os ramos.

Um pai que não cumpre com a pensão alimentícia de seus filhos está sujeito à prisão. O artigo 100 da Constituição Federal também estabelece que o débito alimentar tem preferência e o Estado não precisa sequer observar a ordem dos precatórios quando ele estiver em jogo.

O conceito de locação de serviços encontra-se no Código Civil. A locação de serviços geralmente caracteriza-se pela contratação de uma atividade em si, de cunho intelectual.

Quando se contratam médicos, não se contrata o resultado. Quando há doença, contrata-se o médico, esperando-se a cura. Mas esta, em si, não é contratada. Contrata-se a atividade profissional.

Da mesma forma ocorre com o advogado. Deve-se procurá-lo visando ao serviço, e não ao resultado. O causídico vai defender uma causa sujeitando-se à procedência ou à improcedência da ação.

Com relação à empreitada, esta não se confunde totalmente com a locação de serviços. A empreitada normalmente utiliza o serviço braçal, visando ao resultado. Por exemplo, contrata-se um pedreiro para a construção de um muro. Os detalhes da construção (como ele vai construir o muro ou quanto tempo vai demorar) dependem da pactuação. Pode ser avençado que a construção do muro ocorra no prazo de 30 ou 15 dias, por exemplo. Nesse caso, apenas se está contratando a construção do muro, pouco importando como o pedreiro vai fazê-lo, se é ele quem vai construí-lo ou se vai colocar alguém em seu lugar, como vai fazer para trazer o material etc. Ou seja, não existe nenhum tipo de vinculação.

Pode haver uma mudança, ou seja, aquilo que era uma empreitada ou uma locação de serviço pode transformar-se numa relação de contrato de trabalho. É isso que o Juiz faz no dia-a-dia quando analisa os casos. Isso porque na realidade o que vale para a Justiça do Trabalho é o contrato-realidade, ou seja, o que vale é a relação realmente, não o que está no papel. Se houver, sob o manto de um contrato de empreitada, na verdade uma relação de emprego, se começarem a surgir os

requisitos do contrato de trabalho, e essa pessoa for à Justiça do Trabalho, o Juiz pode reconhecer o vínculo empregatício. Então, para a Justiça, o que vale é o contrato-realidade, ou seja, a realidade dos fatos, e não o que está no papel.

Tanto na locação como na empreitada, para que não haja a relação de emprego, tem que haver trabalho independente e autônomo. Por exemplo, quando se contrata um médico na locação de serviços, paga-se pelo seu serviço, e ele o executa na locação de serviços a sua atividade com independência, com total autonomia. O paciente não tem o poder de interferir na forma como o médico deve conduzir o seu trabalho em busca da cura. O mesmo ocorre com o advogado, sendo que ambos agem com autonomia.

Com relação à empreitada ocorre a mesma coisa: o pedreiro irá construir o muro da forma que ele entender ser a correta.

Agora, imagine-se o seguinte exemplo. Alguém estipula um contrato de empreitada e começa a estabelecer como contratante que o pedreiro deve vir todos os dias, começando o seu trabalho às 8:00 horas da manhã, parando ao meio-dia, retornando após uma hora de intervalo e indo embora às 17:00 horas. Nesse caso, começa a haver controle do trabalho. Caso o pedreiro não compareça, o contratante pode começar a descontar o dia da falta ao trabalho. Estamos, agora, diante de uma outra relação, e esse controle sobre o trabalho do pedreiro, determinando seus horários, vai transformar aquilo que era uma empreitada em uma relação de emprego.

Do mesmo modo, a locação de serviços conta com uma atividade intelectual. A princípio, contrata-se uma pessoa que vai atuar com total liberdade, com total autonomia, sem qualquer subordinação a quem está contratando o serviço.

Da mesma forma como ocorre na empreitada. Pode ocorrer, todavia, nessa locação, o controle sobre o prestador de serviços, com imposição de regras para ele. Começa a surgir o vínculo de emprego.

Numa relação de empreitada contrata-se o resultado. *Verbi gratia,* a construção de um muro. E pode até ser estabelecido no contrato um prazo para essa construção, como o tempo a ser cumprido no total. A fixação de um tempo global para a obra ser concluída não retira a autonomia do construtor. Mas a fixação de um horário de entrada e saída, todos os dias, já começaria a retirar tal autonomia.

O contrato de trabalho, dentro do Direito do Trabalho, é um contrato realidade. Ou seja, o Juiz irá analisar a relação de emprego, pouco importando o que está no papel.

Também não se confunde o contrato de trabalho com o contrato de sociedade. O empregado e o empregador se unem para um fim comum, como ocorre na sociedade, onde os sócios se unem com a finalidade de obtenção de determinado fim.

Só que no contrato de trabalho não há igualdade na relação.

No contrato de sociedade, os sócios se unem para constituir uma determinada sociedade para a obtenção de um determinado fim, ou seja, uma determinada atividade que vai gerar lucro.

Numa sociedade os sócios se encontram em uma mesma condição. Em algumas sociedades há sócios que possuem mais ações que outros (e isso até pode acontecer), mas o que importa é que no primeiro momento eles estão em igualdade.

No contrato de trabalho o empregado pode até vir a participar dos lucros da sociedade, mas o empregado não participa dos prejuízos. No contrato de trabalho ou na relação de emprego o risco do negócio é sempre do empregador. Em hipótese alguma o empregado participa dos prejuízos da empresa.

O objeto do contrato de trabalho é a prestação de serviços subordinados e não eventuais do empregado ao empregador, mediante o pagamento de salário.

Por tudo isso, inconfundíveis o contrato de sociedade e o contrato de trabalho.

4.5. DO CONTRATO DE TRABALHO INTERNACIONAL

O contrato de trabalho passa a considerar-se internacional da mesma forma que os demais contratos, ou seja, quando existe um elemento de estraneidade, que pode ser a nacionalidade, o local da contratação, o local da prestação de serviços, entre outros.

A globalização, bem como os elementos já comentados que fizeram surgir o direito internacional, é o responsável pelo aumento do número desses contratos de trabalho internacionais.

A contratação de um empregado em um local, para prestação de serviços em outro, com domicílio, ainda, em outra localidade, faz que apareça uma série de leis com possibilidade de serem aplicadas a essa relação de trabalho.

Para solucionar um eventual conflito de normas, deve-se recorrer à fonte primária do direito internacional privado, que é a Lei de Introdução ao Código Civil, que estabelece os elementos de conexão que determinarão a lei aplicável.

Entretanto, para o direito do trabalho, não prevalece o adotado pela LICC, que é a lei do local da contratação, devido ao caráter protetivo e de indisponibilidade de direitos.

O elemento de conexão principal no direito do trabalho é o do local da prestação de serviços, *lex loci executions*, que consta na Súmula n.º 207 do C. TST, a seguir transcrito:

> *207 - Conflitos de leis trabalhistas no espaço. Princípio da "lex loci executionis". (Res. 13/1985, DJ 11.07.1985)*
>
> *A relação jurídica trabalhista é regida pelas leis vigentes no país da prestação de serviço e não por aquelas do local da contratação.*

Privilegia-se, sobretudo, o elemento de conexão referente ao local da prestação do serviço por serem os direitos trabalhistas de ordem pública. O Código de Bustamante, em vigor no Brasil como lei ordinária, caminha no mesmo sentido, já que estabeleceu em seu artigo 118 que:

> *Artigo. 198. Também é territorial a legislação sobre acidentes do trabalho e proteção do trabalhador.*

O artigo 651 da Consolidação das Leis do Trabalho corrobora essa tese, pois impõe a lei do local de trabalho, como veremos:

> *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.*

De fato, esse é o melhor critério quando o empregado é contratado para trabalhar em outro Estado, pois deve-se dispensar o mesmo tratamento a todos os empregados.

Essa é a regra geral, No entanto, existem casos peculiares que comportam exceções, como, por exemplo, quando a legislação esparsa concede proteção a determinada categoria profissional.

Uma das exceções decorre da Lei n.º 7.064/82, cuja análise é o tema-fim deste trabalho e será, ao depois, feita minuciosamente.

Situações interessantes são as daqueles trabalhadores que prestam serviço em mais de uma nação, ou ainda sob nenhuma soberania, como os ferroviários, os marítimos e os aeronautas.

No caso do navio, considera-se a sua bandeira quando ela reflete sua verdadeira nacionalidade. Quando for constatada a existência de atos que visem a fraude para impedir a aplicação dos direitos trabalhistas, os atos serão considerados nulos, conforme dispõe o artigo 9.º da Consolidação das Leis do Trabalho, a saber:

> *Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.*

Os brasileiros que residem em cidades que fazem divisa com outro país, ou países, por vezes prestam serviços na nação vizinha. Nesses casos, deve-se analisar cuidadosamente a hipótese e todas as suas peculiaridades para a decisão mais justa no que se refere à lei a ser aplicada. Na hipótese de o empregador ser brasileiro e o contrato de trabalho ter mais vínculo com o ordenamento jurídico pátrio, nada mais óbvio, justo e equânime do que se empregar o direito brasileiro.

Há uma tendência na aplicação da lei mais favorável ao empregado, por ser esse um dos princípios do direito do trabalho, que poderá ser tanto a do local de execução como outra que tenha relação com o caso, mas essa norma só poderá ser aplicada quando houver uma permissão da legislação.

Para se definir qual a legislação mais favorável, existem duas teorias: a do conglobamento e a da acumulação.

A teoria do conglobamento prevê a análise comparativa de dois ordenamentos jurídicos na seara trabalhista, e aplicar-se-ia o mais benéfico no todo.

A teoria da acumulação verifica direito por direito, e o mais benéfico é concedido ao trabalhador. Essa teoria pode ser feita tanto por artigos, quanto por matérias.

Pensamos ser a teoria da acumulação a forma mais adequada no momento de se adotar a norma mais benéfica, porque ela utiliza-se de cada instituto jurídico por inteiro, sem que haja criação de um novo ordenamento jurídico, como aconteceria na eventualidade da utilização da teoria por artigos.

Interessante é o tema das imunidades dos Estados estrangeiros nas relações de trabalho.

A questão da imunidade merece uma reflexão especial por abordar esta tese o direito internacional, e por conseqüência, as relações entre Estados.

Tem-se que a regra geral é a de que os entes de Direito Público Internacional, quando dentro de território alienígena, gozam do privilégio da imunidade por se configurar um Estado independente, com legislação própria, não se submetendo a jurisdição alheia.

No entanto, ao falar em direito do trabalho, há exceção quanto à imunidade na medida em que os trabalhadores são contratados para prestar serviços aos consulados e embaixadas, ou até mesmo para a pessoa do cônsul ou diplomata, executando atividades sem relação com a finalidade das missões

diplomáticas, não havendo motivos para excluir a responsabilização do Estado, ou de seu representante pelos direitos trabalhistas eventualmente sonegados.

O fundamento da imunidade reside na necessidade de que, ao representar um Estado, a missão diplomática carece de certas prerrogativas para que possa exercê-la a contento, sendo certo que ela, a imunidade, é concedida as nações, e não propriamente à pessoa do seu representante.

Deve-se lembrar que esses privilégios seguem a reciprocidade, princípio esse que norteia todo o direito internacional. Não se pode esquecer que a imunidade decorre da necessidade funcional da missão diplomática.

Em certos casos, há a possibilidade do Estado abrir mão da imunidade, possibilitando, dessa forma, que o seu representante responda pelos atos que praticou.

No entanto, como a imunidade pertence ao Estado, somente ele pode renunciar a ela, podendo ocorrer por meio de acordo, ou até mesmo em caso específico.

Ocorrendo a renúncia à imunidade, aplica-se, por via de conseqüência, a lei do local em que foi descumprida.

Ressalte-se que, conforme o art. 31, item 4, da Convenção de Viena, *a imunidade de jurisdição de um agente diplomático no Estado acreditado não o isenta da jurisdição do Estado acreditante.* Dessa forma, tem-se que ao infringir alguma norma, o agente ira responder por ele em seu país.

Como bem destaca Heen Moon Jo, *a imunidade de Estado (state immunity) refere-se à isenção da jurisdição judiciária e executória pelo Estado, no*

seu território, sobre o Estado estrangeiro e a sua propriedade, com base na igualdade de soberania.[379]

A decisão proferida em sede de Mandado de Segurança, n.º 182/96-P, da lavra deste autor, impetrado por *STEFANO ALBERTO CANAVESIO,* cônsul da Itália, reflete o nosso pensamento, bem como aborda os aspectos históricos relativos a imunidade, *in verbis*:

> *E M E N T A*
>
> *Mandado de Segurança - Imunidade de Jurisdição e Execução*
>
> *Se o impetrante (Cônsul da Itália) contrata empregada para prestação de serviços estranhos ao exercício da função consular, não está isento da competência dos Juízes e Tribunais Civis do país em que funcione, eis que ausente a prática de ato oficial da autoridade acreditada.*
>
> *O empregado doméstico, protegido por contrato de trabalho e por decisão transitada em julgado tem direito à jurisdição e à execução do "quantum debeatur" reconhecido pela coisa julgada. A execução, todavia, em razão da impossibilidade de se destacar os bens pessoais do impetrante daqueles pertencentes ao Consulado Italiano, deverá ser realizada pela via especial de expedição de Carta Rogatória, vez que presentes conceitos de soberania do Estado, da autoridade que roga, e daquela que é destinatária da rogatória.*

[379] JOO, Hee Moon. Introdução ao Direito Internacional. 2.ª ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 254.

MANDADO DE SEGURANÇA impetrado por STEFANO ALBERTO CANAVESIO, Ministro Plenipotenciário de carreira do Ministério das Relações Exteriores da República Italiana, Cônsul Geral para os Estados de São Paulo, Mato Grosso do Sul, Acre e Rondônia, contra ato do Exmo. Sr. Juiz Presidente da 27ª Junta de Conciliação e Julgamento de São Paulo, que determinou a expedição de mandado de citação para pagamento ou oferecimento de bens à penhora, decorrente da sentença transitada em julgado proferida nos autos da Reclamação Trabalhista nº 876/95.

Alega, em resumo, que o ato impugnado viola frontalmente os princípios da independência nacional e da não intervenção, insculpidos no art. 4º da Constituição Federal, bem como a disposição contida no § 2º, do art. 5º da Lei Maior no que se refere aos tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte. Alega, ainda, que a Convenção de Viena, ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 56.435, de 08/06/65, reserva ao Chefe de Missão Diplomática de Governo Estrangeiro, a garantia da imunidade de jurisdição, razão pela qual não poderia ter sido demandado, e muito menos condenado, afigurando-se ilegal a instauração do processo expropriatório de bens pertencentes ao Consulado Geral da Itália.

Concedida a liminar pelo Exmo. Sr. Juiz Presidente deste E. Tribunal, para o fim de sustar a execução até o julgamento do "mandamus" (fls. 20).

O litisconsorte, devidamente citado não se manifestou.

Informações da autoridade apontada coatora (fls. 48/50).

Parecer do Ministério Público do Trabalho (fls. 56/61).

*É o **relatório**.*

V O T O

Inicialmente, como bem adverte o d. representante do Ministério Público do Trabalho "impõe-se, desde logo, fixar a premissa de que o contrato de trabalho firmado entre as partes, como nos dá conta os autos do processo primitivo, traduz uma relação de emprego adstrita ao âmbito residencial do impetrante e sua família. Os serviços prestados pela reclamante, na qualidade de cozinheira contratada pela assessoria residencial do impetrante, não guardam a mínima imbricação com os serviços pertinentes ao múnus consular. Destarte, o questionamento pertinente à imunidade de jurisdição merece ser tratado com a devida cautela, já que, na hipótese, os serviços prestados pelo trabalhador nacional no seio da família diplomática não envolve atos próprios do Estado que envia a missão consular."

A tese da imunidade de jurisdição dos entes de Direito Internacional Público, até o término da segunda grande guerra, reinou de modo absoluto com suporte no princípio "par in parem non habet judicium". Daí por diante, mais precisamente a partir dos anos 70, passou-se a adotar uma concepção restritiva da imunidade, notadamente em questões de natureza trabalhista. Esta situação foi muito bem colocada em decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, em voto da lavra do Ministro Barros Monteiro, publicado no DJ de 03/09/90, Apelação Cível nº 2 (89.8751-7) - Distrito Federal, "in verbis":

"A Jurisprudência do Excelso Pretório apresentava-se uníssona no sentido de que o Estado estrangeiro gozava de imunidade de jurisdição absoluta, animando-se sobretudo no direito costumeiro e na Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, promulgada no País pelo Decreto nº 56.435, de 8 de junho de 1965.

A tese da imunidade jurisdicional absoluta, porém, desgastou-se gradativamente, consoante teve oportunidade de assinalar o então Juiz, hoje Ministro desta Casa, Dr. Jacy Garcia Vieira, em decisão que se acha às fls. 33/52 deste feito e ainda reproduzida na RTJ 111, págs. 953/965, da qual destaco a seguinte passagem, in verbis: "O Mundo Ocidental inteiro rejeitou a teoria da imunidade absoluta e passou a adotar a imunidade relativa ou restrita. Uns, fazendo a distinção entre atos praticados jure gestionis e jure imperii, para só reconhecerem a imunidade aos últimos e outros preferindo enumerar os atos que não gozam de imunidades ou os que estão cobertos por elas. Mas num ponto, todos estão de acordo. A imunidade não alcança os atos praticados pelo Estado estrangeiro, quando este age como um particular ou pratica atos de comércio." (fls. 39)

As Convenções de Viena sobre "Relações Diplomáticas" e sobre "Relações Consulares" aplicam-se tão-somente aos agentes diplomáticos e aos funcionários consulares, como destacou V. Exa., Sr. Presidente, em seu lúcido e brilhante voto, nos termos dos arts. 31 e 43 de uma e outra Convenção, respectivamente. A imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro assentava-se exclusivamente no direito consuetudinário, na conformidade, aliás, com o primitivo pronunciamento do

então Procurador da República, Dr. Francisco Rezek (RTJ 66, pág. 728) e, ao depois, com o voto que S. Exa. prolatou na qualidade de Ministro do STF em data de 31.05.89, de cujas notas taquigráficas se colhe o seguinte excerto: "Numa vertente, temos as imunidades pessoais resultantes das duas Convenções de Viena, de 61 e de 63, ambas em vigor para o Brasil e relacionadas a primeira com o serviço diplomático e a segunda com serviço consular. Quando se cuide, portanto, de um processo de qualquer natureza, penal ou cível, cujo pretendido réu seja membro do serviço diplomático estrangeiro aqui acreditado, ou em determinadas hipóteses bem reduzidas do serviço consular estrangeiro, operam em sua plenitude textos de Direito Internacional escrito, Tratados, que, num certo momento, se convencionam lá fora e que entraram em vigor para o Brasil, sendo aqui promulgados. Ficou claro, não obstante, que nenhum dos dois textos de Viena, do romper da década de 60, dizem da imunidade daquele que, na prática corrente, é o réu preferencial, ou seja, o próprio Estado estrangeiro. Com efeito, o que nos evidencia a observação da vida judiciária é que raríssimas vezes alguém intenta propôr no Brasil ação diretamente contra determinada pessoa física, a de um diplomata ou cônsul imune. O que mais vemos são demandas dirigidas contra pessoa jurídica de direito público externo, contra o Estado estrangeiro, e essa demandas, quando não têm índole trabalhista, o que ocorre em 75% dos casos, têm índole indenizatória e dizem respeito à responsabilidade civil. Quanto a essa imunidade, a do Estado estrangeiro, não mais a dos seus representantes cobertos pelas convenções de Viena, mas a do Estado estrangeiro, o que dizia esta Casa antes da

década de 70 e ficou bastante cristalino no começo da década de 70? Essa imunidade não está prevista em nenhum texto de Direito Internacional Público, em nenhuma forma escrita de Direito Internacional Público. Ela resulta, entretanto, de uma antiga e sólida regra costumeira do Direito das Gentes."

Só que tal regra prevalente no direito consuetudinário não mais subsiste nos tempos hodiernos, mormente após a celebração da Convenção Européia de 1974, do "Foreign Immunities Act", dos EEUU, e do "Foreign States Immunities Act", do Reino Unido, todos aludidos por V. Exa. e pelo eminente Ministro Francisco Rezek.

A imunidade de jurisdição passou a não ser mais absoluta na ordem internacional: não existe mais regra sólida de direito costumeiro, a partir do momento em que dela desertaram os Estados Unidos da América, a Grã-Bretanha e vários outros países da Europa Ocidental (voto citado do Ministro Rezek).

Há, é certo, dificuldades em traçar a fronteira precisa entre os atos praticados "jure imperii" dos atos praticados jure gestionis, tanto que tal distinção, a rigor, é abandonada pela doutrina, uma vez que a exata qualificação de um e outro dependem de critérios subjetivos de cada intérprete. Todavia, menos certo não é que as causas relacionadas com o Direito do Trabalho e com o Direito Civil indenizatório não se compreendem entre aquelas cobertas pela imunidade de jurisdição e isto desde a mencionada Convenção Européia de 1974. (grifo nosso)

Observo que a E. Terceira Turma deste Tribunal também acolheu a posição adotada pelo Min. Francisco Rezek, consoante feliz síntese exposta pelo

Relator da Apelação Cível nº 7-BA, Ministro Eduardo Ribeiro, neste termos: "Salientou S. Exa. (Min. Francisco Rezek) que inaplicáveis as Convenções de Viena que versam sobre imunidade pessoal, não dizendo com a dos Estados. Esta resultaria de costumes internacionais. Ocorre que estes não mais consagram o princípio da imunidade absoluta, afastado por Convenção européia e pelo direito interno britânico e americano. Passou-se a distinguir conforme a natureza do ato, excluindo-se da incidência daquele princípio os que dissessem apenas com relações rotineiras, travadas entre o Estado estrangeiro, representado por seus agentes, e os súditos do país em que atuam. Ora, se a adoção do princípio entre nós, devia-se apenas a regra costumeira internacional, não poderia subsistir quando tais princípios sofriam exceções significativas e abrangentes de hipóteses como a ora em julgamento."

Idêntica solução acaba de ser adotada por aquela E. 3ª Turma na Ac. nº 5-SP, Relator o Ministro Cláudio Santos.

Não prospera, de outro lado, a alegação do reclamado no sentido de que a reestruturação de funções nos quadros funcionais de sua embaixada constitua ato de império. O reclamante presta serviços ao Estado alienígena subordinado à lei brasileira. Não cabe, assim, exigir dele que se dirija a judiciários estrangeiros para o fim de ver reconhecidos os seus direitos. como concluiu o Magistrado e Professor Osíris Rocha em trabalho publicado na Revista Ltr 37/600 - 602, "é justiça, portanto, que tais contratos sejam submetidos à lei brasileira, à nossa CLT e à nossa Justiça, porque, não se tratando de contratos visando a serviço diplomático, escapam à incidência das normas de imunidade e, inclusive, àquelas

da Convenção de Viena sobre Relações Consulares" ("Reclamações Trabalhistas contra Embaixadas: uma competência inegável e uma distinção imprescindível", Ltr 37, pág. 602).

Nessas condições, afasto na hipótese sub judice a alegada imunidade jurisdicional do Estado Estrangeiro, acompanhando o voto de V. Exa., Sr. presidente e retificando a minha manifestação precedente. como V. Exa., desde que incontroversa a guaestio facti que, ademais, se acha corroborada pela documentação de fls. 7/8, nego provimento à apelação.

É como voto."

Como se vê, a lei internacional, a doutrina e a jurisprudência dos Tribunais caminham no sentido de que a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro é restrita, não alcançando as causas resultantes de atos jure gestionis.

Confira-se o contido na Convenção de Viena em seu artigo 43:

"1 - Os funcionários consulares e os empregados consulares não estão sujeitos à jurisdição das autoridades judiciárias e administrativas do Estado receptor pelos atos praticados realizados no exercício das funções consulares.

2 - As disposições do § 1º do presente artigo não se aplicarão, entretanto, no caso de ação civil:

a) que resulte de contrato que o funcionário ou empregado consular não tiver realizado, implícita ou explicitamente como agente do Estado que envia..." (grifos nossos)

Na mesma linha, o Código de Bustamante, estabelece em seu artigo 338:

"Os cônsules estrangeiros não estarão isentos da competência dos juízes e tribunais civis do país em que funcionem, exceto quanto aos seus atos oficiais."

No vertente processo, o impetrante (Cônsul Geral da República Italiana) ao contratar a ex-empregada para desempenhar as funções de cozinheira no âmbito residencial, agiu, como bem salientado no parecer ministerial, "na condição idêntica ao particular, e, como tal, fez atrair sobre o contrato celebrado por sua assessoria as normas de regência sobre relações trabalhistas nacionais, posto que na relação contratual em foco as partes estão posicionadas juridicamente em condição de igualdade, cada qual detentora de direitos e obrigações, donde se traz à tona o princípio segundo o qual: "par in parem non habet imperium".

Diante deste contexto, não há como reconhecer qualquer violação a direito líquido e certo do impetrante no que tange à alegada imunidade absoluta da jurisdição, vez que a questão se encontra superada pela jurisprudência predominante dos Tribunais Superiores do Brasil.

Por o

utro lado, não obstante o caráter restritivo da imunidade, é certo que a exequibilidade da decisão transitada em julgado poderá acarretar alguns problemas.

Não se diga, contudo, ser ela impossível como apregoado pelo Ministério Público do Trabalho. É que a execução "in casu", deverá observar parâmetros estruturais próprios e distintos da execução comum.

Melhor explicando: -em face da impossibilidade de se destacar os bens pessoais do impetrante daqueles pertencentes ao Consulado Italiano, os atos tendentes ao cumprimento da coisa julgada devem ter procedimento e encaminhamento na forma do regramento do Direito Internacional, qual seja, expedição de Carta Rogatória ao Estado a que pertence o Cônsul acreditado.

Reconhece-se, desde logo, a dificuldade de cobrança em razão de estarem presentes princípios informadores que envolvem a soberania recíproca proveniente do Estado que roga e do destinatário da rogatória.

Esta é a única forma que se nos afigura possível para a execução com o intuito de evitar melindrar o Estado estrangeiro que poderia sentir-se ameaçado na hipótese de tentativa de constrição de seus bens.

Em vista do exposto, CONCEDO PARCIALMENTE a segurança, para determinar que a execução prossiga na forma preconizada no fundamento deste voto, através de Carta Rogatória, via de conseqüência CASSO a liminar concedida às fls. 20.

Custas sobre o valor ora arbitrado de R$4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais).

NELSON NAZAR

DIREITO ECONÔMICO E O CONTRATO INTERNACIONAL DE TRABALHO

2ª PARTE

DOUTORADO – Direito das Relações Econômicas Internacionais

PUC/SP

São Paulo - 2007

5. DA LEI N.º 7.064, DE 06 DE DEZEMBRO DE 1982

A Lei n.º 7.064, de 06 de dezembro de 1982, oferece um roteiro precioso para o deslinde de problemas que outrora eram solucionados tão-somente pelos princípios gerais do direito do trabalho[1].

Prescreve o art. 1.º, parágrafo único, letras “a” e “b”, do dispositivo em exame:

> *Art. 1.º Esta Lei regula a situação de trabalhadores contratados no Brasil, ou transferidos por empresas prestadoras de serviços de engenharia, inclusive consultoria, projetos e obras, montagens, gerenciamento e congêneres, para prestar serviços no exterior.*
>
> *PARÁGRAFO ÚNICO. Fica excluído do regime desta Lei o empregado designado para prestar serviços de natureza transitória, por período não superior a noventa (90) dias, desde que:*
>
> *a) tenha ciência expressa dessa transitoriedade;*

---

[1] *4. Antes da promulgação da Lei 7.062/82, as empresas usavam das seguintes técnicas: a) aliciamento do trabalhador nacional sem CTPS assinada mas com um contrato salientando que a atividade se exerceria no estrangeiro após a chegada do trabalhador; b) eliminação dos ônus previdenciários com a inscrição pertinente, no Brasil, pelo empregado como contribuinte em dobro ou autônomo; c) e falta de reconhecimento do FGTS eis que o instituto era desconhecido e inexistente.*
4.1. Daí surgiram as duas grandes pretensões básicas dos trabalhadores quando voltavam ao nosso país: a) devolução de metade do valor do INSS recolhido; b) pagamento do valor do FGTS.
E tudo isto representava imenso risco financeiro para os empresários do setor que se viam envolvidos em inúmeras reclamatórias. A questão atingiu tal vulto que em algumas cidades como Belo Horizonte, por exemplo, surgiram escritórios de advocacia dedicados exclusivamente a essa área. (ROCHA, Osiris, *Contrato de Trabalho Internacional: uma reanálise da lei regedora*. **Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho**. 11.ª ed., São Paulo: LTr, 1995, p. 83).

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.

Quer nos parecer que o art. 1.º da lei em exame tem caráter abrangente e não exclui qualquer espécie de mão-de-obra a ser locada no exterior, apesar de poder parecer, à primeira vista, que a lei estaria voltada tão-somente para as empresas de engenharia e prestadoras de serviços e consultoria. O argumento fundamental que milita em favor de tal interpretação pode ser extraído do art. 5º, nº I, da Constituição Federal, em que encontramos os principais caminhos para uma reta interpretação do princípio da igualdade, conjugado com a disposição abrangente do art. 7º do mesmo texto legal, que assegura a todos os trabalhadores, sem distinção, os direitos relacionados em seus números.

Fosse o art. 1.º voltado exclusivamente para as empresas de consultoria, engenharia e congêneres, inexistiria necessidade formal de edição da regra contida na lei. Isso porque, como se sabe, o direito de trabalho é o único ramo da ciência jurídica que vislumbra a possibilidade de legislar pela vontade das categorias componentes de cada profissão ou atividade, com força de lei, e obrigando as partes formal e materialmente, como se lei fosse. Tal ilação pode ser retirada do art. 142, e §§, da Carta Magna, sendo certo que, se o instrumento de proteção contido no artigo da lei em exame estivesse voltado apenas a uma categoria profissional ou de atividade, poderia ser obtido de forma mais rápida e com igual eficácia por meio de um acordo coletivo em que fossem intervenientes

empregadores, empregados, sindicatos de categoria, além do ato homologatório do Ministério do Trabalho e da Previdência Social[2].

O parágrafo único desse artigo cuida da prestação de serviços transitórios, definindo-os como aqueles prestados por tempo não superior a 90 (noventa) dias, e introduz duas condições, a nosso ver, de ordem pública, para a locação do empregado brasileiro no exterior: 1.ª) a ciência de que os serviços serão transitórios; e 2.ª) a percepção obrigatória de passagem de ida e volta, além de diárias, durante o período de trabalho no exterior, excluindo expressamente do pagamento de tais verbas a natureza salarial, seja qual for seu valor, revogando, nesse ponto, a Consolidação das Leis do Trabalho, que determina serem partes integrantes do salário as ajudas de custo costumeiramente pagas, quando ultrapassam 50% (cinqüenta por cento) do valor do salário dos empregados. Excepcionou, portanto, o conteúdo da regra geral do art. 457, § 1.º, da CLT.

---

[2] *Admite a doutrina, contudo, pelo menos uma exceção a essa regra (lex loci executionis). Trata-se da hipótese de contratação de trabalhador domiciliado no país por empresa nacional, para prestação de serviço no exterior. Nesse caso, devem ser observadas, durante a vigência do contrato, também as garantias mínimas decorrentes das lei do país das partes contratantes, sem prejuízo da aplicação das condições de trabalho mais favoráveis do país de prestação de serviço.*
Tal solução acolhida, no Brasil, pelo Lei n. 7.064/82, dirigida originariamente aos empregados de empresas prestadoras de serviços de engenharia. Como, porém, enuncia essa norma princípio geral em matéria de conflito de leis trabalhistas, admite-se aplicação analógica de suas disposições "em qualquer hipótese em que trabalhadores domiciliados no Brasil sejam mandados para o exterior, ou em virtude de transferência ou em decorrência de contrato adrede celebrado para o apontado efeito". Em conseqüência, sujeitam-se às condições mínimas impostas pela citada lei os contratos de empregados que, domiciliados, no Brasil, sejam transferidos para o exterior ou lá contratados, por empresas brasileiras, para prestar serviços fora do país (MALLET, Estevão. *Conflito de leis trabalhistas no espaço e globalização.* **Revista LTr**. São Paulo: LTr, março/1998, ano 62, n. 03, p. 332).
Magano entende *que, por analogia, deve ser aplicada em qualquer hipótese em que trabalhadores domiciliados no Brasil sejam mandados para o exterior, ou em virtude de transferência ou em decorrência de contrato adrede celebrado para o apontado efeito.* (MAGANO, Octavio Bueno. *Conflito de leis trabalhistas no espaço*. **Revista LTr**. São Paulo: LTr, agosto/1987, ano 51, p. 919).

> *Art. 2.º 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.*

O inciso I desse dispositivo parece delegar ao poder de comando da empresa a verificação da necessidade ou não da transferência do empregado para prestação de serviços no exterior. É o que se depreende da leitura da primeira alínea do inciso, que está a dizer que. salvo nos casos de transferências abusivas ou punitivas, poderá a empresa determinar que seu empregado venha a prestar serviços em outro país, isso porque não é possível interpretar isoladamente texto de lei, sem risco de incidência em erro. A interpretação deve ser sistemática, sendo, a esse propósito, o recurso ao subsídio da CLT útil e necessário. Entendemos que, por esse motivo, para ser a transferência válida e legal, seus propósitos devem estar claramente contidos no contrato de trabalho, com cláusula expressa autorizadora da transferência do empregado. Assim, como vem entendendo a jurisprudência dominante, até o presente momento, para transferências no Brasil, havendo cláusula expressa, será possível remover o empregado para outro país, incumbindo ao obreiro o ônus da prova de que referida transferência teria ocorrido de forma abusiva

e ilegal. A regra seria similar à vigente no âmbito do território brasileiro, por analogia sistemática.

O inciso II refere-se a empresas componentes do mesmo grupo, formando *holding*, ou a empresas que participem acionariamente da companhia brasileira e que tenham personalidade jurídica distinta dessa, ou a qualquer empresa, desde que queira o empregador manter o vínculo trabalhista do empregado no Brasil.

O último inciso do § 2.º refere-se a prestador de serviços para empresas brasileiras que possuam filial ou subsidiária no exterior, onde serão prestados os serviços após a transferência.

> *Art. 3.º 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 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 do Tempo de Serviço (FGTS) e Programa de Integração Social (PIS/PASEP).*

Interessante a novação teórica consignada nesse artigo 3.º, incisos e parágrafo. Vejamos: a lei assegura dupla proteção ao empregado removido para o exterior, quais sejam: as contidas nesta lei e nas legislações do país alienígena que está abrigando o trabalhador.

O inciso II do artigo alberga, claramente, a teoria da lei mais favorável ao empregado, mormente no que diz respeito à percepção de direitos[3]. Nesse ponto, derrogou parcialmente a regra do art. 651 da CLT, que estabelece a regra do *locus*

---

[3] Exemplifique-se com as seguintes jurisprudências:
CONFLITO DE LEIS TRABALHISTAS NO ESPAÇO- ENUNCIADO Nº 207/TST- LEI Nº 7.067/82. 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 contracti, consubstanciado no Enunciado n.º 207 do TST. (TST, 3ª Turma, Proc. n.º 376707/1997.1, Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, j.12.12.2001, DJ 05.04.2002.)
A exemplo da observação consignada pelo Regional, o reclamante foi contratado por empresa brasileira para prestação de serviços na Guiana Francesa. Tal situação amolda-se à previsão encerrada na Lei nº 7.064/82, sendo certo que esta assegura ao trabalhador não só direitos por ela abarcados, como também a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, sempre que for demonstrado ser mais favorável que a legislação territorial, no conjunto de normas e em relação a cada matéria, "independentemente da observância da legislação do local da execução dos serviços" (art. 3º, inciso II). Do quadro erigido evidencia-se a inexistência de ofensa ao art. 14 da Lei nº 7.064/82, porquanto a aplicação da lei brasileira, quando mais benéfica, é determinada pela própria legislação em comento.
Quanto ao Enunciado nº 207 do TST, não o considero contrariado, pois a premissa fática nele identificada não guarda identidade com a hipótese dos autos. De fato, o princípio da lex loci executionis, contemplado na aludida orientação, refere-se à situação em que o trabalhador é contratado no exterior para prestar serviços no próprio local da contratação; diferentemente, pois, do caso em tela, em que o reclamante foi contratado por empresa sediada no Brasil para prestar serviços no exterior (Guiana Francesa). (TST, 1ª Turma, Proc. n.º 391223/1997, Rel. Min. Ronaldo Leal, j.03.04.2002, DJ 10.05.2002.)

regit actum, ou seja, a regra preponderante era a de que a legislação aplicável seria sempre a do local da prestação de serviços, sendo certo que o presente dispositivo visa estender os benefícios da legislação obreira ao lado mais favorável. Poderíamos perguntar, então: seria o inciso II da lei aplicável, tomando-se em conta as regras de limitação de competência e de soberania dos Estados? A resposta a essa questão nos é oferecida pela própria, quando interpretada sistematicamente. O art. 13, do Cap. III, ordena que só poderão ser contratados para prestar serviços no exterior empregados ligados à empresa de cujo capital participe, com pelo menos 5% do capital social, pesso jurídica domiciliada no Brasil. Eis aí a exeqüibilidade, a eficácia potencial do inciso mencionado, muito embora sempre limitada à participação de capital da empresa sediada no Brasil, no tocante aos direitos do empregado cujos serviços são locados no exterior. O limite de execução de qualquer sentença para efetivo cumprimento da lei é a disponibilidade que a empresa alocadora dos serviços possua em território brasileiro. Desse modo, sempre será possível ao empregado reclamar direitos oriundos da lei, quando de seu retorno ao território brasileiro.

Outra questão importante decorrente do exame desse dispositivo diz respeito à prescrição para a reclamação de direitos. Vamos supor que um empregado passe cinco anos no exterior e, quando de seu retorno, queira reclamar direitos decorrentes da novel legislação. Estaria limitado a reclamar pelos dois anos pretéritos? Ou poderia ele reclamar por todo o período em que esteve locado no exterior?

Essa é uma questão bastante melindrosa, que envolve prescrição e decadência do direito. Poderíamos resumi-la da seguinte forma: o direito não

protege aquele que dorme. Por tal motivo, por uma questão de tranqüilidade social, estabelece regras atinentes ao prazo para a sua postulação. No caso do direito do trabalho, a regra geral está contida no art. 11 da CLT. Trata-se de uma regra de ordem pública e inderrogável pela vontade das partes. Aparentemente, o empregado só poderia postular direitos referentes aos dois anos pretéritos.

Ocorre, todavia, que o pressuposto, o antecedente lógico que informa a regra da prescrição, é a possibilidade do exercício do direito sem restrições. Ora, ocorre que, ao tempo em que o empregado está removido ou locado no exterior, não pode, mesmo querendo, postular os direitos referentes a essa lei, de vez que a aplicabilidade da norma *sub exame* só teria eficácia no país estrangeiro se aprovada por um tratado bilateral, via de regra endossado pelo poder legislativo do país alienígena, o que certamente não ocorrerá na grande maioria das nações que mantêm intercâmbio de serviços com o Brasil. Assim sendo, estaria o empregado temporariamente impossibilitado do exercício do direito albergado pela legislação indígena. Destarte, lícito é concluir que, independentemente de qualquer atitude formal do empregado, não corre prescrição contra ele, enquanto locado no exterior. Diríamos, então, que esta é uma exceção implícita e sistemática à regra da prescrição contida no diploma consolidado (art. 11). É bem verdade que as exceções às regras da prescrição têm sido feitas por meio de leis que derrogam ou alteram a regra geral, como é o caso dos horistas, o da prescrição das férias, e assim por diante. Todavia, entendemos, *data maxima venia*, ser possível a inserção da presente exceção sistemática, cuja contradição com o texto contido na CLT é apenas aparente, uma vez que o pressuposto lógico do exercício do direito reside, em essência, na possibilidade de seu exercício.

Como conseqüência e decorrência da dupla proteção albergada pela lei (brasileira e estrangeira), podemos extrair, da redação do parágrafo único, além da extensão dos direitos da Previdência Social, FGTS, e participação no Programa de Integração Social, a possibilidade de existência de outros direitos paralelos ainda não conhecidos, ou pouco divulgados, no seio de nossa comunidade, tais como: complementação de aposentadoria do tipo *pension plan*, muito divulgada e usada em larga escala nos países mais desenvolvidos, como Inglaterra, Estados Unidos e Alemanha, que asseguram ao empregado vantagens adicionais, como a complementação de vencimentos e prêmios, e proporcionam aposentadoria e pensões a limites que ainda desconhecemos em nosso país.

> *Art. 4.º Mediante ajuste escrito, empregador e empregado fixarão os valores do salário-base e o do adicional de transferência.*
>
> *§ 1.º O salário-base ajustado na forma deste artigo fica sujeito aos reajustes e aumentos compulsórios previstos na legislação brasileira.*
>
> *§ 2.º O valor do salário-base não poderá ser inferior ao mínimo estabelecido para a categoria profissional do empregado.*
>
> *§ 3.º Os reajustes e aumentos compulsórios previstos no parágrafo primeiro incidirão exclusivamente sobre os valores ajustados em moeda nacional.*

O disposto nesse artigo dá às empregadoras e aos empregados uma faculdade ampla de negociação.

O limite mínimo para ajuda de custo parece continuar a coincidir com o percentual de 25% (vinte e cinco por cento), referente ao adicional de transferência, conforme estipulado no art. 469, § 3.º, da CLT, de vez que as transferências de que trata a lei estão voltadas preponderantemente para as remoções provisórias para o exterior.

O mesmo, porém, não se pode afirmar quanto ao grau máximo da ajuda de custo e do pagamento das prestações *in natura*, pois estas não têm limite máximo para a fixação (v. a propósito a Súmula n.º 258 do TST):

> *SALÁRIO UTILIDADE — PERCENTUAIS*
>
> *Os percentuais fixados em lei relativos ao salário in natura apenas se referem às hipóteses em que o empregado percebe salário mínimo, apurando-se, nas demais, o real valor da utilidade.*

Isso quer dizer: o empregador poderá ajustar diárias ou ajuda de custo que excedam 50% do salário do empregado, sem correr o risco de que tais verbas passem a integrar a remuneração, salvo no período em que permanecer no exterior. Tal ilação pode ser retirada de uma simples interpretação conjugada do art. 4.º e seus §§ com o art. 10 da lei, que dispõe:

> *O adicional de transferência, as prestações in natura, bem como quaisquer outras vantagens a que fizer jus o empregado em função de sua permanência no exterior, não serão devidos após seu retorno ao Brasil.*

Os dispositivos supracitados são, a nosso ver, uma salutar inovação aos princípios protecionistas contidos na legislação social, pois é sabido que a grande preocupação dos empresários reside no custo que representaria a incorporação, em definitivo, de todos esses benefícios. De um lado, aumenta a capacidade de negociação entre as partes; de outro, afasta-se o espectro de vulneração dos quadros de carreira e do custo da folha de pagamento, quando do retorno do empregado do exterior.

Trata-se de uma solução intermediária entre a possibilidade de remoção indistinta dos empregados de confiança e a incorporação indesejável de vencimento para o estímulo da ida de funcionários de alto nível para prestar serviços alhures.

Os parágrafos desse artigo não trazem maiores novidades, salvo a estipulação de regras de ajuste e de salário, que deverão ser tratados sempre em moeda brasileira e reajustado consoante a legislação indígena em vigor, além de obrigar a adoção do chamado piso salarial, como mínimo legal para a remoção do empregado. Finalmente, estipula que o reajuste deve ser aplicado sempre em moeda nacional, para evitar interpretação dúbia de aplicação de coeficientes de reajuste sobre a moeda estrangeira, o que certamente inviabilizaria um largo período de permanência de qualquer brasileiro no exterior.

> *Art. 5.º O salário-base do contrato será obrigatoriamente estipulado em moeda nacional, mas a remuneração devida durante a transferência do empregado, computado o adicional de que trata o artigo anterior, poderá, no todo ou em parte, ser pago no exterior, em moeda estrangeira.*
>
> *§ 1.º Por opção escrita do empregado, a parcela da remuneração a ser paga em moeda nacional poderá ser depositada em conta bancária.*
>
> *§ 2.º É assegurada ao empregado, enquanto estiver prestando serviços no exterior, a conversão e remessa dos correspondentes valores para o local de trabalho, observado o disposto em regulamento.*

Basicamente o disposto nesse artigo e em seus parágrafos são regras que dizem respeito à conversão e remessa de numerário para o exterior, que certamente deve afinar-se com as regras do Banco Central do Brasil a respeito. Por esse motivo, o § 2.º assegura ao empregado a conversão e envio dos correspondentes valores para o local de trabalho e remete ao regulamento a forma de viabilizar tais remessas, em virtude dos grandes empeços existentes a tais procedimentos na nossa legislação por motivo de dificuldades cambiais. A intenção dos organismos incumbidos de fiscalizar a remessa de dinheiro para o exterior é evitar fraude e negócios simulados. Desse modo, certamente o regulamento deverá

encontrar uma forma de permitir a realização da vontade da lei com controles efetivos, porém sem embaraços intransponíveis.

O ponto interessante e de grande relevância relativo a esse capítulo da lei é o da faculdade contida no art. 5.º de remessa de numerário e ajuda de custo ou do pagamento para o local dos serviços. Conseqüência interessante decorre, principalmente, no tocante ao recolhimento do Imposto sobre Operações Financeiras, que deve ser pago caso tenha que se processar a remessa do pagamento efetuado no Brasil. Isso porque a hipótese de incidência da lei qualifica essa operação como cambial, gerando à empresa mais um encargo: o do pagamento do IOF. É bem verdade que a resolução do Banco Central isenta do pagamento do referido imposto as empresas que faturarem seus serviços no exterior de US$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de dólares), no importe de 10% da referida quantia. Conseqüência prática do que aqui está sendo examinado é que todas as empresas brasileiras que possuírem filial ou sucursal no exterior devem pagar os salários dos empregados removidos por intermédio das referidas filiais ou sucursais, com o intuito de economizar importâncias devidas a título de IOF. Finalmente, deve ser ressaltado que o § 1.º do artigo 5.º dá ao empregado a opção de receber a parcela de remuneração em moeda nacional em conta bancária, bem como prevê o § 2.º a possibilidade de conversão e remessa correspondente ao valor depositado. Isso quer dizer: querendo a empresa se resguardar no tocante ao pagamento da remuneração no exterior, deve tratar com o empregado, por escrito, que as partes optem pela faculdade do *caput* do art. 5.º, no sentido de que toda a remuneração, gratificação, ajuda de custo e outras prestações *in natura* serão pagas ao empregado diretamente na filial situada fora do território nacional.

> *Art. 6.º Após dois anos de permanência no exterior, será facultado ao empregado gozar anualmente férias no Brasil, correndo por conta da empresa empregadora, ou para a qual tenha sido cedido, o custeio da viagem.*
>
> *§ 1.º O custeio de que trata este artigo se estende ao cônjuge e aos demais dependentes do empregado com ele residentes.*
>
> *§ 2.º O disposto neste artigo não se aplicará ao caso de retorno definitivo do empregado antes da época do gozo das férias.*

Eis aí outra inovação de maior importância e de grande alcance social, que representa um verdadeiro limite ao poder de comando do empregador e deve ser observada com a maior atenção, pelos seguintes motivos:

a) já observamos acima que é de pouca relevância saber se a transferência será definitiva ou provisória, em virtude da análise do art. 4.º, combinado com o art. 10.º, da lei;

b) este artigo 6.º encerra um dispositivo de ordem pública de eficácia plena e execução imediata, já que, em caso de recusa de seu cumprimento, poderá ser exigido mediante reclamação trabalhista a ser proposta em território brasileiro. Ou seja, recusando o empregador a conceder férias ao empregado e seus dependentes, com despesas pagas no Brasil, poderá referido empregado fazê-lo às

próprias expensas e ressarcir-se do valor correspondente quando estiver em território brasileiro (princípio da aplicabilidade das leis, já referido acima);

c) após os primeiros dois anos de permanência no exterior, o direito do gozo de férias, no Brasil, passa a ser anual, e o único empeço ao uso de tal prerrogativa está contido no § 2.º, ou seja, quando o empregado retornar antes da época do gozo das férias.

Ainda com relação à questão das férias, temos que observar que continua a critério do empregador a época do gozo das férias após o período aquisitivo, isso porque a lei é silente, remetendo assim, por certo, à CLT, o mandamento subsidiário para interpretação. Relembre-se que a CLT determina que o empregador é quem marca as férias do empregado, no período de 12 meses subseqüentes à época de aquisição (v. art. 136, CLT).

Finalmente, poderíamos questionar se a não concessão das férias no período legal ensejaria o pagamento da dobra. Entendemos que sim, uma vez que o contido em todo o corpo da lei, notadamente no tocante às férias, só possui executoriedade em território brasileiro, sendo portanto exceção à regra do *locus regis actum*. Sendo assim, da mesma forma que concluímos não correr prescrição enquanto o empregado permanece no exterior, emprestamos aqui o mesmo argumento, qual seja: o da impossibilidade de execução ou prerrogativa de prevalecer o direito indígena em território alienígena. Destarte, e por esses argumentos, não se pode afastar a aplicação subsidiária da CLT nesse particular, conforme estipula o *caput* do artigo 137:

> Artigo. 137. *Sempre que as férias forem concedidas após o prazo de que trata o art. 134, o empregador pagará em dobro a respectiva remuneração*".

Por derradeiro, vale notar que os períodos de férias dos dois primeiros anos, que forem gozados no local da prestação de serviço (exterior), devem observar, quanto ao gozo, o que vem contido na legislação local da prestação de serviço e só ensejarão o pagamento da dobra legal nos termos da legislação brasileira se não houver o gozo regular nos termos da legislação estrangeira.

> *Art. 7.º O retorno do empregado ao Brasil poderá ser determinado pela empresa quando:*
>
> *I – não se tornar mais necessário ou conveniente o serviço do empregado no exterior;*
>
> *II – der o empregado justa causa para a rescisão do contrato.*
>
> *PARÁGRAFO ÚNICO. Fica assegurado ao empregado seu retorno ao Brasil, ao término do prazo de transferência ou, antes deste, da ocorrência das seguintes hipóteses:*

a) após três anos de trabalho contínuo;

b) para atender à necessidade grave de natureza familiar, devidamente comprovada;

c) por motivo de saúde, conforme recomendação constante de laudo médico;

d) quando der o empregado justa causa para a rescisão do contrato;

e) na hipótese prevista no inciso I deste artigo.

O artigo 7.º da lei, certamente visando proteger o investimento da empresa, oferece grande discricionariedade ao empregador. E assim é, pois o empregado não pode retornar, salvo casos especiais que analisaremos abaixo, porém o empregador pode determinar o retorno do obreiro quando sua presença não se tornar necessária ou conveniente no exterior. Não estabelece, também, nenhuma punição para o empregado, no caso de retorno do trabalhador, por sua determinação antes do que foi aprazado. Conseqüência normal da análise do inciso I é a impossibilidade de recusa por parte do empregado de retorno ao território brasileiro, se assim lhe for determinado pela empresa.

O segundo caso de rescisão do contrato é a justa causa que pode ser imputada ao empregado. A lei não deixa claro no inciso II se essas justas seriam aquelas arroladas no art. 482 da CLT. Quer nos parecer que, estando o empregado prestando serviços no exterior, a lei brasileira só poderia ser aplicável para o

enquadramento de uma justa causa se houvesse uma remissão expressa do texto à CLT, ou mesmo se tivesse a lei estipulado aquilo que considera como justa causa. Não tenho havido nenhuma remissão, aplica-se neste particular, salvo melhor juízo, a regra geral do DIP, ou seja, a do local da execução dos serviços, que, como pressuposto contido no *caput* do artigo, é sem dúvida a lei estrangeira, pois, ao falar em "retorno do empregado", pressupõe que a justa causa teria ocorrido ainda em território estrangeiro. Logo, poderia ocorrer a hipótese de o empregado questionar a justa causa ensejadora do rompimento do contrato mediante o foro alienígena, o que poderia causar embargos à sucursal ou filial da empresa. Não quer isso dizer que o foro brasileiro seria incompetente para examinar essa questão, mas seria um caso típico de incompetência relativa com possibilidade de prorrogação do foro, em caso de não ocorrer a exceção de incompetência por uma das partes. É claro que o empregado escolherá no caso a legislação que lhe seja mais benigna para o exame da questão, pois uma justa causa arrolada em nossa legislação pode não ser na estrangeira, e vice-versa.

A prova de que existiu uma omissão do legislador nesse ponto está na própria seqüência do art. 7.º, a partir do parágrafo único, letras "a", "b", "c", "d" e "e". O parágrafo único assegura o retorno ao Brasil, após o término do prazo da transferência, ou antes deste, quando o empregado trabalhar por três anos continuamente no estrangeiro, para atender necessidade grave e de natureza familiar; quando der o empregador justa causa para a rescisão do contrato (e aqui deve ser aplicado o mesmo raciocínio que expusemos acima para a justa causa do empregado, e na hipótese do inciso I – conveniência do empregador).

A intenção de relevar o problema da justa, nesse ponto dos comentários, reside na possibilidade de existência de conflitos negativos ou positivos de jurisdição que poderão ocorrer no futuro, quando da apreciação de tais questões; não seria demasiado, portanto, que, ao regulamentar a lei em seus artigos 5.º, § 2.º, 9.º, §§ 1.º e 4.º, e 12, fizesse o legislador que o disposto nos incisos supracitados uma regra em favor da maior clareza que viria a beneficiar a celeridade de solução dos conflitos porventura existentes. A lei já adotou, em outros princípios derrogadores das regras gerais, até agora conhecidas (como o adotado no art. 3.º, parágrafo único, e incisos I e II, art. 4.º e §§), não se justificando, portanto, a omissão quanto ao ponto tão importante, como o ora examinado.

> *Art. 8.º Cabe à empresa o custeio do retorno do empregado.*
>
> *PARÁGRAFO ÚNICO. Quando o retorno se verificar, por iniciativa do empregado, ou quando der justa causa para rescisão do contrato, ficará ele obrigado ao reembolso das respectivas despesas, ressalvados os casos previstos no parágrafo único do artigo anterior.*

O artigo 8.º e seu parágrafo único encerram um comando só conhecido por decisões esparsas da jurisprudência, atinentes ao reembolso, reposição do numerário investido no empregado à empresa, por retorno antecipado ou rescisão do contrato por justa causa. É sem dúvida uma recomposição do patrimônio da

empresa mediante apuração de perdas e danos decorrentes, não de uma falta grava tão-somente, mas de reembolso do investimento e dos custos que o empregado representou para a empresa, em caso de descumprimento da avença por este em relação àquela.

Sob o ponto de vista processual, a empresa poderia obter do empregado o reembolso contido no parágrafo único do art. 8.º por meio de duas possibilidades: sob a forma reconvencional ou sob a forma de ação direta de indenização, cuja competência exclusiva, salvo melhor juízo, seria a da Justiça do Trabalho.

Não é novidade, em nosso direito, a titularidade ativa do empregador contra o empregado, haja vista a possibilidade, hoje quase unanimemente reconhecida por nossos tribunais, do cabimento da reconvenção, e, em alguns casos, do cabimento da ação direta de cobrança, desde que o título jurídico em questão seja, indubitavelmente, um título jurídico trabalhista. Os que defendem a teoria da possibilidade da ação direta do empregador contra o empregado, na Justiça do Trabalho, têm no art. 8.º um eloqüente argumento, subordinado, é claro, ao contido no disposto no art. 114 do Texto Magno, que se refere à competência da Justiça do Trabalho, usando os termos trabalhadores e empregadores, e não trabalhadores contra empregadores.

> *Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (Artigo alterado pela Emenda Constitucional nº 45, de 08/12/2004)*
>
> *I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da*

administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; (Inciso acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45, de 08/12/2004)

II - as ações que envolvam exercício do direito de greve; (Inciso acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45, de 08/12/2004)

III - as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores; (Inciso acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45, de 08/12/2004)

IV - os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição; (Inciso acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45, de 08/12/2004)

V - os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o; (Inciso acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45, de 08/12/2004)

VI - as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho; (Inciso acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45, de 08/12/2004)

VII - as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de

fiscalização das relações de trabalho; (Inciso acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45, de 08/12/2004)

VIII - a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir; (Inciso acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45, de 08/12/2004)

IX - outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei. (Inciso acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45, de 08/12/2004)

§ 1º - Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

§ 2º - Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente. (Inciso alterado pela Emenda Constitucional nº 45, de 08/12/2004)

§ 3º Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito. (Parágrafo incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98 e alterado pela Emenda Constitucional nº 45, de 08/12/2004)

Ressalte-se, finalmente, que independentemente da questão acima ventilada sobre a titularidade ativa do empregador, sem sombra de dúvida poderá ele compensar, quando do acerto de contas do empregado, as quantias que lhe roem devidas, em razão do disposto no parágrafo único do art. 8.º.

> *Art. 9.º O período de duração da transferência será computado no tempo de serviço do empregado para todos os efeitos da legislação brasileira, ainda que a lei local de prestação do serviço considere essa prestação como resultante de um contrato autônomo e determine a liquidação dos direitos oriundos da respectiva cessação.*
>
> *§ 1.º Na hipótese de liquidação de direitos prevista neste artigo, a empresa empregadora fica autorizada a deduzir esse pagamento dos depósitos do FGTS em nome do empregado, existentes na conta vinculada de que trata o art. 2.º da Lei n. 5.107, de 13 de setembro de 1966.*
>
> *§ 2.º Se o saldo da conta a que se refere o parágrafo anterior não comportar a dedução ali mencionada, a diferença poderá ser novamente deduzida do saldo dessa conta, quando da cessação, no Brasil, do respectivo contrato de trabalho.*
>
> *§ 3.º As deduções acima mencionadas, relativamente ao pagamento em moeda estrangeira, serão*

> *calculadas mediante conversão em cruzeiros ao câmbio do dia em que se operar o pagamento.*
>
> *§ 4.º O levantamento pelo empregador, decorrente da dedução acima prevista, dependerá de homologação judicial.*

Mais uma vez, a lei do art. 9.º adota o princípio de aplicação do dispositivo mais favorável ao empregado. Destarte, manda inserir no tempo de serviço do empregado, para todos os efeitos da legislação brasileira, o tempo de serviço no exterior, deslocando para competência territorial indígena, de forma preponderante e com exclusão da legislação menos benéfica, a proteção da íntegra do tempo de serviço do empregado. Tal competência se estende, também, ao direito adjetivo, como decorrência lógica do mandamento nela contido.

Os §§ 1.º e 4.º parecem inseridos de maneira inadequada no art. 9.º da Lei. Tal assertiva pode ser inferida pela leitura dos mesmos. Assim, o § 1.º fala em liquidação de direito e deveria estar logicamente ligado ao art. 8.º e seu parágrafo único. Na mesma linha, os §§ 2.º, 3.º e 4.º do artigo em apreço.

O art. 9.º, *caput*, encerra uma regra protecionista e excludente da legislação alienígena. Desse modo, as formas de liquidação inseridas em seus parágrafos só podem ter uma referência natural, qual seja, o descumprimento de obrigação arrolada no parágrafo único do artigo anterior, caso contrário estaria flutuando no meio da lei, sem grande finalidade. Ensina o grande Carlos Maximiliano que a interpretação legal, hermenêutica, não pode ser assistemática, nem levar ao

absurdo as conclusões do texto[4]; daí por que só resta uma conclusão ao intérprete: a liquidação dos parágrafos do art. 9.º referem-se ao inadimplemento das obrigações por parte do empregado, quando da ocorrência da hipótese prevista no parágrafo único do dispositivo anterior, mesmo porque a lei é vigente e eficaz a partir de sua edição e regular publicação, produzindo seus efeitos nos termos do sistema jurídico vigente. Veja-se, a propósito, o art. 24 da lei em exame.

> *Art. 10. O adicional de transferências, as prestações* in natura*, bem como quaisquer outras vantagens a que fizer jus o empregado em função de sua permanência no exterior, não serão devidas após seu retorno ao Brasil.*

Reportamo-nos, para interpretação desse dispositivo, ao que já foi dito quando da análise do art. 3.º, o qual foi analisado em conjunto com esse dispositivo da lei.

> *Art. 11. Durante a prestação de serviços no exterior não serão devidas, em relação aos empregados transferidos, as contribuições referentes a Salário-Educação, Serviço Social da Indústria, Serviço Social do Comércio, Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial, Serviço*

[4] ***DEVE O DIREITO SER INTERPRETADO INTELIGENTEMENTE****: não de modo que a ordem legal envolva um* ***absurdo****, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis. Também, se prefere a exegese de que resulte eficiente a providência legal ou válido o ato, à que torne aquela, sem efeito, inócua, ou êste, juridicamente nulo.* (MAXIMILIANO, Carlos. *op. cit*. p. 210).

Nacional de Aprendizagem Industrial e Instituto Nacional de Colonização e de Reforma Agrária.

Trata-se de dispositivo de maior importância, de vez que encerra uma verdadeira isenção de recolhimento de tributos, sem prejuízo dos direitos que o empregado terá, notadamente no tocante ao cômputo do tempo de serviço, conforme disposto nos artigos 9.º, 4.º e 3.º, parágrafo único, acima examinados, cuja intenção visível é o estímulo de exportação de serviços e absorção de tecnologia por parte das empresas nas pessoas de seus empregados.

Entendemos que a nova legislação deveria ter inserido nesse ponto, antes do capítulo da contratação de empregados por empresas estrangeiras, regras atinentes à proteção dos segredos da empresa, notadamente pela absorção de tecnologia pelo empregado no exterior. Como proteção ao empregado e à sua sobrevivência, deveria ser incluído um dispositivo que previsse a proteção de sua subsistência no período em que perdurar a exclusividade de prestação dos serviços, notadamente para funções mais especializadas, predeterminando uma indenização pela impossibilidade do trabalho em concorrentes das empresas contratantes em virtude de cláusula contratual e, ainda, a possibilidade de substituição processual passiva em relação às indenizações devidas pelo empregado, decorrentes de danos por quebra de exclusividade ou divulgação de segredos industriais, pela nova empresa contratante, a qual deveria ter ciência de tais penalidades quando da contratação do empregado de sua concorrente, no período da exclusividade quando do retorno ao Brasil. Fazemos essa menção, pois esse é um problema de grande atualidade, e que pulsa no seio das empresas quando do envio de seus empregados

ao exterior para a absorção de nova tecnologia, para a qual investem muito dinheiro e que não pode ficar à mercê de um rompimento unilateral, que lhes causaria grande prejuízo, mormente se o empregado for insolvente para suportar eventuais indenizações por tais danos. Como prova da existência de tal problema, mencionamos o acórdão proferido pelo C. STF, publicado na *RTJ* n.º 55, cujo texto, pela atualidade e pelo interesse prático, transcrevemos na íntegra, como demonstração do que ora se afirma e como reforço de nossos argumentos para a regulamentação de tal problema por meio do direito positivo, uma vez que, da interpretação dos princípios gerais, podem ocorrer dúvidas e divergências, como aconteceu no acórdão abaixo, entre o Tribunal Superior do Trabalho e o Supremo Tribunal Federal:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 67.653 GB

(Tribunal Pleno)

Relator: Ministro Aliomar Baleeiro

Recorrente: Dental Fillings do Brasil S/A

Recorrido: Carlos Eleutério Ferreira

Liberdade de trabalho — Cláusula pela qual o empregado, que fez cursos técnicos às expensas do empregador, obrigou-se a não servir a qualquer emperras concorrentes nos cinco anos seguintes, ao fim do

contrato. Não viola o art. 150, § 23, da Constituição Federal, o acórdão que declarou inválida tal avença.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos de Recurso Extraordinário n.º 67.653, da Guanabara, em que é recorrente Dental Fillings do Brasil S/A e recorrido Carlos Eleutério Ferreira, decide o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, não conhecer, unânime de acordo com as notas juntas.

Brasília, 20 de maio de 1970 — Oswaldo Trigueiro, Presidente. Aliomar Baleeiro, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro: 1. Trata-se de declaratória trabalhista proposta pelo recorrido, visando à decretação de nulidade da cláusula contratual que lhe vedava, após o término do contrato e durante o prazo de cinco anos, trabalhar quer no Brasil, quer no estrangeiro, por conta própria ou de terceiros, no mesmo ramo da recorrente. A firma exigiu essa cláusula porque treinara, às suas expensas, o recorrido na Inglaterra. A

decisão de f. 102 manteve a cláusula impugnada, confirmada pelo v. acórdão de fl. 124, mas foi reformada pelo v. acórdão de f. 162, em grau de recurso de revista. A empresa ofereceu embargos, os quais não foram conhecidos (f. 162).

Permitam-me dar uma explicação à margem do relatório escrito.

Uma empresa industrial de produtos para cirurgia dentária contratou um técnico português para prestar-lhe assistência e mandou-o, às suas custas, para um longo período na Inglaterra, a fim de que tomasse cursos e aprendesse mesmo a fabricação. Para presumir-se da hipótese de perder essa importância despendida, ou mesmo, para resguardar seus segredos de fabricação, inseriu uma cláusula de que, durante cinco anos, ele não poderia trabalhar em outra firma, naquele mesmo ramo, quer fosse empresa estrangeira, quer brasileira. Trata-se de um químico industrial.

Havendo se desentendido, depois, por causa de salário, o técnico levou o caso à Justiça do Trabalho e esta decidiu que aquela cláusula não vinculava o trabalhador à empresa. Ele podia romper a cláusula de cinco anos.

O caso foi levado à Turma. Suscitou dúvidas e propus a remessa ao Pleno.

2. Recurso Ordinário (f. 166) com fundamento no art. 135 da Constituição Federal de 1967. Alegou a recorrente que o v. acórdão recorrido teria violado o § 23 do artigo 150 da Constituição Federal. O recurso subiu por força do Ag 45.657, em apenso.

3. Nesta instância, a douta Procuradoria-Geral da República (folha 211) manifesta-se nos seguintes termos:

"A Procuradoria-Geral da República reporta-se, data venia, a o pronunciamento do eminente ex-Procurador-Geral da República, Dr. Décio Miranda (f. 53-4) dos autos do agravo de instrumento em apenso e observa, ainda, tratar-se de matéria que dá lugar a recurso extraordinário (Súmula 454).

Se conhecido o recurso, somos pelo não provimento".

É o relatório

ANTECIPAÇÃO AO VOTO ESCRITO

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro (Relator):

Sr. Presidente, quando propus à eg. Turma a remessa deste processo ao Pleno, inspirei-me na relevância que me parece que o caso tem. É uma dessas controvérsias em que se tem que escolher entre a literalidade da Constituição ou os grandes interesses

nacionais que estão subjacentes, e que o Supremo Tribunal Federal pode e deve propiciar.

Do Presidente da República ao mais modesto repórter de província, fala-se em desenvolvimento nacional, a grande aspiração do País, tanto dos que conscientemente falam nisso, como dos que repetem, como aquela ave de grande memória, os estribilhos. Todos querem o desenvolvimento nacional.

Do ponto de vista do desenvolvimento nacional, deveria uma cláusula como esta ser mantida, porque precisamos conhecer todos os segredos da técnica, quer da mecânica, quer sobretudo da química. Há grandes empresas, onde centenas de indivíduos estão pesquisando produtos novos.

VOTO

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro (Relator):

I. douto parecer do eminente Procurador-Geral da República, Décio Miranda, expõe a questão:

"Sustenta-se que é lícita a cláusula pela qual o empregador, que ensinou ao empregado o know how da empresa, lhe impõe a obrigação de não trabalhar no mesmo ramo profissional, pelo prazo de cinco anos após o término do contrato de trabalho.

No Tribunal recorrido, a cláusula foi tida por atentatória à liberdade de trabalho, assegurada no art. 150, § 23, da Constituição.

O agravante vê na decisão a matéria constitucional capaz de alçar o seu recurso extraordinário à consideração do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 135 da Constituição.

É muito interessante a matéria do recurso, mas não vemos como reconhecer tenha sido contrariado o princípio da liberdade de trabalho, precisamente quando a decisão recorrida assegurou essa liberdade. Se o fez com amplitude maior do que, no entender da recorrente, a espécie comportava, ainda assim não terá contrariado o § 23 do art. 150. Terá consistido numa condenação, razoável ou não, do excesso de constrição do outro contraente, mas presumivelmente adequada, vista que foi a espécie por experimentados juízes trabalhistas.

Haverá, na espécie, interpretação que se possa considerar conveniente à liberdade mas contraproducente do ponto de vista do estímulo à transmissão de know how a empregados brasileiros. Nunca, porém, interpretação contrária ao § 23 do art. 150. Este, é certo, poderia ser trazido à colação na hipótese inversa. Isto é, se se admitindo a validade da cláusula. Mas, tendo-se afirmado a liberdade a despeito do

contrato, é óbvio que não se contrariou o dispositivo que a assegura com a só limitação 'das condições de capacidade que a lei estabelecer'.

Em resumo, o caso denuncia a existência de omissão na lei trabalhista, e a conseqüente dificuldade de o solverem os juízes trabalhistas. Não configura, porém, contrariedade à Constituição, capaz de trazer o litígio ao Supremo Tribunal Federal."

II. Em meu voto no Agravo, ponderando que não me cabe discutir a posição moral bem penosa do recorrido, aceitando a troco de custosa viagem a permanência na Inglaterra, para treinamento técnico e conhecimento de segredos industriais, a cláusula impugnada, declarei que, no caso, não me parece ter havido a alegada violação ao art. 150, § 23, da Constituição Federal, na redação de 1967.

Esse dispositivo estatui que "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão..."

O v. acórdão, ao invés de contrariar essa norma, prestigiou-a.

Do ponto de vista do interesse do desenvolvimento nacional, a solução estiolará a aquisição da tecnologia pelos trabalhadores nacionais, pois o procedimento do recorrido, possivelmente indefensável

sob critérios éticos, não encoraja a empresa a arriscar despesas e segredos de fabricação sem um mínimo de garantia.

Mas o remédio para isso não cabe ao Supremo Tribunal Federal. Os próprios industriais entre si busquem na solidariedade de classe o caminho óbvio.

Não conheço do recurso.

ADITAMENTO AO VOTO

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro (Relator): - Sr. Presidente, pensei em trazer o meu voto e pedir as luzes de todos os eminentes Juízes, principalmente do nosso especialista Professor Eloy da Rocha.

O Sr. Ministro Thompson Flores: - Eu apelaria ao eminente Ministro Eloy da Rocha, em cuja homenagem foi trazido o feito a plenário, que S. Excia. desse o seu voto em primeiro lugar.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Eloy da Rocha: - Sr. Presidente, estou de acordo com o eminente Relator. Não conheço do recurso.

A tese é relevante e merecia ser trazida ao Supremo Tribunal, em reunião plenária. Não tendo lembrança de que problema dessa natureza haja sido examinado pelo Supremo Tribunal.

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro (Relator): - Não encontrei nenhum precedente.

O Sr. Ministro Eloy da Rocha: - Mas o problema é velho. Carvalho de Mendonça, no Direito Comercial, estudou a chamada cláusula de concorrência, ou de não concorrência.

Cuida-se, aqui, de comportamento de trabalho. A conduta do empregado, durante o contrato, a respeito de questão análoga, é prevista na Consolidação das Leis do Trabalho, art. 482, letras c e g. Na letra c, veda-se atividade do empregado que possa importar ato de concorrência ao empregador. Na letra g, inclui-se como uma das faltas graves do empregado a violação de segredo da empresa. A cláusula ou pacto de não concorrência refere-se a período posterior.

Merece ser considerada, a propositura, a lição de Carvalho de Mendonça (Tratado de Direito Comercial Brasileiro, Vol. II, edição de 1911, número 462, p. 462-463):

“Dissemos que podiam ser estipuladas no contrato de emprego no comércio obrigações de natureza particular.

A esse respeito aparece a questão: é lícito o pacto pelo qual o preposto se obriga a, quando despedido, não se empregar em outra casa, que explore indústria idêntica ou não exercer a profissão comercial?

Esse pacto é de ordinário chamado cláusula de concorrência.

Conforme a opinião radical, esse pacto é nulo por ofender a liberdade de trabalho e de comércio, garantido constitucionalmente. Ele obrigaria o preposto a trabalhar forçadamente na casa do preponente, pois o privaria dos meios de prover honestamente a subsistência. A ordem pública repeliria esse pacto, que importa na condenação à ociosidade.

Outra opinião, porém, conciliando os interesses do preposto com os preponentes, é pela validade do pacto, desde que limitado no tempo e no espaço.

O que se não pode admitir em absoluto é a restrição perpétua, que evitaria o livre progresso e o melhoramento individual e privaria o direito à existência. O direito ao trabalho não é outra coisa que o direito à vida.

O pacto pode ser tolerado, uma vez que não inutilize o futuro do preposto. Para a sua validade são essenciais as limitações de lugar e de tempo, sendo, quanto a este, bom critério não exceder o período de duração efetiva do contrato."

Em atenção ao princípio constitucional de liberdade de trabalho, ou ao direito ao trabalho, não será admissível cláusula de não concorrência, sem tais limitações. Não será lícito impedir o empregado de exercer determinada atividade, sem limitação de tempo e espaço. É claro que a limitação se restringirá, igualmente, ao objeto de atividade do empregado.

O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro (Relator): - Permite V. Excia. uma pequena interrupção? No final da cláusula uma sanção: o pagamento da multa correspondente ao total de um ano de salários, se acaso ocorrer inadimplemento por parte do trabalhador.

O Sr. Ministro Eloy da Rocha: - No caso, a discutida cláusula atende a alguns dos requisitos, para validade. Assim, restringe a proibição a cinco anos e ao mesmo ramo de atividade da empregadora. Mas, não escapa à censura, no tocante ao espaço. O empregado "obriga-se a não trabalhar, nem no Brasil, nem no estrangeiro..." Quer dizer, em parte alguma. Naturalmente, a questão do espaço deve ser apreciada,

hoje, em face das comunicações modernas, diferentemente do que acontecia à época de Carvalho de Mendonça.

O Projeto de Código do Trabalho, de 1965, inscreve preceito sobre "pacto de exclusão de concorrência" – art. 642. O pacto, celebrado por escrito, deverá estipular indenização ou compensação mensal, durante o prazo de sua vigência, a favor do empregado e estabelecerá limites de objeto, tempo e lugar.

O Tribunal Superior do Trabalho não contrariou a Constituição, ao julgar inválida a cláusula como estipulada, por incompatível com a liberdade de trabalho.

VOTO PRELIMINAR

O Sr. Ministro Thompson Flores: - Sr. Presidente.

Como os eminentes Ministros que já votaram, também, não conheço do recurso.

É este limitadíssimo em tema trabalhista, nos termos dos arts. 142 e 143 da Constituição.

Admitiu-o em tais causas, apenas quando a decisão do Tribunal Superior do Trabalho contrariar a própria Constituição.

E significativo é o enunciado da Súmula 505.

Cabe, destarte, verificar se o julgado impugnado afetou ou não a Carta em questão. Invoca-se o art. 153, § 23, como afetado, e no memorial e nas razões orais aludiu o ilustre advogado a voto por mim proferido, dando exegese a garantia individual (R.T.J., 51/821).

Afirmei, então:

'Alude a Carta atual, mais amplamente — 'é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão...'

O que importa, porém, é que a liberdade de trabalho não é absoluta, inelutável sem restrições.

O que se percebe é que encontra ela fronteiras no que dispuser a lei.

E esta, quando traça as condições de capacidade, certamente, não se limita às meras habilitações peculiares. Capacidade envolve área maior. E assim se tem entendido.

Destarte, se o exercício profissional foi restringido àquele que se encontram em débito para coma Fazenda, e porque foram autuados, natural, sob os pretensos infratores da norma fiscal, do qual se livrariam com o depósito, não percebo que possa a limitações entrar em conflito com a garantia referida que, atribuindo

a lei a fixação da capacidade, autorizou a limitasse como ela o fez.

Dir-se-á que essa exegese levaria a estimular o excesso fiscal, o abuso dos interessados na participação das sanções.

Ainda na Constituição está o remédio. Para a arbitrariedade, aí está o mandamus.

Em tais condições, não encontrando as inconstitucionalidades reconhecidas, dou provimento ao extraordinário para cessar a segurança.

De outra forma, seria dificultar a ação fiscal a quiçá estimular os transgressores da lei e estimular os faltosos, em detrimento do contribuinte que pauta sua conduta pelas normas legais."

Todavia a cláusula contratual, introduzida como o foi e aceita pelo eg. Tribunal Superior do Trabalho, a meu ver, não contraria aquela garantia. É que não é ela absoluta. Pactuada como o foi, nos termos do contrato, de resto já cumprido, tido como legal pelo aresto, não vejo afrontado seja a garantia questionada, seja disposição outra do Estatuto Maior.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

RE 67653 – GB – Rel. Ministro Aliomar Baleeiro. Recte. Dental Fillings do Brasil S. A. Recdo. Carlos Eleutério Ferreira .

Decisão: Não se conheceu do recurso, unanimemente.

(...)

Brasília, 20 de maio de 1970.

Art. 12. A contratação de trabalhador, por empresa estrangeira, para trabalhar no exterior está condicionada a prévia autorização do Ministério do Trabalho.

Muito menos rara do que possa parecer é a hipótese prevista no art. 12 da lei. É muito comum empresas estrangeiras constituírem prepostos no Brasil, antes de sua contratação, ou antes mesmo de decidirem definitivamente se abrem filial em território indígena, ou se, ao contrário, desistem do empreendimento. Nesses casos, especialmente com a desistência do empreendimento, permanece o empregado sem qualquer proteção de fato, no âmbito trabalhista, de vez que uma ação direta contra seu empregador torna-se, na prática, dificultosa e a um custo proibitivo.

O art. 12 assegura, pelo menos implicitamente, a tutela das autoridades governamentais à proteção de tais direitos, chancelando a contratação, *ipso facto*, apreciando a conveniência e a oportunidade da referida proteção do trabalhador. De se presumir, também, que uma das condições para a contratação do obreiro será a garantia do respeito de seus direitos nos termos da legislação brasileira ou por meio de tratado ou acordo administrativo bilateral, de âmbito internacional.

Um problema interessante que se coloca no campo da responsabilidade trabalhista de direito material e no âmbito do direito adjetivo, pois envolve problemas de autoria ativa e passiva para responder sobre tais direitos, é o seguinte: admitindo o Estado, por meio de sua chancela, que essa contratação seja possível, responderia ele subsidiariamente por eventuais direitos trabalhistas do empregado em relação ao seu empregador?

Essa é uma questão deveras palpitante e de difícil deslinde. Vejamos: o Estado, ao aprovar a contratação, analisou discricionariamente sobre a conveniência e oportunidade para que tal contratação ocorresse. Por outro lado, salvo em casos excepcionais, o Estado não é um sujeito ativo da relação de emprego, sendo certo que não pode ser acusado de cumprimento ou descumprimento das normas de proteção do trabalho. Parece, todavia, que, ao vincular a contratação a uma “prévia autorização do Ministério do Trabalho”, procedeu o poder público a uma verdadeira análise qualitativa do possível empregador, avalizando sua qualidade de empregador, e, por esse motivo, não poderá omitir-se em responder por tais obrigações, caso, eventualmente, a execução de direitos incontroversos do empregado se torne inviável na prática. Isso

quer dizer: todas as vezes em que ocorrer uma pendência que envolva procedimentos capitulados no art. 12, deverá acautelar-se o autor em proceder à citação da Fazenda Pública Federal para que esta figure no feito como assistente litisconsorcial passivo da demanda. Note-se que, ao contrário do que ocorre, por exemplo, com a Comissão de Valores Mobiliários, quando autorizado o funcionamento de uma sociedade aberta, a atividade do Ministério do Trabalho e da Previdência Social faz uma verdadeira apreciação de mérito no que diz respeito à idoneidade do empregador estrangeiro, associando-se a ele no que concerne ao risco da contratação. Um argumento básico que avocamos em favor dessa tese é o princípio geral protecionista da lei ora em exame, em cotejo com o princípio protecionista da legislação laboral de uma forma global, extraída desde o texto constitucional até a legislação de caráter ordinário que complementa o mandamento contido no Texto Magno (art. 165 da CF).

Talvez consciente desse risco, o legislador acautelou-se ao elaborar um complemento (art. 13), com o intuito de constituir uma reserva patrimonial para o resguardo dos direitos do empregado.

> *Art. 13. A autorização a que se refere o art. 12 somente poderá ser dada à empresa de cujo capital participe, em pelo menos 5% (cinco por cento), pessoa jurídica domiciliada no Brasil.*

Não se pode olvidar que esta norma caminha paralelamente aos direitos trabalhistas, considerados créditos privilegiados pela legislação comercial, que também possuem privilégio em relação a outros créditos quirografários que, eventualmente, terceiros possuam contra os empregadores.

Ocorre, todavia, que o artigo 13 vem em abono do que dissemos acima sobre a questão da associação do Poder Público ao risco da pessoa jurídica contratante. O artigo 13 é, na verdade, o requisito mínimo de constituição de patrimônio de reserva para honrar direitos trabalhistas. Entretanto, caso ocorra a insolvência da pessoa jurídica mencionada no presente artigo, “comprovada a culpa *in vigilando*” do Poder Público, responde ele subjetivamente por seu ato. Trata-se de caso excepcional de responsabilidade subjetiva do Estado, incumbindo ao autor a comprovação da culpa. Melhor explicando, o Poder Público responde objetivamente se infringir o limite do art. 13; responderá subjetivamente se, mesmo não infringindo o artigo em questão, agir com culpa, ao autorizar a contratação do empregado brasileiro.

> *Art. 14. Sem prejuízo da aplicação das lei do país da prestação dos serviços, no que respeita a direitos, vantagens e garantias trabalhistas e previdenciárias, a empresa estrangeira assegurará ao trabalhador os direitos a ele conferidos neste Capítulo.*

O artigo 14 do presente diploma legal não deixa margem à dúvida, ao conferir direitos cumulativos da legislação estrangeira e do disposto na brasileira.

O principal problema existente na interpretação desse dispositivo é o fato de não ter ele distinguido se sua aplicação decorre da prestação de serviços fora ou dentro do território brasileiro.

Uma interpretação apressada, literal e isolada do artigo poderia levar o intérprete a incidir em erro, em face da sistemática adotada pela lei como um todo. Quer nos parecer que o art. 14 está voltado para os empregados que prestam seus serviços no exterior ou para aqueles que, prestando seus serviços em território brasileiro, tenham incorporado direitos trabalhistas ao seu acervo, pela concessão contínua e ininterrupta de benefícios da lei estrangeira. Não deverá aplicar-se, contudo, aos trabalhadores brasileiros contratados no Brasil para prestação de serviços em território brasileiro, desde que observadas as normas gerais de proteção individual do trabalho da legislação indígena. Essa é a conclusão sistemática que se retira do texto em cotejo com o que dispõe a CLT e a Constituição. Vamos exemplificar:

Um empregado contratado no Brasil por uma empresa estrangeira, observados os requisitos do art. 13, com um salário fixo, não terá direito a postular eventual benefício de um paradigma localizado no exterior não contemplado na nossa legislação, se esse empregado no exterior possuir garantia de pensão adicional, teto mínimo de remuneração em moeda estrangeira, direito de viagens custeados pela empresa para ele e sua família, gratificações pagas pela empresa aos funcionários lotados no exterior, e assim por diante. Terá, todavia, sem margem de dúvida, direito à indenização ou FGTS equivalente, conforme disposto na nossa legislação, mesmo que o direito alienígena não possua nenhuma proteção similar aos empregados lotados no exterior.

Se, entretanto, o empregado brasileiro for deslocado para o exterior, mesmo que por período de tempo limitado, durante esse lapso de tempo passará a cumular os benefícios de ambas as legislações, sendo competente o foro brasileiro para a execução e julgamento de questões atinentes a uma eventual lesão de direito.

É o que deixa entrever claramente a seqüência da lei, em seu art. 15:

> *Art. 15. Correrão obrigatoriamente por conta da empresa estrangeira as despesas de viagem de ida e volta do trabalhador ao exterior, inclusive a dos dependentes com ele residentes.*

O artigo em questão não oferece maior dificuldade interpretativa e complementa o entendimento do art. 14. Vale frisar que o empregado brasileiro lotado no exterior tem direito ao reembolso de despesas de viagem por parte de seu empregador, tanto quando for lotado no exterior quanto de seu retorno ao Brasil.

> *Art. 16. A permanência do trabalhador no exterior não poderá ser ajustada por período superior a 3 (três) anos, salvo quando for assegurado a ele e a seus dependentes o direito de gozar férias anuais no Brasil, com despesas de viagem pagas pela empresa estrangeira.*

O art. 16 da lei não oferece maior dificuldade, valendo a pena deixar registrado que se trata de um dispositivo de proteção de alto valor e alcance. Registre-se, também, que não adiantará ao empregador a realização de um contrato por prazo indeterminado com o intuito de burlar o limite estipulado pela lei (três anos). Caso o empregador queira permanecer com o empregado no exterior por um período superior aos três anos, com ou sem contrato, deverá ter a cautela de conceder as férias remuneradas em território brasileiro com passagens pagas para ele e sua família. Caso contrário, terá que conhecer a exigência da lei, substituindo seus executivos em território estrangeiro a cada ano, com evidentes prejuízos para a continuidade de serviços, e com a mesma despesa, se não maior.

Por serem matérias interligadas, procederemos aos comentários dos artigos 17 a 20 num único item.

> *Art. 17. A empresa estrangeira assegurará o retorno definitivo do trabalhador ao Brasil quando:*
>
> *I – houver terminado o prazo de duração do contrato, ou for o mesmo rescindido;*
>
> *II – por motivo de saúde do trabalhador, devidamente comprovado por laudo médico oficial que o recomende.*

> *Art. 18. A empresa estrangeira manterá no Brasil procurador bastante com poderes especiais de representação, inclusive o de receber citação.*
>
> *Art. 19. A pessoa jurídica domiciliada no Brasil a que alude o art. 13 será solidariamente responsável com a empresa estrangeira por todas as obrigações decorrentes da contratação do trabalhador.*
>
> *Art. 20. O aliciamento de trabalhador domiciliado no Brasil, para trabalhar no exterior, fora do regime desta Lei, configurará o crime previsto no art. 206 do Código Penal Brasileiro*[5]*.*

O art. 17 complementa e explicita, de certo modo, o conteúdo do art. 16, reforçando a idéia de nossos comentários anteriores, de que o contrato de empregado nessas condições pode ser de prazo determinado, superior a dois anos, ao contrário do disposto na CLT, que, ao lado de estipular um prazo máximo de dois anos, estabelece condições mínimas para que sejam validadas tais contratações. Para o empregado que deverá deslocar-se para o estrangeiro não se aplicam tais regras, podendo mas também haver a contratação por tempo determinado, sem que

[5] Aliciamento para o fim de emigração.

Art. 206 - Recrutar trabalhadores, mediante fraude, com o fim de levá-los para território estrangeiro. (Redação dada pela Lei nº 8.683, de 1993)

o contrato seja de experiência, de obra certa ou determinado serviço. O empregado terá direito assegurado de retorno ao país, se não quiser prosseguir em território estrangeiro ou se, por motivo de saúde comprovado por laudo médico oficial, seja recomendado seu retorno. É preciso lembrar que o inciso II, ao falar em laudo médico oficial, retira a possibilidade do diagnóstico do médico da empresa, abolindo uma velha regra de nosso direito, a de estabelecer a preferência do atestado médico da empresa sobre todos os demais, inclusive os fornecidos pela Previdência Social. Caso a empregadora queira assegurar-se contra uma discussão sobre a validade de atestados médicos, deve acautelar-se, providenciando que tais exames sejam sempre realizados pelas instituições oficiais dos países em que o empregado esteja lotado.

O art. 18 é uma complementação do art. 13 e visa evitar incidentes processuais, notadamente aqueles que dizem respeito à validade do processo, pois, como se sabe, **a citação**, tanto no processo civil quanto no trabalhista, tem uma importância fundamental, **constituindo pressuposto de continuidade válido e regular do processo**, que, como bem define José Frederico Marques, é o conjunto de atos encadeados e dirigidos à prestação jurisdicional do Estado[6].

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos e multa. (Redação dada pela Lei nº 8.683, de 1993)

[6] *O processo é um meio de composição de litígios, ou conjunto de atos destinados à aplicação do direito objetivo a uma situação contenciosa.*
O processo, como instrumento compositivo destinado à formação de soluções imperativas por órgãos estatais, é evidentemente um fenômeno do universo jurídico, encontrando-se, portanto, subordinado aos mandamentos reguladores do Direito. Os atos que o integram e que se externam no procedimento estão sujeitos à disciplina normativa que o Estado impõe através das regras do direito objetivo.
O processo*, como instrumento compositivo de litígios para a justa aplicação do direito objetivo de litígios para a justa aplicação do direito, exige uma autoridade estatal com a função de realizar essa composição, dando a cada um o que é seu. É preciso que o direito objetivo se aplique à pretensão que qualifica o conflito como lide, através de terceiro desinteressado, que tenha o poder de julgar o litígio e de impor a vontade concreta da lei às partes em contenda. (*MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966, vol. I, pp. 27-37-213).

O artigo 19 vai dispor, também sob a forma de reforço, sobre a responsabilidade solidária da sociedade brasileira da qual participa a estrangeira (art. 13) para as obrigações decorrentes do contrato de trabalho. Quer nos parecer que, mesmo na ausência do art. 19, restaria clara tal responsabilidade, pois o conceito de solidariedade contido no art. 2.º, § 2.º, da CLT, ao estabelecer a noção de grupo de empresas, já oferecia subsídio válido para a conclusão do art. 19. Ocorre que é da maior utilidade explicitar tal conceito, notadamente em face da discussão ainda pendente sobre a solidariedade do art. 2.º, § 2.º, da CLT, seria ativa ou passiva. A letra do art. 19 deixa claro que a solidariedade é também ativa, inviabilizando à pessoa jurídica domiciliada no Brasil qualquer tentativa de exclusão da lide no caso de demanda oriunda desse espécie de conflito.

O art. 20 tem como novidade a criação de uma nova figura penal, qual seja: a de aliciamento de empregados brasileiros para trabalhar no exterior em observância do contido na lei ora em exame.

Finalmente, podemos citar como derradeiras novidades as contidas nos artigos 21 e 22.

> *Art. 21. As empresas de que trata esta Lei farão, obrigatoriamente, seguro de vida e acidentes pessoais a favor do trabalhador, cobrindo o período a partir do embarque para o exterior, até o retorno ao Brasil.*

> *PARÁGRAFO ÚNICO. O valor do seguro não poderá ser inferior a 12 (doze) vezes o valor da remuneração mensal do trabalhador.*
>
> *Art. 22. As empresas a que se refere esta Lei garantirão ao empregado, no local de trabalho no exterior ou próximo a ele, serviços gratuitos e adequados de assistência médica e social.*

Trata-se da obrigatoriedade do seguro de vida de acidentes pessoais em favor do trabalhador, independentemente daqueles previstos na lei previdenciária, sendo certo que o limite mínimo para referido seguro é de doze vezes o valor da remuneração mensal do empregado. Que não se confunda remuneração com salário, uma vez que, conforme ensina Carlos Maximiliano, inexistem na lei palavras inúteis[7]. O alcance do dispositivo é muito bem delineado em seu contexto. Quer dizer, em suma, que a lei, ao falar em remuneração, não falou em salário.

---

[7] ***307 - Verba cum effectu sunt accipienda:*** *Não se presumem, na lei, palavras inúteis. Literalmente: "Devem-se compreender as palavras como tendo alguma eficácia."*
As expressões do Direito interpretam-se de modo que não resultem frases sem significação real, vocábulos supérfluos, ociosos, inúteis.
Pode uma palavra ter mais de um sentido e ser apurado o adaptável à espécie, por meio do exame do contexto por outro processo; porém a verdade é que sempre se deve atribuir sua contribuição para precisar o alcance da regra positiva. Este conceito tanto se aplica ao Direito escrito, como aos atos jurídicos em geral, sobretudo aos contratos, que são ***leis*** *entre as partes.*
Dá-se valor a todos os vocábulos e, principalmente, a tôdas as fases, para achar o verdadeiro sentido de um texto; porque êste deve ser entendido de modo que tenham efeito tôdas as suas provisões, nenhuma parte resulte inoperativa ou supérflua, nula ou sem significação alguma.
308 *– Entretanto o preceito não é absoluto. Se de um trecho se não colige sentido apreciável para o caso, ou transparece a evidência de que as palavras foram insertas por inadvertência ou engano, não se apega o julgador à letra morta, inclina-se para o que decorre do emprêgo de outros recursos aptos a dar o verdadeiro alcance da norma* (MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito***.* 6.ª ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1957, p. 311).

A obrigatoriedade contida no art. 22 obrigará o empregador a firmar convênios que propiciem ao empregado efetiva assistência médica e hospitalar, sem o que entendemos não estar obedecida a regra do artigo em exame.

Essas são as observações preliminares que temos a fazer, as quais serão posteriormente acrescentadas de jurisprudência e doutrina pertinente, para um estudo comparativo da situação existente até a edição do diploma legal e do que poderá ser construído deste ponto para frente.

6. REFLEXÕES SOBRE A GLOBALIZAÇÃO

6.1. INTRÓITO

A globalização econômica — consoante afirmação de alguns — corresponde a um processo irreversível de internacionalização da economia em que os investimentos são interdependentes. Sustentam, ainda, que a globalização escapa aos controles de barreira dos países, eis que o processo econômico envolve a necessidade de melhor produção — preferencialmente em escala —, com qualidade para competir no plano internacional. Os que assim pensam estão propensos a interpretar que a via única corresponde, apenas e tão-somente, a um processo de adaptação e de acolhimento das regras estabelecidas pelo mercado, em especial o internacional. Não dissentem os pensadores em reconhecer que o processo de globalização favorece os países desenvolvidos, possuidores de mais recursos e melhor tecnologia, além de estabilidade econômica permanente, para que possam produzir em larga escala e competir no mercado. A globalização traz, sem dúvida, dilemas para a sociedade internacional e controvérsia acerca dos limites de adesão a seu conteúdo.

6.2. HISTÓRICO

Globalização não é um conceito contemporâneo. Todas as sociedades experimentaram, em maior ou menor escala, a influência dos processos externos sobre suas economias e pensamentos internos[8]. O pensamento religioso, ético e político tem demonstrado que a globalização não é fenômeno recente.

A sociedade romana, na Antiguidade, constituiu-se numa sociedade globalizada em seus aspectos sociológico, político e cultural. Expandiu os limites de seu conhecimento e de sua dominação *urbe et orbe*, transformando o pensamento, a economia, a política e as artes numa via única estruturada, numa política que abrangia desde a dominação militarista até a imposição de padrões culturais, literários e artísticos. A sociedade romana foi extremamente organizada, mesmo em seus momentos de maior obscurantismo, não deixando às sociedades dominadas qualquer alternativa senão a adesão às imposições culturais e sociológicas, cuja origem imediata assentava-se, por evidente, na dominação militar[9]. A estrutura do

---

[8] *Sob diversos pontos de vista,* a "*globalização" é uma falsa novidade. Ao contrário do que freqüentemente se supõe, o grau de internacionalização econômica observado nas últimas duas ou três décadas tem precedentes históricos. Muitos dos fenômenos aduzidos para sugerir o advento de uma nova era constituem, na realidade, a retomada de processos e tendências bastante antigos*. (BATISTA Jr., Paulo N. *O círculo de giz da globalização*. **Novos Estudos.** São Paulo: CEBRAP, n.º 49, nov., 1997, p. 86).

[9] *A história já nos mostrou diversos exemplos de movimentos regionalistas, como: a criação de uma Europa unida, as guerras de consquista na Ásia, as grandes conquistas no* Novo Mundo *e as batalhas de personagens famosos como Gengis Khan, Julius Cesar, Napoleão e Adolf Hitler, entre outros. No hemisfério sul, o sonho da América unificada foi defendido por Simon Bolívar, San Martin e outros. Porém, as guerras movidas pela vaidade do conquistador ou sem um embasamento maior, sem um ideal, mostraram a inviabilidade desta forma de unificação forçada, vez que, invarialvelmente, a força invasora fora derrotada por revoltas locais.*
Nos supra citados casos, quando uma força invasora estabelecia-se nos territórios ocupados, com o passar do tempo, o Estado Soberano ficava, sem exceções, muito vulnerável. Esta não mais poderia garantir a proteção do cidadão que, devido à submissão involutária, ou por razões sócio-culturais, não se identificava com o invasor. A modalidade bilateral ou multilateral, baseada em contratos, também mostrou-se insuficiente pois não era abrangente o suficiente diante dos anseios da casta econômica das nações participantes, nem da velocidade imprimida pelo comércio e pelas relações

Estado romano, com a divisão dos poderes muito bem delineada, foi, em certo sentido, antecessora da idéia de separação de poderes, que só aconteceria muito mais tarde por meio do pensamento de Montesquieu, elaborador da concepção da tripartição dos poderes, harmônicos e independentes.

Os romanos tinham poder legislativo estruturado na existência de um senado, que caminhava em paralelo com a autoridade do imperador e que, num certo sentido, coordenava a bem estruturada máquina militar das centúrias e dos exércitos, imbatíveis em virtude de sua organização.

O mundo conheceu, por outro lado, outras modalidades de pensamento globalizante. O que é o cristianismo, e o que fez a Igreja, logo após a crucificação de Cristo? Foi o próprio Cristo que, em sua divindade, chamou Pedro e a ele conferiu a missão de fundar sua Igreja, anunciando: *Petrus, petra est et super ea edificabu eglesia mea*. O propósito de levar a fé a todos os recantos do mundo foi o mote ensejador da atuação do cristianismo no correr dos tempos.

Outras religiões — como budismo e islamismo — buscam igualmente espraiar-se, com a finalidade de estruturar suas verdades.

---

internacionais, neste momento, as negociações internacionais passaram a basear-se em princípios de interdependência recíprocas. (FINKELSTEIN, Cláudio. *A Organização Mundial do Comércio e a Integração Regional.* **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos da Instituição Toledo de Ensino**. Bauru: AR, 1997, n. 19, p. 55).

6.3. A DOMINAÇÃO ECONÔMICA

É relevante, todavia, registrar que, sob o ponto de vista de economia globalizada, só tem relevância a questão da globalização econômica diante das conseqüências daí decorrentes.

O pensamento econômico ganha espaço após a Revolução Industrial, que, sob o ponto de vista econômico, transformou o mundo com o aparecimento da máquina a vapor e do tear mecânico. Tudo parecia gravitar em torno dos interesses econômicos e egotistas ao tempo da Revolução Industrial. A dominação econômica serviu-se, inclusive, das idéias dos iluministas inspiradoras da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade) como instrumentos de poder econômico e político. A tal extremo chegou o conceito de liberdade que a humanidade pôde testemunhar o surgimento do capitalismo selvagem, por pouco não esmorecendo as importantíssimas conquistas advindas da Revolução Francesa, que romperam com a teoria do direito divino, instituindo critérios de igualdade e liberdade para todos os cidadãos, mas que geraram, num primeiro momento, conseqüências caóticas e reações violentas, na própria estruturação de idéias de liberdade.

A própria França, mãe da revolução de 1789, experimentou grande retrocesso com o recrudescer das desigualdades e com a revolta das massas oprimidas, sem limites, pelo poder econômico. Relembre-se que Napoleão se proclamou imperador, como que reassumindo o controle do Estado, ao arrepio de tudo aquilo que inspirou a monumental cultura expressa pela Revolução Francesa, de 1789. Os países civilizados do mundo demoraram muito para reequacionar e

compreender conceitos importantíssimos, como os de igualdade e liberdade. Da análise do rumo histórico, verificamos que, num primeiro momento, o privilégio era quase total para a idéia de liberdade. O liberalismo, nessa ordem, gerou a opressão e a exploração, e as reações contrárias foram absolutamente contundentes. Surgiram o marxismo, as teorias igualitárias, a ideologia dos socialistas, os socialistas utópicos, os anarquistas: todos em busca do real critério de igualdade e de liberdade. O conceito de democracia ganhou sentidos diversos e equívocos: falava-se em democracia do proletariado; democracia do capital; democracia popular. Com a evolução do pensamento econômico, surgiram as idéias nacionalistas, estruturadas no conceito do mercantilismo, cujo objetivo era criar um Estado política e economicamente forte, já que o poder e a riqueza caminhavam em paralelo. A riqueza, como se sabe, se expressava pela posse de propriedade de metais preciosos; daí o desenvolvimento da política protecionista, com vistas a propiciar, no âmbito interno dos Estados, o incremento da exportação de bens e a redução das importações, implicando assim um acumular de ouro. O dirigismo do governo, orientado pelo mercado externo, acabava por influenciar a economia interna e privada. A riqueza obtida pelo comércio externo era a base do poder político. A Europa ficou abarrotada, nesse tempo, de ouro e prata trazidos do Novo Mundo.

Na segunda metade do séc. XVII, veio a reação ao mercantilismo. O liberalismo retoma força e ganha nova dimensão. Considerava-se o sistema econômico como um organismo capaz de regular a si próprio e que funcionava melhor quando a atividade econômica individual estava livre da influência central da Igreja ou do Estado.

O livre comércio nasce na França, com Richard Cantillon, dirigindo recursos para a produção de bens de maior procura. Em 1776, ganha destaque a obra de Adam Smith[10], elaborando notável trabalho sobre a teoria do crescimento econômico. Inaugurou, destarte, a teoria econômica clássica sobre a divisão do trabalho, fundamental para a explicação do crescimento econômico. Nela se concebe a diferença entre trabalho produtivo — definido como aquele que leva à produção de bens tangíveis e que cria um excedente disponível para reinvestimento futuro — e trabalho improdutivo — que, embora remunerado, não compõe os cálculos do produto social, excluídas todas as atividades de serviços, tanto públicas quanto individuais. Concebeu o dinheiro como meio de circulação, como instrumento de comércio (trocas deferidas), mecanismo vantajoso para estender a divisão do trabalho. Este deveria ter a extensão de mercado. Dessa forma, todas as medidas que expandissem o mercado seriam de interesse geral. O Estado teria três deveres estruturais basilares: proteger a sociedade contra agressões externas; resguardar o direito dos cidadãos, praticando uma correta administração da justiça; e patrocinar certas atividades essenciais à comunidade, mormente quando não interessassem às empresas privadas. Para Adam Smith, a verdadeira fonte de riqueza de um país era o seu trabalho. Sua riqueza só poderia ser acrescida mediante aumento de produtividade do trabalho, especialmente por sua extensão e especialização, bem como a acumulação de produtos, sob a forma de capital.

[10] Uma pesquisa quanto à natureza e às causas das riquezas das nações. Reconhece que originariamente toda a riqueza provém do trabalho, mas que os frutos deste, quando não consumidos integralmente, mas investidos parcialmente, geram o capital, que merece ser remunerado através dos lucros, como gerador dos instrumentos que potencializam a produção (Adam Smith) (MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Os direitos fundamentais e os direitos sociais na Constituição de 1988 e sua defesa*. **Revista LTr**, maio/1999, vol. 63, n. 05, p. 589).

Dignas de registro são as críticas que, em meados do séc. XIX, o liberalismo e o individualismo passam a sofrer, em razão do surgimento da chamada escola clássica.

6.4. DOUTRINA SOCIAL DA IGREJA

No processo de globalização do mercado e do estreitamento das fronteiras econômicas e políticas, a Igreja assumiu posição de relevância e de importância estrutural sem par.

Basta que se constate a existência de várias encíclicas, que têm por finalidade a estruturação do chamado conflito social, a saber: *Rerum Novarum*. Escrita em 1891 por Leão XIII, surge como contrapartida das doutrinas socialistas e materialistas, apontando para a conciliação e o diálogo das classes produtivas e profissionais. Repudia a luta de classes e defende a harmonia entre elas. Veio para demonstrar que duas classes — empregados e empregadores — não são inimigos natos, mas devem procurar o entendimento em razão da mútua dependência. Combate o capitalismo liberal e lança a idéia do Estado provedor, em especial, para manutenção das condições de existência digna dos trabalhadores, com o fruto de seu trabalho, sem privações.

A encíclica *Quadragesimo Anno*, divulgada em 1931 por Pio XI, complementa o pensamento da *Rerum Novarum*, propugnando um contrato de trabalho mitigado pela sociedade, com a partilha de resultados e gerência. Nessa

mesma linha, outras encíclicas se sucederam, com especial destaque para *Mater et Magistra*, de 15/4/61, escrita e divulgada pelo Papa João XXIII[11].

6.5 GLOBALIZAÇÃO DOS SINDICATOS

É inegável, nos dias que correm, que o sindicato é uma entidade globalizada, que procura estender suas influências dentro e fora dos limites de sua atuação. As centrais sindicais correspondem ao instrumento de implementação e divulgação das idéias do sindicalismo. Hoje, as grandes centrais correspondem-se com centrais internacionais, objetivando recursos e propósitos recíprocos, cuja finalidade corresponderia à unificação da luta de todos os trabalhadores do globo terrestre para a obtenção de benefícios singulares e peculiares às diversas categorias existentes. No direito brasileiro, o sindicato ganha importância estrutural,

[11] A *doutrina social cristã*, ou seja, o conjunto de ensinamentos da Igreja católica, retirados do Evangelho, sobre a denominada *Questão Social*, do embate entre o capital e o trabalho, alberga os seguintes postulados básicos, que servem de norte para uma visão *jusnaturalista* em relação ao direito do trabalho:
a) cooperação (e não oposição) entre os fatores da produção: "Nem o capital pode existir sem o trabalho, nem o trabalho sem o capital" (LeãoXIII, "Rerum Novarum);
b) primazia do trabalho sobre o capital: " A hierarquia de valores, o sentindo profundo do próprio trabalho exigem que o capital esteja em função do trabalho e não o trabalho em função do capital" (João Paulo II, "Laborem Exercens");
c) salário que assegure um nível de vida verdadeiramente humano: " o fruto do trabalho serve para o homem manter sua vida" (Leão XIII, "Rerum Novarum");
d) Proporção entre o trabalho realizado e sua retribuição: " seria injusto pedir salários desmedidos que a epresa, sem grave ruína própria e, portanto, dos trabalhadores, não pudesse suportar" (Pio XI, " Quadragesimo Anno").
Numa perspectiva cristã, o trabalho é visto como um dos valores humanos fundamentais: " O homem nasce para trabalhar como a ave para voar" (Job 5,7). O trabalho é algo natural ao homem. Não consiste num castigo decorrente de uma queda original, mas consistui uma participação do homem na obra criadora, desenvolvendo todas as potencialidades que o mundo traz em si (" Deus tomou o homem e o colocou no jardim do Éden para que o cultivasse e guardasse" – Gen 2,15). Apenas o esforço que o trabalho traz consigo – o suor do rosto – poderia ser atribuído a essa queda original (cfr. Gen 3,19). Daí que o trabalho tenha sempre ocupado o lugar central em volta do qual as pessoas organizam suas vidas. (MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Os direitos fundamentais e os direitos sociais na Constituição de 1988 e sua defesa*. **Revista LTr**. maio/1999, vol. 63, n. 05, p. 590).

relevância e dignidade de atuação, de sorte que acaba por desafiar a própria estrutura de poder, por meio de instrumentos a ele conferidos pela nova ordem democrática. Cite-se, como exemplo, o exercício do legítimo direito de greve, hoje não mais questionado nas modernas democracias[12]. É pacífico o conceito de que as fontes primárias de aquisição de direito correspondem à base dos movimentos ascendentes, que vão impor aos Estados a adoção de regras universais de proteção ao trabalho.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT)[13 - 14] é exemplo vivo

[12] Dès as deuxième réunion, em 1952, le Comité de la liberté syndicale reconnaît le droit de grève et em définit le principe fondamental, dont dérivent plus ou moins tous les austres: le droit de grève est um des moyens légitime, pour promouvoir et défendre leurs intérêts économiques et sociaux (*Recueil*, paragr. 473-475). Regardant la grève comme un droit et non pas simplesment comme um fait social, le comité précisera au fil des ans une série de points:
1. Le droit de grève est um droit dont doivent jouir les organisations de travailleurs (syndicats, fédérations)
2. Les catégories de travailleurs susceptibles d´être privées de ce droit et les restrictions susceptibles d´être mises à son exercice par la loi ne peuvent être que limitées.
3. La grève doit avoir pour but de promouvoir et de défendre les intérêts économiques et sociaux des travailleurs. Cette règle exclut les grèves purement politiques du champ de la protection internationale devant l`OIT sans donner d´indications directes sur la légitimité des grèves de solidarité, lesquelles ne sauraient cependant faire l´obet d´une interdiction absolue (nous reviendrons sur cette question plus loin).
4. L´exercice légitime du droit de grève ne saurait entraîner de sanctions d´aucune sorte, lesquellles seraient assimilables à des actes de discrimination antisyndicale.
Sur ces points, la position de la comission d´experts est fondamentalement la même que celle du Comité de la liberté syndicale. (GERNIGON, Bernard; ODERO, Alberto; GUIDO, Horacio. *Questions générales*. **Les Principes de L`OIT sur le droit de grève**. Geneve, BIT, 2000. p. 11).

[13]23. A la liberdad sindical se le presta una atención especial. Para examinar las quejas en este campo se há creado un mecanismo especial, de acuerdo com el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. Su principal elemento es el Comité de Liberdad Sindical del Consejo de Administración, que desde sua creción en 1951 há examinado más de 1 700 casos. Las quejas dirigidas a este comité tripartito de nueve miembros no han dejado de aumentar en los últimos años. En el orden del día de cada una de sus tres reuniones anuales figuran alrededor de 80 casos. Si bien puede admitirse que este flujo de quejas refleja un mejor conocimiento de los procedimentos de la OIT, y cabe felitarse por ello, desgraciadamente hay que reconocer que supone un índice de una degradación inequívoca de los derechos humanos en todo el mundo. Ante tal situación la OIT se propone ampliar sus actividades de investigación y de información en este campo, sin dejar de vigilar el buen funcionamiento de los procedimientos de supervisión y de información en este campo, sin dejar de vigilar el buen funcionamiento de los procedimientos de supervisión y de examen de las quejas. (s/a. **La Organización Internacional del Trabajo***.* Ginebra, 1994, p. 4, fascículo).

[14] O Comitê de Liberdade Sindical é um órgão de controle da OIT que suscita certa fascinação na comunidade internacional: inclusive quem não está vinculado formalmente pelas convenções relativas à liberdade sindical e o direito de negociação coletiva muitas vezes aceita participar dos

de movimento de índole internacional, que influencia a aquisição e a prática de direitos[15].

6.6. NOSSA CRÍTICA

A globalização não pode ser desordenada, assim como não pode ser tida como um projeto inexorável[16], que deverá ser aceito sem crítica, como se os agentes sociais estivessem alijados da construção de uma nova realidade justa e equilibrada.

Não partilhamos da idéia da via única como resultado do processo de globalização, que só poderá desaguar num projeto político denominado "neoliberal".

---

procedimentos, iniciados na sua maioria por organizações de empregadores ou de trabalhadores. A falta de ratificação das convenções pertinentes - especialmente a Convenção n.º 87, relativa à liberdade sindical e proteção do direito de sindicalização e de negociação coletiva, 1949 - não impede que as queixas feitas ao Comitê de Liberdade Sindical sejam atendidas. Além disso, os Governos entram no jogo de aceitar o procedimento e, sobretudo, de acatar as recomendações formuladas pelo Comitê. É grande a tentação de se criarem outros comitês similares que abordem os direitos humandos fundamentais no trabalho - a imagem do que a OIT logrou em matéria de liberdade sindical. (CRUZ, Héctor G.B. de la. *A globalização da economia e o direito internacional do trabalho: realidades e desafios*. **Anais do Seminário Internacional Relações de Trabalho: aspectos jurídicos, sociais e econômicos**. 1.ª ed., Brasília: MTb, 1998, p. 33).

[15] In 1944, the International Labour Conference, meeting in Philadelphia, wich redifined the aims ans purpose of the Organization. The Declarition embodies the following principles: Labour is not a commodity. Freedom of expression and of association are essential to sustained progress. Poverty anywhere constitutes a danger to prosperity everywhere. All human beings, irrespective of race, creed or sex, have the right to pursue both their material well-being and their spiritual development in conditions of freedom and dignity, of economic security and equal opportunity. (OIT. **The ILO: What it is. What is does**. Disponível no sítio www.oit.org, em 20.03.2006. p. 5).

[16] O fascínio com a "globalização" é revelador do estado de prostração mental e desarmamento intelectual em que se encontram países como o Brasil. Para superá-lo, poderíamos começar por uma reavaliação do quadro mundial e do papel do Estados nacionais, desenvolvendo, sem inibições, a nossa própria concepção dos rumos que devem tomar as relações internacionais da economia brasileira. (BATISTA Jr., Paulo N. *O círculo de giz da globalização*. **Novos Estudos.** São Paulo: CEBRAP, n.º 49, nov., 1997, p. 97).

A idéia da via única encerra uma contradição em seus próprios termos, insuperável, a nosso modo de ver, gerando um paradoxo insolúvel. Com efeito, se tanto a filosofia que informa o processo de globalização, sob o ponto de vista econômico e político, quanto a estrutura do pensamento liberal estão cravadas no pressuposto de que as liberdades individuais (acrescentamos as coletivas) fazem que o homem possa dirigir seu próprio caminho, livre do dirigismo, seja de que ordem for: político, sociológico, cultural ou de massa, como admitir a teoria do fatalismo histórico, de que não resta via alternativa senão aquela preestabelecida por algo que se estrutura num movimento de idéias basicamente liberais?

Evidentemente, tal fatalismo filosófico não é compatível com as idéias de liberdade, que informam o pensamento liberal e estruturam a idéia de globalização. Se o dirigismo for inevitável, a globalização seria a pior das ditaduras a ser imposta ao ser humano, devendo, portanto, ser por ele repudiado como processo econômico e filosófico. Com efeito, o dirigismo e o fatalismo são próprios das religiões fundamentalistas e das teorias políticas que negam a liberdade individual e a liberdade coletiva, como agente criador dos fatos históricos. Não se está com isso querendo negar a influência dos movimentos econômicos e políticos, mas sim estabelecer que é possível ao indivíduo ou às pessoas transformar a realidade por meio do associativismo e do exercício pleno das liberdades individuais e coletivas. Nesse sentido, e com o devido acatamento e respeito, permitimo-nos discordar da idéia trazida por Ives Gandra da Silva Martins, para quem a globalização é irreversível à formação dos espaços pluri-regionais e à internacionalização dos investimentos e às dificuldades do Estado moderno e, agregada àquilo que se denomina obsolescência do direito, da máquina substitutiva do homem, gera um desemprego estrutural, que tornaria irreversíveis os efeitos da globalização. Tudo

estaria resumido a produzir melhor a um custo menor. Não acreditamos em tais idéias. A sociedade organizada tem possibilidade de reverter situações conjunturais de injustiça e resistir aos efeitos nocivos e injustos do processo de globalização.

Em primeiro lugar, é preciso que se afirme que o monólogo do discurso econômico tem encontrado resistência no consenso mundial. Com efeito, o economista inglês John Williamson, um dos autores do receituário neoliberal para a América Latina, que cunhou há 10 anos a expressão “Consenso de Washington” em seminário na capital dos Estados Unidos da América, reviu o modelo das idéias impostas, formado pelo tripé governo norte-americano, Fundo Monetário Internacional e Banco Mundial, dizendo que referido consenso “foi longe demais”[17]. Outros pensadores, entre os quais Joseph Stiglitz, economista chefe do Banco Mundial até novembro de 1999, revelando as entranhas do processo decisório do FMI, criticam de modo exacerbado o receituário do FMI para os países emergentes, recomendando o não cumprimento de metas exageradas que possam sufocar a estabilidade e recrudescer a miséria. Do ponto de vista econômico, as idéias de Stigltz chocam-se frontalmente com o senso comum de economistas e tecnocratas, segundo os quais, diante de uma crise, o melhor a fazer é adotar medidas de extrema austeridade, custe o que custar (cortar gastos, aumentar impostos, mesmo em meio à recessão).

Para Stiglitz, os governos só devem priorizar o controle de inflação quando as taxas atingirem patamares elevados, a 40% anuais. Em países com taxas menores do que 15%, ressalta, a obsessão com inflação deve ser abandonada em favor de políticas de crescimento econômico e redução do desemprego. Stiglitz foi

[17] CANZIAN, Fernando. ‘*Consenso de Washington’ foi longe demais, diz seu ideólogo*. Caderno Economia. **Folha de São Paulo**. 25750 ed. São Paulo, 03/10/99, p. 1-13 10/1045.

conselheiro econômico do Presidente da República, Bill Clinton, e disse que esse modelo se aplicaria aos Estados Unidos, que podem correr o risco do crescimento da inflação, pois possuem larga confiança dos investidores estrangeiros. E arremata: *Se pudéssemos esquecer a disciplina fiscal, a economia [do Brasil] poderia crescer rapidamente. Mas uma lição básica de economia mostra que não existe almoço grátis*[18], afirmou o economista.

Como se vê, o próprio Consenso de Washington já não é mais consenso, mesmo para organizações como o Banco Mundial, que participaram para sua formulação. Fruto de um seminário que reuniu em Washington, em 1990, economistas do governo norte-americano e de instituições internacionais, como o FMI, o consenso passou a ser sinônimo de medidas econômicas neoliberais, voltadas para a reforma e a estabilização das economias "emergentes" – notadamente as latino-americanas. Privatização, controle da inflação, Estado mínimo e liberalização do comércio são algumas de suas receitas que passaram a ser adotadas por governos do continente e também de outras regiões para desenvolver os seus mercados. Para Stiglitz, chegou a hora de falar de pós-consenso de Washington. Em conferência realizada em Helsinque, em janeiro de 1998, levantou uma série de críticas às políticas do consenso, procurando demonstrar, em retrospectiva, que elas não conseguiram dar resposta para uma série de questões vitais para o desenvolvimento.

O autor preconiza a adoção de um novo consenso, que incluiria, necessariamente, desenvolvimento humano, educação, tecnologia e meio ambiente.

---

[18] s/a. *Stiglitz aprova ataque à inflação no Brasil.* Caderno Dinheiro. **Folha de São Paulo**. 15/07/98, p. 7.

Um dos princípios que fazem parte dessas idéias emergentes é que, seja qual for o novo consenso, não poderá ser baseado em Washington[19], disse.

Pode-se aprofundar o processo a ponto de produzir a estagnação. Melhor explicando, dar livre força de mercado em momentos de incerteza e pânico, por vezes, pode causar destruição e miséria. As teses de Stiglitz registram, no entanto, com ousadia e destemor, a limitação técnica e conceitual do corpo funcional do Fundo Monetário Internacional, composto por vezes de economistas de baixa qualidade de formação.

O livro de John Gray, professor da prestigiosa London School of Economics, *Falce Dawn – The illusion of global capitalism* sugere um governo mundial para enfrentar um livre mercado, com controle global sobre moedas, movimento de capital, comércio e meio ambiente. Gray considera a política de livre mercado uma visão anacrônica do *laissez-faire*, período em meados do século passado marcado pela não-intervenção dos governos na economia. O autor identifica a volta da ideologia do livre mercado, na intervenção do FMI na Grã-Bretanha, em 1976 – três anos antes da ascensão de Margareth Tatcher –, quando a economia do país sofria com a produtividade decrescente e com os conflitos provocados pelo forte corporativismo[20].

A obra chama a atenção para o paradoxo de que o livre mercado depende do Estado. Na falta de um Estado forte, dedicado ao programa liberal, os mercados são inevitavelmente obstruídos por uma miríade de regras. Para Gray, o

---

[19] STIGLITZ, Joseph. *O pós-Consenso de Washington*. Caderno Mais. **Folha de São Paulo**, 12/07/98, p. 4.

[20] PILAGALLO, Oscar. *Tese defende controle para globalização.* Caderno Dinheiro. **Folha de São Paulo**, 12/07/98, p. 5.

livre mercado é produto de coerção política e, ironicamente, de um planejamento centralizado, enquanto o mercado regulado resultaria de pressões espontâneas em resposta a problemas sociais específicos. Gray rebate o fatalismo, que, a exemplo do marxismo vulgar, imagina que mudanças econômicas determinem o comportamento.

Outros pensadores se opõem de modo mais radical ao recrudescimento e ao crescimento do neoliberalismo, como estrutura do pensamento globalizante. Para Pierre Bourdieu[21], o neoliberalismo é um programa de destruição metódica da coletividade, que se dá por intermédio do FMI e da OCDE (Organização para Cooperação de Desenvolvimento Econômico), ou de políticas por eles impostas: diminuição do custo de mão-de-obra, redução de despesas públicas e flexibilização do trabalho[22]. E se ela fosse, na verdade, a simples concretização de uma utopia, o neoliberalismo convertido assim num programa político, como utopia que, com o auxílio da teoria econômica por ela favorecida, acaba por se considerar uma descrição científica do mundo real?

Em julho de 1999, Jeffrey Sachs, professor da Universidade de Harvard, registra que o Brasil perdeu 5 pontos nas posições de competitividade do *ranking* internacional, do chamado “Relatório de competitividade global”, revelado no Fórum Econômico da Suíça, junto às Nações Unidas. De 1997 para 1998, o Brasil também havia caído cinco posições, o que significa que, nos dois anos que precederam essa data, o Brasil recuou dez pontos, ficando atrás de países pobres como Vietnã e Egito. A classificação dos países, segundo sua competitividade, é

[21] Prof. do College de France.

[22] BOURDIEU, Pierre. *A máquina infernal.* Caderno Mais. **Folha de São Paulo**, 12/07/98, p. 7.

feita por Michael Porter, do Harvard Busines School, e Jeffrey Sachs, igualmente do Instituto para Desenvolvimento Internacional e de Harvard.[23]

Relatório da ONU divulgado sob a denominação de “Qualidade de vida” revela que esta no Brasil, apesar de ter melhorado entre 95 e 97, foi reclassificada, pela Organização das Nações Unidas, do grupo de países de alto desenvolvimento humano para o rol dos de médio desenvolvimento, onde esteve até 1995. O relatório de 1999, “Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento”, faz severas críticas à globalização e qualifica de grotescas as diferenças de renda e qualidade de vida no mundo. A ONU também sugere uma série de medidas para corrigir as distorções. O Brasil é o 69.º entre 174 países do *ranking* de desenvolvimento humano. O que determinou seu retorno ao grupo original foi uma mudança na metodologia do cálculo da parte de renda do índice de desenvolvimento humano — IDH. Segundo a ONU, a modificação foi um aperfeiçoamento. O IDH é calculado a partir de indicadores de educação (alfabetização e taxa de matrícula), saúde (esperança de vida) e renda (PIB *per capita*). O governo brasileiro criticou a mudança de critérios, da qual não foi previamente avisado, o que demonstra que a globalização ditada por critérios exclusivamente monetários e ortodoxos é extremamente cruel com países que necessitam de investimentos em educação, cultura, saneamento e, principalmente, para superar a miséria absoluta, grande espectro das sociedades emergentes do mundo moderno[24].

---

[23] ROSSI, Clóvis. *Brasil cai na lista de competitividade.* Caderno Dinheiro. **Folha de São Paulo**, 13/07/99, p. 9.

[24] TOLEDO, José Roberto de. *Brasil melhora, mas fica longe do 1.º Mundo.* Caderno Qualidade de Vida. **Folha de São Paulo**. 11/07/99, p. 15.

Kenneth Galbraith, economista americano de notória credibilidade, afirma como outros economistas da mesmo escola: *Globalização não é conceito sério. Nós, americanos, o inventamos para dissimular nossa entrada econômica em outros países*[25].

No Brasil, Rubens Ricupero, ex-ministro da Fazenda e secretário geral da UNCTAD, órgão da ONU para comércio e desenvolvimento, criticou o grau de abertura da economia brasileira, considerando-o exagerado: *O Brasil deveria fazer como a China, que cresce, mas guarda seu espaço*[26], disse, ao participar do seminário Modelos e Políticas de Desenvolvimento, no BNDES. O ex-ministro citou o caso específico do sistema financeiro: *A China não abriu totalmente o seu sistema financeiro como fez o Brasil, e por isso o país não foi afetado pela crise asiática*[27]. Defendeu a idéia de que a globalização das economias não deve acontecer de maneira radical. Segundo ele, essa noção, que já estaria em voga nos países ricos, chega agora ao Brasil: *Está passando a ilusão do primeiro momento da globalização, com todas as suas receitas liberais. Nos países ricos, ela já está sendo questionada, talvez porque eles são os primeiros que estão sentindo o peso de suas conseqüências, como o aumento do desemprego e das diferenças sociais*[28].

---

[25] CARRETO, Enio. *Para Galbraith, crise asiática serviu para NY realizar lucros.* Entrevista. Caderno Dinheiro. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 02/11/1997, p. 2-13 [tradução de Roberta Barni].

[26] s/a. *Para Ricupero, Brasil exagerou na abertura.* Caderno Dinheiro. **Folha de São Paulo**. 24/06/98, p. 2.

[27] i*dem, ibidem.*

[28] *idem, ibidem.*

6.7. CONCLUSÃO

O conceito de globalização, como não poderia deixar de ser, envolve conhecimento, debate e reflexão políticos. Costuma-se mesmo confundir globalização com a ideologia de restauração do conceito liberal, como aconteceu nos primórdios do pensamento liberal, que determinou o aparecimento do capitalismo, denominado capitalismo selvagem, a partir do início do século XIX.

Globalização e via única parece-nos formarem a antítese do conteúdo do pensamento informador dos conceitos de liberdade. *O livre-arbítrio informa a realização dos destinos e dos movimentos sociais, em nosso modo de ver, sendo certo que o conceito de globalização dogmático e teleologicamente irreversível está muito próximo do conceito da dialética marxista e hegeliana, no epílogo da conclusão de seu conceito de existência do comunismo como ideal perseguido pelo processo dialético estabelecido no curso da história.* É inegável que o que comanda o processo político, no caso do neoliberalismo globalizante, é sem dúvida o fenômeno econômico, representado pela necessidade de induzir todo o comportamento da economia mundial nos estreitos limites do globo terrestre, sob a tutela de um processo econômico, político e sociológico, informado por aquilo que se convencionou chamar, como já dissemos acima, o ideário estabelecido pelo Consenso de Washington, que funciona sob a forma de maestro do processo de globalização. A globalização não é, nem deve ser considerada, portanto, o resultado inevitável da evolução tecnológica, pois que, se assim o for, não haverá remédio possível para o espectro dos efeitos negativos que decorrem do processo globalizante, em especial, o recrudescimento incontrolável das desigualdades; a opressão do capital sobre aqueles que não possuem qualquer proteção e que

estariam sujeitos à lei do mercado, bem como para o recriar de novos empregos, nas novas circunstâncias, que estruturariam essa dualidade, representada pelo mercado e pelo trabalho. O mercado de trabalho está passando, em verdade, por um novo processo de adaptação diante das novas realidades impostas pela evolução tecnológica no planeta[29].

Forma-se, lamentavelmente, uma dualidade conceitual que tenta contrapor a idéia de progresso com liberdade e evolução tecnológica com a idéia do desenvolvimento social e proteção aos direitos inalienáveis das pessoas que trabalham. Esse é, em nosso modo de entender, um falso problema. Um moderno sistema político estruturado na consciência democrática e no direito de todos os segmentos ao acesso aos bens de produção e de consumo, ao progresso individual e coletivo, bem como aos veículos produtores de riqueza, não se exclui. É possível implementar o desenvolvimento industrial e tecnológico, fazendo-o coexistir com o surgimento de um mecanismo, de um sistema de proteção aos direitos sociais, que viabilizem o acesso de todos ao crescimento econômico. Com efeito, de que adiantaria o surgimento e o crescimento de um sistema capitalista de produção de bens e serviços, em larga escala e com grande poderio tecnológico, se não pudesse servir aos destinatários de grande escala de consumo? Essa é uma realidade paradoxal que se contrapõe à própria idéia de crescimento econômico. Melhor explicando, o surgimento de uma classe trabalhadora, com poder econômico de compra e de produção, coexiste com o interesse do capital em colocar seus produtos no mercado. Essa é a idéia de um capitalismo vigoroso.

---

[29] ... o novo paradigma seria marcado por novos padrões de uso do trabalho, baseados numa reintegração do trabalho de execução com o de concepção e na polivalência dos trabalhadores- que seriam chamados a desempenhar tarefas variadas e multiqualificadas e submetidos a treinamentos mais amplos, com a finalidade de propiciar um maior domínio sobre o conjunto do processo produtivo. (LEITE, Márcia P. **O futuro do trabalho**. p. 98).

Equivocam-se redondamente aqueles que imaginam, por exemplo, que a adoção do selo social, conforme preconizado pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), representa um retrocesso nas relações entre o capital e o trabalho. Não é verdadeira a relação entre a proteção dos direitos sociais e o aumento do custo dos bens produzidos pela indústria ou pelos serviços. Pelo contrário, o crescimento social do trabalhador impõe a existência de um consumidor que participará da apuração do produto final trazido ao mercado, dentro de um sistema sadio de competição. De nada adiantará a opressão do capital sobre o trabalho, com intuito exploratório de criação de um mercado de trabalho baratíssimo, que levará as indústrias a competir na feroz guerra de concorrência qualitativa, quantitativa e mercadológica existente no mercado. Quem produz, produz para oferecer algo a outrem, e não para estocar o produto de sua produção. É comum imaginar que as normas de livre comércio, impostas pela OMC — Organização Mundial do Comércio – se contrapõem com as regras estabelecidas pela OIT — Organização Internacional do Trabalho. Se o conceito de liberdade estivesse obrigatoriamente contraposto ao regramento de proteção social, tal leviatã conduziria à conclusão fatal de que o sistema capitalista é sempre precário e, no final de seu percurso, inviável, por ser concentrador e sem nenhum efeito distributivo. A conclusão correta, *data venia*, é exatamente no sentido contrário, qual seja, quanto mais ocorrer o aumento de produção, dentro de um clima de liberdade, de competição e de mercado, maior será o bolo que será partilhado, a partir da produção, com o seu vetor fundamental representado pelo consumo, caso contrário o capitalismo seria um sistema inviável.

A grande perplexidade que hoje experimenta, no plano mundial e no plano nacional, o regramento da globalização é sem dúvida o critério de desigualdades já existentes e pioradas após o crescimento do capitalismo global.

Vejamos: a China continental experimenta um sistema de abertura econômica sem liberdades políticas. Um país de dimensões continentais e de gigantesca população, sequer de longe ensaia a existência de um sistema moderno de normas e de regras de proteção ao trabalho. Convive com o dilema de ter como súditos Estado bilhões de pessoas vivendo uma cruel ditadura política, com uma incipiente abertura econômica. O Estado-provedor ainda é o grande veículo tutelar do direito dos obreiros que vivem na China continental. Por outro lado, como o Estado tutela todas as relações, num regime de uma disciplina crescente, pode-se dar ao capricho de abrir seu modelo econômico para quem queira investir na China, impondo a seus trabalhadores um trabalho pelo preço abaixo do nível de aceitação mínima para a dignidade de qualquer ser humano. É sabido que na China continental o trabalho é realizado em troca de um prato de comida, sem que contra isso possam os súditos do Estado promover revolta ou luta de conquistas no plano do direito social. Que regime de proteção é esse? Evidentemente, nenhum. O que existe é um mero regime de tutela coletiva e massificada, de um processo econômico burocrático, ultrapassado e carcomido. É patente que um processo dessa natureza poderá levar à produção, em larga escala, de produtos a baixíssimo custo e com uma retribuição meramente de sobrevivência. De outro lado, sistemas que praticam a proteção dos direitos sociais nos moldes daquele que se discute pelas nações mais avançadas do mundo, obrigatoriamente acabam por adotar um mecanismo de contrato social que lhes impõe um custo maior no produto final, eis que praticadas as normas que resguardam os direitos individuais e coletivos.

Esse aparente paradoxo poderia levar à crença de que, quanto maior o regime de exploração do trabalho, partindo de uma mão-de-obra barata, maior a eficiência produtiva e mercadológica que resultaria. Ledo engano. Examinemos

alguns dados fornecidos por órgãos confiáveis ligados ao "*Bureau of Labor Estatistics*"[30], que comprovam que os encargos sociais e trabalhistas não representam parcela significativa na prosperidade dos países que praticam uma legislação trabalhista estruturada em princípios rígidos de proteção. Vejamos então:

Arnaldo Süssekind nos informa que o quadro alusivo à média de salário-hora, acrescida de encargos, nas principais nações do mundo é o seguinte, e revela, que quanto maior o valor da proteção e do nível salarial dos trabalhadores, melhor o resultado das economias e do progresso das nações:

Alemanha — US$ 21,50;

Suécia — US$ 20,93;

Suíça — US$ 20,86;

Itália — US$ 16,29;

França — US$ 15,25;

EUA — US$ 14,83;

Austrália — US$ 12,88;

Japão — US$ 12,84;

Grã-Bretanha — US$ 12,42;

Espanha — US$ 11,58;

Israel — US$ 7,69;

Grécia — US$ 5,49;

Coréia — US$ 4,16;

Taiwan — US$ 3,98;

Portugal — US$ 3,57;

[30] *Folha de São Paulo*, 14/2/96.

Brasil — US$ 2,79;[31]

É curioso notar que, dos países supracitados, aqueles que melhor pagam salários são os que experimentam maior prosperidade. Citamos, exemplificativamente, o caso dos EUA[32], cujo crescimento no último biênio montou a 7,5%, numa economia que movimenta 7,5 trilhões de dólares por ano, e na qual não se conhece a existência da palavra desemprego; em menor escala, o caso da Alemanha, membro da Comunidade Européia, que experimenta também inusitado progresso; sem mencionar o caso da Suécia e, por que não dizer, do Japão[33] e da Grã-Bretanha, países que, num primeiro momento, experimentaram alguma crise, mas que rapidamente se recompuseram e figuram, como se sabe, entre as mais prósperas nações do mundo.

Concordamos com Arnaldo Süssekind quando afirma:

> *Por seu turno, também não procede a alegação de que a legislação brasileira do trabalho dificulta a administração*

---

[31] SÜSSEKIND, Arnaldo. *Contratos Provisórios de Trabalho – Constitucional e Eficaz?*. **Revista LTr**. São Paulo: LTr, abril/98, ano 62, n.º 04, vol. I, pp. 443/448.

[32] Nos Estados Unidos, o referencial das relações de trabalho foi o conflitivo, sem as garantias das políticas públicas sobre o mercado, as relações de trabalho e a liberdade sindical. O sistema norte-americano não possui mecanismos de representação genérica dos trabalhadores por local de trabalho, o processo de negociação é burocrático, lento e ineficaz e o direito de greve, desde o final dos anos 30, sofre restrições do Poder Judiciário (como o direito de substituir os grevistas mesmo após o término do conflito) (Daubler, 1994:29). Os Estados Unidos não ratificaram as Convenções n. 87 e 98 da OIT sobre Liberdade Sindical e Negociação Coletiva. (SIQUEIRA NETO, José Francisco. *Direito do Trabalho e Flexibilização no Brasil*. **São Paulo em Perspectiva**. São Paulo: Fundação SEADE, 1997, vol. 11, n.º 1, jan/mar, p. 35).

[33] No Japão, as relações de trabalho lastrearam-se basicamente sobre três aspectos: emprego vitalício; salários e outros benefícios de acordo com a antigüidade; e predominância de sindicatos por empresa (Daubler, 1994:34). Além dessas peculiaridades trabalhistas, o Japão, também por meio de eficaz política desenvolvida, articulada e coordenada pelo Ministério da Indústria e Comércio, assegurou baixa rotatividade de mão-de-obra e uma estrutura salarial relativamente igualitária, institucionalizou formas de cooperação e garantiu, por conseguinte, um sistema com baixíssimo percentual de conflitos trabalhistas. (*idem.ibidem*.)

empresarial dos recursos humanos. É verdade que a CLT, aprovada em 1943, necessita ser revista, a fim de que a intervenção estatal nas relações de trabalho, com normas cogentes e indisponíveis, corresponda a um piso protetor abaixo, no qual não se concede a ***dignidade da pessoa humana****, mencionada no art. 3.º da Constituição como um dos "objetivos fundamentais da República". Acima desse nível deve atuar a negociação coletiva, com adequada faculdade de flexibilização, visando atender a peculiaridades regionais, empresariais ou profissionais; a implementação de novas técnicas ou métodos de trabalho; a preservação da saúde econômica da empresa e dos respectivos empregos.*

Entretanto, ao contrário do que muitos afirmam, o sistema brasileiro já foi objeto de flexibilização em importantes aspectos da relação de emprego:

a) redução geral e transitória dos salários até 25% por acordo sindical, quando a empresa for afetada substancialmente em situações excepcionais da conjuntura econômica (lei 4923/65);

b) ampla liberdade patronal para despedir os empregados, sujeitos ao regime do FGTS (lei 5107/66, agora substituída pela lei 8036/90);

c) quebra do princípio da irredutibilidade salarial por acordo ou convenção coletiva (art. 7.º, VI da Constituição Federal);

> *d) flexibilização das jornadas mediante compensação de horários, estipulada em acordo ou convenção coletiva (art. 7.º, XIII da CF), objeto do art. 6.º da lei 9601/98, que deu nova redação ao art. 59 da CLT.*[34]

O Brasil está entre os países com maior rotatividade anual de mão-de-obra, entre trabalhadores com menos de dois anos de emprego:

> *Brasil: 47%*
>
> *EUA: 39%*
>
> *França: 22%*
>
> *Itália: 13%*[35]

Relembra ainda Arnaldo Süssekind que:

> *A alegação de que nosso país deveria adotar o sistema trabalhista norte-americano, que seria responsável pela taxa de desemprego reduzidíssima, é totalmente desarrazoada.*

[34] SÜSSEKIND, Arnaldo. *op. cit.* pp. 443/448.

[35] *Idem, ibidem.*

> *Esse índice baixíssimo resulta do desenvolvimento econômico, alimentado pela exportação de bens e serviços a países que não conseguem implementar tecnologia de ponta de última geração. O Brasil, por exemplo, em 1997 pagou, para esses bens e serviços, mais 5 bilhões e 100 milhões de dólares do que recebeu das exportações para os EUA. Assim, gerou empregos lá e desemprego aqui. Esquecem – ou fingem esquecer – que muitos contratos coletivos, sobretudo na indústria norte-americana, contém cláusula de "ancianidade", que limita a liberdade de despedir, o que no Brasil não existe. Demais disso, a nossa tradição jurídica é romano-germânica, do direito escrito, e não anglo-saxônica, de prevalência do direito contratual.*[36]

Corroborando aquilo que afirmou o mestre Arnaldo Süssekind, digna de registro a pesquisa do *World Economic Forum*, feita com executivos de 59 países, que apontam a legislação brasileira (CLT) como *satisfatória*, mostrando o quanto segue:

[36] *Idem, ibidem.*

Benefícios trabalhistas ao redor do mundo

País	*Período probatório*	*Jornada de Trabalho*	*Licença-maternidade*	*Indenização por demissão*	*Férias anuais pagas*
BRASIL	*3 meses para todos*	*40 horas semanais*	*4 meses; 100% do salário*	*Contas pendentes (férias, salário etc.) acesso ao FGTS (quase 1 salário por ano trabalhado) e multa de 40% sobre o fundo*	*Um mês (há adicional de 1/3 sobre o salário)*
ALEMANHA	*6 meses (no máximo)*	*48 horas*	*6 semanas antes e 8 após o parto; 100% do salário líquido para segurados (ou valor fixado pela autoridade)*	*Seguro-desemprego e seguridade social (há pagamento da conta de luz, da passagem de ônibus do desempregado, etc.)*	*18 dias pela lei; 5 a 7 semanas por contrato*
ESPANHA	*9 meses, pessoal de comando*	*40 horas semanais*	*4 meses, dos quais 6 semanas após o parto; 100% dos vencimentos*	*20 dias de salário para cada ano de serviço; empresas com menos de 25 empregados pagam 12 dias (60%) e o Fundo de Garantia salarial para os 8 dias restantes (40%)*	*Um mês*
FRANÇA	*2 semanas ou 1 mês, dependendo da duração do contrato*	*35 horas semanais*	*6 semanas antes e 10 depois do parto; 84% do salário mais pensão pós-natal*	*Após 2 anos, 1/10 do salário mensal por ano de serviço, que passa a 1/15 a cada ano a partir de 10*	*Um mês*

	ou dos acordos coletivos			*anos; acordos coletivos geralmente negociam mais itens; seguro-desemprego e seguridade social*	
ITÁLIA	*6 meses*	*48 horas semanais*	*20 semanas, 8 antes do parto; 80% dos vencimentos mais auxílio-maternidade*	*Seguro-desemprego e seguridade social*	*Lei não especifica número de dias, mas acordo coletivo conseguiu de 5 a 6 semanas*
PORTUGAL	*Um mês (contrato por tempo determinado) ou 15 dias (contrato por tempo determinado de menos de seis meses), para a maioria dos trabalhadores dois meses (técnico e nível médio) até oito meses (executivos)*	*44 horas semanais*	*90 dias totais, 60 podem ser após o parto; 100% do salário diário mais auxílio-maternidade*	*Dados não disponíveis*	*22 dias úteis*

REINO UNIDO	*Sem legislação*	*Sem legislação*	*18 semanas; se tem dois anos de serviço, 90% do pagamento nas primeiras seis semanas, depois teto*	*Indenização calculada de acordo com a idade e o tempo de serviço*	*Não há lei, mas acordo coletivo conseguiu de 20 a 25 dias*
SUÉCIA	*6 meses, trabalhadores técnicos; 3 meses, outros trabalhadores qualificados; duas semanas, pessoal desqualificado*	*40 horas semanais*	*7 semanas antes e 7 depois do parto, no mínimo; redução da jornada a 75% até a criança ter 18 meses; licença remunerada em caso de doença do filho; 90% do salário, por um mês para os pais, após 80% até 300 dias*	*Seguro-desemprego e seguridade social; acordos negociam indenizações*	*25 dias; quase sempre é mais*

Leis européias são protecionistas

Se comparada à legislação de países europeus, considerados os mais protecionistas do mundo em relação aos direitos sociais e trabalhistas, as leis brasileiras de regulamentação do mercado de trabalho são razoáveis. A licença-maternidade, por exemplo, chega a ser maior no Velho Continente — até mesmo no Reino Unido (um mês e duas semanas), país em que a legislação define pouquíssimos itens, sobretudo as cláusulas econômicas dos contratos.

Enquanto pretende-se retirar a obrigatoriedade da licença remunerada com 100% dos vencimentos às mães (concessão de salário semelhante ao de Portugal, Alemanha e Espanha), todos os países da Comunidade Européia a concedem. A diferença é que, comumente, a licença vem acompanhada de redução proporcional nos salários (como na Itália e na França). Mas, em compensação, chega a requintes de detalhes, como na Suécia, onde há redução da jornada a 75% até a criança completar um ano e meio — para mães e pais.

Desqualificados *— Outro aspecto importante é como as legislações européias vêm caminhando para dar proteção extra aos trabalhadores que ganham menos ou são mais desqualificados. O período de experiência no emprego – que dura três meses no Brasil para qualquer trabalhador sob a CLT – tem sido alterado de forma a permitir uma rotatividade menor aos trabalhadores mais fracos – já que a demissão durante o período probatório não requer pagamento de indenizações.*

As férias remuneradas, outro item que entraria na pauta de negociações se o projeto do governo for aprovado, são sagradas na Comunidade Européia. O número de dias é fixado pela legislação e, na maior parte das vezes, aumenta por força dos acordos coletivos – como na Alemanha, na Itália, no Reino Unido e na Suécia. Os feriados também são pagos.

Demissão *— O rincão de proteção da legislação brasileira talvez esteja na indenização em caso de demissão. Entretanto,*

dizem os especialistas, mesmo em países em que os valores e itens de indenização não são obrigatórios os sindicatos conseguiram colocá-los nos acordos coletivos. Outra diferença, apontam, é a cobertura garantida para o desempregado: a indenização pode não ser muito compensatória, mas, o trabalhador demitido recebe um alto seguro-desemprego.

De acordo com o sociólogo Adalberto Cardoso, que coordena um grupo de estudos sobre o tema no Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (Iuperj), a adoção da mão invisível do mercado como reguladora do nível salarial e de proteção aos trabalhadores foi uma experiência que, onde quer que tenha sido adotada, produziu perdas grosseiras de renda e aprofundou injustiças.

Herança da globalização

O projeto de flexibilização[37] *da legislação trabalhista não é uma idéia isolada do governo brasileiro. A perda de garantias sociais, vistas como obstáculo à abertura do mercado, vem acontecendo, com gradações diferentes, em todo o mundo, provocada pela mundialização da economia. Segundo o sociólogo francês Robert Castel – autor do livro "As metamorfoses da Questão Social: Uma*

[37] A flexibilização do direito do trabalho é o conjunto de medidas destinas a afrouxar, adaptar ou eliminar direitos trabalhistas de acordo com a realidade econômica e produtiva. Ao menos em tese, não necessariamente todo tipo de flexibilização demanda uma desregulamentação. Porém, o receituário neoliberal insiste em vincular a flexibilização a desregulamentação. (SIQUEIRA NETO, José Francisco. *op. cit.,* p. 36).

crônica do salário", no qual trata da evolução do contrato de trabalho -, a lógica agressivamente competitiva do mercado vem criando pressões para uma mudança radical nas legislações trabalhistas do mundo industrializado, gerando uma degradação das conquistas dos assalariados.

De acordo com o sociólogo, os setores assalariados nos países do primeiro mundo ainda conseguem se defender razoavelmente dessas pressões, ao contrário dos países emergentes, onde a questão do desemprego atua como um fator devastador das garantias trabalhistas consagradas a partir deste século. Na Europa, aponta Castel, a situação econômica mais privilegiada e uma certa cultura de resistência política construíram defesas mais sólidas às conquistas trabalhistas.

Mesmo assim, o sociólogo vê um processo de degradação dos direitos trabalhistas em todas as sociedades industrializadas, "Incontestavelmente a situação é mais grave em países como o Brasil, mas me parece que é mais uma diferença de grau do que de natureza", disse ele quando visitou o país em 1996. Segundo o sociólogo, o grande fenômeno que atinge o trabalho, atualmente, é um processo de precarização para dar soluções às exigências do mercado.[38]

[38] BARBOSA, Flávia. *Multinacionais aprovam CLT*. Caderno Economia. **Jornal do Brasil**., Rio de Janeiro, 17/01/2000, p. 11.

7. CONCLUSÃO

De tudo quanto foi exposto nesta monografia, concluímos pela tese de ser o contrato internacional de trabalho também um contrato de direito econômico, tendo em vista as contingências internacionais que envolvem o seu cumprimento e sua função social universal de permitir o intercâmbio global de mão-de-obra.

Sendo o direito econômico um direito flexível, em que as influências do plano internacional e econômico têm repercussão vital na contratualidade entre as partes, é lícito afirmar que o contrato internacional de trabalho escapa parcialmente do campo geral da estrutura protetiva do contrato laboral. É um pacto de proteção apenas parcial voltado para inter-relação entre os contratantes.

Isto porque é flexibilizado pela sua finalidade de permitir o intercâmbio internacional de mão-de-obra, coexistindo com seu objeto laboral, que encontra guarida interna na legislação infraconstitucional específica a cada soberania e à luz dos preceitos universais expressados nas regras da Organização Internacional do Trabalho, trazidas nos anexos.

Concluímos, ainda, que a independência do direito econômico é inquestionável, ao contrário daqueles que afirmam que esse ramo da ciência jurídica é mero setor do direito administrativo, que não possui o mesmo alcance, sobretudo no campo do direito internacional. Daí, por que, esse ramo do direito é inter-relacionado com o próprio direito universal trabalhista e inter-dependente da disciplina jurídica do contrato internacional de trabalho.

Cabe ainda concluir, como posicionamento sobre a questão da flexibilização, que há regramento limitador a essa dita flexibilização, consubstanciado na regra da soberania como estrutura fulcral da autodeterminação

de cada povo, apesar de a cada dia sofrer mutações pelos organismos internacionais por conta de uma ordem jurídica econômica cada vez mais interdependente e globalizada, sobretudo no enfoque social, pela Organização Internacional do Trabalho, como retro destacamos.

Outrossim, vale lembrar, para que não se tenha dúvida, que o conceito de globalização sofreu substanciais temperamentos após o chamado Segundo Consenso de Washington, representados pelas contradições e equívocos que decorreram do Consenso anterior, o que nos leva a concluir ser possível exercitar liberdade com igualdade e solidariedade dentro desse leviatã de posicionamentos, pois esse é o princípio que informa o regramento universal.

Reafirme-se, assim, que liberdade e fatalismo não podem conviver, já que o fundamentalismo imposto pelas primeiras idéias da globalização não se coadunam com os regramentos de liberdade autêntica que devem coexistir com temperamentos estruturais de igualdade e solidariedade, assegurados pelo intervencionismo estatal, de uma forma moderna e reguladora, tal como estabelecido na democrática Constituição Federal de 1988, em seu artigo 174, e na esteira da teoria humanista do direito econômico, tão defendida pelo Prof. Ricardo Sayeg, em seus escritos.

8. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

s/a. **La Organización Internacional del Trabajo**. Ginebra, 1994, fascículo.

s/a. *Stiglitz aprova ataque à inflação no Brasil.* Caderno Dinheiro. **Folha de São Paulo**: 15/07/98.

s/a. *Para Ricupero, Brasil exagerou na abertura.* Caderno Dinheiro. **Folha de São Paulo**: 24/06/98.

s/a. in **La Organización Internacional del Trabajo***.* Ginebra, 1994, fascículo.

ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público.** São Paulo: Saraiva, 1961.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por incumprimento do devedor**. 2.ª ed. Rio de Janeiro:AIDE, 2003.

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico.** São Paulo: Atlas, 2006.

ANDRADE. Darcy Bessone de Oliveira. **Aspectos da Evolução na Teoria dos Contratos.** 49.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1944.

ATALIBA, Geraldo. **Sistema Constitucional Tributário Brasileiro**. 1.ª ed., São Paulo: RT, 1966.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. **Elementos de Direito Administrativo***.* 1.ª ed., São Paulo: RT, 1980.

BARBOSA, Flávia. *Multinacionais aprovam CLT*. Caderno Economia. **Jornal do Brasil**. Rio de Janeiro: 17/01/00.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional.** 17.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BATISTA Jr., Paulo N. *O círculo de giz da globalização*. **Novos Estudos**. São Paulo: CEBRAP, 1997, nov., n.º 49.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil***.* 8.ª ed., São Paulo: Ed. Rio, 1950. v. IV, obs. 1 ao art. 1.079.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil Anotado**. ed. histórica. Rio de Janeiro: Ed. Rio, vol. IV, 1977.

BOURDIEU, Pierre. *A máquina infernal.* Caderno Mais. **Folha de São Paulo**, 12/07/98.

BRASIL. **Constituições do Brasil** (1824, 1891, 1937, 1946 e 1967 e suas alterações). Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1986, vol. 1.

BRASIL. **Constituição Federal do Brasil 1988**. 25.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. 34.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. 32.ª ed. São Paulo: LTr, 2005.

BRITTO, Carlos Ayres. **Inidoneidade do Decreto-lei para Instituir ou Majorar Tributo**. PUC/SP, trabalho inédito, datilografado, 1982.

BUSTAMANTE y SIRVEN, Antonio Sanchez. **La Théorie du Renvoi en Droit Internacional Privé.** t. I, Paris: Librairie de la Société du Recueil, 1909 [Traduction por Paul Goulé].

BUSTAMANTE y SIRVEN, Antonio Sanchez. **Droit Internacional Privé.** t. I, Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1934 [Traduction por Paul Goulé].

BUSTAMANTE y SIRVEN, Antonio Sanchez. **Derecho Internacional Privado.** t. I, Habana, Carasa y cia, 1931.

BOSON, Gerson de Britto Mello. **Curso de Direito Internacional Público**. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1958, vol. 1.

BROCHER, Charles*.* **Nouveau Traité de Droit *International Privé.*** Paris: H. Georg Librairie, 1876.

CANZIAN, Fernando. '*Consenso de Washington' foi longe demais, diz seu ideólogo*. Caderno Economia. **Folha de São Paulo**. 25750 ed. São Paulo: 03/10/99.

CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 3.ª ed. rev.e amp., São Paulo: RT.

CARRETO, Enio. *Para Galbraith, crise asiática serviu para NY realizar lucros.* Entrevista. Caderno Dinheiro. **Folha de São Paulo**. São Paulo: 02/11/1997 [tradução de Roberta Barni].

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 31.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CASTEL, Robert*.* **As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário**

CAVALIERI FILHO, Sérgio. O Novo Código Civil e o Código do Consumidor. Convergências ou antinomias?. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro: 2002, vol. 5, n.º 20.

CHAUÍ, Marilena de Souza. Vida e Obra. **Coleção Os Pensadores** – Rousseau. São Paulo: Nova Cultural, 1987, vol. I.

COSTA, Márcio André Mendes. *O direito globalitário — O novo céu que nos protege?*. **Jornal Síntese,** n.º 11, jan/98.

CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. **Manual de Direito Romano***.* 5.ª ed. Estado da Guanabara: Série "Cadernos Didáticos", 1969.

COUTURE, Eduardo J. **Interpretação das Leis Processuais**. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993 [tradução de Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano].

CRUZ, Héctor G.B. de la. *A globalização da economia e o direito internacional do trabalho: realidades e desafios.* **Anais do Seminário Internacional Relações de Trabalho: aspectos jurídicos, sociais e econômicos**. 1.ª ed., Brasília: MTb, 1998.

DELGADO, José. *A Ética e a Boa-fé no Novo código Civil*. **Questões Controvertidas do Novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2003.

DE PAGE, Henri. ***Traité Élémentaire de Droit Civil Belge***. Deuxième Édition, t. I, Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, 1948.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Teoria das Obrigações, vol. 3.º, 21.ª ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2005.

ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. **Tratado de Derecho Civil**. 39.ª ed. rev. Barcelona: Bosch-Casa Editorial, 1935, primer tomo, parte general, v. II [traduzido do original alemão por Blas Pérez Gonzáles e José Alguer].

ESPÍNOLA, Eduardo. **Elementos de Direito Internacional Privado.** Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1925.

FARAH, Gustavo Pereira. *A autonomia da vontade no contrato internacional de trabalho*. **Caderno de Direito Previdenciário - Justiça do Trabalho**. Porto Alegre: HS, out/2002, ano 19, n.º 226.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. São Paulo: Edusp, 1994.

FERNANDES, António Lemos Monteiro. **Direito do Trabalho**. 11.ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Os Sindicatos e a Defesa dos Interesses Difusos no Direito Processual Civil Brasileiro.** SP, Revista dos Tribunais, 1995 (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman; v. 31).

FINKELSTEIN, C. **O processo de formação de mercados de Bloco**. São Paulo: IOB Thomson, 2003.

FINKELSTEIN, C. **Tributação no Mercosul**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

FINKELSTEIN, C. *A organização mundial do comércio e a integração regional*. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos da Instituição Toledo de Ensino**. Bauru: AR, 1997, n.º 19.

FINKELSTEIN, C. *Direito Internacional Privado*. **Carta Forense**. 2004.

FINKELSTEIN, C. *A integração regional, o multilateralismo econômico e o cenário mundial*. **Revista de Direito Internacional e Econômico.** São Paulo: v. 01, 2002.

FINKELSTEIN, C. e *BASTOS*, C. S. R. **Mercosul: lições do período de transitoriedade.** Celso Bastos Editora, 2002.

FIUZA, Ricardo (Coord.). **Novo Código Civil Comentado**. 1.ª ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico.** 5.ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1998.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *A livre circulação de trabalhadores na Comunidade Européia*. **Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1994, ano V, n. 5.

GALLART FOLCH, Alejandro. **Derecho Administrativo y Procesal de las Corporaciones de Trabajo**. Barcelona: Liberia Bosch, 1929.

GALVÃO, Wellman. **A Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: AFPESP.

GERNIGON, Bernard; ODERO, Alberto; GUIDO, Horacio. *Questions générales*. **Les Principes de L`OIT sur le droit de grève**. Geneve: BIT, 2000.

GOMES, Orlando & *GOTTSCHALK*, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 17.ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 25.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002 [Atualizado por Humberto Theodoro Júnior].

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro** – Contatos e Atos Unilaterais. São Paulo: Saraiva, vol. III, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988.** 6.ª ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2001.

HART, Hebert L. A. **O conceito de Direito**. 3.ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26.ª ed. São Paulo: Companhia da Letras, 1995.

HUBERMAN, Leo. **História da Riqueza do Homem**. 21.ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Guanabara.

HUSEK, Carlos Roberto. **Elementos de Direito Internacional Público.** São Paulo: Malheiros, 1995.

JELLINEK, Georg. **Teoria General del Estado.** Buenos Aires: Albatros, 1954 [Tradução do alemão para o espanhol por Fernando de Los Rios].

JO, Hee Moon. **Introdução ao Direito Internacional.** 2.ª ed., São Paulo: LTr, 2004.

JOÃO XXIII. Mater et magistra. **Encíclicas e Documentos Sociais**. São Paulo: LTr, 1991, vol. I.

KELSEN, Hans; CAMPAGNOLO, Umberto, organizado por Mario G. Losano. **Direito Internacional e Estado Soberano***.* 1.ª ed. São Paulo: Martins Forense, 2002 [traduzido do italiano por Marcela Varejão].

LEITE, Márcia de Paula. **O futuro do trabalho: novas tecnologias e subjetividade operária**. São Paulo: Scritta, 1994

LITRENTO, Oliveiros. **Manual de Direito Internacional Público.** Rio de Janeiro: Forense, 1968.

MAGANO, Octavio Bueno & *MALLET*, Estêvão. **O Direito do Trabalho na Constituição**. São Paulo: Forense, 1993.

MAGANO, Octavio Bueno. *Conflito de leis trabalhistas no espaço*. **Revista LTr**. São Paulo: LTr, agosto/1987, ano 51.

MAIOR, Jorge Luiz Souto Maior. *Direito do Trabalho e Desenvolvimento Econômico - Um contraponto à teoria da flexibilização*. **Revista Juris Síntese, n.º 18, jul/ago de 1999**.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Globalização.* **Informativo Consulex**, Brasília, v. 11, n. 16, 1997.

MALLET, Estevão. *Conflito de leis trabalhistas no espaço e globalização*. **Revista LTr**. São Paulo: LTr, março/1998, ano 62, n.º 03.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Negociação Coletiva e Contrato Individual de Trabalho**. 1.ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MARTINS, Eliane Maria Octaviano. *Contratos internacionais com o Estado - Princípio da moralidade universal*. **Revista Juris Síntese**, n.º 16, mar/abr de 1999.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Os direitos fundamentais e os direitos sociais na Constituição de 1988 e sua defesa*. **Revista LTr**. maio/1999, vol. 63, n. 05.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Instituições de Direito Público e Privado.** 5.ª ed., São Paulo: Altas, 2005.

MARTIN, Hans-Peter; *SCHUMANN,* Harald. **A Armadilha da Globalização; O assalto a democracia e ao bem-estar social.** 3.ª ed., São Paulo: Globo, 1998 [

traduzido do alemão para o português por Waldraut U. E. Rose e Clara C. W. Sackiewicz].

MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966, vol I.

MARX, Karl. **O Capital**: Crítica da Economia Política. São Paulo: Nova Cultural, 1985, livro I, vol. I.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 6.ª ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1957.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 17.ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1992 [Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho].

MELLO, Christiane Bernardes de Carvalho. **Direito Internacional Privado e Relação Jurídica de Trabalho: Aspectos da Legislação Brasileira.** São Paulo: LTr, 2006.

MICHAELLIS. **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, 1998.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Direito das Obrigações. 12.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1977, 2.ª parte, vol. 5.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil** São Paulo: Saraiva, 1989, vol. 1.

MONTEIRO, Washingnton de Barros. **Curso de Direito Civil** - Direito das Obrigações*.* 2.ª parte. 34.ª ed. rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2003.

NAZAR, Nelson. *O poder normativo da Justiça do Trabalho*. **Revista dos Tribunais (Cadernos de direito constitucional e ciência política)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, n.º 15 [abril-junho], 1996.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Contratos no Código Civil: Apontamentos Gerais*. **O novo Código Civil: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale**. Coord. de Domingos Franciulli Netto, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins Filho. São Paulo: LTr, 2003.

OLIVEIRA, José Lopes de. **Contratos***.* 2.ª ed. Recife: Livrotécnica, 1979.

OLIVEIRA, Odete Maria de. *Integração: um desafio à globalização?* **Revista da Faculdade de Direito da UFSC,** vol. 1, 1998.

OLIVEIROS, L. Litrento. **Manual de Direito Internacional Público.** Rio de Janeiro: Forense, 1968.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil** – Contratos. 12.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, vol. III.

PEREIRA, José Luciano de Castilho*. Temas polêmicos do direito material e do direito processual do trabalho*. **Revista Juris Síntese**, ST n.º 62, ago/94.

PERES, Antonio Galvão. **Contrato Internacional de Trabalho: novas perspectivas.** São Paulo: LTr, 2004.

PILAGALLO, Oscar. *Tese defende controle para globalização.* Caderno Dinheiro. **Folha de São Paulo**: 12/07/98.

PILLET, Antonie. **Principios de Derecho Internacional Privado.** t.I, Madrid: Libreria General de Victoriano Suárez, 1923 [traducción española de Nicolás Rodríguez Aniceto e Carlos González Posada].

PIO XI. *Quadragesimo anno*. **Encíclicas e Documentos Sociais**. São Paulo: LTr, 1995, vol. I.

POTHIER. **Tratatado das Obrigações Pessoaes e Reciprocas nos pactos, contractos, convenções, etc**, Paris, H. Garnier, 1906, tomo I [traduzido do original francês por José Homem Corrêa Telles].

RANGEL, Vicente Marotta. **Direito e relações internacionais.** 5.ª ed. revista e atualizada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

RÉGIS, Mário Luiz Delgado. **Novo Código Civil Comentado**. atualizado, p. 309, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

ROCHA, Osiris. *Contrato de Trabalho Internacional: uma análise da lei regedora*. **Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1994, ano II, n. 2.

ROCHA, Osiris. *Contrato de Trabalho Internacional: uma reanálise da lei regedora*. **Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho**. 11.ª ed., São Paulo: LTr, 1995.

RODA, Virgínio Santa. **O Sentido do Tenentismo**. 3.ª ed. São Paulo: Alfa-Ômega.

RODRIGUES, Leôncio. **Conflito Industrial e Sindicalismo no Brasil**. São Paulo: DIFEI, 1996.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 30.ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2005, vol. 3.

ROLIM, Maria João Pereira. **Direito Econômico da Energia Elétrica.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça.** 1.ª ed, Bauru, Edipro, 2003 [Traduzido do inglês para o português por Edson Bini].

ROSSI, Clóvis. *Brasil cai na lista de competitividade.* Caderno Dinheiro. **Folha de São Paulo**: 13/07/99.

SAAD, Ricardo Nacim. *Globalização sindical*. **Revista Juris Síntese**, ST, n.º 99, set/97.

SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa. **Cláusula "rebus sic standibus" ou teoria da imprevisão**: revisão contratual. Belém: Cejup, 1989.

SAVIGNY, Federico Carlo di. **Le Obbligazioni**. Torino, Unione Tipografico- Editrice Torinense, 1915 [traduzido do original alemão por Giovanni Pacchioni].

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil***.* 2.ª ed. rev. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil. Fontes das Obrigações: Contratos.** 4.ª ed. revista e aumentada. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, vol. III.

SERVAIS, Jean-Michel. **Elementos de Direito Internacional Comparado do Trabalho.** São Paulo: LTr, 2001 [traduzido do francês para o português por Edilson Alkmim Cunha].

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

SILVA, Américo Luís Martins da. **A Ordem Constitucional Econômica.** 2.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *O Contrato Internacional de Trabalho*. **Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1994, Ano II, n.º 2.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo.** 9.ª ed. revista e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Cláusula *rebus sic stantibus* ou teoria da imprevisão***. Belém, Cejup, 1989*

SIQUEIRA NETO, José Francisco. *Direito do Trabalho e Flexibilização no Brasil.* **São Paulo em Perspectiva**. São Paulo: Fundação SEADE, 1997, vol. 11, n.º 1, jan/mar.

SOARES, Marta G.S. *A cláusula de eleição de foro em contratos internacionais*. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: set/2002, vol. II.

STIGLITZ, Joseph. *O pós-Consenso de Washington*. Caderno Mais. **Folha de São Paulo**: 12/07/98.

STRENGER, Irineu. **Direito Internacional Privado**. 6.ª ed. São Paulo: LTr, 2005.

STRENGER, Irineu. **Contratos Internacionais de Comércio***.* São Paulo: RT, 1992.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho**. 2.ª ed. ampliada e atualizada, São Paulo: LTr, 1987.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT**. São Paulo: LTr, 1994.

SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes; *MARANHÃO*, Délio; e *VIANNA*, José de Segadas. **Instituições de direito do trabalho**. 13.ª ed., São Paulo: LTr, 1993, 2 v.

SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. *Contratos Provisórios de Trabalho – Constitucional e Eficaz?*. **Revista LTr**. São Paulo: LTr, abril/98, ano 62, n.º 04, vol. I.

TEIXEIRA FILHO, João de Lima (coord.). **Relações Coletivas de Trabalho**. São Paulo: LTr, 1989 (Estudos em homenagem ao Ministro Arnaldo Süssekind).

TEMER, Michel. **Temas de Direito Constitucional**. 1.ª ed., São Paulo: RT, 1982.

TEPEDINO, Gustavo. **A Parte Geral do Novo Código**. Prefácio. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **O Contrato e sua Função Social**, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TOLEDO, José Roberto de. *Brasil melhora, mas fica longe do 1.º Mundo.* Caderno Qualidade de Vida. **Folha de São Paulo**: 11/07/99.

TOLEDO, Simão Pedro. **Teoria Geral dos Contratos** – Direito Civil, Julex, 1978.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 13.ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1992, vol. I.

TOYNBEL, Arnold J. **Um Estudo de História**. Rio de Janeiro: E.W. Jackson, 1953.

VIANNA, Segadas *et alii*. **Instituições de Direito do Trabalho**. 13.ª ed., São Paulo: LTr, 1993, vol. 1.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego: estrutura legal e supostos.** 2.ª ed. rev., atual. e aum. São Paulo: LTr, 1999.

VAN WETTER, P. **Cours Èlémentaire de Droit Romain**. 3.ª ed. Paris, Libraire A. Marescq Aîne, 1893, tome second.

WEISS, Andre. **Manuel de Droit International Privé.** Paris, 1920.

SITES

ALMEIDA, Eliane Moraes de. Disponível no sítio www.direitonet.com.br/textos/x/72/22/722/ , em 22/05/2006.

FINKELSTEIN, Cláudio. **Alterações Constitucionais em temas de Direito Internacional***.* Disponível em www.smithedantas.com.br/texto/altera.doc, em 07/03/2006

GOUVÊA, Eduardo de Oliveira. Disponível no sítio www.uva.br/icj/artigos_de_professores/boa_fe-inov_civil.htm., em 29/03/2006.

GUIMARÃES, Feliciano de Sá. **O Sistema de Votação por Consenso da OMC**. Disponível no sítio www.revistaautor.com.br, em 21/03/2006.

MACHADO, Sérgio Martins Machado. **Apostila de Direito Romano: direito das obrigações *(jus obligatioum*)**, disponível no site http://www.ubm.br, em 13/03/2006.

SERAPIÃO JÚNIOR, Carlos; *MAGNOLI*, Demétrio. **A OMC precisa de um Conselho de Segurança.** Disponível no sítio www.idcid.org.obr/default.asp?sec=3&id=5169, em 27/04/2006.

MATOS, M. L.L; *MOREIRA* R.G.; *OLIVEIR*A, R.A. **Direito das Obrigações**, disponível no sítio http://150.162.138.14/arquivos/Direito_das_obrigacoes.html, em 14/03/2006.

MOURÃO, Barbara. **Arbitragem privada internacional e mecanismo de solução de controvérisias***.* Disponível em www.revistaautor.com.br, em 21/03/2006.

http://www.legifrance.gouv.fr/, em 15/03/2006.

http://www.leginfo.ca.gov/.html/civ_table_of_contents.html, em 15/03/2006

http://www.portolegal.com/CodigoCivil.html, em 15/03/2006.

http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/4T2.htm, em 15/03/2006

http://www.jus.unitn.it/Cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Lib4.htm, em 15/03/2006

www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artgos/artigo-boaf%c3%a9-tartuce.doc, em 29/03/2006*.*

http:/www.miguelreale.com.Br/artigos/boafe.htm, em 29/03/2006

http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm, em 29/03/2006

http://www.oit.org, em 15/03/2006.

http://pt.wikipedia.org/wiki/Direito_natural, em 24/05/2006.

http://pt.wikipedia.org/wiki/Confer%C3%AAncia_de_Paz_de_Paris_(1919), em 24/05/2006.

www.ilo.org/info/download/constituicao_oit.pdf, em 22/05/2006 p. 2.

www.ilo.org/info/download/constituicao_oit.pdf, em 22/05/2006, pp. 20/21

www.ilo.org.be/info/download/declarac_port.pdf, em 22/05/2006

www.revistaautor.com.br, em 21/03/2006.

http://www.crasp.com.br/mediacao_arbitragem/trabalhador_ativa.htm, em 19/04/2006.

http://www.imprensa.macau.gov.mo/bo/i/96/09/desp09.asp, em 20/04/2006.

www.wto.org, em 27/04/2006.

http://www.mre.gov.br/portugues/politica_externa/grupos/org_estadosameric/oea2.asp, em 02/05/2006.

http://www.oas.org/juridico/spanish/carta.html, em 02/05/2006.

http://www.mre.gov.br/portugues/politica_externa/grupos/org_estadosameric/oea2.asp, em 02/05/2006.

http://www.oas.org/OASpage/port/Documents/Democractic_Charter.htm, em 03/05/2006.

http://www.un.org/spanish/documents/ga/res/29/ares29.htm, em 30/05/2006.

ANEXO 1

ACORDO DE MARRAKESH

Artigo I

Criação da Organização

É criada a Organização Mundial do Comércio (a seguir designada «a OMC»).

Artigo II

Âmbito da OMC

1 — A OMC constituirá o enquadramento institucional comum para a condução das relações comerciais entre os seus Membros em questões relativas aos acordos e aos instrumentos jurídicos conexos que figuram nos Anexos do presente Acordo.

2 — Os acordos e os instrumentos jurídicos conexos que figuram nos Anexos 1, 2 e 3 (a seguir designados «acordos comerciais multilaterais») fazem parte integrante do presente Acordo e são vinculativos para todos os Membros.

3 — Os acordos e os instrumentos jurídicos conexos que figuram no Anexo 4 (a seguir designados «acordos comerciais plurilaterais») fazem igualmente parte do presente Acordo para os Membros que os tenham aceitado, sendo vinculativos para esses Membros. Os acordos comerciais plurilaterais não criam obrigações nem direitos para os Membros que não os tenham aceitado.

4 — O Acordo Geral sobre Pautas Aduaneiras e Comércio de 1994, tal como figura no Anexo 1A (a seguir designado «GATT de 1994»), é juridicamente distinto do Acordo Geral sobre Pautas Aduaneiras e Comércio, de 30 de Outubro de 1947, que acompanha o Acto Final adoptado aquando da conclusão da segunda sessão do Comité Preparatório da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Emprego, tal como posteriormente rectificado ou alterado (a seguir designado «GATT de 1947»).

Artigo III

Funções da OMC

1 — A OMC facilitará a aplicação, gestão e funcionamento do presente Acordo e dos acordos comerciais multilaterais e promoverá a realização dos seus objectivos, constituindo igualmente o enquadramento para a aplicação, gestão e funcionamento dos acordos comerciais plurilaterais.

2 — A OMC constituirá o fórum para as negociações entre os seus Membros no que respeita às suas relações comerciais multilaterais em questões abrangidas pelos acordos que figuram nos anexos ao presente Acordo. A OMC, poderá igualmente constituir um fórum para a realização de outras negociações entre os seus Membros no que respeita às suas relações multilaterais, bem como um enquadramento para a aplicação dos resultados de tais negociações caso a Conferência Ministerial assim o decida.

3 — A OMC assegurará a gestão do Memorando de Entendimento sobre as Regras e Processos Que Regem a Resolução de Litígios (a seguir designado «Memorando de Entendimento sobre Resolução de Litígios» ou «MERL»), que figura no Anexo 2 do presente Acordo.

4 — A OMC assegurará a gestão do Mecanismo de Exame das Políticas Comerciais (a seguir designado «MEPC»), previsto no Anexo 3 do presente Acordo.

5 — A fim de conferir uma maior coerência à elaboração das políticas económicas mundiais, a OMC cooperará, conforme adequado, com o Fundo Monetário Internacional e com o Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento e respectivas agências.

Artigo IV

Estrutura da OMC

1 — Será instituída uma Conferência Ministerial composta por representantes de todos os Membros, que se reunirá, pelo menos, uma vez de dois em dois anos. A Conferência Ministerial exercerá as funções da OMC e tomará as medidas necessárias para o efeito. A Conferência Ministerial será competente para decidir de todas as questões abrangidas por qualquer dos acordos comerciais multilaterais, se nesse sentido for solicitada por um membro, em conformidade com os requisitos

específicos em matéria de tomada de decisões previstos no presente Acordo e no acordo comercial multilateral pertinente.

2 — Será instituído um Conselho Geral composto por representantes de todos os Membros, que se reunirá conforme adequado. No intervalo, entre as reuniões da Conferência Ministerial, as suas funções serão exercidas pelo Conselho Geral. O Conselho Geral exercerá igualmente as funções que lhe incumbem por força do presente Acordo. O Conselho Geral estabelecerá o seu regulamento interno e aprovará os regulamentos internos dos comités previstos no n.º 7.

3 — O Conselho Geral reunir-se-á, conforme adequado, para desempenhar funções de Órgão de Resolução de Litígios, tal como previsto no Memorando de Entendimento sobre Resolução de Litígios. O Órgão de Resolução de Litígios poderá ter o seu próprio Presidente e estabelecer o regulamento interno que considere necessário para o cumprimento daquelas funções.

4 — O Conselho Geral reunir-se-á, conforme adequado, para desempenhar as funções de Órgão de Exame das Políticas Comerciais previsto no Mecanismo de Exame das Políticas Comerciais. O Órgão de Exame das Políticas Comerciais poderá ter o seu próprio Presidente e estabelecer o regulamento interno que considere necessário para o cumprimento daquelas funções.

5 — Serão instituídos um Conselho do Comércio de Mercadorias, um Conselho do Comércio de Serviços e um Conselho dos Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (a seguir designado «Conselho TRIPS»), que funcionarão sob a orientação geral do Conselho Geral. O Conselho do Comércio de Mercadorias supervisionará o funcionamento dos acordos comerciais multilaterais que figura no Anexo 1A. O Conselho do Comércio de Serviços supervisionará o funcionamento do Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços (a seguir designado «GATS»). O Conselho TRIPS supervisionará o funcionamento do Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (a seguir designado «Acordo sobre TRIPS»). Estes Conselhos exercerão as funções que lhes forem atribuídas pelos respectivos acordos e pelo Conselho Geral. Estabelecerão os seus regulamentos internos, sob reserva da aprovação do Conselho Geral. Poderão participar nestes Conselhos os representantes de todos os Membros. Os Conselhos reunir-se-ão quando necessário para o exercício das suas funções.

6 — O Conselho do Comércio de Mercadorias, o Conselho do Comércio de Serviços e o Conselho TRIPS estabelecerão órgãos subsidiários de acordo com as necessidades. Estes órgãos subsidiários estabelecerão os respectivos regulamentos internos, sob reserva da aprovação dos respectivos Conselhos.

7 — A Conferência Ministerial estabelecerá um Comité do Comércio e Desenvolvimento, um Comité das Restrições Relacionadas com a Balança de Pagamentos e um Comité do Orçamento, Finanças e Administração, que exercerão as funções que lhes incumbem por força do presente Acordo e dos acordos comerciais multilaterais, bem como quaisquer outras funções que lhes sejam atribuídas pelo Conselho Geral, podendo estabelecer outros comités com as competências que considerarem adequadas. No âmbito das suas funções, o Comité do Comércio e Desenvolvimento examinará periodicamente as disposições especiais dos acordos comerciais multilaterais a favor dos países menos desenvolvidos Membros e apresentará relatórios ao Conselho Geral para que este tome as medidas que considerar adequadas. Poderão participar nos comités os representantes de todos os Membros.

8 — Os órgãos previstos nos acordos comerciais plurilaterais exercerão as funções que lhes incumbem por força dos referidos acordos e funcionarão no quadro institucional da OMC. Estes órgãos informarão periodicamente o Conselho Geral das suas actividades.

Artigo V

Relações com outras organizações

1 — O Conselho Geral tomará as medidas adequadas para assegurar uma cooperação eficaz com outras organizações intergovernamentais cujas competências estejam relacionadas com as da OMC.

2 — O Conselho Geral poderá tomar as medidas adequadas tendo em vista a consulta e a cooperação com organizações não governamentais que se ocupem de questões relacionadas com as da OMC.

Artigo VI

Secretariado

1 — É criado um Secretariado da OMC (a seguir designado «o Secretariado»), dirigido por um Director-Geral.

2 — A Conferência Ministerial nomeará o Director-Geral e adoptará as regras que definem as respectivas competências, deveres, condições para o exercício de funções e duração do mandato.

3 — O Director-Geral nomeará os membros do pessoal do Secretariado e determinará os seus deveres e condições para o exercício de funções, em conformidade com as regras adoptadas pela Conferência Ministerial.

4 — As funções do Director-Geral e do pessoal do Secretariado terão um carácter exclusivamente internacional. No cumprimento dos seus deveres, o Director-Geral e o pessoal do Secretariado não solicitarão nem aceitarão instruções de qualquer Governo ou autoridade estranha à OMC. O Director-Geral e o pessoal do Secretariado abster-se-ão de qualquer acção que seja incompatível com o seu estatuto de funcionários internacionais. Os Membros da OMC respeitarão o carácter internacional das funções do Director-Geral e do pessoal do Secretariado e não os procurarão influenciar no cumprimento dos seus deveres.

Artigo VII

Orçamento e contribuições

1 — O Director-Geral apresentará ao Comité do Orçamento, Finanças e Administração as previsões orçamentais e as demonstrações financeiras anuais da OMC. O Comité do Orçamento, Finanças e Administração examinará as previsões orçamentais e as demonstrações financeiras anuais apresentadas pelo Director-Geral e formulará as recomendações pertinentes ao Conselho Geral. As previsões orçamentais anuais serão submetidas à aprovação do Conselho Geral.

2 — O Comité do Orçamento, Finanças e Administração proporá ao Conselho Geral regulamentação financeira que incluirá disposições definindo:

a) A tabela das contribuições com a repartição das despesas da OMC entre os seus Membros; e

b) As medidas a tomar relativamente aos Membros com contribuições em atraso.

A regulamentação financeira basear-se-á, na medida do possível, nas regras e práticas do GATT de 1947.

3 — O Conselho Geral adoptará a regulamentação financeira e as previsões orçamentais anuais por uma maioria de dois terços que inclua mais de metade dos Membros da OMC.

4 — Os Membros pagarão prontamente à OMC a respectiva contribuição correspondente à sua parte nas despesas da OMC, em conformidade com a regulamentação financeira adoptada pelo Conselho Geral.

Artigo VIII

Estatuto da OMC

1 — A OMC será dotada de personalidade jurídica, sendo-lhe concedida pelos seus Membros a capacidade jurídica que se afigure necessária para o exercício das suas funções.

2 — Os Membros da OMC conceder-lhe-ão os privilégios e imunidades necessários para o exercício das suas funções.

3 — Os Membros da OMC concederão igualmente aos funcionários desta última e aos representantes dos Membros os privilégios e imunidades necessários para o exercício independente das suas funções relacionadas com a OMC.

4 — Os privilégios e imunidades a conceder por um Membro à OMC, aos seus funcionários e aos representantes dos seus Membros serão análogos aos privilégios e imunidades previstos na Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Instituições Especializadas, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 21 de Novembro de 1947.

5 — A OMC poderá concluir um acordo de sede.

Artigo IX

Tomada de decisões

1 — A OMC manterá a prática da tomada de decisões por consenso seguida por força do GATT de 1947 ([1]). Salvo disposição em contrário, nos casos em que não for possível chegar a uma decisão por consenso, a questão em causa será decidida por votação. Nas reuniões da Conferência Ministerial e do Conselho Geral, cada Membro da OMC disporá de um voto. Nos casos em que as Comunidades Europeias exerçam o seu direito de voto, disporão de um número de votos igual ao número dos seus Estados membros ([2]) que sejam Membros da OMC. As decisões da Conferência Ministerial e do Conselho Geral serão adoptadas por maioria dos votos expressos, salvo disposição em contrário prevista no presente Acordo ou no acordo comercial multilateral pertinente ([3]).

———

([1]) Considera-se que o organismo em causa tomou uma decisão por consenso sobre uma questão que lhe foi apresentada, se nenhum Membro presente na reunião no decurso da qual a referida decisão foi tomada não se tiver oposto formalmente à decisão proposta.

([2]) O número de votos das Comunidades Europeias e dos seus Estados membros não ultrapassará, em caso algum, o número dos Estados membros das Comunidades Europeias.

([3]) As decisões do Conselho Geral, quando este se reunir na qualidade de Órgão de Resolução de Litígios, serão tomadas unicamente em conformidade com o disposto no n.º 4 do artigo 2.º do Memorando de Entendimento sobre Resolução de Litígios.

2 — Incumbe exclusivamente à Conferência Ministerial e ao Conselho Geral a adoptação de interpretações do presente Acordo e dos acordos comerciais multilaterais. No caso da interpretação de um acordo comercial multilateral que figure no Anexo 1, essa competência será exercida com base numa recomendação do Conselho que supervisiona o funcionamento desse acordo. A decisão de adoptar uma interpretação será tomada por maioria de três quartos dos Membros. O disposto no presente número não será utilizado de um modo que prejudique as disposições em matéria de alteração previstas no artigo X.

3 — Em circunstâncias excepcionais e salvo disposição em contrário do presente número, a Conferência Ministerial poderá decidir dispensar um Membro de uma das obrigações que lhe incumbem por força do presente Acordo ou de um dos acordos comerciais multilaterais, desde que tal decisão seja tomada por três quartos ([4]) dos Membros.

a) Qualquer pedido de derrogação respeitante ao presente Acordo será submetido à apreciação da Conferência Ministerial, em conformidade com a prática em matéria de tomada de decisões por consenso. A Conferência Ministerial fixará um prazo, não superior a 90 dias, para examinar o pedido. Se não se chegar a consenso dentro desse prazo, qualquer decisão de concessão de uma derrogação será tomada por três quartos ([4]) dos Membros.

b) Qualquer pedido de derrogação respeitante aos acordos comerciais multilaterais que figuram nos Anexos 1A, 1B ou 1C e respectivos anexos será inicialmente submetido à apreciação do Conselho do Comércio de Mercadorias, do Conselho do Comércio de Serviços ou do Conselho dos TRIPS, respectivamente, dentro de um prazo não superior a 90 dias. No termo desse prazo, o Conselho em causa apresentará um relatório à Conferência Ministerial.

———

([4]) Qualquer decisão de concessão de uma derrogação respeitante a uma obrigação sujeita a um período de transição ou a um prazo para aplicação por etapas que o Membro requerente não tenha cumprido no final do período ou do prazo em questão será unicamente tomada por consenso.

4 — Qualquer decisão tomada pela Conferência Ministerial relativamente à concessão de uma derrogação deverá indicar as circunstâncias excepcionais que justificam a decisão, as modalidades e condições que regem a aplicação da derrogação, bem como a data de cessação da derrogação. Qualquer derrogação concedida por um período superior a um ano será examinada pela Conferência Ministerial, o mais tardar, um ano após ter sido concedida e, posteriormente, todos os anos até ao termo da sua vigência. Aquando de cada exame, a Conferência Ministerial verificará se continuam reunidas as condições excepcionais que justificam a derrogação e se as modalidades e condições que lhe estão associadas foram respeitadas. Com base no reexame anual, a Conferência Ministerial pode prorrogar, alterar ou pôr termo à derrogação.

5 — As decisões a título de um acordo comercial plurilateral, incluindo quaisquer decisões relativas a interpretações e a derrogações, serão regidas pelas disposições desse acordo.

Artigo X

Alterações

1 — Qualquer Membro da OMC pode introduzir uma proposta de alteração das disposições do presente Acordo ou dos acordos comerciais multilaterais que figuram no Anexo 1, apresentando a referida proposta à Conferência Ministerial. Os Conselhos enumerados no n.º 5 do artigo IV podem igualmente apresentar à

Conferência Ministerial propostas de alteração das disposições dos correspondentes acordos comerciais multilaterais que figuram no Anexo 1, cujo funcionamento supervisionem. Durante um prazo de 90 dias a contar da apresentação formal da proposta à Conferência Ministerial, a menos que esta decida um prazo mais longo, qualquer decisão de Conferência Ministerial no sentido de apresentar aos Membros, para aceitação, a alteração proposta, será tomada por consenso. A menos que seja aplicável o disposto nos n.os 2, 5 ou 6, esta decisão precisará se é aplicável o disposto nos n.os 3 ou 4. Se se chegar a consenso, a Conferência Ministerial apresentará imediatamente a alteração proposta aos Membros, para aceitação. Caso, dentro do prazo estabelecido, não seja possível chegar a consenso numa reunião da Conferência Ministerial, esta última decidirá, por maioria de dois terços dos Membros, da apresentação, ou não, da alteração proposta aos Membros, para aceitação. Sob reserva do disposto nos n.os 2, 5 e 6, à alteração proposta é aplicável o disposto no n.º 3, a menos que a Conferência Ministerial decida, por maioria de três quartos dos Membros, que é aplicável o disposto no n.º 4.

2 — As alterações das disposições do presente artigo e das disposições dos artigos seguintes produzirão efeitos unicamente após terem sido aceites por todos os Membros:

Artigo IX do presente Acordo;

Artigos I e II do GATT de 1994;

N.º 1 do artigo II do GATS;

Artigo 4.º do Acordo TRIPS.

3 — As alterações das disposições do presente Acordo, ou dos acordos comerciais multilaterais que figuram nos Anexos 1A e 1C, que não as enumeradas nos n.os 2 e 6, susceptíveis de alterar os direitos e obrigações dos Membros, produzirão efeitos, no que respeita aos Membros que as tenham aceitado, a partir do momento em que tenham sido aceites por dois terços dos Membros e, posteriormente, no respeita a qualquer outro Membro, a partir do momento em que este as tenha aceitado. A Conferência Ministerial poderá decidir, por maioria de três quartos dos Membros, que uma alteração adoptada ao abrigo do disposto no presente número é de tal natureza que qualquer Membro que não a tenha aceitado, num prazo que a

Conferência Ministerial fixará para cada caso, poderá retirar-se do Acordo OMC ou continuar a ser Membro com o consentimento da Conferência Ministerial.

4 — As alterações das disposições do presente Acordo ou dos acordos comerciais multilaterais que figuram nos Anexos 1A e 1C, que não as numeradas nos n.os 2 e 6, não susceptíveis de alterar os direitos ou as obrigações dos Membros, produzirão efeitos para todos os Membros a partir do momento em que tenham sido aceites por três quartos dos Membros.

5 — Salvo nos casos previstos no n.º 2, as alterações das partes I, II e III do GATS e dos respectivos anexos produzirão efeitos, no que respeita aos Membros que os tenham aceitado, a partir do momento em que tenham sido aceites por dois terços dos Membros e, posteriormente, no que respeita a cada Membro, a partir do momento em que o mesmo as tenha aceitado. A Conferência Ministerial poderá decidir, por maioria de três quartos dos Membros, que uma alteração que produz efeitos por força da disposição anterior é de tal natureza que um Membro que não a tenha aceitado num prazo que a Conferência Ministerial fixará para cada caso poderá retirar-se do Acordo OMC ou continuar a ser Membro com o consentimento da Conferência Ministerial. As alterações das partes IV, V e VI do GATS e respectivos anexos produzirão efeitos, para todos os Membros, a partir do momento em que tenham sido aceites por dois terços dos Membros.

6 — Não obstante as outras disposições do presente artigo, as alterações do Acordo TRIPS que preencham os requisitos do n.º 2 do seu artigo 71.º poderão ser adoptadas pela Conferência Ministerial sem qualquer outro processo de aceitação formal.

7 — Qualquer Membro que aceite uma alteração do presente Acordo ou de um acordo comercial multilateral que figure no Anexo 1 depositará um instrumento de aceitação junto do Director-Geral da OMC, dentro do prazo de aceitação fixado pela Conferência Ministerial.

8 — Qualquer Membro da OMC poderá apresentar uma proposta de alteração de disposições dos acordos comerciais multilaterais que figuram nos Anexos 2 e 3, submetendo tal proposta à apreciação da Conferência Ministerial. A decisão de aprovação de alterações do acordo comercial multilateral que figura no Anexo 2 será tomada por consenso, produzindo tais alterações efeitos, para todos os Membros, a partir do momento em que tenham sido aprovadas pela Conferência Ministerial. As decisões de aprovação de alterações do acordo comercial multilateral que figura no

Anexo 3 produzirão efeitos, para todos os Membros, a partir do momento em que tenham sido aprovadas pela Conferência Ministerial.

9 — A pedido dos Membros parte num acordo comercial, a Conferência Ministerial poderá decidir unicamente por consenso, aditar tal acordo ao Anexo 4. A pedido dos Membros parte num acordo comercial plurilateral, a Conferência Ministerial poderá decidir suprimir esse Acordo do Anexo 4.

10 — As alterações introduzidas num acordo comercial plurilateral serão regidas pelas disposições desse mesmo acordo.

Artigo XI

Membros originais

1 — As Partes Contratantes no GATT de 1947 à data da entrada em vigor do presente Acordo e as Comunidades Europeias, que aceitem o presente Acordo e os acordos comerciais multilaterais e para as quais são anexadas listas de concessões e de compromissos ao GATT de 1994, bem corno listas de compromissos específicos ao GATS, tornam-se Membros originais da OMC.

2 — Os países menos desenvolvidos reconhecidos como tal pelas Nações Unidas serão unicamente obrigados a assumir compromissos e a fazer concessões na medida em que tal seja compatível com as respectivas necessidades financeiras, comerciais e de desenvolvimento ou com as respectivas capacidades administrativas e institucionais.

Artigo XII

Adesão

1 — Qualquer Estado ou território aduaneiro distinto que possua plena autonomia na condução das suas relações comerciais externas e em relação a outras questões previstas no presente Acordo e nos acordos comerciais multilaterais pode aderir ao presente Acordo, em condições a acordar entre ele e a OMC. Tal adesão é aplicável relativamente ao presente Acordo e aos acordos comerciais multilaterais que o acompanham.

2 — As decisões em matéria de adesão serão tomadas pela Conferência Ministerial. A Conferência Ministerial aprovará o acordo sobre as modalidades de adesão por uma maioria de dois terços dos Membros da OMC.

3 — A adesão a um acordo comercial plurilateral será regida pelas disposições desse mesmo acordo.

Artigo XIII

Não aplicação dos acordos comerciais multilaterais entre determinados Membros

1 — O presente Acordo e os acordos comerciais multilaterais que figuram nos Anexos 1 e 2 não são aplicáveis entre um Membro e qualquer outro Membro se, quando um deles se tomar Membro, não aceitar tal aplicação.

2 — O disposto no n.º 1 só pode ser invocado entre Membros originais da OMC que eram Parte Contratante no GATT de 1947 no caso de o artigo XXXV desse acordo já ter sido anteriormente invocado e estar em vigor entre essas Partes Contratantes no momento da entrada em vigor do presente Acordo.

3 — O disposto no n.º 1 é aplicável entre um Membro e um outro Membro que tenha aderido a título do artigo XII unicamente se o Membro que não aceita a aplicação tiver desse facto notificado a Conferência Ministerial antes de esta ter aprovado o acordo sobre as modalidades de adesão.

4 — A pedido de um Membro, a Conferência Ministerial poderá examinar a aplicação do presente artigo em casos especiais e formular as recomendações adequadas.

5 — A não aplicação de um acordo comercial plurilateral entre partes nesse acordo será regida pelas disposições desse mesmo acordo.

Artigo XIV

Aceitação, entrada em vigor e depósito

1 — O presente Acordo ficará aberto à aceitação, através de assinatura ou de qualquer outro modo, das Partes Contratantes no GATT de 1947 e das Comunidades Europeias, que são elegíveis para se tornarem Membros originais da OMC em conformidade com o disposto no artigo XI do presente Acordo. Tal aceitação é aplicável ao presente Acordo e aos acordos comerciais multilaterais que o acompanham. O presente Acordo e os acordos comerciais multilaterais que o acompanham entrarão em vigor na data fixada pelos Ministros, em conformidade com o n.º 3 do Acto Final que consagra os resultados das negociações comerciais multilaterais do Uruguay Round e ficará aberto à aceitação por um período de dois anos a contar dessa data, salvo decisão em contrário dos Ministros. Uma aceitação

que ocorra após a entrada em vigor do presente Acordo entrará em vigor 30 dias após a referida aceitação.

2 — Um Membro que aceite o presente Acordo após a sua entrada em vigor aplicará as concessões e cumprirá as obrigações previstas nos acordos comerciais multilaterais que devem ser aplicadas e cumpridas durante um período com início na data da entrada em vigor do presente Acordo, como se o tivesse aceitado à data da sua entrada em vigor.

3 — Até à entrada em vigor do presente Acordo, o texto do presente Acordo e o dos acordos comerciais multilaterais serão depositados junto do Director-Geral das Partes Contratantes no GATT de 1947. O Director-Geral enviará, no mais curto prazo de tempo, a cada Estado e às Comunidades Europeias, que tenham aceitado o presente Acordo, uma cópia autenticada do presente Acordo e dos acordos comerciais multilaterais, bem como uma notificação de cada aceitação. O presente Acordo e os acordos comerciais multilaterais, bem como qualquer alteração neles introduzida, serão depositados junto do Director-Geral da OMC na data da entrada em vigor do presente Acordo.

4 — A aceitação e a entrada em vigor de um acordo comercial plurilateral serão regidas pelas disposições desse mesmo acordo. Tais acordos serão depositados junto do Director-Geral das Partes Contratantes no GATT de 1947. Na data da entrada em vigor do presente Acordo, tais acordos serão depositados junto do Director-Geral da OMC.

Artigo XV

Recesso

1 — Qualquer Membro pode retirar-se do presente Acordo. Tal recesso é simultaneamente aplicável ao presente Acordo e aos acordos comerciais multilaterais e produz efeitos no termo de um prazo de seis meses a contar da data em que o Director-Geral da OMC tiver recebido a notificação escrita do recesso.

2 — O recesso de um acordo comercial plurilateral será regido pelas disposições desse mesmo acordo.

Artigo XVI

Disposições diversas

1 — Salvo disposição em contrário do presente Acordo ou dos acordos comerciais multilaterais, a OMC será regida pelas decisões, procedimentos e práticas habituais seguidas pelas Partes Contratantes no GATT de 1947 e pelos órgãos criados no âmbito do GATT de 1947.

2 — Na medida do possível, o Secretariado do GATT de 1947 tornar-se-á o Secretariado da OMC e o Director-Geral das Partes Contratantes no GATT de 1947 exercerá as funções de Director-Geral da OMC até que a Conferência Ministerial nomeie um Director-Geral em conformidade com o disposto no n.º 2 do artigo VI do presente Acordo.

3 — Em caso de conflito entre uma disposição do presente Acordo e uma disposição de um dos acordos comerciais multilaterais, prevalece a disposição do presente Acordo relativamente ao objecto do conflito.

4 — Cada Membro assegurará a conformidade das suas disposições legislativas, regulamentares e administrativas com as suas obrigações, tal como enunciadas nos acordos que figuram em anexo.

5 — Não poderão ser formuladas reservas relativamente a nenhuma disposição do presente Acordo. Só poderão ser formuladas reservas relativamente a disposições dos acordos comerciais multilaterais na medida do previsto nesses acordos. As reservas respeitantes a uma disposição de um acordo comercial plurilateral serão regidas pelas disposições desse acordo.

6 — O presente Acordo será registado em conformidade com as disposições do artigo 102 da Carta das Nações Unidas.

Feito em Marráquexe em 15 de Abril de 1994, num único exemplar, em língua espanhola, francesa e inglesa, fazendo fé qualquer dos textos.

Notas explicativas:

Os termos «país» ou «países», tal como utilizados no presente Acordo e nos acordos comerciais multilaterais, devem ser interpretados no sentido de incluir qualquer território aduaneiro distinto que seja Membro da OMC.

No caso de um território aduaneiro distinto Membro da OMC, sempre que uma expressão utilizada no presente Acordo e nos acordos comerciais multilaterais seja

acompanhada do termo «nacional», tal expressão será interpretada, salvo indicação em contrário, como respeitando a esse território aduaneiro.

ANEXO 2

C97 Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:

Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 8 junio 1949 en su trigésima segunda reunión;

Después de haber decidido adoptar diversas proposiciones relativas a la revisión del Convenio sobre los trabajadores migrantes, 1939, adoptado por la Conferencia en su vigésima quinta reunión, cuestión que está comprendida en el undécimo punto del orden del día, y

Considerando que estas proposiciones deben revestir la forma de un convenio internacional,

adopta, con fecha primero de julio de mil novecientos cuarenta y nueve, el siguiente Convenio, que podrá ser citado como el Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949:

Artículo 1

Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga a poner a disposición de la Oficina Internacional del Trabajo y de cualquier otro Miembro, cuando lo soliciten:

a) información sobre la política y la legislación nacionales referentes a la emigración y a la inmigración;

b) información sobre las disposiciones especiales relativas al movimiento de trabajadores migrantes y a sus condiciones de trabajo y de vida;

c) información sobre los acuerdos generales y los arreglos especiales en estas materias, celebrados por el Miembro en cuestión.

Artículo 2

Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga a mantener un servicio gratuito apropiado, encargado de prestar ayuda a los trabajadores migrantes y, especialmente, de proporcionarles información exacta, o a cerciorarse de que funciona un servicio de esta índole.

Artículo 3

1. Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga, siempre que la legislación nacional lo permita, a tomar todas las medidas pertinentes

contra la propaganda sobre la emigración y la inmigración que pueda inducir en error.

2. A estos efectos, colaborará, cuando ello fuere oportuno, con otros Miembros interesados.

Artículo 4

Todo Miembro deberá dictar disposiciones, cuando ello fuere oportuno y dentro de los límites de su competencia, con objeto de facilitar la salida, el viaje y el recibimiento de los trabajadores migrantes.

Artículo 5

Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga a mantener, dentro de los límites de su competencia, servicios médicos apropiados encargados de:

a) cerciorarse, si ello fuere necesario, de que, tanto en el momento de su salida como en el de su llegada, la salud de los trabajadores migrantes y de los miembros de sus familias autorizados a acompañarlos o a reunirse con ellos es satisfactoria;

b) velar por que los trabajadores migrantes y los miembros de sus familias gocen de una protección médica adecuada y de buenas condiciones de higiene en el momento de su salida, durante el viaje y a su llegada al país de destino.

Artículo 6

1. Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga a aplicar a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio, sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, un trato no menos favorable que el que aplique a sus propios nacionales en relación con las materias siguientes:

a) siempre que estos puntos estén reglamentados por la legislación o dependan de las autoridades administrativas:

i) la remuneración, comprendidos los subsidios familiares cuando éstos formen parte de la remuneración, las horas de trabajo, las horas extraordinarias, las vacaciones pagadas, las limitaciones al trabajo a domicilio, la edad de admisión al empleo, el aprendizaje y la formación profesional, el trabajo de las mujeres y de los menores;

ii) la afiliación a las organizaciones sindicales y el disfrute de las ventajas que ofrecen los contratos colectivos;

iii) la vivienda;

b) la seguridad social (es decir, las disposiciones legales relativas a accidentes del trabajo, enfermedades profesionales, maternidad, enfermedad, vejez y muerte,

desempleo y obligaciones familiares, así como a cualquier otro riesgo que, de acuerdo con la legislación nacional, esté comprendido en un régimen de seguridad social), a reserva:

i) de acuerdos apropiados para la conservación de los derechos adquiridos y de los derechos en curso de adquisición.

ii) de disposiciones especiales establecidas por la legislación nacional del país de inmigración sobre las prestaciones o fracciones de prestación pagaderas exclusivamente con los fondos públicos, y sobre las asignaciones pagadas a las personas que no reúnen las condiciones de cotización exigidas para la atribución de una pensión normal;

c) los impuestos, derechos y contribuciones del trabajo que deba pagar, por concepto del trabajo, la persona empleada;

d) las acciones judiciales relacionadas con las cuestiones mencionadas en el presente Convenio.

2. En el caso de un Estado federal, las disposiciones del presente artículo deberán aplicarse siempre que las cuestiones a que se refieran estén reglamentadas por la legislación federal o dependan de las autoridades administrativas federales. A cada Miembro corresponderá determinar en qué medida y en qué condiciones se aplicarán estas disposiciones a las cuestiones que estén reglamentadas por la legislación de los estados constitutivos, provincias, cantones, o que dependan de sus autoridades administrativas. El Miembro indicará en su memoria anual sobre la aplicación del Convenio en qué medida y en qué condiciones las cuestiones comprendidas en el presente artículo están reglamentadas por la legislación federal o dependen de las autoridades administrativas federales. En lo que respecta a las cuestiones que estén reglamentadas por la legislación de los estados constitutivos, provincias, cantones, o que dependan de sus autoridades administrativas, el Miembro actuará de conformidad con las disposiciones establecidas en el párrafo 7, b), del artículo 19 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo.

Artículo 7

1. Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga a que su servicio del empleo y sus otros servicios relacionados con las migraciones colaboren con los servicios correspondientes de los demás Miembros.

2. Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga a garantizar que las operaciones efectuadas por su servicio público del empleo no ocasionen gasto alguno a los trabajadores migrantes.

Artículo 8

1. El trabajador migrante que haya sido admitido a título permanente y los miembros de su familia que hayan sido autorizados a acompañarlo o a reunirse con él no podrán ser enviados a su territorio de origen o al territorio del que emigraron cuando, por motivo de enfermedad o accidente sobrevenidos después de la llegada, el trabajador migrante no pueda ejercer su oficio, a menos que la persona interesada lo desee o que así lo establezca un acuerdo internacional en el que sea parte el Miembro.

2. Cuando los trabajadores migrantes sean admitidos de manera permanente desde su llegada al país de inmigración, la autoridad competente de este país podrá decidir que las disposiciones del párrafo 1 del presente artículo no surtirán efecto sino después de un período razonable, el cual no será, en ningún caso, mayor de cinco años, contados desde la fecha de la admisión de tales migrantes.

Artículo 9

Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga a permitir, habida cuenta de los límites fijados por la legislación nacional relativa a la exportación y a la importación de divisas, la transferencia de cualquier parte de las ganancias y de las economías del trabajador migrante que éste desee transferir.

Artículo 10

Cuando el número de migrantes que van del territorio de un Miembro al territorio de otro sea considerable, las autoridades competentes de los territorios en cuestión deberán, siempre que ello fuere necesario o conveniente, celebrar acuerdos para regular las cuestiones de interés común que puedan plantearse al aplicarse las disposiciones del presente Convenio.

Artículo 11

1. A los efectos de este Convenio, la expresión ***trabajador migrante*** significa toda persona que emigra de un país a otro para ocupar un empleo que no habrá de ejercer por su propia cuenta, e incluye a cualquier persona normalmente admitida como trabajador migrante.

2. El presente Convenio no se aplica:

a) a los trabajadores fronterizos;

b) a la entrada, por un corto período, de artistas y de personas que ejerzan una profesión liberal;
c) a la gente de mar.
Artículo 12
Las ratificaciones formales del presente Convenio serán comunicadas, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo.
Artículo 13
1. Este Convenio obligará únicamente a aquellos Miembros de la Organización Internacional del Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado el Director General.
2. Entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos Miembros hayan sido registradas por el Director General.
3. Desde dicho momento, este Convenio entrará en vigor, para cada Miembro, doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación.
Artículo 14
1. Todo Miembro que ratifique el presente Convenio podrá, por medio de una declaración anexada a su ratificación, excluir de la misma los diversos anexos del Convenio o uno de ellos.
2. A reserva de los términos de una declaración así comunicada, las disposiciones de los anexos tendrán el mismo efecto que las disposiciones del Convenio.
3. Todo Miembro que formule una declaración de esta índole podrá, posteriormente, por medio de una nueva declaración, notificar al Director General la aceptación de los diversos anexos mencionados en la declaración o de uno de ellos; y a partir de la fecha de registro, por el Director General, de esta notificación, las disposiciones de dichos anexos serán aplicables al Miembro en cuestión.
4. Mientras una declaración formulada de acuerdo con los términos del párrafo 1 del presente artículo permanezca en vigor respecto de un anexo, el Miembro podrá manifestar su intención de aceptar dicho anexo como si tuviera el valor de una recomendación.
Artículo 15
1. Las declaraciones comunicadas al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, de acuerdo con el párrafo 2 del artículo 35 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, deberán indicar:

a) los territorios respecto de los cuales el Miembro interesado se obliga a que las disposiciones del Convenio y de sus diversos anexos, o de uno de ellos, sean aplicadas sin modificaciones;
b) los territorios respecto de los cuales se obliga a que las disposiciones del Convenio y de sus diversos anexos, o de uno de ellos, sean aplicadas con modificaciones, junto con los detalles de dichas modificaciones;
c) los territorios respecto de los cuales el Convenio y sus diversos anexos, o uno de ellos, sean inaplicables y los motivos por los cuales sean inaplicables;
d) los territorios respecto de los cuales reserva su decisión en espera de un examen más detenido de su situación.
2. Las obligaciones a que se refieren los apartados a) y b) del párrafo 1 de este artículo se considerarán parte integrante de la ratificación y producirán sus mismos efectos.
3. Todo Miembro podrá renunciar, total o parcialmente, por medio de una nueva declaración, a cualquier reserva formulada en su primera declaración en virtud de los apartados b), c) o d) del párrafo 1 de este artículo.
4. Durante los períodos en que este Convenio pueda ser denunciado de conformidad con las disposiciones del artículo 17, todo Miembro podrá comunicar al Director General una declaración por la que modifique, en cualquier otro respecto, los términos de cualquier declaración anterior y en la que indique la situación en territorios determinados.
Artículo 16
1. Las declaraciones comunicadas al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, de conformidad con los párrafos 4 y 5 del artículo 35 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, deberán indicar si las disposiciones del Convenio y de sus diversos anexos, o de uno de ellos, serán aplicadas en el territorio interesado con modificaciones o sin ellas; cuando la declaración indique que las disposiciones del Convenio y de sus diversos anexos o de uno de ellos, serán aplicadas con modificaciones, deberá especificar en qué consisten dichas modificaciones.
2. El Miembro, los Miembros o la autoridad internacional interesados podrán renunciar, total o parcialmente, por medio de una declaración posterior, al derecho a invocar una modificación indicada en cualquier otra declaración anterior.

3. Durante los períodos en que este Convenio, sus diversos anexos, o uno de ellos, puedan ser denunciados de conformidad con las disposiciones del artículo 17, el Miembro, los Miembros o la autoridad internacional interesados podrán comunicar al Director General una declaración por la que modifiquen, en cualquier otro respecto, los términos de cualquier declaración anterior y en la que indiquen la situación en lo que se refiere a la aplicación del Convenio.

Artículo 17

1. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio podrá denunciarlo a la expiración de un período de diez años, a partir de la fecha en que se haya puesto inicialmente en vigor, mediante un acta comunicada, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo. La denuncia no surtirá efecto hasta un año después de la fecha en que se haya registrado.

2. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio y que, en el plazo de un año después de la expiración del período de diez años mencionado en el párrafo precedente, no haga uso del derecho de denuncia previsto en este artículo quedará obligado durante un nuevo período de diez años, y en lo sucesivo podrá denunciar este Convenio a la expiración de cada período de diez años, en las condiciones previstas en este artículo.

3. Mientras el presente Convenio pueda ser denunciado de acuerdo con las disposiciones de los párrafos precedentes, todo Miembro para el cual el Convenio se halle en vigor y que no lo denuncie podrá comunicar al Director General, en cualquier momento, una declaración por la que denuncie únicamente uno de los anexos de dicho Convenio.

4. La denuncia del presente Convenio, de sus diversos anexos o de uno de ellos no menoscabará los derechos que estos instrumentos otorguen al migrante o a las personas de su familia, si emigró mientras el Convenio, sus diversos anexos o uno de ellos estaban en vigor en el territorio donde se plantee la cuestión del mantenimiento de la validez de estos derechos.

Artículo 18

1. El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo notificará a todos los Miembros de la Organización Internacional del Trabajo el registro de cuantas ratificaciones, declaraciones y denuncias le comuniquen los Miembros de la Organización.

2. Al notificar a los Miembros de la Organización el registro de la segunda ratificación que le haya sido comunicada, el Director General llamará la atención de los Miembros de la Organización sobre la fecha en que entrará en vigor el presente Convenio.

Artículo 19

El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo comunicará al Secretario General de las Naciones Unidas, a los efectos del registro y de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas, una información completa sobre todas las ratificaciones, declaraciones y actas de denuncia que haya registrado de acuerdo con los artículos precedentes.

Artículo 20

A la expiración de cada período de diez años, a partir de la fecha en que este Convenio entre en vigor, el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo deberá presentar a la Conferencia General una memoria sobre la aplicación de este Convenio, y deberá considerar la conveniencia de incluir en el orden del día de la Conferencia la cuestión de la revisión total o parcial del mismo.

Artículo 21

1. En caso de que la Conferencia adopte un nuevo convenio que implique una revisión total o parcial del presente, y a menos que el nuevo convenio contenga disposiciones en contrario:

a) la ratificación, por un Miembro, del nuevo convenio revisor implicará, ipso jure, la denuncia inmediata de este Convenio, no obstante las disposiciones contenidas en el artículo 17, siempre que el nuevo convenio revisor haya entrado en vigor;

b) a partir de la fecha en que entre en vigor el nuevo convenio revisor, el presente Convenio cesará de estar abierto a la ratificación por los Miembros.

2. Este Convenio continuará en vigor en todo caso, en su forma y contenido actuales, para los Miembros que lo hayan ratificado y no ratifiquen el convenio revisor.

Artículo 22

1. La Conferencia Internacional del Trabajo podrá, en cualquier reunión en que la cuestión figure en el orden del día, adoptar, por una mayoría de dos tercios, un texto revisado de uno o varios de los anexos del presente Convenio.

2. Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio deberá, en el plazo de un año, o en la concurrencia de circunstancias excepcionales en un plazo

de dieciocho meses, después de clausurada la reunión de la Conferencia, someter ese texto revisado a la autoridad o a las autoridades competentes, para que se dicten las leyes correspondientes o se adopten otras medidas.

3. Ese texto revisado surtirá efecto, para cada Miembro para el cual el presente Convenio se halle en vigor, cuando ese Miembro comunique al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo una declaración notificando la aceptación del texto revisado.

4. A partir de la fecha de adopción por la Conferencia del texto revisado del anexo, solamente el texto revisado podrá ser aceptado por los Miembros.

Artículo 23

Las versiones inglesa y francesa del texto de este Convenio son igualmente auténticas.

ANEXO

ANEXO I

Reclutamiento, colocación y condiciones de trabajo de los trabajadores migrantes que no hayan sido contratados en virtud de acuerdos sobre migraciones colectivas celebrados bajo el control gubernamental

Artículo 1

El presente anexo se aplica a los trabajadores migrantes que no hayan sido reclutados en virtud de acuerdos sobre migraciones colectivas celebrados bajo el control gubernamental.

Artículo 2

A los efectos del presente anexo:

a) el término ***reclutamiento*** significa:

i) el hecho de contratar a una persona, en un territorio, por cuenta de un empleador en otro territorio; o

ii) el hecho de obligarse con una persona, en un territorio, a proporcionarle un empleo en otro territorio,

así como la adopción de medidas relativas a las operaciones comprendidas en i) y ii), e incluso la búsqueda y selección de emigrantes y los preparativos para su salida;

b) el término ***introducción*** significa todas las operaciones efectuadas p preparar o facilitar la llegada o la admisión a un territorio de personas reclutadas en las condiciones enunciadas en el apartado a) de este artículo; y

c) el término ***colocación*** significa todas las operaciones efectuadas par procurar o facilitar el empleo de las personas introducidas en las condiciones enunciadas en el apartado b) de este artículo.

Artículo 3

1. Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente anexo y cuya legislación autorice las operaciones de reclutamiento, introducción y colocación, tal como se definen en el artículo 2, deberá reglamentar aquellas de dichas operaciones que estén autorizadas por su legislación, de conformidad con las disposiciones del presente artículo.

2. A reserva de las disposiciones establecidas en el párrafo siguiente, solamente tendrán derecho a efectuar las operaciones de reclutamiento, introducción y colocación:

a) las oficinas públicas de colocación u otros organismos oficiales del territorio donde se realicen las operaciones;

b) los organismos oficiales de un territorio distinto de aquel donde se realicen las operaciones, que estén autorizados a efectuar tales operaciones en ese territorio en virtud de un acuerdo entre los gobiernos interesados; y

c) cualquier organismo establecido de conformidad con las disposiciones de un instrumento internacional.

3. En la medida en que la legislación nacional o un acuerdo bilateral lo permitan, las operaciones de reclutamiento, introducción y colocación podrán ser efectuadas por:

a) el empleador o una persona que esté a su servicio y actúe en su nombre, a reserva de la aprobación y vigilancia de la autoridad competente, si ello fuere necesario en interés del migrante;

b) una agencia privada, si la autoridad competente del territorio donde las operaciones deban celebrarse le concede previamente una autorización, en los casos y en la forma que determinen:

i) la legislación de ese territorio; o

ii) un acuerdo entre la autoridad competente del territorio de emigración o cualquier organismo establecido de conformidad con las disposiciones de un instrumento internacional y la autoridad competente del territorio de inmigración.

4. La autoridad competente del territorio donde se realicen las operaciones deberá ejercer una vigilancia sobre las actividades de las personas u organismos provistos de una autorización expedida en virtud del párrafo 3, b), a excepción de las

actividades de cualquier organismo establecido de conformidad con las disposiciones de un instrumento internacional, cuya situación continúe rigiéndose por los términos de dicho instrumento o por un acuerdo celebrado entre dicho organismo y la autoridad competente interesada.

5. Ninguna de las disposiciones del presente artículo deberá interpretarse como si autorizara a una persona o a un organismo, que no sea la autoridad competente del territorio de inmigración, a permitir la entrada de un trabajador migrante en el territorio de un Miembro.

Artículo 4

Todo Miembro para el cual se halle en vigor este anexo se obliga a garantizar que las operaciones efectuadas por los servicios públicos del empleo en relación con el reclutamiento, introducción y colocación de los trabajadores migrantes serán gratuitas.

Artículo 5

1. Todo Miembro para el cual se halle en vigor este anexo y que disponga de un sistema para controlar los contratos de trabajo celebrados entre un empleador, o una persona que actúe en su nombre, y un trabajador migrante se obliga a exigir:

a) que un ejemplar del contrato de trabajo sea remitido al migrante antes de la salida, o si los gobiernos interesados así lo convienen, en un centro de recepción al llegar al territorio de inmigración;

b) que el contrato contenga disposiciones que indiquen las condiciones de trabajo y, especialmente, la remuneración ofrecida al migrante;

c) que el migrante reciba, por escrito, antes de su salida, por medio de un documento que se refiera a él individualmente, o a un grupo del que forme parte, información sobre las condiciones generales de vida y de trabajo a que estará sujeto en el territorio de inmigración.

2. Si al migrante le entregan una copia del contrato a su llegada al territorio de inmigración, deberá haber sido informado, antes de su salida, por medio de un documento que se refiera a él individualmente, o a un grupo del que forme parte, de la categoría profesional en la que haya sido contratado y de las demás condiciones de trabajo, especialmente la remuneración mínima que se le garantice.

3. La autoridad competente deberá tomar las medidas necesarias para que se cumplan las disposiciones de los párrafos precedentes y se apliquen sanciones en casos de infracción.

Artículo 6

Las medidas adoptadas de acuerdo con el artículo 4 del Convenio deberán comprender, cuando ello fuere pertinente:

a) la simplificación de las formalidades administrativas;

b) el establecimiento de servicios de interpretación;

c) cualquier asistencia necesaria durante un período inicial, al establecerse los migrantes y los miembros de sus familias autorizados a acompañarlos o a reunirse con ellos;

d) la protección, durante el viaje y especialmente a bordo de un buque, del bienestar de los migrantes y de los miembros de sus familias autorizados a acompañarlos o a reunirse con ellos.

Artículo 7

1. Cuando sea elevado el número de trabajadores migrantes que vayan del territorio de un Miembro al territorio de otro, las autoridades competentes de los territorios interesados deberán, cada vez que ello fuere necesario o conveniente, celebrar acuerdos para regular las cuestiones de interés común que puedan surgir al aplicarse las disposiciones del presente anexo.

2. Cuando los Miembros dispongan de un sistema para controlar los contratos de trabajo, dichos acuerdos deberán indicar los métodos que deban adoptarse para garantizar la ejecución de las obligaciones contractuales del empleador.

Artículo 8

Se aplicarán sanciones apropiadas a cualquier persona que fomente la inmigración clandestina o ilegal.

ANEXO ANEXO II

Reclutamiento, colocación y condiciones de trabajo de los trabajadores migrantes que hayan sido contratados en virtud de acuerdos sobre migraciones colectivas celebrados bajo el control gubernamental

Artículo 1

El presente anexo se aplica a los trabajadores migrantes que hayan sido reclutados en virtud de acuerdos sobre migraciones colectivas celebrados bajo el control gubernamental.

Artículo 2

A los efectos del presente anexo:

a) el término ***reclutamiento*** significa:

i) el hecho de contratar a una persona, en un territorio, por cuenta de un empleador en otro territorio, en virtud de un acuerdo sobre migraciones colectivas celebrado bajo el control gubernamental; o

ii) el hecho de obligarse con una persona, en un territorio, a proporcionarle un empleo en otro territorio, en virtud de un acuerdo sobre migraciones colectivas celebrado bajo el control gubernamental,

así como la adopción de medidas relativas a las operaciones comprendidas en i) y ii), e incluso la búsqueda y selección de emigrantes y los preparativos para su salida;

b) el término ***introducción*** significa todas las operaciones efectuadas p preparar o facilitar la llegada o la admisión a un territorio de personas reclutadas en las condiciones enunciadas en el apartado a) de este artículo, en virtud de un acuerdo sobre migraciones colectivas celebrado bajo el control gubernamental;

c) el término ***colocación*** significa todas las operaciones efectuadas par procurar o facilitar el empleo de las personas introducidas en las condiciones enunciadas en el apartado b) de este artículo, en virtud de un acuerdo sobre migraciones colectivas celebrado bajo el control gubernamental.

Artículo 3

1. Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente anexo y cuya legislación autorice las operaciones de reclutamiento, introducción y colocación, tal como se definen en el artículo 2, deberá reglamentar aquellas de dichas operaciones que estén autorizadas por su legislación, de conformidad con las disposiciones del presente artículo.

2. A reserva de las disposiciones establecidas en el párrafo siguiente, solamente tendrán derecho a efectuar las operaciones de reclutamiento, introducción y colocación:

a) las oficinas públicas de colocación u otros organismos oficiales del territorio donde se realicen las operaciones;

b) los organismos oficiales de un territorio distinto de aquel donde se realicen las operaciones, que estén autorizados a efectuar dichas operaciones en ese territorio en virtud de un acuerdo entre los gobiernos interesados; y

c) cualquier organismo establecido de conformidad con las disposiciones de un instrumento internacional.

3. En la medida en que la legislación nacional o un acuerdo bilateral lo permitan, y a reserva, si ello fuere necesario en interés del migrante, de la aprobación y vigilancia

de la autoridad competente, las operaciones de reclutamiento, introducción y colocación podrán ser efectuadas por:

a) el empleador o una persona que esté a su servicio y actúe en su nombre:

b) agencias privadas.

4. El derecho a efectuar las operaciones de reclutamiento, introducción y colocación deberá estar sujeto a la autorización previa de la autoridad competente del territorio donde dichas operaciones deban realizarse, en los casos y en la forma que determinen:

a) la legislación de ese territorio;

b) un acuerdo entre la autoridad competente del territorio de emigración o cualquier organismo establecido de conformidad con las disposiciones de un instrumento internacional y la autoridad competente del territorio de inmigración.

5. La autoridad competente del territorio donde se realicen las operaciones deberá, de conformidad con cualquier acuerdo celebrado por las autoridades competentes intereesadas, ejercer una vigilancia sobre las actividades de las personas u organismos provistos de una autorización expedida en virtud del párrafo precedente, a excepción de las actividades de cualquier organismo establecido de conformidad con las disposiciones de un instrumento internacional, cuya situación continúe rigiéndose por los términos de dicho instrumento o por un acuerdo celebrado entre dicho organismo y la autoridad competente interesada.

6. Antes de autorizar la introducción de trabajadores migrantes, la autoridad competente del territorio de inmigración se deberá cerciorar de que no existe en este territorio un número suficiente de trabajadores disponibles capaces de realizar el trabajo en cuestión.

7. Ninguna de las disposiciones del presente artículo deberá interpretarse como si autorizara a una persona o a un organismo, que no sea la autoridad competente del territorio de inmigración, a permitir la entrada de un trabajador migrante en el territorio de un Miembro.

Artículo 4

1. Todo Miembro para el cual se halle en vigor este anexo se obliga a garantizar que las operaciones efectuadas por los servicios públicos del empleo en relación con el reclutamiento, introducción y colocación de los trabajadores migrantes serán gratuitas.

2. Los gastos de administración ocasionados por el reclutamiento, introducción y colocación no deberán correr a cargo del migrante.

Artículo 5

Cuando para el transporte colectivo de migrantes de un país a otro se necesite pasar en tránsito por un tercer país, la autoridad competente del territorio de tránsito deberá tomar medidas que faciliten el paso en tránsito, a fin de evitar retrasos y dificultades administrativas.

Artículo 6

1. Todo Miembro para el cual se halle en vigor este anexo y que disponga de un sistema para controlar los contratos de trabajo celebrados entre un empleador, o una persona que actúe en su nombre, y un trabajador migrante se obliga a exigir:

a) que un ejemplar del contrato de trabajo sea remitido al migrante antes de la salida, o si los gobiernos interesados así lo convienen, en un centro de recepción al llegar al territorio de inmigración;

b) que el contrato contenga disposiciones que indiquen las condiciones de trabajo y, especialmente, la remuneración ofrecida al migrante;

c) que el migrante reciba, por escrito, antes de su salida, por medio de un documento que se refiera a él individualmente, o a un grupo del que forme parte, información sobre las condiciones generales de vida y de trabajo a que estará sujeto en el territorio de inmigración.

2. Si al migrante le entregan una copia del contrato a su llegada al territorio de inmigración, deberá haber sido informado, antes de su salida, por medio de un documento que se refiera a él individualmente, o a un grupo del que forme parte, de la categoría profesional en la que haya sido contratado y de las demás condiciones de trabajo, especialmente la remuneración mínima que se le garantice.

3. La autoridad competente deberá tomar las medidas necesarias para que se cumplan las disposiciones de los párrafos precedentes y se apliquen sanciones en casos de infracción.

Artículo 7

Las medidas adoptadas de acuerdo con el artículo 4 del Convenio deberán comprender, cuando ello fuere pertinente:

a) la simplificación de las formalidades administrativas;

b) el establecimiento de servicios de interpretación;

c) cualquier asistencia necesaria durante un período inicial, al establecerse los migrantes y los miembros de sus familias autorizados a acompañarlos o a reunirse con ellos;

d) la protección, durante el viaje y especialmente a bordo de un buque, del bienestar de los migrantes y de los miembros de sus familias autorizados a acompañarlos o a reunirse con ellos;

e) la autorización para realizar y transferir la propiedad de los migrantes admitidos con carácter permanente.

Artículo 8

La autoridad competente deberá tomar medidas apropiadas para prestar asistencia a los trabajadores migrantes, durante un período inicial, en las cuestiones relativas a sus condiciones de empleo, y cuando ello fuere pertinente, dichas medidas se tomarán en colaboración con organizaciones voluntarias reconocidas.

Artículo 9

Si un trabajador migrante, introducido en el territorio de un Miembro de conformidad con las disposiciones del artículo 3 del presente anexo, no obtiene, por una causa que no le sea imputable, el empleo para el cual fue reclutado u otro empleo conveniente, los gastos de su regreso y del de los miembros de su familia que hayan sido autorizados a acompañarlos o a reunirse con él, comprendidos los impuestos administrativos, el transporte y la manutención hasta el lugar de destino y el transporte de los efectos de uso doméstico, no deberán correr a cargo del migrante.

Artículo 10

Si la autoridad competente del territorio de inmigración considera que el empleo para el cual el migrante fue reclutado de conformidad con el artículo 3 del presente anexo ha resultado ser inadecuado, deberá tomar medidas apropiadas para ayudarle a conseguir un empleo conveniente que no perjudique a los trabajadores nacionales, y deberá adoptar disposiciones que garanticen su mantenimiento, en espera de la obtención de tal empleo, o su regreso a la región donde fue reclutado, si el migrante está de acuerdo o ha aceptado el regreso en esas condiciones al ser reclutado, o bien su establecimiento en otro lugar.

Artículo 11

Si un trabajador migrante que posea la calidad de refugiado o de persona desplazada está sobrante en un empleo cualquiera, en un territorio de inmigración donde haya entrado de conformidad con el artículo 3 del presente anexo, la

autoridad competente de este territorio deberá hacer todo lo posible para permitirle la obtención de un empleo conveniente que no perjudique a los trabajadores nacionales, y deberá adoptar disposiciones que garanticen su manutención, en espera de su colocación en un empleo conveniente, o su establecimiento en otro lugar.

Artículo 12

1. Las autoridades competentes de los territorios interesados deberán celebrar acuerdos para regular las cuestiones de interés común que puedan surgir al aplicar las disposiciones del presente anexo.

2. Cuando los Miembros dispongan de un sistema para controlar los contratos de trabajo, dichos acuerdos deberán indicar los métodos que deban adoptarse para garantizar la ejecución de las obligaciones contractuales del empleador.

3. Estos acuerdos deberán prever, cuando ello fuere pertinente, una colaboración entre la autoridad competente del territorio de emigración, o un organismo establecido de acuerdo con las disposiciones de un instrumento internacional, y la autoridad competente del territorio de inmigración, sobre la asistencia que deba prestarse a los migrantes en relación con sus condiciones de empleo, en virtud de las disposiciones del artículo 8.

Artículo 13

Se aplicarán sanciones apropiadas a cualquier persona que fomente la inmigración clandestina o ilegal.

ANEXO ANEXO III

Importación de efectos personales, herramientas y equipo de los trabajadores migrantes

Artículo 1

1. Los efectos personales pertenecientes a los trabajadores migrantes reclutados y a los miembros de sus familias que hayan sido autorizados a acompañarlos o a reunirse con ellos deberán estar exentos de derechos de aduana a la entrada en el territorio de inmigración.

2. Las herramientas manuales portátiles y el equipo portátil de la clase que normalmente poseen los trabajadores para el ejercicio de su oficio, pertenecientes a los trabajadores migrantes y a los miembros de sus familias que hayan sido autorizados a acompañarlos o a reunirse con ellos, deberán estar exentos de derechos de aduana a la entrada en el territorio de inmigración, a condición de que

al importarlos pueda probarse que las herramientas y el equipo en cuestión son efectivamente de su propiedad o de su posesión, que han sido durante un período de tiempo apreciable de su posesión y uso y que están destinados a ser utilizados por los migrantes en el ejercicio de su profesión.

Artículo 2

1. Los efectos personales pertenecientes a los trabajadores migrantes y a los miembros de sus familias que hayan sido autorizados a acompañarlos o a reunirse con ellos deberán estar exentos de derechos de aduana al regreso de dichas personas a su país de origen y siempre que hayan conservado la nacionalidad de este país.

2. Las herramientas manuales portátiles y el equipo portátil de la clase que normalmente poseen los trabajadores para el ejercicio de su oficio, pertenecientes a los trabajadores migrantes y a los miembros de sus familias que hayan sido autorizados a acompañarlos o a reunirse con ellos, deberán estar exentos de derechos de aduana al regreso de dichas personas a su país de origen, siempre que hayan conservado la nacionalidad de este país y a condición de que al importarlos pueda probarse que las herramientas y el equipo en cuestión son efectivamente de su propiedad o de su posesión, que han sido durante un período de tiempo apreciable de su posesión y uso y que están destinados a ser utilizados por los migrantes en el ejercicio de su profesión.

ANEXO 3

C118 Convenio sobre la igualdad de trato (seguridad social), 1962

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:

Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 6 junio 1962 en su cuadragésima sexta reunión;

Después de haber decidido adoptar diversas proposiciones relativas a la igualdad de trato de nacionales y extranjeros (seguridad social), cuestión que constituye el quinto punto del orden del día de la reunión, y

Después de haber decidido que dichas proposiciones revistan la forma de un convenio internacional,

adopta, con fecha veintiocho de junio de mil novecientos sesenta y dos, el siguiente Convenio, que podrá ser citado como el Convenio sobre la igualdad de trato (seguridad social), 1962:

Artículo 1

A los efectos del presente Convenio:

a) el término ***legislación*** comprende las leyes y reglamentos, así como las disposiciones estatutarias, en materia de seguridad social;

b) el término ***prestaciones*** designa todas las prestaciones, pensiones, rentas y subsidios, con inclusión de todos los suplementos o aumentos eventuales;

c) la expresión ***prestaciones concedidas a título de regímenes transitorios*** designa las prestaciones concedidas a personas que hayan rebasado cierta edad en el momento de la entrada en vigor de la legislación aplicable, o las prestaciones asignadas, a título transitorio, por concepto de contingencias acaecidas o de períodos cumplidos fuera de los límites actuales del territorio de un Estado Miembro;

d) la expresión ***subsidio de muerte*** designa toda suma pagada de una sola vez en caso de fallecimiento;

e) el término ***residencia*** designa la residencia habitual;

f) el término ***prescrito*** significa determinado por la legislación nacional o en virtud de ella, a tenor del apartado a);

g) el término ***refugiado*** tiene la significación que le atribuye el artículo 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951;

h) el término ***apátrida*** tiene la significación que le atribuye el artículo 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, de 28 de septiembre de 1954.

Artículo 2

1. Todo Estado Miembro puede aceptar las obligaciones del presente Convenio en cuanto concierna a una o varias de las ramas de la seguridad social siguientes, para las cuales posea una legislación efectivamente aplicada en su territorio a sus propios nacionales:

a) asistencia médica;

b) prestaciones de enfermedad;

c) prestaciones de maternidad;

d) prestaciones de invalidez;

e) prestaciones de vejez;

f) prestaciones de sobrevivencia;

g) prestaciones en caso de accidentes del trabajo y de enfermedades profesionales;

h) prestaciones de desempleo; e

i) prestaciones familiares.

2. Todo Estado Miembro para el que el presente Convenio esté en vigor deberá aplicar las disposiciones del mismo por lo que concierne a la rama o ramas de la seguridad social respecto de las que haya aceptado las obligaciones del Convenio.

3. Todo Estado Miembro deberá especificar en su ratificación cuál es la rama o las ramas de la seguridad social respecto de las cuales acepta las obligaciones del presente Convenio.

4. Todo Estado Miembro que ratifique el presente Convenio puede seguidamente notificar al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo que acepta las obligaciones del Convenio por lo que se refiera a una de las ramas de la seguridad social que no hubiere especificado ya en la ratificación, o a varias de ellas.

5. Las obligaciones referidas en el párrafo precedente se considerarán parte integrante de la ratificación y surtirán efectos idénticos a partir de la fecha de la notificación.

6. A los efectos de la aplicación del presente Convenio, todo Estado Miembro que acepte las obligaciones del mismo por lo que concierne a cualquiera de las ramas de la seguridad social deberá notificar, llegado el caso, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo las prestaciones previstas por su legislación que considere como:

a) prestaciones cuya concesión no depende de una participación financiera directa de las personas protegidas o de su empleador, ni de un período de calificación de actividad profesional;

b) prestaciones concedidas en virtud de regímenes transitorios.

7. La notificación prevista en el párrafo precedente debe efectuarse en el momento de la ratificación o de la notificación prevista en el párrafo 4 del presente artículo, y, por lo que se refiera a toda legislación adoptada ulteriormente, dentro del término de tres meses a partir de la adopción de ésta.

Artículo 3

1. Todo Estado Miembro para el que el presente Convenio esté en vigor deberá conceder, en su territorio, a los nacionales de todo otro Estado Miembro para el que dicho Convenio esté igualmente en vigor, igualdad de trato respecto de sus propios nacionales por lo que se refiera a su legislación, tanto en lo que concierna a los requisitos de admisión como al derecho a las prestaciones, en todas las ramas de la seguridad social respecto de las cuales haya aceptado las obligaciones del Convenio.

2. En cuanto concierna a las prestaciones de sobrevivencia, dicha igualdad de trato deberá concederse, además, a los derechohabientes de los nacionales de un Estado Miembro para el que el presente Convenio esté en vigor, independientemente de la nacionalidad de dichos derechohabientes.

3. No obstante, con respecto a las prestaciones de una rama determinada de la seguridad social, un Estado Miembro podrá derogar las disposiciones de los párrafos precedentes del presente artículo, respecto de los nacionales de todo Estado Miembro que, a pesar de poseer una legislación relativa a esta rama, no concede igualdad de trato a los nacionales del primer Estado Miembro en la rama mencionada.

Artículo 4

1. En cuanto concierna al beneficio de las prestaciones, deberá garantizarse la igualdad de trato sin condición de residencia. Sin embargo, dicha igualdad puede estar subordinada a una condición de residencia, por lo que se refiera a las prestaciones de una rama determinada de la seguridad social, respecto de los nacionales de todo Estado Miembro cuya legislación subordine la atribución de prestaciones de la misma rama a la condición de que residan en su territorio.

2. A pesar de las disposiciones del párrafo precedente, podrá subordinarse el beneficio de las prestaciones a que se refiere el párrafo 6, a), del artículo 2-- con exclusión de la asistencia médica, de las prestaciones de enfermedad, de las prestaciones de accidentes del trabajo o enfermedades profesionales y de las prestaciones familiares -- a la condición de que el beneficiario haya residido en el territorio del Estado Miembro en virtud de cuya legislación la prestación sea pagadera o, si se trata de prestaciones de sobrevivencia, que el causante haya residido, durante un período que no podrá fijarse, según el caso, en más de:

a) seis meses, que inmediatamente precedan a la solicitud de prestación, en cuanto concierna a las prestaciones de maternidad y a las prestaciones de desempleo;

b) los cinco años consecutivos que inmediatamente precedan a la solicitud de prestación, por lo que se refiera a las prestaciones de invalidez, o que precedan a la muerte, en cuanto concierna a las prestaciones de sobrevivencia; c) diez años posteriores a la fecha en que el asegurado hubiere alcanzado la edad de 18 años -- pudiendo exigirse que cinco años consecutivos precedan inmediatamente a la solicitud de prestación --, por lo que respecta a las prestaciones de vejez.

3. Podrán prescribirse disposiciones especiales en cuanto concierna a las prestaciones concedidas a título de regímenes transitorios.

4. Las disposiciones requeridas para evitar la acumulación de prestaciones serán reglamentadas, en la medida necesaria, mediante acuerdos especiales concluidos entre los Estados Miembros interesados.

Artículo 5

1. Además de lo dispuesto en el artículo 4, todo Estado Miembro que haya aceptado las obligaciones del presente Convenio, en lo que respecte a una o a varias de las ramas de la seguridad social referidas en el presente párrafo, deberá garantizar, a sus propios nacionales y a los nacionales de todo otro Estado Miembro que haya aceptado las obligaciones de dicho Convenio respecto a una rama correspondiente, en caso de residencia en el extranjero, el pago de las prestaciones de invalidez, de las prestaciones de vejez, de las prestaciones de sobrevivencia y de los subsidios de muerte, así como el pago de las pensiones por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, a reserva de las medidas que se adopten a estos efectos en caso necesario de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8.

2. No obstante, en caso de residencia en el extranjero, el pago de las prestaciones de invalidez, de vejez y de sobrevivencia del tipo previsto en el párrafo 6, a), del

artículo 2 podrá subordinarse a la participación de los Estados Miembros interesados en el sistema de conservación de derechos previsto en el artículo 7.

3. Las disposiciones del presente artículo no se aplican a las prestaciones concedidas a título de regímenes transitorios.

Artículo 6

Además de lo dispuesto en el artículo 4, todo Estado Miembro que haya aceptado las obligaciones del presente Convenio en lo que respecte a las prestaciones familiares deberá garantizar el beneficio de las asignaciones familiares a sus propios nacionales y a los nacionales de los demás Estados Miembros que hayan aceptado las obligaciones de dicho Convenio respecto a la misma rama, en relación con los niños que residan en el territorio de uno de estos Estados Miembros, a reserva de las condiciones y limitaciones que puedan establecerse de común acuerdo entre los Estados Miembros interesados.

Artículo 7

1. Los Estados Miembros para los que el presente Convenio esté en vigor deberán esforzarse en participar, a reserva de las condiciones que se fijen de común acuerdo entre los Estados Miembros interesados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8, en un sistema de conservación de derechos adquiridos y de derechos en vías de adquisición, reconocidos en virtud de su legislación a los nacionales de los Estados Miembros para los que dicho Convenio esté en vigor respecto de todas las ramas de la seguridad social para las cuales los Estados Miembros referidos hayan aceptado las obligaciones del Convenio.

2. Este sistema deberá prever especialmente la totalización de los períodos de seguro, de empleo o de residencia y de los períodos asimilados para el nacimiento, conservación o recuperación de los derechos, así como para el cálculo de las prestaciones.

3. Las cargas financieras por concepto de prestaciones de invalidez, prestaciones de vejez y prestaciones de sobrevivencia así liquidadas deberán distribuirse entre los Estados Miembros interesados o ser costeadas por el Estado Miembro en cuyo territorio residan los beneficiarios, según las modalidades que se determinen de común acuerdo entre los Estados Miembros interesados.

Artículo 8

Los Estados Miembros para los que el presente Convenio esté en vigor podrán cumplir las obligaciones resultantes de lo dispuesto en los artículos 5 y 7 mediante la

ratificación del Convenio sobre la conservación de los derechos de pensión de los migrantes, 1935; mediante la aplicación, por mutuo acuerdo entre ellos, de las disposiciones de dicho Convenio, o bien mediante cualquier instrumento multilateral o bilateral que garantice el cumplimiento de dichas obligaciones.

Artículo 9

Los Estados Miembros podrán derogar las disposiciones del presente Convenio mediante acuerdos especiales, que no podrán menoscabar los derechos y obligaciones de los demás Estados Miembros, y a reserva de determinar la conservación de los derechos adquiridos y de los derechos en curso de adquisición en condiciones que, en su conjunto, sean tan favorables, por lo menos, como las establecidas por el presente Convenio.

Artículo 10

1. Las disposiciones del presente Convenio son aplicables a los refugiados y a los apátridas sin condición de reciprocidad.

2. El presente Convenio no se aplicará a los regímenes especiales de los funcionarios, a los regímenes especiales de las víctimas de guerra, ni a la asistencia pública.

3. El presente Convenio no obliga a ningún Estado Miembro a aplicar sus disposiciones a las personas que en virtud de instrumentos internacionales se hallen exentas de la aplicación de las disposiciones de su legislación nacional de seguridad social.

Artículo 11

Los Estados Miembros para los que el presente Convenio esté en vigor deben prestarse, a título gratuito, la mutua asistencia administrativa requerida a fin de facilitar la aplicación del Convenio, así como la ejecución de sus respectivas legislaciones de seguridad social.

Artículo 12

1. El presente Convenio no se aplicará a las prestaciones pagaderas antes de la entrada en vigor para el Estado Miembro interesado de las disposiciones del Convenio en cuanto concierna a la rama de seguridad social a título de la cual dichas prestaciones sean pagaderas.

2. La medida en que el Convenio se aplique a las prestaciones pagaderas después de la entrada en vigor para el Estado Miembro interesado de sus disposiciones en cuanto concierna a la rama de seguridad social por concepto de la cual dichas

prestaciones sean pagaderas, en lo que respecte a contingencias acaecidas antes de dicha entrada en vigor, será determinada por vía de instrumentos multilaterales o bilaterales o, en su defecto, mediante la legislación del Estado Miembro interesado.

Artículo 13

No deberá considerarse que el presente Convenio constituye una revisión de cualquiera de los convenios ya existentes.

Artículo 14

Las ratificaciones formales del presente Convenio serán comunicadas, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo.

Artículo 15

1. Este Convenio obligará únicamente a aquellos Miembros de la Organización Internacional del Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado el Director General.

2. Entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos Miembros hayan sido registradas por el Director General.

3. Desde dicho momento, este Convenio entrará en vigor, para cada Miembro, doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación.

Artículo 16

1. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio podrá denunciarlo a la expiración de un período de diez años, a partir de la fecha en que se haya puesto inicialmente en vigor, mediante un acta comunicada, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo. La denuncia no surtirá efecto hasta un año después de la fecha en que se haya registrado.

2. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio y que, en el plazo de un año después de la expiración del período de diez años mencionado en el párrafo precedente, no haga uso del derecho de denuncia previsto en este artículo quedará obligado durante un nuevo período de diez años, y en lo sucesivo podrá denunciar este Convenio a la expiración de cada período de diez años, en las condiciones previstas en este artículo.

Artículo 17

1. El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo notificará a todos los Miembros de la Organización Internacional del Trabajo el registro de cuantas ratificaciones, declaraciones y denuncias le comuniquen los Miembros de la Organización.

2. Al notificar a los Miembros de la Organización el registro de la segunda ratificación que le haya sido comunicada, el Director General llamará la atención de los Miembros de la Organización sobre la fecha en que entrará en vigor el presente Convenio.

Artículo 18

El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo comunicará al Secretario General de las Naciones Unidas, a los efectos del registro y de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas, una información completa sobre todas las ratificaciones, declaraciones y actas de denuncia que haya registrado de acuerdo con los artículos precedentes.

Artículo 19

Cada vez que lo estime necesario, el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo presentará a la Conferencia una memoria sobre la aplicación del Convenio, y considerará la conveniencia de incluir en el orden del día de la Conferencia la cuestión de su revisión total o parcial.

Artículo 20

1. En caso de que la Conferencia adopte un nuevo convenio que implique una revisión total o parcial del presente, y a menos que el nuevo convenio contenga disposiciones en contrario:

a) la ratificación, por un Miembro, del nuevo convenio revisor implicará, ipso jure,la denuncia inmediata de este Convenio, no obstante las disposiciones contenidas en el artículo 16, siempre que el nuevo convenio revisor haya entrado en vigor;

b) a partir de la fecha en que entre en vigor el nuevo convenio revisor, el presente Convenio cesará de estar abierto a la ratificación por los Miembros.

2. Este Convenio continuará en vigor en todo caso, en su forma y contenido actuales, para los Miembros que lo hayan ratificado y no ratifiquen el convenio revisor.

Artículo 21

Las versiones inglesa y francesa del texto de este Convenio son igualmente auténticas.

ANEXO 4

C143 Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:
Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 4 junio 1975 en su sexagésima reunión;
Considerando que el preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo le encomienda la tarea de defender los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero;
Considerando que la Declaración de Filadelfia reafirma entre los principios sobre los cuales está basada la Organización que el trabajo no es una mercancía y que la pobreza, en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad de todos, y reconoce la obligación solemne de la Organización de contribuir a la ejecución de programas para lograr el pleno empleo, en especial gracias a medios para el traslado de trabajadores, incluidas las migraciones de mano de obra;
Considerando el Programa Mundial del Empleo de la OIT y el Convenio y la Recomendación sobre la política del empleo, 1964, y destacando la necesidad de evitar los aumentos de los movimientos migratorios que sean excesivos, incontrolados o no asistidos, por las consecuencias negativas que acarrean en el plano social y humano;
Considerando, además, que con el fin de vencer el subdesarrollo y el desempleo estructural y crónico, los gobiernos de numerosos países insisten cada vez más en la conveniencia de estimular el desplazamiento de capitales y de tecnologías más bien que el de los trabajadores, en función de las necesidades y solicitudes de esos países en el interés recíproco de los países de emigración y de los países de empleo;
Considerando igualmente el derecho de toda persona a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país, tal como se dispone en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;

Recordando las disposiciones del Convenio y de la Recomendación sobre los trabajadores migrantes (revisados), 1949, y de la Recomendación sobre la protección de los trabajadores migrantes (países insuficientemente desarrollados), 1955, así como del Convenio y la Recomendación sobre la política del empleo, 1964; del Convenio y de la Recomendación sobre el servicio del empleo, 1948, y del Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado), 1949, que tratan de cuestiones tales como la reglamentación del reclutamiento, la introducción y colocación de los trabajadores migrantes, la difusión de informaciones precisas sobre las migraciones, las condiciones mínimas de que deben disfrutar los migrantes durante su viaje y su llegada, la adopción de una política activa del empleo y la colaboración internacional en esas cuestiones;

Considerando que la emigración de los trabajadores motivada por las condiciones del mercado del empleo debería realizarse bajo la responsabilidad de los organismos oficiales del empleo o con arreglo a los acuerdos bilaterales o multilaterales pertinentes y, en particular, a los que permitan la libre circulación de los trabajadores;

Considerando que, dada la existencia de tráficos ilícitos o clandestinos de mano de obra, serían oportunas nuevas normas especialmente dirigidas contra estos abusos;

Recordando que el Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949, dispone que todo Miembro que lo ratifique se obliga a aplicar a los migrantes que se encuentren legalmente en su territorio un trato no menos favorable que el que aplique a sus propios nacionales en relación con ciertas materias enumeradas en el instrumento, en la medida en que éstas estén reglamentadas por la legislación o dependan de las autoridades administrativas;

Recordando que la definición del término "discriminación" en el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958, no incluye obligatoriamente distinciones basadas en la nacionalidad;

Considerando que serían deseables nuevas normas, que comprendan también la seguridad social, para promover la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes, y, en lo que se refiere a las cuestiones reglamentadas por la legislación o que dependen de las autoridades administrativas, para garantizarles un trato por lo menos igual al de los nacionales;

Tomando nota de que las actividades relativas a los problemas muy diversos concernientes a los trabajadores migrantes no pueden lograr plenamente sus

objetivos si no existe una cooperación estrecha con las Naciones Unidas y los organismos especializados;

Tomando nota de que para la elaboración de las presentes normas se han tenido en cuenta los trabajos de las Naciones Unidas y de los organismos especializados, y de que para evitar duplicación y garantizar una coordinación apropiada se cooperará sobre una base continuada para promover y garantizar la aplicación de estas normas;

Después de haber decidido adoptar diversas proposiciones relativas a los trabajadores migrantes, cuestión que constituye el quinto punto de su orden del día, y

Después de haber decidido que dichas proposiciones revistan la forma de un convenio que complemente el Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949, y el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958,

adopta, con fecha veinticuatro de junio de mil novecientos setenta y cinco, el presente Convenio, que podrá ser citado como el Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975:

Parte I. Migraciones en Condiciones Abusivas

Artículo 1

Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se compromete a respetar los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migrantes.

Artículo 2

1. Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio deberá tratar de determinar sistemáticamente si en su territorio se encuentran trabajadores migrantes empleados ilegalmente y si existen movimientos migratorios con fines de empleo provenientes o con destino a su territorio, o en tránsito por éste, en los cuales los migrantes se vean sometidos durante el viaje, a su llegada o durante su permanencia y empleo, a condiciones que infrinjan los instrumentos internacionales o acuerdos multilaterales o bilaterales pertinentes, o la legislación nacional.

2. Las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores deberán ser consultadas plenamente y deberán tener la posibilidad de proporcionar la información de que dispongan al respecto.

Artículo 3

Todo Miembro deberá adoptar todas las medidas necesarias y convenientes, tanto en el ámbito de su propia jurisdicción como en colaboración con otros Miembros:

a) para suprimir las migraciones clandestinas con fines de empleo y el empleo ilegal de migrantes;

b) contra los organizadores de movimientos ilegales o clandestinos de migrantes con fines de empleo, que procedan de su territorio, se dirijan a él o transiten por el mismo, y contra los que empleen a trabajadores que hayan inmigrado en condiciones ilegales, a fin de evitar y suprimir los abusos a que se refiere el artículo 2 del presente Convenio.

Artículo 4

Los Miembros deberán, en particular, adoptar las medidas necesarias en los planos nacional e internacional para establecer en esta materia contactos e intercambios sistemáticos de información con los demás Estados, en consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores.

Artículo 5

Las medidas previstas en los artículos 3 y 4 deben tener especialmente por objeto que los traficantes de mano de obra puedan ser objeto de una acción en justicia sea cual fuere el país que sirve de base a sus operaciones.

Artículo 6

1. Deberán adoptarse disposiciones en la legislación nacional para llegar a investigar eficazmente el empleo ilegal de trabajadores migrantes así como para la definición y aplicación de sanciones administrativas, civiles y penales, incluyendo la prisión, para el empleo ilegal de trabajadores migrantes, para la organización de migraciones con fines de empleo que se definen como abusivas en el artículo 2 del presente Convenio y para la asistencia deliberadamente prestada, con fines lucrativos o no, a tales migraciones.

2. Cuando un empleador sea objeto de una acción en justicia en aplicación de las disposiciones que se tomen en virtud del presente artículo, deberá tener el derecho de establecer la prueba de su buena fe.

Artículo 7

Las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores deberán ser consultadas acerca de la legislación y de las demás medidas previstas en el presente Convenio a fin de evitar o suprimir los abusos arriba mencionados, y deberá reconocérseles la posibilidad de tomar iniciativas a este respecto.

Artículo 8

1. A condición de haber residido legalmente en el país con fines de empleo, el trabajador migrante no podrá ser considerado en situación ilegal o irregular por el hecho mismo de la pérdida de su empleo, la cual no deberá entrañar por sí misma el retiro de su permiso de residencia o, llegado el caso, de su permiso de trabajo.
2. Deberá, en consecuencia, beneficiarse de un trato igual al de los nacionales, especialmente en lo que se refiere a las garantías en materia de seguridad en el empleo, obtención de otro empleo, obras para absorber el desempleo y readaptación.

Artículo 9

1. Sin perjuicio de las medidas adoptadas para controlar los movimientos migratorios con fines de empleo, que aseguren que los trabajadores migrantes ingresen en el territorio nacional y sean admitidos al empleo de conformidad con la legislación pertinente, el trabajador migrante deberá, en los casos en que dicha legislación no haya sido respetada y en los que su situación no pueda regularizarse, disfrutar, tanto él como su familia, de igualdad de trato en lo concerniente a los derechos derivados de empleos anteriores en materia de remuneración, seguridad social y otros beneficios.
2. En caso de controversia sobre los derechos a que se refiere el párrafo anterior, el trabajador deberá tener la posibilidad de defender sus derechos ante un organismo competente, ya sea personalmente o por intermedio de sus representantes.
3. En caso de expulsión del trabajador o su familia, no deberían éstos correr con los costos de la expulsión.
4. Nada en el presente Convenio impedirá a los Miembros la concesión, a las personas que residen o trabajan de manera ilegal en el país, del derecho a permanecer en él y ser legalmente empleadas.

Parte II. Igualdad de Oportunidades y de Trato

Artículo 10

Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se compromete a formular y a aplicar una política nacional destinada a promover y a garantizar, por los métodos adaptados a las circunstancias y usos nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y profesión, seguridad social, derechos sindicales y culturales y libertades individuales y colectivas para las personas que, en su condición de trabajadores migrantes o como miembros de su familia, se encuentren legalmente en su territorio.

Artículo 11

1. A los fines de la aplicación de la presente parte del Convenio, la expresión ***trabajador migrante*** comprende a toda persona que emigra o ha emigrado de un país a otro para ocupar un empleo que no sea por cuenta propia; incluye también a toda persona admitida regularmente como trabajador migrante.

2. La presente parte del Convenio no se aplicará a:

a) los trabajadores fronterizos;

b) los artistas y las personas que ejerzan una profesión liberal y que entren en el país por un período de corta duración;

c) la gente de mar;

d) las personas que hayan entrado en el país con fines especiales de formación o de educación;

e) las personas empleadas en organizaciones o empresas que operan dentro del territorio de un país que han sido admitidas temporalmente en dicho país, a solicitud de sus empleadores, para cumplir trabajos o funciones específicos por un período definido o limitado de tiempo y que están obligadas a abandonar el país al término de sus trabajos o funciones.

Artículo 12

Todo Miembro deberá, mediante métodos adecuados a las condiciones y a las prácticas nacionales:

a) hacer lo posible por obtener la colaboración de las organizaciones de empleadores y de trabajadores y de otros organismos apropiados para promover la aceptación y observancia de la política prevista en el artículo 10 del presente Convenio;

b) adoptar las medidas legislativas y promover los programas educativos que resulten necesarios para lograr dicha aceptación y dicha observancia;

c) tomar medidas, promover programas de educación y fomentar otras actividades tendientes a que los trabajadores migrantes conozcan lo mejor posible la política adoptada, sus derechos y obligaciones, así como las actividades destinadas a prestarles ayuda efectiva en el ejercicio de sus derechos y para su protección;

d) derogar toda disposición legislativa y modificar toda norma o práctica administrativa que sea incompatible con dicha política;

e) elaborar y poner en práctica, en consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, una política social adecuada a las condiciones y

prácticas nacionales que permita a los trabajadores migrantes y a sus familias disfrutar de los beneficios acordados a sus nacionales, teniendo en cuenta, sin infringir el principio de la igualdad de oportunidades y de trato, las necesidades particulares que pudiesen tener hasta el momento en que su adaptación a la sociedad del país de empleo se haya completado;

f) tomar las medidas necesarias a fin de ayudar y estimular los esfuerzos que realicen los trabajadores migrantes y sus familias para preservar su identidad nacional y étnica, así como sus vínculos culturales con su país de origen, incluyendo la posibilidad de que sus hijos reciban enseñanza de su lengua materna;

g) garantizar la igualdad de trato en materia de condiciones de trabajo a todos los trabajadores migrantes que ejerzan la misma actividad, cualesquiera que sean las condiciones particulares de su empleo.

Artículo 13

1. Todo Miembro podrá adoptar todas las medidas necesarias, que dependan de su propia competencia, y colaborar con otros Miembros a fin de facilitar la reunión de familias de todos los trabajadores migrantes que residan legalmente en su territorio.

2. El presente artículo se refiere al cónyuge del trabajador migrante y, en la medida en que estén a su cargo, a los hijos, al padre y a la madre del migrante.

Artículo 14

Todo Miembro podrá:

a) subordinar la libre elección del empleo, sin dejar de asegurar el derecho a la movilidad geográfica, a la condición de que el trabajador migrante haya residido legalmente en el país con fines de empleo durante un período prescrito, que no deberá exceder de dos años o, si la legislación exige un contrato de duración determinada inferior a dos años, a que el trabajador haya cumplido su primer contrato de trabajo.

b) después de consultar debidamente a las organizaciones de empleadores y de trabajadores representativas, reglamentar las condiciones de reconocimiento en el país de las calificaciones laborales adquiridas fuera de él, inclusive los certificados y diplomas obtenidos en el extranjero;

c) restringir el acceso a categorías limitadas de empleos o de funciones, cuando así lo exija el interés del Estado.

Parte III. Disposiciones Finales

Artículo 15

El presente Convenio no impide a los Miembros celebrar acuerdos multilaterales o bilaterales con miras a resolver los problemas resultantes de su aplicación.

Artículo 16

1. Todo Miembro que ratifique el presente Convenio podrá, mediante una declaración anexa a su ratificación, excluir una de las partes I o II de su aceptación del Convenio.

2. Todo Miembro que haya formulado una declaración de esta índole podrá en cualquier momento anular esta declaración mediante una declaración posterior.

3. Todo Miembro para el que esté en vigor una declaración formulada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, deberá indicar en sus memorias subsiguientes sobre la aplicación del presente Convenio el estado de su legislación y práctica respecto de las disposiciones de la parte excluida de la aceptación, la medida en que haya puesto o se proponga poner en ejecución estas disposiciones y las razones por las cuales no las ha incluido aún en su aceptación del Convenio.

Artículo 17

Las ratificaciones formales del presente Convenio serán comunicadas, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo.

Artículo 18

1. Este Convenio obligará únicamente a aquellos Miembros de la Organización Internacional del Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado el Director General.

2. Entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos Miembros hayan sido registradas por el Director General.

3. Desde dicho momento, este Convenio entrará en vigor, para cada Miembro, doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación.

Artículo 19

1. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio podrá denunciarlo a la expiración de un período de diez años, a partir de la fecha en que se haya puesto inicialmente en vigor, mediante un acta comunicada, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo. La denuncia no surtirá efecto hasta un año después de la fecha en que se haya registrado.

2. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio y que, en el plazo de un año después de la expiración del período de diez años mencionado en el párrafo precedente, no haga uso del derecho de denuncia previsto en este artículo quedará obligado durante un nuevo período de diez años, y en lo sucesivo podrá denunciar

este Convenio a la expiración de cada período de diez años, en las condiciones previstas en este artículo.

Artículo 20

1. El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo notificará a todos los Miembros de la Organización Internacional del Trabajo el registro de cuantas ratificaciones, declaraciones y denuncias le comuniquen los Miembros de la Organización.

2. Al notificar a los Miembros de la Organización el registro de la segunda ratificación que le haya sido comunicada, el Director General llamará la atención de los Miembros de la Organización sobre la fecha en que entrará en vigor el presente Convenio.

Artículo 21

El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo comunicará al Secretario General de las Naciones Unidas, a los efectos del registro y de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas, una información completa sobre todas las ratificaciones, declaraciones y actas de denuncia que haya registrado de acuerdo con los artículos precedentes.

Artículo 22

Cada vez que lo estime necesario, el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo presentará a la Conferencia una memoria sobre la aplicación del Convenio, y considerará la conveniencia de incluir en el orden del día de la Conferencia la cuestión de su revisión total o parcial.

Artículo 23

1. En caso de que la Conferencia adopte un nuevo convenio que implique una revisión total o parcial del presente, y a menos que el nuevo convenio contenga disposiciones en contrario:

a) la ratificación, por un Miembro, del nuevo convenio revisor implicará, ipso jure, la denuncia inmediata de este Convenio, no obstante las disposiciones contenidas en el artículo 19, siempre que el nuevo convenio revisor haya entrado en vigor;

b) a partir de la fecha en que entre en vigor el nuevo convenio revisor, el presente Convenio cesará de estar abierto a la ratificación por los Miembros.

2. Este Convenio continuará en vigor en todo caso, en su forma y contenido actuales, para los Miembros que lo hayan ratificado y no ratifiquen el convenio revisor.

Artículo 24

Las versiones inglesa y francesa del texto de este Convenio son igualmente auténticas.

ANEXO 5

C157 Convenio sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social, 1982

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:
Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 2 junio 1982 en su
sexagésima octava reunión;
Recordando las disposiciones del Convenio sobre la igualdad de trato (seguridad social), 1962, que tratan, además de la igualdad de trato, de la conservación de los derechos en curso de adquisición y de los derechos adquiridos;
Considerando, además, que es necesario precisar la aplicación de los principios de la conservación de los derechos en curso de adquisición y de los derechos adquiridos para el conjunto de las ramas de seguridad social comprendidas en el Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952;
Después de haber decidido adoptar diversas proposiciones relativas a la conservación de los derechos de los trabajadores migrantes en materia de seguridad social (revisión del Convenio núm. 48), cuestión que constituye el cuarto punto del orden del día de la reunión, y
Después de haber decidido que dichas proposiciones revistan la forma de un convenio internacional,
adopta, con fecha 21 de junio de mil novecientos ochenta y dos, el presente Convenio, que podrá ser citado como el Convenio sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social, 1982:
Parte I. Disposiciones Generales
Artículo 1
A los efectos del presente Convenio:
a) el término ***Miembro*** designa todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo obligado por el Convenio;
b) el término ***legislación*** comprende las leyes y reglamentos, así como las disposiciones estatutarias en materia de seguridad social;

c) la expresión ***Miembro competente*** designa el Miembro en virtud de cuya legislación la persona interesada puede hacer valer un derecho a prestación;

d) el término ***institución*** designa el organismo o la autoridad directamente responsable de aplicar toda o parte de la legislación de un Miembro;

e) el término ***refugiado*** tiene el significado que le atribuyen el artículo primero de la Convención de 28 de julio de 1951 sobre el estatuto de los refugiados y el párrafo 2 del artículo primero del Protocolo sobre el estatuto de los refugiados de 31 de enero de 1967;

f) el término ***apátrida*** tiene el significado que le atribuye el artículo primero de la Convención de 28 de septiembre de 1954 sobre el estatuto de los apátridas;

g) la expresión ***miembros de la familia*** designa las personas definidas o reconocidas como tales o como miembros del hogar por la legislación en virtud de la cual se conceden o hacen efectivas las prestaciones, según el caso, o las personas que determinen los Miembros interesados de común acuerdo; no obstante, cuando la legislación pertinente defina o reconozca como miembros de la familia o miembros del hogar únicamente a las personas que vivan bajo el mismo techo que el interesado, se reputará cumplido este requisito cuando las personas de que se trate estén principalmente a cargo del interesado;

h) el término ***supervivientes*** designa las personas definidas o reconocidas como supervivientes por la legislación en virtud de la cual se conceden las prestaciones; no obstante, cuando la legislación defina o reconozca como sobrevivientes únicamente a las personas que hubieren vivido bajo el mismo techo que el difunto, se reputará cumplido este requisito cuando dichas personas hubieren estado principalmente a cargo del difunto;

i) el término ***residencia*** designa la residencia habitual;

j) el término ***residencia temporal*** designa una permanencia temporal;

k) la expresión ***períodos de seguro*** designa los períodos de cotización, de empleo, de actividad profesional o de residencia, según se definan o reconozcan como períodos de seguro por la legislación bajo la cual hayan sido cumplidos, así como todos los períodos asimilados, en la medida en que sean reconocidos por dicha legislación como equivalentes a períodos de seguro;

l) las expresiones ***períodos de empleo*** y ***períodos de actividad profesional*** designan los períodos definidos o reconocidos como tales por la legislación bajo la cual se hayan cumplido, así como todos los períodos asimilados, reconocidos por

dicha legislación como equivalentes respectivamente a períodos de empleo o a períodos de actividad profesional;

m) la expresión ***períodos de residencia*** designa los períodos definidos o reconocidos como tales por la legislación bajo la cual se hayan cumplido;

n) la expresión ***de carácter no contributivo*** se aplica a las prestaciones cuya concesión no depende ni de una participación financiera directa de las personas protegidas o de su empleador, ni del cumplimiento de un período de actividad profesional, así como a los regímenes que conceden exclusivamente tales prestaciones;

o) la expresión ***prestaciones concedidas en virtud de regímenes transitorios*** designa sea las prestaciones concedidas a las personas que han sobrepasado cierta edad en el momento de la entrada en vigor de la legislación aplicable, sea las prestaciones de carácter transitorio concedidas en consideración de acontecimientos acaecidos o períodos cumplidos fuera de los límites actuales del territorio de un Miembro.

Artículo 2

1. A reserva de las disposiciones del párrafo 1 y del apartado a) del párrafo 3 del artículo 4, el presente Convenio se aplicará, entre las siguientes ramas de la seguridad social, a aquellas ramas respecto de las cuales esté en vigor una legislación del Miembro:

a) asistencia médica;

b) prestaciones económicas de enfermedad;

c) prestaciones de maternidad;

d) prestaciones de invalidez;

e) prestaciones de vejez;

f) prestaciones de supervivencia;

g) prestaciones en caso de accidentes del trabajo y de enfermedades profesionales;

h) prestaciones de desempleo;

i) prestaciones familiares.

2. El presente Convenio se aplicará a las prestaciones de readaptación previstas por una legislación relativa a una o varias de las ramas mencionadas en el párrafo 1 de este artículo.

3. El presente Convenio se aplicará, respecto de toda rama mencionada en el párrafo 1 de este artículo, a los regímenes generales y a los regímenes especiales

de seguridad social, de carácter contributivo o no contributivo, así como a los regímenes legales relativos a las obligaciones del empleador, establecidas por ley, respecto de esas ramas.

4. El presente Convenio no se aplicará a los regímenes especiales de los funcionarios, ni a los regímenes especiales de las víctimas de guerra, ni a la asistencia pública médico-social.

Artículo 3

1. A reserva de las disposiciones del párrafo 1 y del apartado b) del párrafo 3 del artículo 4 y del párrafo 1 del artículo 9, el presente Convenio se aplicará a las personas que estén o hayan estado sujetas a la legislación de uno o varios de los Miembros, así como a los miembros de su familia y a sus supervivientes, en todos los casos en que el sistema internacional de conservación de derechos establecido por este Convenio imponga tomar en consideración la legislación de un Miembro que no sea aquel en cuyo territorio residan habitual o temporalmente.

2. El presente Convenio no obligará a ningún Miembro a aplicar sus disposiciones a las personas a las que, en virtud de instrumentos internacionales, no se apliquen las disposiciones de su legislación.

Artículo 4

1. Los Miembros podrán satisfacer sus obligaciones dimanantes de las disposiciones de las partes II a VI del presente Convenio por medio de instrumentos bilaterales o multilaterales que garanticen el cumplimiento de estas obligaciones, en las condiciones que establezcan de común acuerdo los Miembros interesados.

2. No obstante las disposiciones del párrafo 1 de este artículo, serán directamente aplicables por todo Miembro para el cual entre en vigor este Convenio las disposiciones del párrafo 4 del artículo 7, de los párrafos 2 y 3 del artículo 8, de los párrafos 1 y 4 del artículo 9, del artículo 11, del artículo 12, del artículo 14, y del párrafo 3 del artículo 18 del presente Convenio.

3. Los instrumentos a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo determinarán especialmente:

a) las ramas de seguridad social a las cuales serán aplicables, habida cuenta de la condición de reciprocidad a que se refieren los artículos 6 y 10 del presente Convenio; estas ramas deberán comprender por lo menos las prestaciones de invalidez, de vejez y de supervivencia, las pensiones en caso de accidentes del trabajo y de enfermedades profesionales, incluyendo las asignaciones por

fallecimiento, así como, a reserva de las disposiciones del párrafo 1 del artículo 10, la asistencia médica, las prestaciones económicas de enfermedad, las prestaciones de maternidad y las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y de enfermedades profesionales, distintas de las pensiones y las asignaciones por fallecimiento, para los Miembros que tengan una legislación en vigor respecto de dichas ramas;

b) las categorías de personas protegidas por los instrumentos; estas categorías deberán comprender por lo menos a los trabajadores asalariados, incluidos, dado el caso, los trabajadores fronterizos y de temporada, así como los miembros de su familia y sus supervivientes, que sean nacionales de uno de los Miembros interesados o bien refugiados o apátridas que residan en el territorio de uno de estos Miembros;

c) las modalidades de reembolso de las prestaciones otorgadas y de los demás gastos sufragados por la institución de un Miembro por cuenta de la institución de otro Miembro, salvo cuando se haya acordado renunciar al reembolso;

d) las reglas destinadas a evitar la acumulación indebida de cotizaciones u otras formas de contribución o de prestaciones.

Parte II. Legislación Aplicable

Artículo 5

1. Con respecto a las personas amparadas por este Convenio, la legislación aplicable se determinará de común acuerdo entre los Miembros interesados, a los efectos de evitar los conflictos de leyes y las consecuencias indeseables que pudieran resultar para las partes interesadas sea por falta de protección, sea a consecuencia de una acumulación indebida de cotizaciones u otras formas de contribución o de prestaciones, de conformidad con las siguientes reglas:

a) los trabajadores asalariados que ocupen habitualmente un empleo en el territorio de un Miembro quedarán sujetos a la legislación de este Miembro, incluso si residiesen en el territorio de otro Miembro o si la empresa o el empleador que los empleare tuviese su sede o su domicilio en el territorio de otro Miembro;

b) los trabajadores independientes que ejerzan habitualmente una actividad profesional en el territorio de un Miembro quedarán sujetos a la legislación de este Miembro, incluso si residiesen en el territorio de otro Miembro;

c) los trabajadores asalariados y los trabajadores independientes empleados o que ejerzan su actividad a bordo de un buque con bandera de un Miembro quedarán

sujetos a la legislación de este Miembro, aun cuando residiesen en el territorio de otro Miembro o cuando la empresa o empleador que los empleare tuviese su sede o su domicilio en el territorio de otro Miembro;

d) las personas que no pertenezcan a la población económicamente activa quedarán sujetas a la legislación del Miembro en el territorio del cual residan, siempre que no estén ya protegidas en virtud de los apartados a) a c) de este párrafo.

2. No obstante las disposiciones de los apartados a) a c) del párrafo 1 de este artículo, los Miembros interesados podrán convenir que ciertas categorías de personas, especialmente los trabajadores independientes, queden sujetas a la legislación del Miembro en cuyo territorio residan.

3. Los Miembros interesados determinarán de común acuerdo otras excepciones a las reglas enunciadas en el párrafo 1 de este artículo, cuando consideren necesarias tales excepciones en favor de las personas interesadas.

Parte III. Conservación de los Derechos en Curso de Adquisición

Artículo 6

A reserva de las disposiciones del apartado a) del párrafo 3 del artículo 4 del presente Convenio, todo Miembro deberá esforzarse en participar con cada uno de los demás Miembros interesados en un sistema de conservación de los derechos en curso de adquisición respecto de toda rama de seguridad social mencionada en el párrafo 1 del artículo 2 del presente Convenio para la cual esté en vigor una legislación de cada uno de estos Miembros, en favor de las personas que hayan estado sujetas sucesiva o alternativamente a las legislaciones de dichos Miembros.

Artículo 7

1. El sistema de conservación de los derechos en curso de adquisición mencionado en el artículo 6 del presente Convenio deberá prever la totalización, en la medida necesaria, de los períodos de seguro, de empleo, de actividad profesional o de residencia, según los casos, cumplidos bajo las legislaciones de los Miembros interesados, a los fines:

a) de la admisión al seguro voluntario o de la continuación facultativa del seguro, en los casos apropiados;

b) de la adquisición, conservación o recuperación de los derechos y, dado el caso, del cálculo de las prestaciones.

2. Los períodos cumplidos simultáneamente bajo las legislaciones de dos o más Miembros sólo deberán tomarse en cuenta una vez.

3. Los Miembros interesados determinarán de común acuerdo, en caso necesario, las modalidades particulares para la totalización de los períodos de diferente naturaleza y de los períodos que permitan causar derecho a las prestaciones de los regímenes especiales.

4. Si una persona ha cumplido períodos bajo las legislaciones de tres o más Miembros que estén obligados por diferentes instrumentos bilaterales o multilaterales, esos períodos deberán ser totalizados, en la medida necesaria, de conformidad con las disposiciones de estos instrumentos, por todo Miembro simultáneamente obligado por dos o más de los instrumentos pertinentes, a los fines de la adquisición, conservación o recuperación del derecho a las prestaciones.

Artículo 8

1. El sistema de conservación de los derechos en curso de adquisición a que se refiere el artículo 6 del presente Convenio deberá también determinar fórmulas para el otorgamiento:

a) de las prestaciones de invalidez, de vejez y de supervivencia;

b) de las rentas en caso de enfermedades profesionales, así como la distribución eventual de los gastos correspondientes.

2. En el caso mencionado en el párrafo 4 del artículo 7 del presente Convenio, todo Miembro simultáneamente obligado por dos o más de los instrumentos pertinentes aplicará las disposiciones de estos instrumentos a los fines del cálculo de las prestaciones a que se tenga derecho en virtud de su legislación, teniendo en cuenta la totalización de los períodos efectuada al amparo de las legislaciones de los Miembros mencionados.

3. Si, en aplicación de las disposiciones del párrafo 2 de este artículo, un Miembro debiera conceder prestaciones de la misma naturaleza a una misma persona en virtud de dos o más instrumentos bilaterales o multilaterales, este Miembro estará obligado a hacer efectiva sólo la prestación más favorable al interesado, según haya sido determinada al efectuar la concesión inicial de estas prestaciones.

4. No obstante las disposiciones del párrafo 2 de este artículo, los Miembros interesados podrán, siempre que sea necesario, establecer de común acuerdo disposiciones complementarias para el cálculo de las prestaciones mencionadas en este párrafo.

Parte IV. Conservación de los Derechos Adquiridos y Provisión de las Prestaciones en el Extranjero

Artículo 9

1. Todo Miembro deberá garantizar el pago de las prestaciones económicas de invalidez, vejez y supervivencia, de las pensiones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales y de las asignaciones por fallecimiento, a las cuales se haya adquirido derecho en virtud de su legislación, a los beneficiarios que sean nacionales de un Miembro, o refugiados o apátridas, sin distinciones basadas en el lugar de su residencia, a reserva de las medidas a tomar con este fin, siempre que sea necesario, de común acuerdo entre los Miembros u otros Estados interesados.

2. No obstante las disposiciones del párrafo 1 de este artículo, los Miembros interesados que participen en el sistema de conservación de los derechos en curso de adquisición mencionado en el artículo 6 del presente Convenio podrán acordar que se garantice la provisión de las prestaciones mencionadas en dicho párrafo a los beneficiarios que residan en el territorio de un Miembro que no sea el Miembro competente, en el marco de los instrumentos bilaterales o multilaterales previstos en el párrafo 1 del artículo 4 del presente Convenio.

3. Además, en lo que concierne a prestaciones de carácter no contributivo, los Miembros interesados determinarán de común acuerdo las condiciones según las cuales la provisión de las prestaciones será garantizada a los beneficiarios que residan en el territorio de un Miembro que no sea el Miembro competente, no obstante las disposiciones del párrafo 1 de este artículo.

4. Las disposiciones de los párrafos anteriores de este artículo podrán no aplicarse:

a) a las prestaciones especiales de carácter no contributivo concedidas a título de socorro o para auxiliar a personas en situación de necesidad;

b) a las prestaciones concedidas en virtud de regímenes transitorios.

Artículo 10

1. Además, los Miembros interesados deberán esforzarse en participar en un sistema de conservación de los derechos adquiridos en virtud de su legislación, habida cuenta de las disposiciones de la parte III del presente Convenio, respecto de todas las ramas de seguridad social relativas a la asistencia médica, prestaciones económicas de enfermedad, prestaciones de maternidad y prestaciones en caso de accidentes del trabajo y de enfermedades profesionales, excluidas las pensiones y asignaciones por fallecimiento, respecto de las cuales cada uno de estos Miembros posea una legislación en vigor. Este sistema deberá garantizar dichas prestaciones a las personas con residencia habitual o temporal en el territorio de uno de esos

Miembros que no sea el Miembro competente, en las condiciones y dentro de los límites que se determinen de común acuerdo entre los Miembros interesados.

2. En el caso de no estar prevista por la legislación en vigor, la reciprocidad exigida en el párrafo 1 de este artículo podrá resultar de las medidas adoptadas por un Miembro con el fin de garantizar las prestaciones correspondientes a las prestaciones previstas por la legislación de otro Miembro, a reserva del acuerdo de ese Miembro.

3. Los Miembros interesados deberán esforzarse en participar en un sistema de conservación de los derechos adquiridos en virtud de su legislación, habida cuenta de las disposiciones de la parte III del presente Convenio, respecto de todas las ramas de seguridad social relativas a las prestaciones de desempleo, prestaciones familiares y, no obstante las disposiciones del párrafo 1 del artículo 9 del presente Convenio y del párrafo 1 de este artículo, prestaciones de readaptación, respecto de las cuales cada uno de estos Miembros posea una legislación en vigor. Este sistema deberá garantizar dichas prestaciones a las personas con residencia en el territorio de uno de esos Miembros que no sea el Miembro competente, en las condiciones y dentro de los límites que se determinen de común acuerdo entre los Miembros interesados.

Artículo 11

Las reglas de revalorización de las prestaciones previstas por la legislación de un Miembro serán aplicables a las prestaciones debidas en virtud de dicha legislación de conformidad con las disposiciones del presente Convenio.

Parte V. Colaboración Administrativa y Ayuda a las Personas Amparadas por el Presente Convenio

Artículo 12

1. Las autoridades e instituciones de los Miembros se prestarán asistencia mutua a fin de facilitar la aplicación de las disposiciones del presente Convenio y de sus respectivas legislaciones.

2. La ayuda administrativa que se presten entre sí las autoridades e instituciones será, en principio, gratuita. No obstante, los Miembros podrán convenir el reembolso de ciertos gastos.

3. Las autoridades, instituciones y jurisdicciones de un Miembro no podrán rechazar las solicitudes o demás documentos que les fuesen dirigidos, por el hecho de que estén redactados en un idioma oficial de otro Miembro.

Artículo 13

1. Si el solicitante residiese en el territorio de un Miembro distinto del Miembro competente, podrá presentar válidamente su solicitud a la institución del lugar de su residencia, la cual la remitirá a la institución o las instituciones mencionadas en la solicitud.

2. Las solicitudes, declaraciones o recursos que hubieran debido presentarse, de conformidad con la legislación de un Miembro, dentro de un plazo determinado ante una autoridad, institución o jurisdicción de este Miembro serán admisibles siempre que sean presentados dentro del mismo plazo ante una autoridad, institución o jurisdicción de otro Miembro en cuyo territorio resida el solicitante. En este caso, la autoridad, institución o jurisdicción notificada en esta forma transmitirá sin dilación estas solicitudes, declaraciones o recursos a la autoridad, institución o jurisdicción competente del primer Miembro. La fecha en que estas solicitudes, declaraciones o recursos hayan sido presentados ante una autoridad, institución o jurisdicción del segundo Miembro será considerada como la fecha de presentación ante la autoridad, institución o jurisdicción competente para su conocimiento.

3. Las prestaciones debidas por un Miembro a un beneficiario con residencia habitual o temporal en el territorio de otro Miembro podrán hacerse efectivas sea directamente por la institución deudora, sea por conducto de una institución designada por este Miembro, en el lugar de residencia habitual o temporal del beneficiario, a reserva del consentimiento de los Miembros interesados.

Artículo 14

Todo Miembro deberá favorecer el desarrollo de servicios sociales para asistir a las personas amparadas por el presente Convenio, especialmente los trabajadores migrantes, en sus relaciones con sus autoridades, instituciones y jurisdicciones, particularmente para facilitar su admisión al disfrute de las prestaciones y al ejercicio eventual de sus derechos de recurso, así como para fomentar su bienestar personal y familiar.

Parte VI. Disposiciones Varias

Artículo 15

Excepto en lo que se refiere a las prestaciones de invalidez, de vejez, de supervivencia y en caso de enfermedades profesionales cuya carga financiera se distribuya entre dos o más Miembros, el Convenio no podrá conferir ni mantener el derecho a disfrutar de diversas prestaciones de una misma naturaleza referentes a

un mismo período de seguro obligatorio, de empleo, de actividad profesional o de residencia.

Artículo 16

1. Las prestaciones y demás gastos sufragados por la institución de un Miembro por cuenta de la institución de otro Miembro darán lugar, salvo renuncia, a reembolso, de conformidad con las modalidades que determinen de común acuerdo estos Miembros.

2. Las transferencias de fondos que resultaren de la aplicación del Convenio se efectuarán, en caso necesario, de conformidad con los acuerdos en vigor en la materia entre los Miembros interesados en el momento de la transferencia. A falta de tales acuerdos, deberán tomarse las medidas necesarias de común acuerdo entre ellos.

Artículo 17

1. Los Miembros podrán excluir disposiciones del Convenio mediante acuerdos especiales, en el marco de instrumentos bilaterales o multilaterales entre dos o más Miembros, a condición de que tales acuerdos no afecten a los derechos y obligaciones de otros Miembros y determinen la conservación de los derechos con arreglo a disposiciones que, en su conjunto, sean por lo menos tan favorables como las del presente Convenio.

2. Se considera que un Miembro ha cumplido con las disposiciones del párrafo 1 del artículo 9 y del artículo 11 del presente Convenio:

a) cuando garantice, en la fecha de su ratificación, el pago de las prestaciones mencionadas según un monto apreciable, prescrito en virtud de su legislación, a todos los beneficiarios, sin consideración a su nacionalidad, y cualquiera que fuera a su lugar de residencia; y

b) cuando dé efecto a dichas disposiciones del párrafo 1 del artículo 9 y del artículo 11 en el marco de los instrumentos bilaterales o multilaterales mencionados en el párrafo 1 del artículo 4 del presente Convenio.

3. Todo Miembro que se acoja a las disposiciones del párrafo 2 de este artículo, en la memoria sobre la aplicación del Convenio que habrá de presentar en virtud del artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo deberá exponer:

a) que subsisten las razones por las cuales se acogió a dichas disposiciones; o

b) que renuncia, a partir de una fecha determinada, a acogerse a las disposiciones de dicho párrafo.

Parte VII. Disposiciones Transitorias y Finales

Artículo 18

1. El presente Convenio no causará derecho alguno a prestaciones respecto a períodos anteriores a su entrada en vigor para los Miembros interesados.

2. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, todo período de seguro, de empleo, de actividad profesional o de residencia cumplido al amparo de la legislación de un Miembro, con anterioridad a la entrada en vigor del sistema de conservación de los derechos en curso de adquisición a que se refiere el artículo 6 del presente Convenio para los Miembros interesados, deberá tomarse en consideración para determinar si, de conformidad con este sistema, podría originar derechos a partir de su entrada en vigor, a reserva de disposiciones especiales que convengan, en caso necesario, los Miembros interesados.

3. Toda prestación mencionada en el párrafo 1 del artículo 9 del presente Convenio que no haya sido concedida o haya quedado suspendida por razón de la residencia del interesado en el territorio de un Estado distinto del Miembro competente se hará efectiva o se restablecerá a solicitud del interesado, a contar de la fecha de la entrada en vigor del presente Convenio para este último Miembro, o de la fecha de la entrada en vigor para el Miembro del que el interesado es nacional, tomándose en consideración la más reciente de estas fechas, a menos que el interesado hubiera obtenido con anterioridad una liquidación en forma de capital en lugar de dicha prestación. Las disposiciones de la legislación del Miembro competente relativas a la prescripción o extinción de los derechos no serán aplicables al interesado cuando éste presente su solicitud dentro de un plazo de dos años a partir de dicha fecha o, dado el caso, a partir de la fecha de efectividad de las medidas previstas en el párrafo 1 del artículo 9.

4. Los Miembros interesados determinarán de común acuerdo la medida en que el sistema de conservación de los derechos en curso de adquisición mencionado en el artículo 6 del presente Convenio se aplica a una contingencia sobrevenida con anterioridad a la entrada en vigor de este sistema para estos Miembros.

Artículo 19

1. La denuncia del presente Convenio por un Miembro no afectará a las obligaciones de dicho Miembro con respecto a contingencias sobrevenidas con anterioridad a la fecha en que ésta haya surtido efecto.
2. Los derechos en curso de adquisición conservados en aplicación del Convenio no se extinguirán por razón de su denuncia por un Miembro; su conservación ulterior respecto al período posterior a la fecha en que esta denuncia haya surtido efecto se determinará mediante instrumentos bilaterales o multilaterales de seguridad social concluidos por este Miembro o, a falta de tales instrumentos, únicamente mediante la legislación de dicho Miembro.

Artículo 20

1. El presente Convenio revisa, en las condiciones previstas en los párrafos siguientes de este artículo, el Convenio sobre la conservación de los derechos de pensión de los migrantes, 1935.
2. La entrada en vigor del presente Convenio para todo Miembro obligado por las disposiciones del Convenio sobre la conservación de los derechos de pensión de los migrantes, 1935, no implicará de pleno derecho la denuncia inmediata de este último Convenio.
3. No obstante, el Convenio sobre la conservación de los derechos de pensión de los migrantes, 1935, cesará de aplicarse en las relaciones entre todos los Miembros obligados por él, a medida que entren en vigor en sus relaciones los sistemas de conservación de los derechos en curso de adquisición a que se refiere el artículo 6 del presente Convenio.

Artículo 21

Las ratificaciones formales del presente Convenio serán comunicadas, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo.

Artículo 22

1. Este Convenio obligará únicamente a aquellos Miembros de la Organización Internacional del Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado el Director General.
2. Entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos Miembros hayan sido registradas por el Director General.
3. Desde dicho momento, este Convenio entrará en vigor, para cada Miembro, doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación.

Artículo 23

1. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio podrá denunciarlo a la expiración de un período de diez años, a partir de la fecha en que se haya puesto inicialmente en vigor, mediante un acta comunicada, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo. La denuncia no surtirá efecto hasta un año después de la fecha en que se haya registrado.

2. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio y que, en el plazo de un año después de la expiración del período de diez años mencionado en el párrafo precedente, no haga uso del derecho de denuncia previsto en este artículo quedará obligado durante un nuevo período de diez años, y en lo sucesivo podrá denunciar este Convenio a la expiración de cada período de diez años, en las condiciones previstas en este artículo.

Artículo 24

1. El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo notificará a todos los Miembros de la Organización Internacional del Trabajo el registro de cuantas ratificaciones, declaraciones y denuncias le comuniquen los Miembros de la Organización.

2. Al notificar a los Miembros de la Organización el registro de la segunda ratificación que le haya sido comunicada, el Director General llamará la atención de los Miembros de la Organización sobre la fecha en que entrará en vigor el presente Convenio.

Artículo 25

El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo comunicará al Secretario General de las Naciones Unidas, a los efectos del registro y de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas, una información completa sobre todas las ratificaciones, declaraciones y actas de denuncia que haya registrado de acuerdo con los artículos precedentes.

Artículo 26

Cada vez que lo estime necesario, el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo presentará a la Conferencia una memoria sobre la aplicación del Convenio, y considerará la conveniencia de incluir en el orden del día de la Conferencia la cuestión de su revisión total o parcial.

Artículo 27

1. En caso de que la Conferencia adopte un nuevo convenio que implique una revisión total o parcial del presente, y a menos que el nuevo convenio contenga disposiciones en contrario:

a) la ratificación, por un Miembro, del nuevo convenio revisor implicará, ipso jure, la denuncia inmediata de este Convenio, no obstante las disposiciones contenidas en el artículo 23, siempre que el nuevo convenio revisor haya entrado en vigor;

b) a partir de la fecha en que entre en vigor el nuevo convenio revisor, el presente Convenio cesará de estar abierto a la ratificación por los Miembros.

2. Este Convenio continuará en vigor en todo caso, en su forma y contenido actuales, para los Miembros que lo hayan ratificado y no ratifiquen el convenio revisor.

Artículo 28

Las versiones inglesa y francesa del texto de este Convenio son igualmente auténticas.

ANEXO 6

R86 Recomendación sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:
Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 8 junio 1949 en su trigésima segunda reunión;
Después de haber decidido adoptar diversas proposiciones relativas a la revisión de la Recomendación sobre los trabajadores migrantes, 1939, y de la Recomendación sobre los trabajadores migrantes (colaboración entre Estados), 1939, adoptadas por la Conferencia en su vigésima quinta reunión, cuestión que está comprendida en el undécimo punto del orden del día de la reunión, y
Después de haber decidido que dichas proposiciones revistan la forma de una recomendación,
adopta, con fecha primero de julio de mil novecientos cuarenta y nueve, la siguiente Recomendación, que podrá ser citada como la Recomendación sobre los trabajadores migrantes (revisada), 1949:
La Conferencia:
Después de haber adoptado el Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949, y deseando completarlo con una recomendación,
Recomienda lo que sigue:
I
1. A los efectos de la presente Recomendación:
a) la expresión ***trabajador migrante*** significa toda persona que emigra de un país a otro para ocupar un empleo que no habrá de ejercer por su propia cuenta, e incluye a cualquier persona normalmente admitida como trabajador migrante;
b) el término ***reclutamiento*** significa:
i) el hecho de contratar a una persona, en un territorio, por cuenta de un empleador en otro territorio;
ii) el hecho de obligarse con una persona, en un territorio, a proporcionarle un empleo en otro territorio, así como la adopción de medidas relativas a las operaciones comprendidas en i) y ii), e incluso la búsqueda y selección de emigrantes y los preparativos para su salida;

c) el término ***introducción*** significa todas las operaciones efectuadas para preparar o facilitar la llegada o la admisión a un territorio de personas reclutadas en las condiciones enunciadas en el apartado b) de este párrafo;

d) el término ***colocación*** significa todas las operaciones efectuadas para procurar o facilitar el empleo de las personas introducidas en las condiciones enunciadas en el apartado c) de este párrafo.

2. Cuando se menciona en la presente Recomendación al gobierno o a la autoridad competente del territorio de emigración, estas palabras designan, si se trata de migrantes refugiados o de personas desplazadas, cualquier organismo establecido de conformidad con las disposiciones de un instrumento internacional que esté encargado de la protección de refugiados y personas desplazadas que no gocen de la protección de ningún gobierno.

3. La presente Recomendación no se aplica:

a) a los trabajadores fronterizos;

b) a la entrada, por un corto período, de artistas y de personas que ejerzan una profesión liberal;

c) a la gente de mar.

II

4.

1) De una manera general, los Miembros deberían tener por norma el desarrollo y uso de todas las posibilidades de empleo, y deberían facilitar, a estos efectos, la distribución internacional de la mano de obra y, en particular, su movimiento desde los países en que haya excedente hacia los países que tengan un déficit.

2) Las medidas adoptadas por cada Miembro deberían tener debidamente en cuenta la situación nacional de la mano de obra, y el gobierno debería consultar a las organizaciones apropiadas de empledores y de trabajadores sobre todas las cuestiones de carácter general relativas a las migraciones de trabajadores.

III

5.

1) El servicio gratuito establecido en cada país para ayudar a los migrantes y a sus familias, y especialmente para proporcionarles información exacta, debería estar dirigido:

a) por autoridades públicas;

b) por una o varias organizaciones voluntarias que ejerzan su actividad sin fines lucrativos, aprobadas para este efecto por las autoridades públicas y sujetas a su vigilancia; o

c) en parte, por las autoridades públicas, y, en parte, por una o varias organizaciones voluntarias que reúnan las condiciones enunciadas en el apartado b) de este párrafo.

2) El servicio debería aconsejar a los migrantes y a sus familias, en sus idiomas o dialectos, o, al menos, en un idioma que puedan comprender, acerca de las cuestiones referentes a la emigración, inmigración, condiciones de trabajo y de vida, comprendidas las condiciones de higiene en el lugar de destino, regreso al país de origen o de emigración y, de una manera general, acerca de cualquier otra cuestión que pueda interesarles en su calidad de migrantes.

3) El servicio debería facilitar a los migrantes y a sus familias, si ello fuera necesario, el cumplimiento de las formalidades administrativas y demás gestiones que necesiten hacer para su regreso al país de origen o de emigración.

4) Para facilitar la adaptación de los migrantes, deberían organizarse, cuando se consideren necesarios, cursos preparatorios destinados a informar a los migrantes sobre las condiciones generales y los sistemas de trabajo que prevalezcan en el país de inmigración y a enseñarles el idioma de ese país. Los países de inmigración y emigración deberían ponerse de acuerdo para la organización de dichos cursos.

6. Cada Miembro debería proporcionar a la Oficina Internacional del Trabajo y a cualquier Miembro que la solicite información acerca de su legislación relativa a la emigración, comprendida cualquier disposición administrativa concerniente a las restricciones a la emigración y a las facilidades concedidas a los emigrantes, e indicaciones útiles sobre las categorías de personas que deseen emigrar.

7. Cada Miembro debería proporcionar a la Oficina Internacional del Trabajo y a cualquier Miembro que la solicite información acerca de su legislación relativa a la inmigración, e incluso acerca de cualquier disposición administrativa sobre los permisos de entrada, en los casos en que éstos sean necesarios, del número y calificaciones profesionales de los inmigrantes deseados, de la legislación relativa a la admisión de los trabajadores migrantes y de cualquier facilidad especial otorgada a los migrantes, así como de toda medida destinada a favorecer su adaptación a la organización económica y social del país de inmigración.

8. Siempre que ello fuere posible, un plazo razonable debería separar la fecha de publicación de la entrada en vigor de cualquier disposición que modifique las condiciones a que estén sujetas las autorizaciones para emigrar e inmigrar o la admisión al trabajo de los migrantes, a fin de que estas condiciones sean comunicadas en tiempo oportuno a las personas que se preparan a emigrar.

9. Se deberían dictar disposiciones para dar suficiente publicidad, en el momento oportuno, a las medidas más importantes indicadas en el párrafo anterior; dicha publicidad debería hacerse en los idiomas más generalizados entre los migrantes.

10. Las migraciones deberían facilitarse con medidas apropiadas destinadas a:

a) asegurar a los trabajadores migrantes, a su llegada al país de destino, en caso de necesidad, vivienda, alimentos y ropa adecuados;

b) asegurar, si ello fuere necesario, una formación profesional que permita a los trabajadores migrantes adquirir las calificaciones exigidas en el país de inmigración;

c) permitir, teniendo en cuenta los límites fijados por la legislación nacional relativa a la exportación e importación de divisas, la transferencia de cualquier parte de las ganancias y de las economías del trabajador migrante que éste desee transferir;

d) proveer a la transferencia del capital de los trabajadores migrantes, si éstos así lo desean, al país de inmigración, dentro de los límites permitidos por la legislación nacional relativa a la exportación e importación de divisas, cuando se trate de migraciones permanentes;

e) asegurar el acceso de los migrantes y de los miembros de sus familias a las escuelas.

11. Debería ayudarse a los migrantes y a los miembros de sus familias para que puedan beneficiarse de las medidas relativas al recreo y al bienestar, y deberían tomarse medidas, cuando ello fuere necesario, para asegurar a los migrantes el disfrute de facilidades especiales durante el período inicial de instalación en el país de inmigración.

12. Los trabajadores migrantes reclutados en virtud de acuerdos sobre migraciones colectivas celebrados bajo el control gubernamental deberían disfrutar de la asistencia médica prestada a los nacionales.

IV

13.

1) Cuando el interés del migrante lo exija, los Miembros deberían obligar a cualquier intermediario que se dedique al reclutamiento, introducción o colocación de

trabajadores migrantes por cuenta de un empleador a que se provea de un mandato escrito de dicho emplador, o de otro documento por el que se pruebe que está actuando en su representación.

2) Este documento debería estar redactado o traducido en el idioma oficial del país de emigración y debería contener todos los datos necesarios sobre el empleador, la naturaleza e importancia de las operaciones de reclutamiento, introducción o colocación confiadas al intermediario, y el empleo ofrecido, inclusive la remuneración.

14.

1) La selección técnica de los trabajadores migrantes debería efectuarse de suerte que limite lo menos posible las migraciones y garantice al mismo tiempo la calificación de los migrantes para efectuar el trabajo exigido.

2) Dicha selección debería confiarse:

a) a instituciones oficiales; o

b) cuando sea pertinente, a instituciones privadas del territorio de inmigración debidamente autorizadas y, si ello fuere necesario en interés del migrante, vigiladas por la autoridad competente del territorio de emigración.

3) El derecho a efectuar operaciones de selección debería subordinarse a la autorización previa de la autoridad competente del territorio donde dichas operaciones tengan lugar, en los casos y de acuerdo con las condiciones previstas por la legislación vigente en ese territorio, o por un acuerdo celebrado entre el gobierno del territorio de emigración y el gobierno del territorio de inmigración.

4) En todo lo posible, los trabajadores que deseen emigrar deberían, antes de dejar el país de emigración, ser examinados, a los efectos de la selección profesional y médica, por un representante de la autoridad competente del territorio de inmigración.

5) Si las operaciones de reclutamiento revisten gran amplitud, deberían celebrarse acuerdos que prevean un sistema de consultas y una colaboración estrecha entre las autoridades competentes de los territorios de emigración e inmigración interesados.

6) Las operaciones referidas en los apartados precedentes de este párrafo deberían efectuarse en el lugar más próximo posible de aquel donde los migrantes hayan sido reclutados.

15.

1) Se deberían tomar disposiciones por medio de acuerdos a fin de autorizar a cualquier trabajador migrante, introducido a título permanente, para que lo acompañen los miembros de su familia o para que éstos se reúnan con él.
2) Se deberían dar amplias facilidades, tanto en el país de emigración como en el de inmigración, para el desplazamiento de los miembros de la familia de un trabajador migrante autorizados a acompañarlo o a reunirse con él.
3) A los efectos del presente párrafo, se debería considerar como miembros de la familia de un trabajador migrante a la mujer y a sus hijos menores. Las solicitudes tendientes a extender el beneficio de este régimen a otros miembros de la familia del trabajador migrante que estén a su cargo deberían examinarse con benevolencia.

V

16.

1) Los trabajadores migrantes autorizados a residir en un territorio y los miembros de su familia autorizados a acompañarlos o a reunirse con ellos deberían, siempre que fuere posible, ser admitidos al trabajo en las mismas condiciones que los nacionales.
2) En los países donde el empleo de los trabajadores migrantes está sujeto a restricciones, éstas deberían, siempre que fuere posible:
a) cesar de ser aplicadas a los trabajadores migrantes que hayan residido en el país de inmigración durante un período determinado, cuya duración no debería, en principio, exceder de cinco años;
b) cesar de ser aplicadas a la mujer y a los hijos en edad de trabajar, que estén autorizados a acompañar al trabajador migrante o a reunirse con él, al mismo tiempo que cesen de aplicarse a este último.

17. En los países donde el número de trabajadores migrantes sea bastante elevado, las condiciones de empleo de estos trabajadores deberían ser objeto de una vigilancia especial, que podrá efectuarse, según las circunstancias, por un servicio especial de inspección, o por inspectores del trabajo u otros funcionarios especializados en esta labor.

VI

18.

1) Cuando un trabajador migrante haya sido regularmente admitido en el territorio de un Miembro, dicho Miembro debería abstenerse, en todo lo posible, de alejar de su territorio a este trabajador o a los miembros de su familia por motivo de la insuficiencia de recursos del trabajador o de la situación del mercado del empleo, a

menos que se haya celebrado un acuerdo a este respecto entre las autoridades competentes de los territorios de emigración e inmigración interesados.

2) Dicho acuerdo debería prever:

a) que la duración de la estada del trabajador migrante en el territorio de inmigración será tenida en consideración y que, en principio, ningún trabajador migrante podrá ser expulsado si ha permanecido en el territorio más de cinco años;

b) que el migrante deberá haber agotado sus derechos a las prestaciones del seguro de desempleo;

c) que el migrante deberá haber recibido una notificación previa a fin de que tenga tiempo suficiente para disponer de sus propiedades;

d) que se tomarán medidas adecuadas para el transporte del trabajador y de los miembros de su familia;

e) que se tomarán las disposiciones indispensables para que el trabajador migrante y los miembros de su familia disfruten de un trato humano;

f) que los gastos de regreso del migrante y de los miembros de su familia, así como los del transporte de sus enseres hasta el punto final de destino, no correrán a su cargo.

19. Las autoridades de los países interesados deberían tomar medidas apropiadas a fin de que las organizaciones de empleadores y de trabajadores sean consultadas en lo que respecta a las operaciones de reclutamiento, introducción y colocación de trabajadores migrantes.

VII

20. Cuando los trabajadores o los miembros de sus familias que hayan conservado la nacionalidad de su Estado de origen regresen a él, dicho Estado debería conceder a las referidas personas el beneficio de cualesquiera medidas que estén vigentes sobre la asistencia a los desamparados y a los desempleados, así como el de aquellas tendientes a facilitar la reintegración al trabajo de los desempleados, eximiéndolos al mismo tiempo de toda condición de residencia o de ocupación previa en el país o en la localidad.

VIII

21.

1) Los Miembros deberían, cuando esto fuere pertinente, completar el Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949, y los párrafos precedentes de la presente Recomendación, mediante acuerdos bilaterales que deberían especificar

los métodos para aplicar los principios contenidos en el Convenio y en la Recomendación.

2) Al celebrar dichos acuerdos, los Miembros deberían tener en cuenta las disposiciones del acuerdo-tipo anexo a la presente Recomendación, en lo que concierne a la elaboración de cláusulas apropiadas para la organización de las migraciones de trabajadores y a la reglamentación de las condiciones de traslado y de empleo de los trabajadores migrantes, comprendidos los refugiados y las personas desplazadas.

ANEXO ANEXO

ACUERDO-TIPO SOBRE LAS MIGRACIONES TEMPORALES Y PERMANENTES DE TRABAJADORES, CON INCLUSION DE LA MIGRACION DE REFUGIADOS Y PERSONAS DESPLAZADAS (Nota : Las palabras y frases en cursiva se refieren principalmente a las migraciones permanentes, y aquellas que figuran entre corchetes se refieren únicamente a las migraciones de refugiados y de personas desplazadas.)

Artículo 1. Intercambio de información

1. La autoridad competente del territorio de inmigración deberá proporcionar, periódicamente, información apropiada a la autoridad competente del territorio de emigración o, en el caso de refugiados y personas desplazadas, a cualquier organismo establecido de acuerdo con los términos de un instrumento internacional y encargado de la protección de refugiados y personas desplazadas que no gocen de la protección de ningún gobierno sobre:

a) las disposiciones legislativas y administrativas referentes a la entrada, empleo, residencia y establecimiento de los migrantes y de sus familias;

b) el número, las categorías y las calificaciones profesionales de los migrantes deseados;

c) las condiciones de trabajo y de vida de los migrantes, y en especial el costo de vida y los salarios mínimos en función de las categorías profesionales y de las regiones de empleo, las asignaciones suplementarias, si las hubiere; la naturaleza de los empleos disponibles, las bonificaciones de contratación, si las hubiere; los regímenes de seguridad social y de asistencia médica, las disposiciones relativas al transporte de los migrantes y de sus bienes y herramientas, las condiciones de vivienda y las disposiciones sobre el suministro de alimentos y vestido, las medidas

relativas a la transferencia de los ahorros de los migrantes, y de otras sumas debidas en virtud de lo dispuesto en el presente acuerdo;
d) las facilidades especiales, si las hubiere, concedidas a los migrantes;
e) las facilidades de instrucción general y de formación profesional concedidas a los migrantes;
f) las medidas destinadas a facilitar la adaptación rápida de los migrantes;
g) el procedimiento y las formalidades exigidas para la naturalización.
2. La autoridad competente del territorio de emigración o, en el caso de refugiados y personas desplazadas, cualquier organismo establecido de acuerdo con los términos de un instrumento internacional y encargado de la protección de refugiados y personas desplazadas que no gocen de la protección de ningún gobierno deberá poner esta información en conocimiento de las personas y organismos interesados.
3. La autoridad competente del territorio de emigración o, en el caso de refugiados y personas desplazadas, cualquier organismo establecido de acuerdo con los términos de un instrumento internacional y encargado de la protección de refugiados y personas desplazadas que no gocen de la protección de ningún gobierno deberá proporcionar, periódicamente, información apropiada a la autoridad competente del territorio de inmigración sobre:
a) las disposiciones legislativas y administrativas referentes a la inmigración;
b) el número y las calificaciones profesionales de las personas que deseen emigrar, así como la composición de sus familias;
c) el régimen de seguridad social;
d) las facilidades especiales, si las hubiere, concedidas a los migrantes;
e) el medio y las condiciones de vida a los cuales están acostumbrados los migrantes;
f) las disposiciones vigentes sobre la exportación de capitales.
4. La autoridad competente del territorio de inmigración deberá poner esta información en conocimiento de las personas u organismos interesados.
5. Cada una de las partes en cuestión deberá, igualmente, comunicar la información mencionada en los párrafos 1 a 4 del presente artículo a la Oficina Internacional del Trabajo.
Artículo 2. Acción contra la propaganda que induce en error
1. Las partes convienen en tomar todas las medidas pertinentes que conciernan a sus territorios respectivos, siempre que lo permita la legislación nacional, para

impedir toda propaganda relativa a la emigración e inmigración que pueda inducir en error.

2. A estos efectos, las partes colaborarán, si ello fuere necesario, con las autoridades competentes de otros países interesados.

Artículo 3. Formalidades administrativas

Las partes convienen en tomar medidas a fin de acelerar y simplificar la realización de las formalidades administrativas relacionadas con la salida, viaje, entrada, residencia y establecimiento de los migrantes, y siempre que ello fuere posible, de los miembros de sus familias; estas medidas deberán incluir, cuando ello fuere necesario, la organización de un servicio de interpretación.

Artículo 4. Validez de los documentos

1. Las partes determinarán las condiciones que deba reunir, a fin de que se reconozca su validez en el territorio de inmigración, cualquier documento expedido por la autoridad competente del territorio de emigración, y referente a los migrantes y los miembros de sus familias o, en el caso de refugiados y personas desplazadas, por cualquier organismo establecido de acuerdo con los términos de un instrumento internacional y encargado de la protección de refugiados y personas desplazadas que no gocen de la protección de ningún gobierno, en lo que concierne a:

a) su estado civil;

b) su situación judicial;

c) sus calificaciones profesionales;

d) su instrucción general y su formación profesional; y

e) su participación en regímenes de seguridad social.

2. Las partes también determinarán el alcance de dicho reconocimiento.

3. En caso de refugiados y personas desplazadas, la autoridad competente del territorio de inmigración reconocerá la validez de cualquier documento de viaje expedido, en sustitución de un pasaporte nacional, por la autoridad competente del territorio de emigración y, en especial, la de los documentos de viaje expedidos de conformidad con los términos de un acuerdo internacional (por ejemplo, el documento de viaje establecido por el acuerdo de 15 de octubre de 1946 y el pasaporte Nansen).

Artículo 5. Condiciones y criterios relativos a las migraciones

1. Las partes deberán determinar, de común acuerdo:

a) los requisitos que deban reunir los migrantes y los miembros de sus familias, en lo que respecta a la edad, aptitud física y salud, así como las calificaciones profesionales para las diversas ramas de la actividad económica y para las diferentes categorías profesionales;
b) las categorías de miembros de las familias de los migrantes autorizados a acompañarlos o a reunirse con ellos.
2. Las partes deberán determinar también, de conformidad con las disposiciones del artículo 28 del presente acuerdo:
a) la importancia numérica y las categorías profesionales de los migrantes que serán reclutados durante un período determinado;
b) las zonas de reclutamiento y las zonas de colocación y establecimiento exceptuado el caso de refugiados y personas desplazadas, en el que la determinación de las zonas de reclutamiento quedará reservada al organismo establecido de acuerdo con los términos de un instrumento internacional y encargado de la protección de refugiados y personas desplazadas que no gocen de la protección de ningún gobierno.
3. A fin de reclutar migrantes que respondan a las necesidades técnicas del territorio de inmigración y que puedan adaptarse fácilmente a las condiciones existentes en dicho territorio, las partes deberán determinar los criterios que regirán la selección técnica de los migrantes.
4. Al establecer estos criterios, ambas partes deberán tener en consideración: a) con respecto a la selección médica:
i) la naturaleza del examen médico al que someterán a los migrantes (examen médico general, examen radiológico, examen de laboratorio, etc.);
ii) la elaboración de listas de enfermedades y defectos físicos que constituyan claramente una incapacidad para el empleo en ciertas profesiones;
iii) las condiciones mínimas de higiene prescritas en convenios internacionales sobre higiene y relativas a los movimientos de población de un país a otro;
b) con respecto a la selección profesional:
i) las calificaciones de los migrantes exigidas en cada profesión o grupo de profesiones;
ii) las profesiones alternativas que exijan de los trabajadores calificaciones o capacidades análogas, a fin de satisfacer las necesidades de profesiones

determinadas en las que sea difícil reclutar un número suficiente de trabajadores calificados;

iii) el desarrollo de los ***tests*** psicotécnicos;

c) con respecto a la selección basada en la edad de los migrantes: la flexibilidad con que deba aplicarse el criterio sobre la edad, a fin de tener en cuenta, por una parte, los requisitos de diversos empleos y, por otra, las diferencias de capacidad de los individuos de una edad determinada.

Artículo 6. Organización del reclutamiento, introducción y establecimiento

1. Las personas u organismos que efectúen operaciones de reclutamiento, introducción y colocación de migrantes y de los miembros de sus familias deberán ser nombrados por las autoridades competentes de los territorios interesados o, en el caso de refugiados y personas desplazadas, por cualquier organismo establecido de acuerdo con los términos de un instrumento internacional y encargado de la protección de los refugiados y personas desplazadas que no gocen de la protección de ningún gobierno, por una parte, y la autoridad competente del territorio de inmigración, por otra, a reserva de la aprobación de ambas partes.

2. A reserva de las disposiciones del párrafo siguiente, el derecho a efectuar las operaciones de reclutamiento, introducción y colocación sólo incumbirá a:

a) las oficinas públicas de colocación u otros organismos oficiales del territorio donde se realicen las operaciones;

b) los organismos oficiales de un territorio distinto de aquel donde se realicen las operaciones, que estén autorizados a efectuar dichas operaciones en ese territorio en virtud de un acuerdo entre las partes;

c) cualquier organismo establecido de conformidad con las disposiciones de un instrumento internacional.

3. Además, en la medida en que la legislación nacional de cada una de las partes lo permita, y a reserva de la aprobación y de la vigilancia de las autoridades competentes de dichas partes, las operaciones de reclutamiento, introducción y colocación podrán ser efectuadas por:

a) el empleador o una persona que esté a su servicio y actúe en su nombre;

b) agencias privadas.

4. Los gastos de administración ocasionados por el reclutamiento, introducción y colocación no deberán correr a cargo del migrante.

Artículo 7. Exámenes de selección

1. Todo candidato a la emigración deberá someterse a un examen adecuado en el territorio de emigración; dicho examen deberá entrañar las menores molestias posibles para el migrante.

2. Con respecto a la organización de la selección de los migrantes, las partes se pondrán de acuerdo sobre:

a) el reconocimiento y la composición de los organismos oficiales y de los organismos privados que hayan sido autorizados por la autoridad competente del territorio de inmigración para efectuar las operaciones de selección en el territorio de emigración;

b) la organización de los exámenes de selección, los centros donde habrán de celebrarse y la distribución de los gastos ocasionados por estos exámenes;

c) la colaboración de las autoridades competentes de ambas partes, y en particular de sus servicios de empleo, en la organización de la selección.

Artículo 8. Información y asistencia a los migrantes

1. El migrante que haya sido admitido, después de su examen médico y profesional, deberá recibir en el centro de reunión o de selección, en un idioma que comprenda, toda la información que aún pudiere necesitar en relación con la naturaleza del trabajo para el que haya sido reclutado, la región del empleo, la empresa a la que haya sido destinado y las disposiciones tomadas para su viaje, así como las condiciones de vida y de trabajo, comprendidas las condiciones de higiene y demás condiciones afines que existan en el país y en la región adonde se dirija.

2. A su llegada al país de inmigración, al centro de recepción, si lo hubiere, o al lugar de residencia, los migrantes y los miembros de sus familias deberán recibir todos los documentos que necesiten para su trabajo, su residencia y su establecimiento en el país, así como información, instrucciones y consejos relativos a las condiciones de vida y de trabajo, y cualquier otra ayuda que pudieren necesitar para adaptarse a las condiciones del país de inmigración.

Artículo 9. Educación y formación

Las partes deberán coordinar sus actividades en lo que concierne a la organización de cursos para migrantes, los cuales incluirán una información general sobre el país de inmigración, la enseñanza del idioma de este país y la formación profesional.

Artículo 10. Intercambio de practicantes

Las partes convienen en favorecer el intercambio de practicantes y en determinar, en un acuerdo separado, las condiciones que regirán dichos intercambios.

Artículo 11. Condiciones de transporte

1. Durante el viaje desde el lugar de su residencia hasta el centro de reunión o de selección, así como durante su estada en dicho centro, los migrantes y los miembros de sus familias deberán recibir de la autoridad competente del territorio de emigración o, en el caso de refugiados y personas desplazadas, de cualquier organismo establecido de acuerdo con los términos de un instrumento internacional y encargado de la protección de refugiados y personas desplazadas que no gocen de la protección de ningún gobierno cualquier ayuda que pudieren necesitar.

2. Las autoridades competentes de los territorios de inmigración o emigración deberán, cada una dentro de su jurisdicción, proteger la salud y el bienestar de los migrantes y de los miembros de sus familias y prestarles cualquier ayuda que pudieren necesitar durante el viaje desde el centro de reunión o selección hasta el lugar de su empleo, así como durante su estada en un centro de recepción, si lo hubiere.

3. Los migrantes y los miembros de sus familias deberán ser transportados en la forma que merecen los seres humanos, y de acuerdo con la legislación vigente.

4. Las partes deberán determinar, de común acuerdo, los términos y las condiciones para la aplicación de las disposiciones del presente artículo.

Artículo 12. Gastos de viaje y de manutención

Las partes deberán determinar los métodos para sufragar los gastos de viaje de los migrantes y de los miembros de sus familias desde el lugar de su residencia hasta el lugar de destino, los de su manutención mientras viajen, los ocasionados por enfermedad y hospitalización, así como los relativos al transporte de sus efectos personales.

Artículo 13. Transferencia de fondos

1. La autoridad competente del territorio de emigración deberá, en todo lo posible y de conformidad con la legislación nacional en materia de importación y exportación de divisas extranjeras, autorizar y facilitar a los migrantes y a los miembros de sus familias el retiro, de su país, de las sumas que puedan necesitar para su establecimiento inicial en el extranjero.

2. La autoridad competente del territorio de inmigración deberá, en todo lo posible y de conformidad con la legislación nacional en materia de importación y exportación de divisas extranjeras, autorizar y facilitar la transferencia periódica, al territorio de

emigración, de los ahorros de los migrantes y de cualesquiera otras sumas debidas en virtud del presente acuerdo.

3. Las transferencias de fondos autorizadas en los párrafos 1 y 2 de este artículo deberán efectuarse de acuerdo con el tipo oficial de cambio existente.

4. Las partes deberán tomar todas las medidas necesarias para simplificar y acelerar las formalidades administrativas relativas a las transferencias de fondos, a fin de que estos fondos se reciban por los derechohabientes en el plazo más breve posible.

5. Las partes deberán determinar si podrá obligarse al migrante a transferir una parte de su salario para el mantenimiento de la familia que haya quedado en su país o en el territorio del cual emigró, así como las condiciones en que deba realizarse dicha transferencia.

Artículo 14. Adaptación y naturalización

La autoridad competente del territorio de inmigración deberá tomar medidas destinadas a facilitar la adaptación a las condiciones climáticas, económicas y sociales del país y a simplificar el procedimiento de naturalización de los migrantes y de los miembros de sus familias.

Artículo 15. Vigilancia de las condiciones de vida y de trabajo

1. Se deberán tomar disposiciones para que la autoridad competente, o los organismos debidamente autorizados del territorio de inmigración, velen por las condiciones de vida y de trabajo de los migrantes, comprendidas las condiciones de higiene.

2. Cuando se trate de migraciones temporales, las partes deberán tomar las medidas necesarias, si ello fuere pertinente, para que representantes autorizados del territorio de emigración o, en el caso de refugiados y personas desplazadas, representantes de cualquier organismo establecido de acuerdo con los términos de un instrumento internacional y encargado de la protección de refugiados y personas desplazadas que no gocen de la protección de ningún gobierno colaboren con la autoridad competente o con organismos debidamente autorizados del territorio de inmigración en el ejercicio de esta vigilancia.

3. Durante un período determinado, cuya duración se fijará por las partes, los migrantes deberán recibir una asistencia especial en lo que concierne a las cuestiones relativas a sus condiciones de empleo.

4. La asistencia relativa a las condiciones de empleo y de vida podrá ser prestada por el servicio ordinario de inspección del trabajo del país de inmigración, o por un

servicio especial para los migrantes, con la colaboración, cuando ello fuere necesario, de organizaciones voluntarias reconocidas.

5. Se deberán tomar medidas, cuando ello fuere necesario, para que representantes del territorio de emigración o, en el caso de refugiados y personas desplazadas, representantes de cualquier organismo establecido de acuerdo con los términos de un instrumento internacional y encargado de la protección de los refugiados y personas desplazadas que no gocen de la protección de ningún gobierno puedan colaborar con dichos servicios.

Artículo 16. Solución de conflictos

1. En caso de conflicto entre un migrante y su empleador, el migrante tendrá acceso a los tribunales competentes o podrá presentar en cualquier otra forma sus reclamaciones, de conformidad con la legislación del territorio de inmigración.

2. Las autoridades deberán establecer cualquier otro procedimiento necesario para la solución de todo conflicto que surja al aplicarse el acuerdo.

Artículo 17. Igualdad de trato

1. La autoridad competente del territorio de inmigración deberá conceder a los migrantes y a los miembros de sus familias, en lo que concierne a los empleos para los cuales son elegibles, un trato no menos favorable que el que aplique a sus nacionales en virtud de las disposiciones legislativas o administrativas, o de los contratos colectivos de trabajo.

2. Esta igualdad de trato se deberá aplicar, sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, a los inmigrantes que se encuentren legalmente dentro del territorio de inmigración, en relación con las materias siguientes:

a) siempre que estos puntos estén reglamentados por la legislación o dependan de las autoridades administrativas:

i) la remuneración, comprendidos los subsidios familiares cuando éstos formen parte de la remuneración, las horas de trabajo, el descanso semanal, las horas extraordinarias, las vacaciones pagadas, las limitaciones al trabajo a domicilio, la edad de admisión al empleo, el aprendizaje y la formación profesional, el trabajo de las mujeres y de los menores;

ii) la afiliación a las organizaciones sindicales y el disfrute de las ventajas ofrecidas por los contratos colectivos;

iii) la admisión a las escuelas, al aprendizaje y a los cursos o escuelas de formación profesional y técnica, siempre que esta admisión no perjudique a los nacionales del país de inmigración;

iv) las medidas de recreo y de bienestar;

b) los impuestos, derechos y contribuciones que deba pagar, por concepto del trabajo, la persona empleada;

c) la higiene, la seguridad y la asistencia médica;

d) las acciones judiciales relativas a las cuestiones comprendidas en el presente acuerdo.

Artículo 18. Acceso a los oficios y profesiones y derecho a la adquisición de propiedad inmobiliaria

La igualdad de trato se aplicará también:

a) el acceso a los oficios y profesiones, dentro de los límites previstos por la legislación nacional;

b) a la adquisición, posesión y transmisión de la propiedad urbana o rural.

Artículo 19. Suministro de alimentos

Los migrantes y los miembros de sus familiasdeberán gozar del mismo trato que los trabajadores nacionales de la misma profesión, en lo que se refiere al suministro de géneros alimenticios.

Artículo 20. Condiciones de vivienda

La autoridad competente del territorio de inmigración deberá cerciorarse de que los migrantes y los miembros de sus familias tienen una vivienda higiénica y conveniente, siempre que se disponga de las instalaciones necesarias.

Artículo 21. Seguridad social

1. Ambas partes deberán determinar, en un acuerdo separado, los métodos para aplicar un régimen de seguridad social a los migrantes y a las personas a su cargo.

2. Dicho acuerdo impondrá la obligación, a la autoridad competente del territorio de inmigración, de tomar medidas que garanticen, a los migrantes y a las personas a su cargo, un trato no menos favorable que el que aplique a sus nacionales, salvo cuando se establezcan para los nacionales condiciones especiales de residencia.

3. Dicho acuerdo deberá comprender medidas adecuadas para el mantenimiento en favor de los derechos adquiridos de los migrantes y los derechos en curso de adquisición, que tendrán en cuenta los principios del Convenio sobre la conservación

de los derechos de pensión de los migrantes, 1935, o de cualquier revisión de este Convenio.

4. El acuerdo impondrá la obligación, a la autoridad competente del territorio de inmigración, de tomar medidas que garanticen, a los migrantes temporales y a las personas a su cargo, un trato no menos favorable que el que aplique a sus nacionales, quedando entendido que en caso de regímenes obligatorios de pensión se tomarán medidas adecuadas para el mantenimiento de los derechos adquiridos por los migrantes y de aquellos otros en curso de adquisición.

Artículo 22. Contratos de trabajo

1. En los países donde se haya establecido un sistema de contratos-tipo, el contrato individual de trabajo de los migrantes se basará en un contrato-tipo elaborado por las partes para las principales ramas de la actividad económica.

2. El contrato individual de trabajo deberá establecer las condiciones generales de contratación y de trabajo previstas en el contrato-tipo y deberá traducirse en un idioma que comprenda el migrante. Se deberá remitir al migrante una copia del contrato antes de su salida del territorio de emigración o, si se conviniere entre las partes, a su llegada al centro de recepción del territorio de inmigración. En este caso, el migrante deberá estar informado por un documento escrito que se refiera a él individualmente, o a un grupo de migrantes del que forme parte, de la categoría en la que estará empleado y de las demás condiciones de trabajo, especialmente del salario mínimo que se le garantice.

3. El contrato individual de trabajo deberá contener todos los datos necesarios, tales como:

a) el nombre y apellidos del trabajador, el lugar y la fecha de su nacimiento, su estado familiar y el lugar de residencia y de reclutamiento;

b) la naturaleza del trabajo que va a efectuar y el lugar donde deba realizarse;

c) la categoría profesional en la que está clasificado;

d) la remuneración de las horas normales de trabajo, de las horas extraordinarias, del trabajo nocturno y del realizado en días festivos, así como la forma de pago;

e) las primas, indemnizaciones y asignaciones, si las hubiere;

f) las condiciones en las que el empleador podrá estar autorizado a efectuar descuentos de la remuneración del interesado, y su cuantía;

g) las condiciones de alimentación, cuando ésta la proporcione el empleador;

h) la duración del contrato, y las condiciones para renovarlo y denunciarlo;

i) las condiciones en que se autorice la entrada y residencia en el territorio de inmigración;
j) el modo de sufragar los gastos de viaje del migrante y de los miembros de su familia;
k) cuando se trate de migraciones temporales, el modo de sufragar los gastos de regreso al país de origen o al territorio de emigración, si ello fuere necesario;
l) los casos en los que se pueda terminar el contrato.
Artículo 23. Cambio de empleo
1. Si la autoridad competente del territorio de inmigración considera que el empleo para el que el migrante ha sido reclutado no corresponde a sus aptitudes físicas o profesionales, deberá facilitar la colocación de dicho migrante en otro empleo que corresponda a sus aptitudes y que esté autorizado a ocupar de conformidad con la legislación nacional.
2. Durante los períodos de desempleo, el método de mantenimiento de los migrantes y de los miembros de sus familias a su cargo que estén autorizados a acompañarlos o a reunirse con ellos se determinará por las disposiciones de un acuerdo separado.
Artículo 24. Estabilidad en el empleo
1. Si, antes de la expiración de su contrato, el trabajador migrante queda sobrante en la empresa o en la rama de actividad económica en la que fue contratado, la autoridad competente del territorio de inmigración facilitará, a reserva de las cláusulas del contrato, su colocación en otro empleo que corresponda a sus aptitudes y que esté autorizado a ocupar de conformidad con las legislación nacional.
2. En caso de que el migrante no tuviese derecho a las prestaciones previstas en un régimen de asistencia o de seguro de desempleo, su mantenimiento, así como el de los miembros de su familia que estén a su cargo, se asegurará durante todo el período en que permanezca desempleado, de conformidad con las disposiciones establecidas en un acuerdo separado, siempre que ello no fuere incompatible con los términos de su contrato.
3. Las disposiciones de este artículo no menoscabarán el derecho del migrante a beneficiarse de las ventajas que pudieren preverse en su contrato de trabajo, en caso de que el empleador lo termine prematuramente.
Artículo 25. Disposiciones relativas a la expulsión

1. La autoridad competente del territorio de inmigración se obliga a no enviar al migrante, ni a los miembros de su familia autorizados a acompañarlo o a reunirse con él, al territorio del que emigró, a menos que así lo desee el migrante, si a causa de enfermedad o accidente no pudiera ya ejercer su profesión.

2. El gobierno del territorio de inmigración se obliga a no enviar a su país de origen a los refugiados, personas desplazadas o migrantes que no deseen regresar a su país de origen, por razones políticas, cuando el territorio de origen no sea el territorio en que fueron reclutados, a menos que formalmente expresen este deseo en una solicitud escrita dirigida a la autoridad competente del territorio de inmigración y al representante del organismo establecido de acuerdo con las disposiciones de un instrumento internacional y encargado de la protección de refugiados y personas desplazadas que no gocen de la protección de ningún gobierno.

Artículo 26. Viaje de regreso

1. Los gastos del viaje de regreso de un migrante que, habiendo sido introducido en el territorio de inmigración de conformidad con un plan ejecutado bajo los auspicios del gobierno de dicho territorio, se vea obligado a dejar su empleo por razones ajenas a su voluntad y no pueda, en virtud de la legislación nacional, colocarse en un empleo para el cual sea elegible, se regularán en la forma siguiente:

a) el costo del viaje de regreso del migrante y de las personas a su cargo no podrá, en ningún caso, recaer sobre el migrante;

b) el método para sufragar los gastos del viaje de regreso será determinado por acuerdos bilaterales complementarios;

c) de todos modos, aun en el caso de que no se haya incluido ninguna disposición a este efecto en un acuerdo bilateral, se especificará en la información que se proporcione a los migrantes, al reclutarlos, la persona o el organismo a quien incumba la carga del viaje de regreso, en las condiciones previstas en el presente artículo.

2. Conforme a los métodos de colaboración y consulta convenidos en virtud del artículo 28 de este acuerdo, ambas partes determinarán las medidas que deban tomarse para organizar el regreso de esos migrantes y para garantizarles, durante el viaje, las condiciones de higiene y de bienestar y la asistencia de que gozaron durante el viaje de ida.

3. La autoridad competente del territorio de emigración exonerará de todo derecho de aduanas la entrada de:

a) los efectos personales;

b) las herramientas manuales portátiles y el equipo portátil de la clase que normalmente poseen los trabajadores para el ejercicio de su oficio que hayan estado en la posesión y uso de dichas personas durante un período apreciable, y que estén destinados a ser utilizados por los migrantes en el ejercicio de su profesión.

Artículo 27. Doble impuesto

Ambas partes determinarán, en un acuerdo separado, las medidas que deban adoptarse para evitar el doble impuesto a las ganancias de los trabajadores migrantes.

Artículo 28. Métodos de consulta y colaboración

1. Ambas partes convendrán los métodos de consulta y colaboración necesarios para cumplir las disposiciones de este acuerdo.

2. Cuando lo soliciten los representantes de ambas partes, la Oficina Internacional del Trabajo estará asociada a dicha consulta y colaboración.

Artículo 29. Disposiciones finales

1. Las partes deberán determinar la duración del presente acuerdo y el plazo para su denuncia.

2. Las partes deberán determinar igualmente las disposiciones del presente acuerdo que permanecerán en vigor después de la expiración de este último.

ANEXO 7

R151 Recomendación sobre los trabajadores migrantes, 1975

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:
Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 4 junio 1975 en su sexagésima reunión;
Considerando que el preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo le encomienda la tarea de defender los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero;
Recordando las disposiciones del Convenio y de la Recomendación sobre los trabajadores migrantes (revisados), 1949, y de la Recomendación sobre la protección de los trabajadores migrantes (países insuficientemente desarrollados), 1955, que tratan en particular de la preparación y de la organización de las migraciones, de los servicios sociales de que deben beneficiarse los trabajadores migrantes y sus familias, especialmente antes de su salida y durante el viaje, de la igualdad de trato en las diversas materias que enumeran, y de la reglamentación de la estancia y regreso de los trabajadores migrantes y de sus familias;
Después de haber adoptado el Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975;
Considerando que nuevas normas serían deseables en lo que atañe a la igualdad de oportunidades y de trato, la política social en favor de los migrantes y el empleo y residencia de los mismos;
Después de haber decidido adoptar diversas proposiciones relativas a los trabajadores migrantes, cuestión que constituye el quinto punto de su orden del día, y
Después de haber decidido que dichas proposiciones revistan la forma de una recomendación,
adopta, con fecha veinticuatro de junio de mil novecientos setenta y cinco, la presente Recomendación, que podrá ser citada como la Recomendación sobre los trabajadores migrantes, 1975:
1. Los Miembros deberían aplicar las disposiciones de la presente Recomendación en el marco de una política coherente de migraciones internacionales con fines de empleo. Esta política de migraciones debería estar basada sobre las necesidades

económicas y sociales de los países de origen y de los países de empleo, y debería tomar en cuenta no solamente las necesidades y los recursos de mano de obra a corto plazo, sino también las consecuencias económicas y sociales que las migraciones puedan tener a largo plazo, tanto para los migrantes como para las comunidades interesadas.

I. Igualdad de Oportunidades y de Trato

2. Los trabajadores migrantes y los miembros de sus familias que se encuentren legalmente en el territorio de un Miembro deberían disfrutar de igualdad de oportunidades y de trato con los trabajadores nacionales en lo relativo a:

a) acceso a los servicios de orientación profesional y de colocación;

b) acceso a la formación profesional y al empleo de su propia elección, de acuerdo con sus aptitudes personales para tal formación o empleo, tomando en cuenta las calificaciones adquiridas en el extranjero y en el país de empleo;

c) promoción, de acuerdo con sus cualidades personales, experiencia, aptitudes y aplicación al trabajo;

d) seguridad del empleo, obtención de otro empleo, obras para absorber el desempleo y readaptación profesional;

e) remuneración por trabajo de igual valor;

f) condiciones de trabajo, incluso la duración del trabajo, los períodos de descanso, las vacaciones anuales pagadas, las medidas de seguridad y de higiene del trabajo, así como las medidas de seguridad social y los servicios y prestaciones sociales relacionados con el empleo;

g) afiliación a las organizaciones sindicales, ejercicio de los derechos sindicales y posibilidades de ocupar cargos en los sindicatos y en los organismos de relaciones profesionales, incluidos los órganos de representación de los trabajadores en las empresas;

h) derecho a adherirse a cooperativas de todo tipo;

i) condiciones de vida, incluidos el alojamiento y el acceso a los servicios sociales y a las instituciones docentes y sanitarias.

3. Todo Miembro debería garantizar la aplicación de los principios propuestos en el párrafo 2 de la presente Recomendación en todas las actividades sometidas al control de una autoridad pública y promover su aplicación, por medio de métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, en las demás actividades.

4. Deberían adoptarse medidas adecuadas, en colaboración con las organizaciones de empleadores y de trabajadores y otros organismos interesados, para:
a) hacer comprender y aceptar al público los principios arriba indicados;
b) examinar las quejas por inobservancia de estos principios y corregir, por vía de conciliación o por otros medios adecuados, toda práctica que se considere incompatible con éstos.
5. Todo Miembro debería asegurar la aplicación de la legislación nacional relativa a las condiciones de residencia en su territorio de tal manera que el ejercicio legal de los derechos amparados por estos principios no pueda motivar la denegación a un trabajador de la renovación de su permiso de residencia o su expulsión, y que tal ejercicio no se vea cohibido por la amenaza de tales medidas.
6. Todo Miembro debería poder:
a) subordinar la libre elección del empleo, sin dejar de asegurar el derecho a la movilidad geográfica, a la condición de que el trabajador migrante haya residido legalmente en el país con fines de empleo durante un período prescrito, que no deberá exceder los dos años, o, si la legislación exige un contrato de duración determinada inferior a dos años, a que el trabajador haya cumplido su primer contrato de trabajo;
b) después de consultar debidamente a las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, reglamentar las condiciones de reconocimiento de las calificaciones profesionales, inclusive los certificados y diplomas, obtenidas en el extranjero;
c) restringir el acceso a categorías limitadas de empleos o funciones, cuando así lo exija el interés del Estado.
7.
1) A fin de que los trabajadores migrantes y sus familias puedan utilizar plenamente sus derechos y oportunidades de empleo y de ocupación, deberían adoptarse, en consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, todas las medidas necesarias para:
a) informarlos, en su propio idioma si fuese posible y si no en un idioma que les sea familiar, de sus derechos en virtud de la legislación y de la práctica nacionales en lo relativo a las cuestiones tratadas en el párrafo 2 de la presente Recomendación;
b) mejorar su conocimiento del idioma o de los idiomas del país de inmigración, en lo posible durante el horario remunerado;

c) favorecer, en términos generales, su adaptación a la sociedad del país de empleo y ayudar y estimular los esfuerzos que realicen los trabajadores migrantes y sus familias para preservar su identidad nacional y étnica, así como sus vínculos culturales con su país de origen, incluyendo la posibilidad de que sus hijos reciban enseñanza de su lengua materna.

2) Cuando los Miembros concluyan entre sí acuerdos en materia de contratación colectiva de trabajadores, deberían tomar conjuntamente las medidas necesarias, antes de la partida de los migrantes de su país de origen, para iniciarlos en el conocimiento del idioma del país de empleo, así como de su medio económico, social y cultural.

8.

1) Sin perjuicio de las medidas destinadas a asegurar que los trabajadores migrantes y sus familias entren en el territorio nacional y sean admitidos al empleo con arreglo a la legislación pertinente, debería tomarse una decisión lo más pronto posible, en el caso de que dicha legislación no haya sido respetada, para que el trabajador migrante sepa si su situación puede ser regularizada.

2) Los trabajadores migrantes cuya situación haya sido regularizada deberían gozar de todos los derechos que según el párrafo 2 de la presente Recomendación son concedidos a los trabajadores migrantes legalmente asentados en el territorio de un Miembro.

3) Los trabajadores migrantes cuya situación no sea regular o no haya podido regularizarse deberían disfrutar de la igualdad de trato, tanto para ellos como para sus familias, en lo concerniente a los derechos derivados de su empleo o empleos anteriores en materia de remuneración, seguridad social y otros beneficios, así como en lo que se refiere a su sindicación y al ejercicio de los derechos sindicales.

4) En caso de controversia sobre los derechos a que se refieren los subpárrafos precedentes, el trabajador debería tener la posibilidad de defender sus derechos ante un organismo competente, ya sea personalmente o por intermedio de sus representantes.

5) En caso de expulsión del trabajador o su familia, éstos no deberían correr con los costos de la expulsión.

II. Política Social

9. Todo Miembro, en consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, debería elaborar y poner en práctica una política

social adecuada a las condiciones y prácticas nacionales, para que los trabajadores migrantes y sus familias puedan beneficiarse de las ventajas concedidas a sus propios nacionales, tomando en cuenta -- sin perjuicio del principio de la igualdad de oportunidades y de trato -- las necesidades particulares que puedan tener hasta que su adaptación a la sociedad del país de empleo se haya completado.

10. A fin de responder lo mejor posible a las necesidades reales de los trabajadores migrantes y de sus familias, esa política debería fundarse, en particular, en el examen no sólo de las condiciones predominantes en el territorio del Miembro, sino también de las del país de origen de los migrantes.

11. Esa política debería tener en cuenta la necesidad de lograr una repartición tan amplia y justa como sea posible del costo social de las migraciones en el conjunto de la colectividad del país de empleo, y en especial entre aquellos que más provecho obtienen del trabajo de los migrantes.

12. Esa política debería ser periódicamente reexaminada, evaluada y, en caso necesario, revisada.

A. Reunión de familias

13.

1) Los gobiernos de los países de empleo y de los países de origen deberían adoptar todas las medidas posibles para facilitar la reunión de los trabajadores migrantes con sus familias lo más rápidamente posible. Esas medidas deberían incluir la legislación y los acuerdos bilaterales o multilaterales necesarios.

2) Antes de tal reunión, será menester que el trabajador pueda ofrecer a su familia un alojamiento adecuado, que responda a los criterios normalmente aplicables a los trabajadores nacionales del país de empleo.

14. Los representantes de todos los medios interesados, y en particular de los empleadores y de los trabajadores, deberían ser consultados sobre las medidas que deberían adoptarse y debería favorecerse su colaboración para garantizar la puesta en práctica de tales medidas.

15. A efectos de las disposiciones de la presente Recomendación sobre reunión de familias, la familia del trabajador migrante debería comprender a su cónyuge y, en la medida en que estén a su cargo, a los hijos, al padre y a la madre del migrante.

16. Para facilitar la reunión de familias lo más rápidamente posible, de conformidad con el párrafo 13, todo Miembro debería, en su política de construcción de viviendas familiares, de asistencia para obtener dichas viviendas y de desarrollo de servicios

de acogida apropiados, tener plenamente en cuenta las necesidades de los trabajadores migrantes y de sus familias.

17. Cuando un trabajador migrante que ha estado ocupado por un período de un año en un país de empleo no pueda reunirse en dicho país con su familia, debería tener derecho:

a) ya sea a visitar el país donde reside su familia, durante sus vacaciones anuales pagadas a las que tiene derecho de acuerdo con la legislación y la práctica nacionales del país de empleo, sin que su ausencia del país de inmigración tenga por consecuencia la disminución de los derechos ya adquiridos o por adquirir y, particularmente, sin que se pueda poner fin a su contrato o a su derecho de residencia durante ese período;

b) ya sea a recibir la visita de su familia por un período que no debería ser inferior al de las vacaciones anuales pagadas a que tenga derecho.

18. Debería considerarse la posibilidad de conceder una ayuda financiera a los trabajadores migrantes para los gastos de los viajes previstos en el párrafo 17, o una reducción del coste normal del transporte, por ejemplo organizando viajes colectivos.

19. A reserva de que existan disposiciones más favorables que podrían aplicárseles, las personas que puedan acogerse a acuerdos internacionales de libre circulación deberían beneficiarse de las medidas previstas en los párrafos 13 a 18 de la presente Recomendación.

B. Protección de la salud de los trabajadores migrantes

20. Se deberían adoptar todas las medidas necesarias para evitar cualquier riesgo especial a que pueda estar expuesta la salud de los trabajadores migrantes.

21.

1) Deberían realizarse todos los esfuerzos necesarios para que se dé a los trabajadores migrantes formación en materia de seguridad e higiene del trabajo con ocasión de la capacitación profesional u otra preparación que reciban para el trabajo y, si fuere posible, como parte de ellas.

2) Además, el trabajador migrante debería recibir, durante su horario de trabajo remunerado e inmediatamente después de ocupar su empleo, suficiente información en su idioma nacional, y si no en un idioma que conozca bien, acerca de los elementos básicos de la legislación, reglamentación y disposiciones de los convenios colectivos relativas a la protección de los trabajadores y a la prevención

de accidentes, así como también sobre los reglamentos y procedimientos de seguridad propios de la naturaleza de su trabajo.

22.

1) Los empleadores deberían tomar las medidas a su alcance para asegurarse de que los trabajadores migrantes puedan comprender plenamente las instrucciones, advertencias, símbolos y otros signos relativos a la seguridad e higiene en el trabajo.

2) Cuando, a causa de la falta de familiaridad de los trabajadores migrantes con los procedimientos de fabricación, o a causa de dificultades lingüísticas, o por cualquier otra razón, la formación o las instrucciones destinadas a los otros trabajadores fuesen inadecuadas para estos trabajadores migrantes, se deberían adoptar medidas especiales para asegurar una comprensión total por su parte.

3) Los Miembros deberían tener una legislación que dé efecto a los principios indicados en este párrafo y prevea que, cuando los empleadores u otras personas u organizaciones que, teniendo responsabilidades en ese respecto, omitan acatar dicha legislación, podrían imponerse sanciones administrativas, civiles y penales.

C. Servicios sociales

23. De acuerdo con lo previsto en el párrafo 2 de la presente Recomendación, los trabajadores migrantes y sus familias deberían beneficiarse de las actividades de los servicios sociales y tener acceso a éstos en las mismas condiciones que los nacionales del país de empleo.

24. Deberían proporcionarse además servicios sociales que realicen, en particular, las siguientes funciones en favor de los trabajadores migrantes y de sus familias:

a) prestar a los trabajadores migrantes y a sus familias toda la ayuda necesaria para que puedan adaptarse al medio económico, social y cultural del país de empleo;

b) ayudar a los trabajadores migrantes y a sus familias a obtener información y asesoraniento de los organismos competentes, por ejemplo, proporcionándoles servicios de interpretación y traducción; a cumplir formalidades administrativas y de otro tipo y a aprovechar plenamente los servicios y facilidades que se les ofrecen en sectores como la educación, la formación profesional y la enseñanza de idiomas, la salud, la seguridad social, la vivienda, los transportes y las distracciones; en la medida de lo posible, los trabajadores migrantes y sus familias deberían tener derecho a comunicarse en su propio idioma o en un idioma que conozcan bien con las autoridades públicas del país de empleo, sobre todo en materia de asistencia judicial y procedimientos legales;

c) ayudar a las autoridades y a las instituciones responsables de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores migrantes y de sus familias a identificar las necesidades de esos trabajadores y a tenerlas en cuenta;

d) facilitar a las autoridades competentes información y, si fuera necesario, asesoramiento para la elaboración, aplicación y evaluación de la política social relativa a los trabajadores migrantes;

e) proporcionar información a los compañeros de trabajo y a los capataces y supervisores acerca de la situación y problemas de los trabajadores migrantes.

25.

1) Los servicios sociales a que se refiere el párrafo 24 de la presente Recomendación podrían ser prestados, según las condiciones y la práctica nacionales, por las autoridades públicas, por asociaciones o entidades reconocidas y sin fines lucrativos, o por una combinación de ambas. Las autoridades públicas deberían ser responsables en general de que los servicios sociales precitados estén al alcance de los trabajadores migrantes y sus familias.

2) Deberían utilizarse plenamente los servicios que prestan o pueden prestar a los nacionales del país de empleo las autoridades, organizaciones y organismos existentes, incluidas las organizaciones de empleadores y de trabajadores.

26. Todo Miembro debería adoptar las medidas necesarias para que los servicios sociales a que se ha hecho referencia en el párrafo 24 de la presente Recomendación puedan disponer de recursos suficientes y de personal adecuadamente capacitado.

27. Todo Miembro debería favorecer la colaboración y la coordinación entre los diferentes servicios sociales que funcionan en su territorio y, en los casos apropiados, entre éstos y los servicios sociales de otros países, sin que por ello esa colaboración o esa coordinación exima a los Estados de sus responsabilidades en la materia.

28. Todo Miembro debería organizar a nivel nacional, regional o local y, si el caso lo exigiera, en los sectores económicos que empleen una proporción importante de trabajadores migrantes, reuniones periódicas que permitan el intercambio de informaciones y de conocimientos prácticos, así como promover su organización. Debería considerarse la posibilidad de organizar intercambios de informaciones y experiencias con otros países de empleo y con los países de origen de los trabajadores migrantes.

29. Los representantes de todos los medios interesados, y en particular los representantes de los empleadores y de los trabajadores, deberían ser consultados sobre la organización de los diversos servicios sociales mencionados y debería favorecerse su colaboración con vistas a alcanzar los objetivos propuestos.

III. Empleo y Residencia

30. En cumplimiento de las disposiciones del párrafo 18 de la Recomendación sobre los trabajadores migrantes (revisada), 1949, según las cuales, cuando un trabajador migrante haya sido admitido regularmente en el territorio de un Miembro, este último debería abstenerse, en todo lo posible, de alejar de su territorio a dicho trabajador migrante alegando la insuficiencia de sus recursos o la situación del mercado del empleo, la pérdida del empleo por parte de ese trabajador no debería implicar por sí sola el retiro de su permiso de residencia.

31. Cuando el trabajador migrante pierda su empleo, debería concedérsele, para encontrar nuevo empleo, un plazo suficiente, que corresponda al menos al período en que tenga derecho a las prestaciones de desempleo. El permiso de residencia debería prorrogarse en consecuencia.

32.

1) En todo caso, cuando el trabajador migrante, amparándose en los procedimientos disponibles, haya entablado recurso contra la decisión de cese de servicios, debería concedérsele un plazo suficiente para obtener un pronunciamento definitivo.

2) Cuando se haya determinado que la cesación de servicios fue injustificada, el trabajador migrante debería disfrutar de las mismas condiciones que los trabajadores nacionales en materia de reincorporación al empleo, compensación por pérdida de salarios u otros pagos dimanantes de un despido injustificado, o para obtener un nuevo empleo con derecho a indemnización. Si no fuese reincorporado en su empleo, debería otorgársele un plazo suficiente para encontrar otro empleo.

33. Todo trabajador migrante objeto de una medida de expulsión debería gozar del derecho de recurso ante una instancia administrativa o judicial, según las modalidades previstas a estos fines por la legislación nacional. Dicho recurso debería suspender la ejecución de la medida de expulsión, a reserva de las exigencias debidamente justificadas de la seguridad nacional o del orden público. El trabajador migrante debería tener el mismo derecho a la asistencia judicial que los trabajadores nacionales, así como la posibilidad de hacerse asistir por un intérprete.

34.

1) Todo trabajador migrante que se marche del país de empleo debería tener derecho, independientemente de que su estancia en el país haya sido legal o no:

a) a toda remuneración pendiente por trabajos realizados, incluidas las indemnizaciones por terminación de contrato normalmente pagaderas;

b) a las prestaciones que se le debieren por concepto de accidente del trabajo o enfermedad profesional;

c) según la práctica nacional:

i) a una indemnización en concepto de vacaciones anuales devengadas pero no utilizadas;

ii) al reembolso de las cotizaciones de seguridad social que, de acuerdo con la legislación nacional o los acuerdos internacionales, no den ni hayan dado lugar a derechos en su favor, en la inteligencia de que, cuando las cotizaciones a la seguridad social no confieran derecho a prestaciones, se debería hacer todo lo posible por concluir acuerdos bilaterales y multilaterales para proteger los derechos de los trabajadores migrantes.

2) En caso de desacuerdo sobre los derechos adquiridos por alguno de los conceptos previstos en el subpárrafo anterior, el trabajador debería tener la posibilidad de hacer valer sus derechos ante el organismo competente y disfrutar de igualdad de trato en materia de asistencia judicial.

ANEXO 8

R167 Recomendación sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social, 1983

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:
Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 1 junio 1983 en su sexagésima novena reunión;
Recordando los principios consagrados por el Convenio sobre la igualdad de trato (seguridad social), 1962, que comprenden, además de la igualdad de trato, la conservación de los derechos en curso de adquisición y de los derechos adquiridos, y por el Convenio sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social, 1982;
Considerando, además, que es necesario favorecer la conclusión de instrumentos bilaterales o multilaterales de seguridad social entre los Miembros de la Organización Internacional del Trabajo, así como la coordinación internacional de tales instrumentos, especialmente para la aplicación del Convenio sobre la igualdad de trato (seguridad social), 1962, y del Convenio sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social, 1982;
Después de haber decidido adoptar diversas propuestas relativas a la conservación de los derechos en materia de seguridad social, cuestión que constituye el quinto punto del orden del día de la reunión, y
Después de haber decidido que dichas propuestas revistan la forma de una recomendación internacional,
adopta, con fecha veinte de junio de mil novecientos ochenta y tres, la presente Recomendación, que podrá ser citada como la Recomendación sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social, 1983:
1. A los efectos de la presente Recomendación:
a) el término ***Miembro*** designa todo Estado Miembro de la Organización Internacional del Trabajo;
b) el término ***legislación*** comprende las leyes y reglamentos, así como las disposiciones estatutarias en materia de seguridad social;

c) el término ***refugiado*** tiene el significado que le atribuyen el artícul primero de la Convención de 28 de julio de 1951 sobre el estatuto de los refugiados y el párrafo 2 del artículo primero del Protocolo sobre el estatuto de los refugiados de 31 de enero de 1967, sin limitación geográfica;

d) el término ***apátrida*** tiene el significado que le atribuye el artículo primero de la Convención de 28 de septiembre de 1954 sobre el estatuto de los apátridas;

e) la expresión ***miembros de la familia*** designa las personas definidas o reconocidas como tales o como miembros del hogar por la legislación en virtud de la cual se conceden o hacen efectivas las prestaciones, según el caso, o las personas que determinen los Miembros interesados de común acuerdo; no obstante, cuando la legislación pertinente defina o reconozca como miembros de la familia o miembros del hogar únicamente a las personas que vivan bajo el mismo techo que el interesado, se reputará cumplido este requisito cuando las personas de que se trate estén principalmente a cargo del interesado;

f) el término ***supervivientes*** designa las personas definidas o reconodidas como supervivientes por la legislación en virtud de la cual se conceden las prestaciones; no obstante, cuando la legislación defina o reconozca como supervivientes únicamente a las personas que hubieren vivido bajo el mismo techo que el difunto, se reputará cumplido este requisito cuando dichas personas hubieren estado principalmente a cargo del difunto;

g) el término ***residencia*** designa la residencia habitual.

2. Los Miembros obligados por un instrumento bilateral o multilateral de seguridad social deberían, de común acuerdo, esforzarse en extender a los nacionales de todo otro Miembro, así como a los refugiados y a los apátridas que residan en el territorio de cualquier Miembro, el beneficio de las disposiciones de dicho instrumento relativas a:

a) la determinación de la legislación aplicable;

b) la conservación de los derechos en curso de adquisición;

c) la conservación de los derechos adquiridos y la provisión de las prestaciones en el extranjero.

3. Los Miembros deberían concluir entre ellos y con los Estados interesados los acuerdos administrativos o financieros apropiados para eliminar los posible obstáculos a la liquidación de las prestaciones de invalidez, de vejez y de supervivientes, de las pensiones en caso de accidente del trabajo y de

enfermedades profesionales, y de las asignaciones por fallecimiento, para las cuales se ha adquirido el derecho, según su legislación, a los beneficiarios que sean nacionales de un Miembro, refugiados o apátridas que residan en el extranjero.

4. Cuando en uno de los Miembros obligados por un instrument obilateral o multilateral de seguridad social no esté en vigor una legislación relativa a las prestaciones de desempleo o a las prestaciones familiares, los Miembros obligados por tal instrumento deberían esforzarse en concluir entre si acuerdos apropiados con el fin de compensar equitativamente la pérdida o la ausencia de derechos que resulten de tal situación para las personas que transfieran su residencia del territorio de un Miembro en que esté en vigor una legislación relativa a dichas prestaciones al territorio de un Miembro en que tal legislación no esté en vigor, o para los miembros de la familia de las personas con derecho a las prestaciones familiares en virtud de la legislación del primer Miembro, mientras dichos miembros de la familia residan en el territorio del segundo Miembro.

5. Cuando, en aplicación del Convenio sobre la igualdad de trato (seguridad social), 1962, del Convenio sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social, 1982, o de cualquier otro instrumento bilateral o multilateral de seguridad social, deban abonarse prestaciones en efectivo a beneficiarios que residan en el territorio de un Estado que no sea aquel en cuyo territorio esté situada la institución que deba asegurar el pago, en la medida de lo posible esta institución debería proceder al pago directo al beneficiario, especialmente en los casos de prestaciones de invalidez, vejez y supervivientes, así como de pensiones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. Las transferencias de dichas prestaciones y pensiones deberían efectuarse en los plazos más breves, con el fin de que los beneficiarios puedan disponer de ellas lo más pronto posible. En caso de pago indirecto, la institución que actúe de intermediario en el país de residencia del beneficiario debería proceder con la mayor diligencia para que éste reciba cuanto antes las prestaciones que le correspondan.

6. Los Miembros interesados deberían esforzarse en concluir instrumentos bilaterales o multilaterales de seguridad social que cubran las nueve ramas de seguridad social mencionadas en el párrafo 1 del artículo 2 del Convenio sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social, 1982, en fomentar la coordinación de los instrumentos bilaterales o multilaterales de seguridad social por los cuales estén obligados respectivamente y en concluir un acuerdo internacional

con este fin, con la colaboración, si hubiere lugar, de la Oficina Internacional del Trabajo.

7. Al aplicar las disposiciones de los artículos 6 a 8 del Convenio sobre la igualdad de trato (seguridad social), 1962, y del párrafo 1 del artículo 4 del Convenio sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social, 1982, los Miembros obligados por dichos Convenios deberían tener en cuenta, cuando sea apropiado, las disposiciones tipo y el acuerdo modelo anexos a la presente Recomendación, con vistas a la conclusión de instrumentos bilaterales o multilaterales de seguridad social y a su coordinación.

8. Los Miembros interesados, incluidos aquellos que aún no están obligados por al menos uno de los Convenios a los cuales se refiere el párrafo 7 de la presente Recomendación, deberían esforzarse en participar en el sistema internacional previsto por el Convenio sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social, 1982, habida cuenta, cuando sea apropiado, de las disposiciones tipo y del acuerdo modelo anexos a la presente Recomendación ANEXO ANEXO I

Disposiciones tipo para la conclusión de instrumentos bilaterales o multilaterales de seguridad social

I. Definiciones

Articulo 1

A los efectos de la aplicación de las presentes disposiciones tipo:

a) el término ***legislación*** comprende las leyes y reglamentos, así como las disposiciones estatutarias en materia de seguridad social;

b) la expresión ***Estado competente*** designa una Parte Contratante en virtud de cuya legislación la persona interesada puede hacer valer un derecho a prestación;

c) la expresión ***autoridad competente*** designa el ministro, los ministros o la autoridad correspondiente de quienes dependen los regímenes de seguridad social, en el conjunto o en una parte cualquiera del territorio de cada Parte Contratante;

d) el término ***institución*** designa todo organismo o autoridad directamente encargados de aplicar toda o parte de la legislación de una Parte Contratante; e) la expresión ***institución competente*** designa:

i) si se trata de un régimen de seguro social, la institución a la cual está afiliado el interesado en el momento de solicitar las prestaciones, o una institución de la cual el interesado tiene derecho a prestaciones o lo tendría si residiera en el territorio de la

Parte Contratante donde se encuentra esa institución, o bien la institución designada por la autoridad competente de la Parte Contratante en cuestión;

ii) si se trata de un régimen que no sea de seguro social o de un régimen de prestaciones familiares, la institución designada por la autoridad competente de la Parte Contratante en cuestión;

iii) si se trata de un régimen relativo a las obligaciones del empleador, el empleador o el asegurador subrogado, o bien, en su defecto, el organismo o la autoridad designados por la autoridad competente de la Parte Contratante en cuestión;

f) la expresión ***fondo de previsión*** designa una institución de ahorro obligatorio;

g) la expresión ***miembros de la familia*** designa las personas definidas o reconocidas como tales o como miembros del hogar por la legislación en virtud de la cual se conceden o hacen efectivas las prestaciones, según sea el caso, o personas determinadas de común acuerdo entre las Partes Contratantes; no obstante, si dicha legislación considera como miembro de la familia o miembros del hogar únicamente a las personas que vivan bajo el mismo techo que el interesado, se reputará cumplido este requisito cuando las personas de que se trate estén principalmente a cargo del interesado;

h) el término ***supervivientes*** designa las personas definidas o reconocidas como supervivientes por la legislación en virtud de la cual se conceden las prestaciones; no obstante, si dicha legislación considera únicamente como supervivientes a las personas que hubieren vivido bajo el mismo techo que el difunto, se reputará cumplido este requisito cuando dichas personas hubieren estado principalmente a cargo del difunto;

i) el término ***residencia*** designa la residencia habitual;

j) el término ***residencia temporal*** designa una permanencia temporal;

k) la expresión ***institución del lugar de residencia*** designa la institución habilitada para liquidar las prestaciones de que se trate en el lugar donde reside el interesado, conforme a la legislación de la Parte Contratante que esta institución aplique o, si tal institución no existe, la institución designada por la autoridad competente de la Parte Contratante en cuestión;

l) la expresión ***institución del lugar de residencia temporal*** designa la institución habilitada para liquidar las prestaciones de que se trate en el lugar donde el interesado reside temporalmente, conforme a la legislación de la Parte Contratante

que esta institución aplique o, si tal institución no existe, la institución designada por la autoridad competente de la Parte Contratante en cuestión;

m) la expresión ***períodos de seguro*** designa los períodos de cotización, de empleo, de actividad profesional o de residencia, según se definan o reconozcan como períodos de seguro por la legislación bajo la cual hayan sido cumplidos, así como todos los períodos asimilados, en la medida en que sean reconocidos por dicha legislación como equivalentes a períodos de seguro;

n) las expresiones ***períodos de empleo*** y ***períodos de actividad profesional*** designan los períodos definidos o reconocidos como tales por la legislación bajo la cual se hayan cumplido, así como todos los períodos asimilados reconocidos por dicha legislación como equivalentes respectivamente a períodos de empleo o a períodos de actividad profesional;

o) la expresión ***períodos de residencia*** designa los períodos definidos o reconocidos como tales por la legislación bajo la cual se hayan cumplido;

p) el término ***prestaciones*** designa todas las prestaciones en especie y en efectivo previstas respecto de la contingencia considerada, incluidas las asignaciones por fallecimiento y:

i) si se trata de prestaciones en especie, las prestaciones cuya finalidad es la prevención de cualquier contingencia que sea competencia de la seguridad social, la rehabilitación funcional y la readaptación profesional;

ii) si se trata de prestaciones en efectivo, todos los elementos a cargo de los fondos públicos y todos los aumentos, asignaciones de revalorización o asignaciones complementarias, así como las prestaciones destinadas a mantener o a mejorar la capacidad de ganancia, las prestaciones en capital que puedan sustituir a las pensiones y las liquidaciones efectuadas, si ha lugar, por concepto de reembolso de las cotizaciones;

q)

i) la expresión ***prestaciones familiares*** designa todas las prestaciones en especie y todas las prestaciones en efectivo, incluidas las asignaciones familiares, destinadas a compensar las cargas familiares, con excepción de los aumentos o los suplementos de pensiones previstos para los miembros de la familia de los beneficiarios de estas pensiones;

ii) la expresión ***asignaciones familiares*** designa las prestaciones periódicas en efectivo otorgadas en función del número y de la edad de los hijos;

r) la expresión ***asignación por fallecimiento*** designa toda suma pagada de una vez en caso de fallecimiento, con exclusión de las prestaciones en capital objeto del inciso ii) del apartado p) del presente artículo;

s) la expresión ***de carácter no contributivo*** se aplica a las prestaciones cuya concesión no depende ni de una participación financiera directa de las personas protegidas o de su empleador, ni del cumplimiento de un período de actividad profesional, así como a los regímenes que conceden tales prestaciones exclusivamente.

II. Legislación Aplicable

Articulo 2

1. No obstante la regla relativa a la aplicación de la legislación de la Parte Contratante en cuyo territorio los trabajadores asalariados ocupan un empleo (Nota : Véase el apartado a) del párrafo 1 del artículo 5 del Convenio sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social, 1982.), la legislación aplicable a los trabajadores asalariados a quienes se refiere e este párrafo se determinará de conformidad con las disposiciones siguientes:

a)

i) los trabajadores asalariados empleados en el territorio de una Parte Contratante por una empresa de la cual dependen normalmente, y que son destacados en el territorio de otra Parte Contratante por dicha empresa para efectuar un trabajo por cuenta de la misma, quedarán sometidos a la legislación de la primera Parte, a condición de que la duración previsible del trabajo no exceda el plazo fijado de común acuerdo entre las Partes Contratantes interesadas y que no reemplacen a otros trabajadores que han llegado al término del período de su desplazamiento;

ii) si la duración del trabajo que debe ser efectuado se prolonga en razón de circunstancias imprevisibles más allá de la duración que había sido calculada originalmente, y por ello viene a exceder el plazo fijado, continuará siendo aplicable la legislación de la primera Parte hasta la conclusión del trabajo, a reserva del acuerdo de la autoridad competente de la segunda Parte o del organismo designado por ella;

b)

i) los trabajadores asalariados de los transportes internacionales que ejerzan su actividad en el territorio de dos o más Partes Contratantes en calidad de personal afectado a los transportes por carretera o fluviales al servicio de una empresa que

tenga su sede en el territorio de una Parte Contratante y que efectúe, por cuenta ajena o suya propia, transportes ferroviarios, de carretera, aéreos o de navegación interior de pasajeros o de mercancías, quedarán sometidos a la legislación de esta última Parte;

ii) sin embargo, si dichos trabajadores ejercen su actividad en una sucursal o una representación permanente que una empresa posea en el territorio de una Parte Contratante que no sea aquella en donde tiene su sede, quedarán sometidos a la legislación de la Parte Contratante en cuyo territorio se encuentre dicha sucursal o representación permanente;

iii) si dichos trabajadores ejercen su actividad principalmente en el territorio de la Parte Contratante en que residen, quedarán sometidos a la legislación de esta Parte, incluso si la empresa que los empleare no posee ni sede, ni sucursal, ni representación permanente en este territorio;

c)

i) los trabajadores asalariados que no sean los que se ocupan de transportes internacionales y que ejerzan habitualmente su actividad en el territorio de dos o más Partes Contratantes, quedarán sometidos a la legislación de la Parte Contratante en cuyo territorio residan siempre y cuando ejerzan parcialmente su actividad en este territorio o dependan de varias empresas o de varios empleadores cuya sede o domicilio esté situado en el territorio de distintas Partes Contratantes;

ii) en los demás casos, estos trabajadores quedarán sometidos a la legislación de la Parte Contratante en cuyo territorio la empresa o el empleador que los empleare tenga su sede o domicilio;

d) los trabajadores asalariados que ejerzan su actividad en el territorio de una Parte Contratante por cuenta de una empresa con sede en el territorio de otra Parte Contratante cuyo predio esté atravesado por la frontera común de dichas Partes, quedarán sometidos a la legislación de la Parte Contratante en cuyo territorio la empresa tenga su sede.

2. No obstante la regla general relativa a la aplicación de la legislación de la Parte Contratante en cuyo territorio los trabajadores independientes ejercen una actividad profesional (Nota : Véase el apartado b) del párrafo 1 del artículo 5 del Convenio sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social, 1982.), la legislación aplicable a los trabajadores independientes mencionada en este párrafo se determinará de conformidad con las disposiciones siguientes:

a) los trabajadores independientes que residan en el territorio de una Parte Contratante y ejerzan su actividad en el territorio de otra Parte Contratante quedarán sometidos a la legislación de la Primera Parte:

i) si la segunda Parte no posee una legislación que les sea aplicable, o

ii) si, según las legislaciones de las dos Partes, los trabajadores independientes están asegurados por el solo hecho de su residencia en el territorio de esas Partes;

b) los trabajadores independientes que ejerzan normalmente su actividad en el territorio de dos o más Partes Contratantes quedarán sometidos a la legislación de la Parte Contratante en cuyo territorio residan si ejercen parte de su actividad en dicho territorio o si, según esta legislación, están asegurados por el solo hecho de su residencia en el territorio de esa Parte;

c) en el caso en que los trabajadores independientes mencionados en el apartado anterior no ejerzan una parte de su actividad en el territorio de la Parte Contratante donde residan, o si, según la legislación de esta Parte, no están asegurados por el solo hecho de su residencia, o si dicha Parte no posee una legislación que les pueda ser aplicada, quedarán sometidos a la legislación determinada de común acuerdo entre las Partes Contratantes interesadas o entre sus autoridades competentes.

3. Si, en virtud de los párrafos precedentes de este artículo, un trabajador está sometido a la legislación de una Parte Contratante en cuyo territorio no ejerza un empleo o una actividad profesional ni resida, esta legislación se le aplicará como si ejerciera un empleo o una actividad profesional o como si residiera en el territorio de esta Parte, según sea el caso.

4. Las autoridades competentes de las Partes Contratantes, de común acuerdo, podrán prever en favor de las personas interesadas disposiciones distintas de las enunciadas en los párrafos precedentes del presente artículo.

III. Conservación de los Derechos en Curso de Adquisició

A. Totalización de los Períodos

1. Asistencia médica, prestaciones económicas de enfermedad, prestaciones de maternidad y prestaciones familiares

Articulo 3

Si la legislación de una Parte Contratante supeditare la adquisición, conservación o recuperación del derecho a las prestaciones al cumplimiento de períodos de seguro, de empleo, de actividad profesional o de residencia, la institución que aplique esta legislación tomará en cuenta para fines de totalización, y en la medida necesaria, los

períodos de seguro, de empleo, de actividad profesional y de residencia cumplidos en virtud de la legislación correspondiente de cualquier otra Parte Contratante, siempre que no se superpongan, como si se tratara de períodos cumplidos al amparo de la legislación de la primera Parte.

2. Prestaciones de desempleo

Articulo 4

1. Si la legislación de una Parte Contratante supeditare la adquisición, conservación o recuperación del derecho a las prestaciones al cumplimiento de períodos de seguro, de empleo, de actividad profesional o de residencia, la institución que aplique esta legislación tomará en cuenta para fines de totalización, y en la medida necesaria, los períodos de seguro, de empleo, de actividad profesional y de residencia cumplidos bajo la legislación correspondiente de toda otra Parte Contratante, siempre que no se superpongan, como si se tratara de períodos cumplidos al amparo de la legislación de la primera Parte.

2. No obstante, la institución de una Parte Contratante cuya legislación exija el cumplimiento de períodos de seguro para la adquisición del derecho a las prestaciones podrá supeditar la totalización de los períodos de empleo o de actividad profesional cumplidos bajo la legislación correspondiente de otra Parte Contratante, a condición de que estos períodos hubiesen sido considerados como períodos de seguro de haber sido cumplidos al amparo de la legislación de la primera Parte.

3. Las disposiciones de los párrafos anteriores del presente artículo serán aplicables por analogía en caso de que la legislación de una Parte Contratante supeditare la duración del otorgamiento de las prestaciones a la duración de los períodos cumplidos.

3. Prestaciones de invalidez, de vejez y de supervivientes

Articulo 5

1. Si la legislación de una Parte Contratante supeditare la adquisición, conservación o recuperación del derecho a las prestaciones al cumplimiento de períodos de seguro, de empleo, de actividad profesional o de residencia, la institución que aplique esta legislación tendrá en cuenta, para fines de totalización, los períodos de seguro, de empleo, de actividad profesional o de residencia cumplidos bajo la legislación correspondiente de cualquier otra Parte Contratante, siempre que no se superpongan, como si se tratara de períodos cumplidos al amparo de la legislación de la primera Parte.

2. Si la legislación de una Parte Contratante supeditare la concesión de las prestaciones a la condición de que el interesado o, si se tratare de prestaciones de supervivientes, el difunto haya estado sujeto a esta legislación en el momento de la contingencia, se considerará cumplida esta condición cuando, en ese momento, el interesado o el difunto, según el caso, estuviese sujeto a la legislación de otra Parte Contratante o, en su defecto, cuando el interesado o el superviviente pueda hacer valer derechos a prestaciones correspondientes en virtud de la legislación de otra Parte Contratante.

3. Si la legislación de una Parte Contratante previere que el período durante el cual una pensión es abonada puede ser tomado en consideración para la adquisición, conservación o recuperación del derecho a las prestaciones, la institución competente de esta Parte tomará en cuenta, a este efecto, el período durante el cual fue pagada una pensión en virtud de la legislación de cualquier otra Parte Contratante.

4. Disposiciones comunes

Articulo 6

Si la legislación de una Parte Contratante supeditare la concesión de ciertas prestaciones al cumplimiento de períodos de empleo cumplidos en una profesión sujeta a un régimen especial o, eventualmente, en una profesión o un empleo determinado, los períodos cumplidos al amparo de las legislaciones de otras Partes Contratantes serán tomados en cuenta para la concesión de estas prestaciones solamente si hubieren sido cumplidos en un régimen correspondiente o, en su defecto, en la misma profesión o en el mismo empleo. Si, teniendo en cuenta los períodos así cumplidos, el interesado no reuniere las condiciones exigidas para disfrutar de dichas prestaciones, estos períodos serán tomados en cuenta para la concesión de las prestaciones del régimen general o, en su defecto, del régimen aplicable a los obreros o empleados, según el caso.

B. Determinación de las Prestaciones de Invalidez, de Vejez y de Supervivientes

Articulo 7

La determinación de las prestaciones de invalidez, de vejez y de supervivientes se efectuará o bien de conformidad con el método de reparto, o bien de conformidad con el método de integración, según sea decidido de común acuerdo entre las Partes Contratantes.

Variante I -- Método de Reparto

1. Disposiciones comunes

Articulo 8

1. Cuando una persona haya estado sujeta sucesiva o alternativamente a las legislaciones de dos o más Partes Contratantes, la institución de cada una de estas Partes determinará, con arreglo a las disposiciones de la legislación que ella aplique, si esta persona o sus supervivientes reúnen las condiciones requeridas para tener derecho a las prestaciones, habida cuenta, cuando proceda, de las disposiciones del artículo 5.

2. Cuando el interesado cumple con estas condiciones, la institución competente de cualquier Parte Contratante cuya legislación prevea que el monto de las prestaciones o de algunos elementos de prestaciones es proporcional a la duración de los períodos podrá proceder al cálculo directo de tales prestaciones o elementos de prestaciones en función únicamente de los períodos cumplidos al amparo de la legislación que aplique, no obstante las disposiciones de los párrafos siguientes del presente artículo.

3. En caso de que el interesado reuniere las condiciones mencionadas en el párrafo 1 de este artículo, la institución competente calculará el monto teórico de las prestaciones a las cuales podría pretender, si todos los períodos cumplidos bajo las legislaciones de todas las Partes Contratantes interesadas y tomados en cuenta, de conformidad con las disposiciones del artículo 5, para la adquisición del derecho, hubiesen sido cumplidos únicamente bajo la legislación que aplique la institución.

4. No obstante,

a) si se trata de prestaciones cuyo monto no depende de la duración de los períodos, este monto se considerará como el monto teórico a que se refiere el párrafo precedente;

b) si se trata de prestaciones de carácter no contributivo cuyo monto no depende de la duración de los períodos cumplidos, el monto teórico a que se refiere el párrafo precedente podrá calcularse sobre la base y hasta el límite del monto de la prestación completa:

i) en caso de invalidez o de muerte, a prorrata de la duración total de los períodos cumplidos por el interesado o el difunto con anterioridad a la contingencia en virtud de las legislaciones de todas las Partes Contratantes interesadas y tomados en cuenta de conformidad con las disposiciones del artículo 5, en relación con las dos terceras partes del número de años transcurridos entre la fecha en la cual el

interesado o el difunto alcanzó la edad de quince años -- o una edad superior que se determinará de común acuerdo entre las Partes Contratantes -- y la fecha en la cual sobrevino la incapacida para el trabajo seguida de invalidez o muerte, según el caso, sin tener en cuenta los años posteriores a la edad de admisión a la pensión de vejez; ii) en caso de vejez, a prorrata de la duración total de los períodos cumplidos por el interesado en virtud de las legislaciones de todas las Partes Contratantes interesadas y tomados en cuenta de conformidad con las disposiciones del artículo 5, en relación con treinta años, sin tener en cuenta los años posteriores a la edad de admisión a la pensión de vejez.

5. La institución mencionada en el párrafo 3 de este artículo fijará a continuación el monto efectivo de la prestación que deba al interesado, sobre la base del monto teórico calculado de conformidad con las disposiciones del párrafo 3 o del párrafo 4 del presente artículo, según los casos, a prorrata de la duración de los períodos cumplidos con anterioridad a la contingencia bajo la legislación que aplique, en relación con la duración total de los períodos cumplidos con anterioridad a la contingencia al amparo de las legislaciones de todas las Partes Contratantes interesadas.

6. Si la duración total de los períodos cumplidos con anterioridad a la contingencia, al amparo de las legislaciones de todas las Partes Contratantes interesadas, fuese superior a la duración máxima requerida por la legislación de una de estas Partes para el beneficio de una prestación completa, la institución de esta Parte tomará en cuenta esta duración máxima, en lugar de la duración total de dichos períodos, a los efectos de la aplicación de las disposiciones de los párrafos 3 y 5 del presente artículo, sin que pueda estar obligada, no obstante, a conceder una prestación de monto superior al de la prestación completa prevista por la legislación que ella aplique.

Articulo 9

1. Sin perjuicio de las disposiciones del artículo 8, cuando la duración total de los períodos cumplidos al amparo de la legislación de una Parte Contratante no alcance un año y, habida cuenta únicamente de dichos períodos, no se haya adquirido ningún derecho a prestación en virtud de dicha legislación, la institución de esta Parte no quedará obligada a conceder prestaciones respecto de dichos períodos.

2. Los períodos a que se refiere el párrafo precedente se tomarán en cuenta por la institución de cada una de las demás Partes Contratantes interesadas a efectos de

la aplicación de las disposiciones del artículo 8, con excepción de las que figuran en su párrafo 5.

3. No obstante, en caso de que la aplicación de las disposiciones del párrafo 1 del presente artículo tuviere por consecuencia el eximir a todas las instituciones interesadas de la obligación de conceder prestaciones, las prestaciones serán concedidas.

(Variante A) exclusivamente en virtud de la legislación de la última Parte Contratante cuyas condiciones cumpla el interesado, habida cuenta de las disposiciones del artículo 5, igual que si todos los períodos a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo se hubieran cumplido al amparo de la legislación de esta Parte.

(Variante B) de conformidad con las disposiciones del articulo 8.

Articulo 10

1. Si el interesado no reuniere, en un momento determinado, las condiciones exigidas por las legislaciones de todas las Partes Contratantes interesadas, habida cuenta de las disposiciones del artículo 5, pero sí satisface únicamente las condiciones de una o algunas de ellas, se aplicarán las disposiciones siguientes:

a) el monto de las prestaciones debidas se calculará de conformidad con las disposiciones del párrafo 2 o de los párrafos 3 a 6 del artículo 8, según los casos, por cada una de las instituciones competentes que apliquen una legislación respecto de la cual se cumplan las condiciones;

b) no obstante,

i) si el interesado reuniere las condiciones de dos legislaciones como mínimo, sin que hubiere necesidad de recurrir a los períodos cumplidos al amparo de las legislaciones cuyas condiciones no se cumplen, dichos períodos no se tomarán en cuenta a efectos de la aplicación de las disposiciones de los párrafos 3 a 6 del artículo 8;

ii) si el interesado reuniere las condiciones de una sola legislación, sin necesidad de recurrir a las disposiciones del artículo 5, el monto de la prestación debida será calculado de conformidad con las disposiciones de la única legislación cuyas condiciones se cumplen y teniendo en cuenta exlusivamente los períodos cumplidos al amparo de esta legislación.

2. Las prestaciones concedidas, en el caso a que se refiere el párrafo precedente, en virtud de una o varias de las legislaciones de que se trate, se volverán a calcular de oficio con arreglo a las disposiciones del párrafo 2, según sea el caso, o de los

párrafos 3 a 6 del artículo 8, a medida que se vayan cumpliendo las condiciones exigidas por una o varias de las demás legislaciones de que se trate, habida cuenta, cuando proceda, de las disposiciones del artículo 5.

3. Las prestaciones concedidas en virtud de las legislaciones de dos o más Partes Contratantes se calcularán nuevamente conforme a las disposiciones del párrafo 1 del presente artículo, a solicitud del interesado, cuando dejen de cumplirse las condiciones exigidas por una o varias de estas legislaciones.

Articulo 11

1. Si el monto de las prestaciones a las cuales el interesado pudiera pretender en virtud de la legislación de una Parte Contratante, sin aplicación de las disposiciones de los artículos 5 y 8 a 10, fuese superior al monto total de las prestaciones debidas conforme a estas disposiciones, la institución competente de esta Parte deberá abornarle un complemento igual a la diferencia entre estos dos montos. La carga financiera de este complemento será asumida integralmente por dicha institución.

(Variante A) 2. Cuando la aplicación de las disposiciones del párrafo precedente tenga por consecuencia la atribución al interesado de complementos por parte de las instituciones de dos o más Partes Contratantes, éste se beneficiará exclusivamente del complemento más elevado. La carga financiera de este complemento será distribuida entre las instituciones competentes de dichas Partes Contratantes, según la proporción correspondiente a la relación que exista entre el monto del complemento que cada una de ellas estaría obligada a abonar si fuere la única Parte interesada y el monto total de los complementos que todas estas instituciones deberían abonar.

(Variante B) 2. Cuando la aplicación de las disposiciones del párrafo precedente tenga por consecuencia la atribución al interesado de complementos por parte de las instituciones de dos o más Partes Contratantes, se beneficiará de estos complementos solamente hasta el límite del más elevado de los montos teóricos calculados por estas instituciones conforme a las disposiciones de los párrafos 3 o 4 del artículo 8. Si la suma de las prestaciones y de los complementos debidos excede el monto teórico más elevado, cada una de las instituciones de las Partes Contratantes interesadas podrá reducir el monto del complemento que deba abonar en una fracción del excedente, que se determinará con arreglo a la proporción correspondiente a la relación que exista entre este último monto y el monto total de los complementos que todas estas instituciones deberían abonar.

3. Los complementos a que se refieren los párrafos precedentes del presente artículo serán considerados como un elemento de las prestaciones abonadas por la institución deudora. El monto se determinará de modo definitivo, salvo cuando proceda aplicar las disposiciones del párrafo 2 o del párrafo 3 del artículo 10.

2. Disposiciones particulares relativas a las prestaciones de invalidez y de supervivientes

Articulo 12

1. En caso de agravación de una invalidez respecto de la cual una persona perciba prestaciones en virtud de la legislación de una sola Parte Contratante, se aplicarán las disposiciones siguientes:

a) si el interesado, desde la fecha en que percibe las prestaciones, no ha estado sujeto a la legislación de otra Parte Contratante, la institución competente de la primera Parte quedará obligada a conceder las prestaciones, habida cuenta de la agravación, con arreglo a las disposiciones de la legislación que aplique;

b) si el interesado, desde la fecha en que percibe las prestaciones, ha estado sujeto a la legislación de una o más de las demás Partes Contratantes, se le concederán las prestaciones, habida cuenta de la agravación, con arreglo a las disposiciones de los artículos 5 y 8 a 11;

c) en el caso a que se refiere el apartado precedente, la fecha en que se haya confirmado la agravación se considerará como la fecha de la contingencia; d) si, en el caso a que se refiere el apartadob b) del presente párrafo, el interesado no tuviere derecho a prestaciones por parte de la institución de otra Parte Contratante, la institución competente de la primera Parte quedará obligada a conceder las prestaciones, habida cuenta de la agravación, con arreglo a las disposiciones de la legislación que aplique.

2. En caso de agravación de una invalidez respecto de la cual una persona perciba prestaciones en virtud de las legislaciones de dos o más Partes Contratantes, se le concederán las prestaciones, habida cuenta de la agravación, con arreglo a las disposiciones de los artículos 5 y 8 a 11. Se aplicarán por analogía las disposiciones del apartado c) del párrafo precedente.

Articulo 13

1. Las prestaciones de invalidez o de supervivientes se transformarán, llegado el caso, en prestaciones de vejez, en las condiciones previstas por la legislación o por

las legislaciones en virtud de las cuales hayan sido concedidas y de conformidad con las disposiciones de los artículos 5 y 8 a 11.

2. Cuando, en el caso a que se refiere el artículo 10, el beneficiario de prestaciones de invalidez o de supervivientes adquiridas en virtud de la legislación de una o más de las Partes Contratantes pueda hacer valer derechos a prestaciones de vejez, toda institución deudora de prestaciones de invalidez o de supervivientes continuará abonando a este beneficiario las prestaciones a las cuales tenga derecho en virtud de la legislación que aplique, hasta la fecha en que las disposiciones del párrafo precedente sean aplicables con respecto a dicha institución.

Variante II - Método de Integración

Fórmula A. Integración relacionada con la residencia

Articulo 14

1. Cuando una persona haya estado sujeta sucesiva o alternativamente a las legislaciones de dos o más Partes Contratantes, dicha persona o sus supervivientes tendrán derecho exclusivamente a las prestaciones determinadas con arreglo a la legislación de la Parte Contratante en cuyo territorio residan, siempre que reúnan las condiciones previstas por esta legislación o por las Partes Contratantes interesadas, habida cuenta, cuando proceda, de las disposiciones del artículo 5.

2. El costo de las prestaciones determinadas de conformidad con las disposiciones del párrafo precedente podrá:

a) bien quedar a cargo integralmente de la institución de la Parte Contratante en cuyo territorio resida el interesado; sin embargo, la aplicación de estas disposiciones puede ser supeditada a la condición de que en la fecha de su solicitud de prestaciones el interesado haya residido en este territorio o, cuando se trate de prestaciones de supervivientes, siempre que el difunto, en la fecha de su muerte, haya residido en dicho territorio durante un período mínimo que será fijado de común acuerdo entre las Partes Contratantes interesadas;

b) bien ser distribuido entre las instituciones de todas las Partes Contratantes interesadas, a prorrata de la duración de los períodos cumplidos con anterioridad a la contingencia bajo la legislación que cada una de estas instituciones aplique, en relación con la duración total de los períodos cumplidos con anterioridad a la contingencia al amparo de las legislaciones de todas las Partes Contratantes interesadas;

c) bien quedar a cargo de la institución de la Parte Contratante en cuyo territorio resida el interesado, pero este costo será compensado por las instituciones de las demás Partes Contratantes interesadas, con arreglo a una evaluación a tanto alzado convenida entre todas las Partes Contratantes interesadas basándose en la participación de la persona considerada en el régimen de cada una de las Partes Contratantes a cuyas instituciones no corresponde abonar las prestaciones.

3. Si el interesado no reuniere las condiciones de la legislación de la Parte Contratante a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo, o si esta legislación no previere la concesión de prestaciones de invalidez, de vejez o de supervivientes, disfrutará de las prestaciones más favorables a las cuales tiene derecho en virtud de la legislación de cualquier Parte Contratante, habida cuenta, cuando proceda, de las disposiciones del artículo 5.

Fórmula B. Integración relacionada con los riesgos de invalidez y de muerte (Nota : Esta fórmula puede limitarse a los casos en que la persona considerada haya cumplido períodos de actividad exclusivamente al amparo de legislaciones según las cuales el monto de las prestaciones es independiente de la duración de los períodos.)

Articulo 15

1. Cuando una persona haya estado sujeta sucesiva o alternativamente a las legislaciones de dos o más Partes Contratantes, esta persona o sus supervivientes disfrutarán de las prestaciones con arreglo a las disposiciones de los párrafos siguientes del presente artículo.

2. La institución de la Parte Contratante cuya legislación era aplicable en el momento en que sobrevino la incapacidad para el trabajo seguida de invalidez o muerte determinará, de conformidad con las disposiciones de esta legislación, si el interesado reúne las condiciones requeridas para tener derecho a las prestaciones, habida cuenta, cuando proceda, de las disposiciones del artículo 5.

3. El interesado que reuniere estas condiciones obtendrá las prestaciones exclusivamente de dicha institución, de conformidad con las disposiciones de la legislación que aplique.

4. Si el interesado no reuniere las condiciones de la legislación de la Parte Contratante a que se refiere el párrafo 2 del presente artículo, o si esta legislación no previere la concesión de prestaciones de invalidez o de sobrevivientes, disfrutará de las prestaciones más favorables a que tuviere derecho en virtud de la legislación de

cualquier otra Parte Contratante, habida cuenta, cuando proceda, de las disposiciones del artículo 5.

Articulo 16

Las disposiciones del párrafo 1 del artículo 12 serán aplicables por analogía.

C. Determinación de las Prestaciones en Caso de Enfermedad Profesional

Articulo 17

1. Cuando la víctima de una enfermedad profesional hubiere ejercido una actividad susceptible de provocar tal enfermedad al amparo de la legislación de dos o más Partes Contratantes, las prestaciones a las cuales podrán pretender esta víctima o sus supervivientes se concederán exclusivamente en virtud de la legislación de la última de dichas Partes cuyas condiciones reúnan, habida cuenta, cuando proceda, de las disposiciones de los párrafos 2 a 4 del presente artículo.

2. Si la legislación de una Parte Contratante supeditare el disfrute de las prestaciones de enfermedad profesional a la condición de que la enfermedad de que se trate haya sido diagnosticada por primera vez en su territorio, tal condición se reputará satisfecha cuando la enfermedad de que se trate haya sido diagnosticada por primera vez en el territorio de otra Parte Contratante.

3. Si la legislación de una Parte Contratante supeditare explícita o implícitamente el disfrute de las prestaciones de enfermedad profesional a la condición de que la enfermedad de que se trate haya sido diagnosticada dentro de un plazo determinado después de la cesación de la última actividad susceptible de provocar tal enfermedad, la institución competente de esta Parte, al examinar en qué momento se ejerció dicha última actividad, tendrá en cuenta, en la medida necesaria, las actividades de idéntica naturaleza ejercidas al amparo de la legislación de cualquier otra Parte Contratante, como si se hubieren ejercido al amparo de la legislación de la primera Parte.

4. Si la legislación de una Parte Contratante supeditare explícita o implícitamente el disfrute de las prestaciones de enfermedad profesional a la condición de que una actividad susceptible de provocar la enfermedad de que se trate haya sido ejercida durante cierto período, la institución competente de esta Parte tendrá en cuenta, en la medida necesaria, a fines de totalización, los períodos durante los cuales tal actividad haya sido ejercida al amparo de la legislación de cualquier otra Parte Contratante.

5. En caso de aplicación de las disposiciones de los párrafos 3 o 4 del presente artículo,

(Variante I) el costo de las prestaciones

(Variante II) el costo de las pensiones de enfermedad profesional podrá distribuirse entre las Partes Contratantes interesadas

(Variante A) a prorrata de la duración de los períodos de exposición al riesgo efectuados al amparo de la legislación de cada una de estas Partes, en relación con la duración total de los períodos de exposición al riesgo cumplidos bajo las legislaciones de dichas Partes.

(Variante B) a prorrata de la duración de los períodos cumplidos al amparo de la legislación de cada una de estas Partes, en relación con la duración total de los períodos cumplidos bajo las legislaciones de dichas Partes.

(Variante C) por igual entre las Partes al amparo de cuya legislación la duración de exposición al riesgo haya alcanzado un porcentaje determinado de mutuo acuerdo entre las Partes interesadas de la duración total de exposición al riesgo en virtud de la legislación de dichas Partes.

Articulo 18

Cuando la víctima de una enfermedad profesional haya percibido o perciba una indemnización por parte de la institución de una Parte Contratante y haga valer, en caso de agravación, derechos a prestaciones ante la institución de otra Parte Contratante, se aplicarán las disposiciones siguientes:

a) si la víctima no hubiere ejercido al amparo de la legislación de la segunda Parte una actividad susceptible de provocar o agravar la enfermedad de que se trate, la institución competente de la primera Parte quedará obligada a asumir el costo de las prestaciones, habida cuenta de la agravación, conforme a las disposiciones de la legislación que aplique;

b) si la víctima hubiere ejercido tal actividad bajo la legislación de la segunda Parte, la institución competente de la primera Parte quedará obligada a asumir el costo de las prestaciones, sin tener en cuenta la agravación, conforme a las disposiciones de la legislación que aplique; la institución competente de la segunda Parte concederá al interesado un suplemento cuya cuantía será igual a la diferencia entre el monto de las prestaciones debidas después de la agravación y el monto de las prestaciones que hubieren sido debidas antes de la agravación, conforme a las disposiciones de

la legislación que aplique, si la enfermedad considerada hubiere sobrevenido al amparo de la legislación de esta Parte.

IV. Conservación de los derechos Adquiridos y Provisión de las Prestaciones en el Extranjero

1. Asistencia médica, prestaciones de enfermedad en efectivo, prestaciones de maternidad y prestaciones en caso de accidentes del trabajo o de enfermedades profesionales distintas de las pensiones

Articulo 19

1. Las personas que residan en el territorio de una Parte Contratante distinta del Estado competente y que reúnan las condiciones exigidas por la legislación de este último Estado para tener derecho a las prestaciones, habida cuenta, cuando proceda, de las disposiciones del artículo 3, disfrutarán, en el territorio de la Parte Contratante donde residan:

a) de las prestaciones en especie, abonadas a cargo de la institución competente por la institución del lugar de residencia, con arreglo a las disposiciones de la legislación que aplique esta última institución, como si estas personas estuvieren afiliadas a ella;

b) de las prestaciones en efectivo, abonadas por la institución competente, con arreglo a las disposiciones de la legislación que aplique, como si estas personas residieren en el territorio del Estado competente. No obstante, previo acuerdo entre la institución competente y la institución del lugar de residencia, las prestaciones en efectivo podrán abonarse igualmente por conducto de esta última institución, por cuenta de la institución competente.

2. Las disposiciones del párrafo precedente serán aplicables por analogía a los miembros de la familia que residan en el territorio de una Parte Contratante distinta del Estado competente, en lo que se refiere al beneficio de las prestaciones de enfermedad o de maternidad.

3. Las prestaciones podrán abonarse igualmente a los trabajadores fronterizos y a los miembros de su familia por la institución competente en el territorio del Estado competente, conforme a las disposiciones de la legislación de este Estado, como si residieren en su territorio.

Articulo 20

(Variante I)

1. Las personas que reúnan las condiciones exigidas por la legislación del Estado competente para tener derecho a las prestaciones, habida cuenta, cuando proceda, de las disposiciones del artículo 3, y

a) cuyo estado necesitare inmediatamente prestaciones durante una estancia en el territorio de una Parte Contratante distinta del Estado competente; o

b) que, después de adquirir derecho a prestaciones a cargo de la institución competente, sean autorizadas por esta institución a regresar al territorio de una Parte Contratante donde residan, distinta del Estado competente, o a trasladar su residencia al territorio de una Parte Contratante distinta del Estado competente; o

c) que sean autorizadas por la institución competente a trasladarse al territorio de una Parte Contratante distinta del Estado competente, con objeto de recibir el tratamiento que su estado requiera, tendrán derecho:

i) a prestaciones en especie, otorgadas con cargo a la institución competente por la institución del lugar de residencia o de residencia temporal, conforme a las disposiciones de la legislación que esta última institución aplique, como si estas personas estuvieren afiliadas a ella, dentro del límite de duración que fije, eventualmente, la legislación del Estado competente;

ii) a prestaciones en efectivo, abonadas por la institución competente, conforme a las disposiciones de la legislación que aplique, como si estas personas se encontraren en el territorio del Estado competente. No obstante, previo acuerdo entre la institución competente y la institución del lugar de residencia habitual o temporal, las prestaciones en efectivo podrán abonarse igualmente por conducto de esta última institución, a cargo de la institución competente.

2.

a) La autorización a que se refiere el apartado b) del párrafo precedente podrá rehusarse solamente cuando el traslado del interesado pueda comprometer su estado de salud o la aplicación de un tratamiento médico.

b) La autorización a que se refiere el apartado c) del párrafo precedente no podrá rehusarse cuando el tratamiento de que se trate no pueda dispensarse al interesado en el territorio de la Parte Contratante donde resida.

3. Las disposiciones de los párrafos precedentes del presente artículo serán aplicables por analogía a los miembros de la familia, en lo que se refiere a las prestaciones de enfermedad o de maternidad.

(Variante II)

1. Las personas que reúnan las condiciones exigidas por la legislación del Estado competente para tener derecho a las prestaciones, habida cuenta, cuando proceda, de las disposiciones del artículo 3, y

a) cuyo estado necesitare inmediatamente prestaciones durante una estancia en el territorio de una Parte Contratante distinta del Estado competente; o

b) que, después de adquirir derecho a prestaciones a cargo de la institución competente, regresen al territorio de una Parte Contratante donde residen, distinta del Estado competente, o trasladen su residencia al territorio de una Parte Contratante distinta del Estado competente; o

c) que se trasladen al territorio de una Parte Contratante distinta del Estado competente, con objeto de recibir el tratamiento que su estado requiera, tendrán derecho:

i) a prestaciones en especie, otorgadas por la institución del lugar de residencia habitual o temporal, conforme a las disposiciones de la legislación que dicha institución aplique, como si estas personas estuvieren afiliadas a ella;

ii) a prestaciones en efectivo abonadas por la institución competente, conforme a las disposiciones de la legislación que aplique, como si estas personas se encontraren en el territorio del Estado competente. No obstante, previo acuerdo entre la institución competente y la institución del lugar de residencia habitual o temporal, las prestaciones en efectivo podrán abonarse igualmente por conducto de esta última institución, a cargo de la institución competente.

2. Las disposiciones del párrafo precedente del presente artículo serán aplicables por analogía a los miembros de la familia, en lo que se refiere a las prestaciones de enfermedad o de maternidad.

2. Prestaciones de desempleo

Articulo 21

1. Los desempleados que reúnan las condiciones exigidas por la legislación de una Parte Contratante para tener derecho a las prestaciones, en lo que se refiere al cumplimiento de períodos de seguro, de empleo, de actividad profesional o de residencia, habida cuenta, cuando proceda, de las disposiciones del artículo 4, y que trasladen su residencia al territorio de otra Parte Contratante, se reputarán en regla igualmente con las condiciones que exija a este respecto la legislación de la segunda Parte para tener derecho a las prestaciones, siempre que se pongan a la disposición de los servicios del empleo en el territorio de esta Parte y que presenten

una solicitud a la institución del lugar de su nueva residencia dentro de los treinta días siguientes al cambio de residencia, o de un plazo más largo que se determinará de común acuerdo entre las Partes Contratantes. Las prestaciones serán abonadas por la institución del lugar de residencia, conforme a las disposiciones de la legislación que esta institución aplique, a cargo de la institución competente de la primera Parte,

(Variante I) dentro del límite de duración que fije eventualmente la legislación de esta Parte.

(Variante II) dentro del límite más corto de las duraciones fijadas respectivamente por las legislaciones de las dos Partes Contratantes.

(Variante III) dentro del límite de duración fijado de común acuerdo entre la Partes Contratantes.

2. Sin perjuicio de las disposiciones del párrafo precedente, un desempleado que, durante su último empleo, residía en el territorio de una Parte Contratante distinta del Estado competente, tendrá derecho a las prestaciones conforme a las disposiciones siguientes:

a)

i) un trabajador fronterizo, en desempleo parcial o accidental en la empresa donde trabaje, tendrá derecho a prestaciones de conformidad con las disposiciones de la legislación del Estado competente, como si residiere en el territorio de este Estado, habida cuenta, cuando proceda, de las disposiciones del artículo 4; estas prestaciones serán abonadas por la institución competente;

ii) un trabajador fronterizo, en desempleo total, tendrá derecho a las prestaciones conforme a las disposiciones de la legislación de la Parte Contratante en cuyo territorio resida, como si hubiere estado sujeto a esta legislación durante su último empleo, habida cuenta, cuando proceda, de las disposiciones del artículo 4; estas prestaciones serán abonadas por la institución del lugar de residencia, a cargo de esta institución;

b)

i) un trabajador que no sea trabajador fronterizo, en desempleo parcial, accidental o total, que permanezca a disposición de su empleador o de servicios de empleo en el territorio del Estado competente, tendrá derecho a las prestaciones conforme a las disposiciones de la legislación de este Estado, como si residiere en el territorio de

dicho Estado, habida cuenta, cuando proceda, de las disposiciones del artículo 4; estas prestaciones serán abonadas por la institución competente;

ii) un trabajador que no sea trabajador fronterizo, en desempleo total, que se ponga a disposición de los servicios del empleo en el territorio de la Parte Contratante donde resida, o que regrese a este territorio, tendrá derecho a las prestaciones con arreglo a las disposiciones de la legislación de esta Parte, como si hubiere estado sujeto a esta legislación durante su último empleo, habida cuenta, cuando proceda, de las disposiciones del artículo 4; estas prestaciones serán abonadas por la institución del lugar de residencia, a cargo de esta institución;

iii) no obstante, si un trabajador a que se refiere el inciso ii) del apartado b) del presente párrafo hubiere adquirido derecho a las prestaciones por parte de la institución competente de la Parte Contratante a cuya legislación hubiere estado sujeto últimamente, disfrutará de las prestaciones con arreglo a las disposiciones del párrafo precedente, como si hubiere transferido su residencia al territorio de la Parte Contratante a que se refiere el inciso ii) del apartado b) del presente párrafo, dentro del límite de duración fijada en el párrafo anterior.

3. Mientras un desempleado tenga derecho a prestaciones en virtud del inciso i) del apartado a) o del inciso i) del apartado b) del párrafo precedente, no podrá tener derecho a prestaciones en virtud de la legislación de la Parte Contratante en cuyo territorio resida.

3. Prestaciones familiares

Variante I -- Asignaciones Familiares

Articulo 22

1. Las personas sometidas a la legislación de una Parte Contratante percibirán, habida cuenta, cuando proceda, de las disposiciones del artículo 3, para los miembros de su familia que residan en el territorio de otra Parte Contratante, las asignaciones familiares previstas por la legislación de la primera Parte, como si estos miembros de la familia residieren en el territorio de esta Parte.

2. Las asignaciones familiares serán abonadas con arreglo a las disposiciones de la legislación de la Parte Contratante a la que estuviere sujeto el beneficiario, aun cuando la persona física o moral a la cual deberán abonarse estas asignaciones resida o se encuentre en el territorio de otra Parte Contratante. En este caso, previo acuerdo entre la institución competente y la institución del lugar de residencia de los

miembros de la familia, las asignaciones familiares podrán ser abonadas igualmente por esta última institución, por cuenta de la institución competente.

Variante II -- Prestaciones Familiares

Articulo 23

(Variante A)

1. Las personas sometidas a la legislación de una Parte Contratante tendrán derecho, habida cuenta, cuando proceda, de las disposiciones del artículo 3, para los miembros de su familia que residan en el territorio de otra Parte Contratante, a las prestaciones familiares previstas por la legislación de esta última Parte, como si dichas personas estuvieren sujetas a su legislación.

2. Las prestaciones familiares serán abonadas a los miembros de la familia por la institución del lugar de su residencia, conforme a las disposiciones de la legislación que esta institución aplique, con cargo a la institución competente, hasta el límite eventual del monto de las prestaciones debidas por esta última institución.

(Variante B)

Cuando los miembros de la familia de una persona que trabaje o resida en el territorio de una Parte Contratante residan en el territorio de otra Parte Contratante, las prestaciones familiares les serán abonadas por la institución del lugar de su residencia, con cargo a dicha institución.

4. Prestaciones de invalidez, de vejez y de supervivientes de carácter no contributivo

Articulo 24

(Variante I) Cuando no sea necesario aplicar las disposiciones del artículo 8, si el beneficiario de prestaciones de invalidez, de vejez o de supervivientes de carácter no contributivo cuyo monto es independiente de la duración de los períodos de residencia, resida en el territorio de una Parte Contratante distinta de aquella en virtud de cuya legislación el beneficiario tiene derecho a prestaciones, estas prestaciones podrán calcularse según las modalidades siguientes:

a) en caso de invalidez o de muerte, a prorrata del número de años de residencia cumplidos por el interesado o el difunto al amparo de esta legislación, entre la fecha en que alcanzó la edad de quince años -- o una edad superior que se determinará de común acuerdo entre las Partes Contratantes -- y la fecha en que sobrevino la incapacidad para el trabajo seguida de invalidez o de muerte, según sea el caso, en relación con los dos tercios del número de años transcurridos entre estas dos

fechas, sin tener en cuenta los años posteriores a la edad de admisión a pensión de vejez;

b) en caso de vejez, a prorrata del número de años de residencia cumplidos por el interesado al amparo de esta legislación, entre la fecha en que alcanzó la edad de quince años -- o una edad superior que se determinará de común acuerdo entre las Partes Contratantes -- y la fecha en que alcanzó la edad de admisión a pensión de vejez, en relación con treinta años.

(Variante II) Cuando no sea necesario aplicar las disposiciones del artículo 8 si la legislación de una Parte Contratante concede prestaciones de invalidez, de vejez o de supervivientes de carácter no contributivo y de carácter contributivo, las prestaciones de invalidez, de vejez o de supervivientes de carácter no contributivo cuyo monto es independiente de la duración de los períodos de residencia serán hechas efectivas al beneficiario que resida en el territorio de otra Parte Contratante en la misma proporción que las prestaciones de carácter contributivo a las cuales el mismo beneficiario tenga derecho, en relación al monto completo de las prestaciones de carácter contributivo a las cuales tendría derecho si hubiere realizado la duración completa de los períodos requeridos para beneficiarse de ellas.

V. Reglamentación Relativa a la Acumulación de Prestaciones

Articulo 25

Las cláusulas de reducción, de suspensión o de supresión previstas por la legislación de una Parte Contratante en caso de acumulación de prestaciones con otras prestaciones u otros ingresos, o por razón de desempeñar un empleo o de ejercer una actividad profesional podrán aplicarse contra el beneficiario, aun cuando se trate de prestaciones adquiridas en virtud de la legislación de otra Parte Contratante o de ingresos obtenidos de un empleo desempeñado o de una actividad ejercida en el territorio de otra Parte Contratante. No obstante, a los efectos de la aplicación de esta regla no se tendrán en cuenta las prestaciones de igual naturaleza de invalidez, de vejez, de supervivientes o de enfermedad profesional que sean concedidas por las instituciones de dos o más Partes Contratantes, con arreglo a las disposiciones del artículo 8 o del apartado b) del artículo 18.

Articulo 26

Cuando el beneficiario de prestaciones pagaderas en virtud de la legislación de una Parte Contratante tuviere derecho igualmente a prestaciones en virtud de la

legislación de una o de varias de las demás Partes Contratantes, se aplicarán las reglas siguientes:

a) en caso de que la aplicación de las disposiciones de las legislaciones de dos o más Partes tuviere por consecuencia la reducción, suspensión o supresión concomitantes de estas prestaciones, ninguna de ellas podrá reducirse, suspenderse ni suprimirse por un monto superior al monto obtenido dividiendo el importe sujeto a reducción, suspensión o supresión en virtud de la legislación según la cual es pagadera esta prestación por el número de prestaciones sujetas a reducción, suspensión o supresión a que el beneficiario tuviere derecho;

b) no obstante, si se trata de prestaciones de invalidez, de vejez o de supervivientes liquidadas con arreglo a las disposiciones del artículo 8 por la institución de una Parte Contratante, esta institución tendrá en cuenta las prestaciones, ingresos o remuneraciones que puedan provocar la reducción, suspensión o supresión de la prestación debida por ella, no a efectos del cómputo del monto teórico a que se refieren los párrafos 3 y 4 del artículo 8, sino exclusivamente a efectos de la reducción, suspensión o supresión del monto a que se refieren el párrafo 2 o el párrafo 5 de dicho artículo 8; no obstante, estas prestaciones, ingresos o remuneraciones serán tomados en cuenta solamente respecto de una fracción de su monto determinada a prorrata de la duración de los períodos cumplidos, de conformidad con las disposiciones del párrafo 5 del artículo 8.

Articulo 27

Si una persona pretendiese tener derecho a prestaciones de enfermedad en virtud de las legislaciones de dos o más Partes Contratantes, estas prestaciones podrán ser concedidas exclusivamente en virtud de la legislación de aquella de estas Partes en cuyo territorio resida esta persona o, en caso de que no resida en el territorio de una de estas Partes, exclusivamente en virtud de la legislación de aquella de dichas Partes a la que esta persona, o la persona que origina el derecho a dichas prestaciones, haya estado sujeta en último lugar.

Articulo 28

Si una persona pretendiese tener derecho a prestaciones de maternidad en virtud de las legislaciones de dos o más Partes Contratantes, estas prestaciones podrán ser concedidas exclusivamente en virtud de la legislación de aquella de dichas Partes en cuyo territorio tuvo lugar el parto o, si el parto no tuvo lugar en el territorio de una de estas Partes, exclusivamente en virtud de la legislación de aquella de dichas Partes

a la que esta persona, o la persona que origina el derecho a dichas prestaciones, haya estado sujeta en último lugar.

Articulo 29

1. En caso de muerte sobrevenida en el territorio de una Parte Contratante, podrá ser solamente mantenido el derecho a las asignaciones por fallecimiento adquiridas en virtud de la legislación de esta Parte, con exclusión de los derechos adquiridos en virtud de la legislación de cualquier otra Parte Contratante.

2. Cuando la muerte sobreviene en el territorio de una Parte Contratante, en tanto que el derecho a la asignación por fallecimiento se ha adquirido exclusivamente en virtud de las legislaciones de dos o más Partes Contratantes, podrá ser solamente mantenido el derecho adquirido en virtud de la legislación de la Parte Contratante a la que estuvo sujeto el difunto en último lugar, con exclusión de los derechos adquiridos en virtud de la legislación de cualquier otra Parte Contratante.

3. Cuando la muerte sobreviene fuera del territorio de las Partes Contratantes y el derecho a la asignación por fallecimiento se ha adquirido en virtud de la legislación de dos o más Partes Contratantes, podrá ser solamente mantenido el derecho adquirido en virtud de la legislación de la Parte Contratante a la que estuvo sujeto el difunto en último lugar, con exclusión de los derechos adquiridos en virtud de la legislación de cualquier otra Parte Contratante.

Articulo 30

(Variante I) Si, durante un mismo período, se adeudaren asignaciones familiares, respecto de los mismos miembros de la familia, en aplicación de las disposiciones del artículo 22 y en virtud de la legislación de la Parte Contratante en cuyo territorio residen estos miembros de la familia, se suspenderá el derecho a las asignaciones familiares debidas en virtud de la legislación de esta Parte. No obstante, en caso de que un miembro de la familia ejerza una actividad profesional en el territorio de dicha Parte, este derecho será mantenido, mientras que el derecho a las asignaciones familiares debidas en aplicación de las disposiciones del artículo 22 será suspendido.

(Variante II) Si, durante un mismo período, se adeudaren asignaciones familiares, respecto de los mismos miembros de la familia, en aplicación de las disposiciones del artículo 22 y en virtud de la legislación de la Parte Contratante en cuyo territorio residen estos miembros de la familia, se suspenderá el derecho a las asignaciones familiares debidas en aplicación de las disposiciones del artículo 22.

VI. Disposiciones Varias

Articulo 31

Los peritajes médicos previstos por la legislación de una Parte Contratante podrán, a petición de la institución que aplique esta legislación, ser efectuados en el territorio de otra Parte Contratante, por la institución del lugar de residencia habitual o temporal. En este caso, se supone que dichos peritajes hayan sido efectuados en el territorio de la primera Parte.

Articulo 32

1. Para la determinación del monto de las cotizaciones debidas a la institución de una Parte Contratante, se tomarán en cuenta, cuando proceda, los ingresos obtenidos en el territorio de cada Parte Contratante.

2. La percepción de las cotizaciones debidas a la institución de una Parte Contratante podrá ser efectuada en el territorio de otra Parte Contratante, según la tramitación administrativa y con las garantías y privilegios aplicables a la percepción de las cotizaciones debidas a una institución correspondiente a esta última Parte.

Articulo 33

El beneficio de toda exención o reducción de tasas, timbres, derechos legales o de registro, previsto por la legislación de una Parte Contratante para los comprobantes o documentos que se deban presentar en conformidad con la legislación de esta Parte, se extenderá a los comprobantes o documentos análogos que se deban presentar en aplicación de la legislación de otra de las Partes Contratantes o de las presentes disposiciones tipo.

Articulo 34

1. Las autoridades competentes de las Partes Contratantes podrán designar organismos de enlace habilitados a comunicar directamente entre ellos y con las instituciones de cada Parte Contratante, a condición de haber sido autorizados a ello por la autoridad competente de esta Parte.

2. Cada institución de una Parte Contratante, así como cada persona que reside habitual o temporalmente en el territorio de una Parte Contratante, podrá dirigirse a la institución de otra Parte Contratante, ya sea directamente, ya sea por mediación de organismos de enlace.

Articulo 35

1. Toda discusión que surja entre dos o más Partes Contratantes respecto a la interpretación o aplicación de las presentes disposiciones tipo será resuelta por

negociación directa entre las autoridades competentes de las Partes Contratantes interesadas.

2. Si la discusión no pudiere ser resuelta de esta manera dentro de un plazo de seis meses, a contar de la fecha en que se inicien las negociaciones, se someterá a una comisión de arbitraje, cuya composición y procedimiento serán fijados de mutuo acuerdo entre las Partes Contratantes interesadas.

3. Las decisiones de la comisión de arbitraje tendrán carácter obligatorio y serán sin apelación.

VII. Disposiciones Relativas a la Conservación de los Derechos en las Relaciones Entre o con los Fondos de Previsión

Variante I

Articulo 36

1. Cuando una persona cesa de estar sometida a la legislación de una Parte Contratante en virtud de la cual ha estado inscrita en un fondo de previsión antes de la realización de una eventualidad que le permita obtener el pago del monto inscrito en su favor, podrá, previa solicitud, ya sea cobrar la integralidad de dicha suma, ya sea obtener su transferencia a la institución a la que dicha persona está afiliada en el territorio de la Parte Contratante a cuya legislación se somete.

2. Si esta última institución es un fondo de previsión, éste inscribirá el monto transferido en una cuenta abierta a nombre del interesado.

3. Si la institución a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo es una institución competente en materia de pensiones, ésta le acreditará el monto transferido, con miras a permitir el rescate de los períodos destinados a constituir o mejorar los derechos del interesado a las prestaciones en virtud de la legislación que dicha institución aplique. Las modalidades del rescate se determinarán ya sea de conformidad con las disposiciones de esa legislación, ya sea de común acuerdo entre las Partes Contratantes interesadas.

Articulo 37

Cuando una persona cese de estar sometida a la legislación de una Parte Contratante en virtud de la cual ha sido afiliada a un régimen de pensiones, para trasladarse al territorio de otra Parte Contratante en virtud de cuya legislación se la inscribe en un fondo de previsión, antes de haber adquirido el derecho a una pensión de vejez según la legislación de la primera Parte,

(Variante A) los derechos en curso de adquisición de esta persona en materia de pensiones, para ella misma o para sus supervivientes, serán mantenidos hasta el momento en que se cumplan las condiciones requeridas para obtener el beneficio de una pensión. En caso contrario, el monto de las cotizaciones pagadas por esta persona o por cuenta suya se transferirá al fondo de previsión, según las condiciones que establecerán de mutuo acuerdo las Partes Contratantes interesadas.

(Variante B) el monto de las cotizaciones pagadas por esta persona o por cuent suya se transferirá al fondo de previsión, según las condiciones que establecerán de mutuo acuerdo las Partes Contratantes interesadas.

Variante II

Articulo 38

1. Cuando la legislación de una Parte Contratante supedite la adquisición, mantenimiento o recuperación del derecho a pensión a la totalización de períodos de seguro, de empleo, de actividad profesional o de residencia, la institución que aplique dicha legislación deberá, por lo que se refiere a la totalización de los períodos, tomar en consideración los períodos durante los cuales una persona permaneció afiliada a un fondo de previsión y contribuyó a éste.

2. Cuando la persona cumpla los requisitos para la concesión de una pensión, habida cuenta de lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo, el monto de dicha pensión se determinará de conformidad con los artículos 8 a 13.

3. Cuando la legislación de una Parte Contratante supedite el pago del monto inscrito en un fondo de previsión a favor de una persona al cumplimiento de períodos de contribuciones, la institución que aplique dicha legislación tomará en cuenta, para los fines de totalización, los períodos de seguro, de empleo, de actividad profesional y de residencia cumplidos en virtud de la legislación de una Parte Contratante conforme a la cual ha permanecido afiliada a un régimen de pensiones.

ANEXO ANEXO

Acuerdo modelo para la coordinación de instrumentos bilaterales o multilaterales de seguridad social

Articulo 1

A los efectos de la aplicación del presente acuerdo:

a) la expresión ***Parte Contratante*** designa todo Estado Miembro de la Organización Internacional del Trabajo obligado por el presente acuerdo;

b) el término ***legislación*** comprende las leyes y reglamentos, así como las disposiciones estatutarias en materia de seguridad social;
c) el término ***refugiado*** tiene el significado que le atribuyen el artículo primero de la Convención de 28 de julio de 1951 sobre el estatuto de los refugiados y el párrafo 2 del artículo primero del Protocolo sobre el estatuto de los refugiados de 31 de enero de 1967, sin limitación geográfica;
d) el término ***apátrida*** tiene el significado que le atribuye el artículo primero de la Convención de 28 de septiembre de 1954 sobre el estatuto de los apátridas;
e) el término ***instrumento*** designa todo instrumento bilateral o multilateral sobre la conservación de los derechos en curso de adquisición en materia de seguridad social que obliga u obligará a dos o más Partes Contratantes;
f) el término ***institución*** designa todo organismo o autoridad directamente encargados de aplicar toda o parte de la legislación de una Parte Contratante; g) la expresión ***período de seguro*** designa los períodos de cotización, de empleo, de actividad profesional o de residencia, según se definan o reconozcan como períodos de seguro por la legislación bajo la cual hayan sido cumplidos, así como todos los períodos asimilados, en la medida en que sean reconocidos por dicha legislación como equivalentes a períodos de seguro;
h) las expresiones ***períodos de empleo*** y ***períodos de actividad profesional*** designan los períodos definidos o reconocidos como tales por la legislación bajo la cual se hayan cumplido, así como todos los períodos asimilados, reconocidos por dicha legislación como equivalentes respectivamente a períodos de empleo o a períodos de actividad profesional;
i) la expresión ***períodos de residencia*** designa los períodos definidos o reconocidos como tales por la legislación bajo la cual se hayan cumplido;
j) el término ***prestaciones*** designa todas las prestaciones en especie y en efectivo previstas respecto de la contingencia considerada, incluidas las asignaciones por fallecimiento y:
i) si se trata de prestaciones en especie, las prestaciones cuya finalidad es la prevención de cualquier contingencia que sea competencia de la seguridad social, la rehabilitación funcional y la readaptación profesional;
ii) si se trata de prestaciones en efectivo, todos los elementos a cargo de los fondos públicos y todos los aumentos, asignaciones de revalorización o asignaciones complementarias, así como las prestaciones destinadas a mantener o a mejorar la

capacidad de ganancia, las prestaciones en capital que puedan sustituir a las pensiones y las liquidaciones efectuadas, si ha lugar, por concepto de reembolso de las cotizaciones.

Articulo 2

En el ámbito de este acuerdo, el beneficio de las disposiciones previstas por cada instrumento que obligue a dos o más Partes Contratantes se extenderá a los nacionales de cada Parte Contratante, así como a los refugiados o a los apátridas que residan en el territorio de cada Parte Contratante.

Articulo 3

El presente acuerdo se aplicará a toda persona admitida a acogerse a los beneficios de las disposiciones de dos o más instrumentos.

Articulo 4

1. Las disposiciones de un instrumento que obligue a dos o más Partes Contratantes, relativas a la totalización de los períodos de seguro, de empleo, de actividad profesional o de residencia, con vistas a la adquisición, conservación o recuperación de los derechos a las prestaciones, serán aplicables a los períodos correspondientes cumplidos al amparo de la legislación de cada Parte Contratante que esté obligada con dichas Partes por un instrumento que contenga igualmente disposiciones relativas a la totalización de tales períodos, siempre que éstos no se superpongan.

2. Si, al aplicar las disposiciones del párrafo anterior, la institución de una Parte Contratante debiere aplicar las disposiciones de dos o más instrumentos que contengan modalidades diferentes de totalización de los períodos, esta institución aplicará exclusivamente las disposiciones que sean más favorables al interesado.

3. Si se tratare de prestaciones que, en virtud de todos los instrumentos en cuestión, se otorgan en conformidad con la legislación de una sola Parte Contratante, la totalización a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo sólo se llevará a cabo en la medida necesaria para la adquisición, la conservación o la recuperación del derecho a las prestaciones más favorables que previere esta legislación.

Articulo 5

1. En caso de aplicación de las disposiciones del artículo 4, las prestaciones de invalidez, de vejez o de supervivientes serán liquidadas en conformidad con las disposiciones de los párrafos siguientes del presente artículo.

2. Si todos los instrumentos en cuestión previeren el recurso al método de reparto, la institución de cada Parte Contratante aplicará las disposiciones de los instrumentos por los que esta Parte está obligada, habida cuenta de la totalización de los períodos efectuada en aplicación de las disposiciones de los párrafos 1 y 2 del artículo 4; sin embargo, sólo estará obligada a pagar la suma más elevada de las prestaciones liquidadas en virtud de estos instrumentos.

3. Si todos los instrumentos en cuestión previeren el recurso al método de integración, la institución de la Parte Contratante que debe acordar las prestaciones tomará en consideración a este fin las disposiciones del artículo 4.

4. Si los instrumentos en cuestión previeren respectivamente el recurso al método de reparto y al método de integración, la institución de cada Parte Contratante aplicará las disposiciones de los instrumentos por los cuales esta Parte está obligada, habida cuenta de la totalización de los períodos efectuada en aplicación de las disposiciones del artículo 4; sin embargo, sólo se abonarán al interesado las prestaciones resultantes de la aplicación del método más favorable.

ANEXO 9

CÓDIGO DE BUSTAMANTE

DECRETO N. 18.871 – DE 13 DE AGOSTO DE 1929

Art. 1º As Republicas, contractantes acceitam e põem em vigor o Codigo de Direito Internacional Privado, annexo á presente convenção.

Art. 2º As disposições desse Codigo não serão applicaveis senão ás Republicas contractantes e aos demais Estados que a elle adherirem, na forma que mais adiante se consigna.

Art. 3º Cada uma das Republicas contractantes, ao ratificar a presente convenção, poderá declarar que faz reserva quanto á acceitação de um ou varios artigos do Codigo annexo e que não a obrigarão as disposições a que a reserva se referir.

Art. 4º O Codigo entrará em vigor, para as Republicas que o ratifiquem, trinta dias depois do deposito da respectiva ratificação e desde que tenha sido ratificado, pelo menos, por dois paizes.

Art. 5º As ratificações serão depositadas na Secretaria da União Panamericana, que transmittirá cópia dellas a cada uma das Republicas contractantes.

Art. 6º Os Estados ou pessoas juridicas internacionaes não contractantes, que desejam adherir a esta convenção e, no todo ou em parte, ao Codigo annexo, notificarão isso á Secretaria da União Panamericana, que, por sua vez, o communicará a todos os Estados até então contractantes ou adherentes. Passados seis mezes desde essa communicação, o Estado ou pessoa juridica internacional interessado poderá depositar, na Secretaria da União Panamericana, o instrumento de adhesão e ficará ligado por esta convenção com caracter reciproco, trinta dias depois da adhesão, em relação a todos os regidos pela mesma e que não tiverem feito reserva alguma total ou parcial quanto á adhesão solicitada.

Art. 7º Qualquer Republica americana ligada a esta convenção e que desejar modificar, no todo ou em parte, o Codigo annexo, apresentará a proposta correspondente á Conferencia Internacional Americana seguinte, para a resolução que fôr procedente.

Art. 8º Se alguma das pessoas juridicas internacionaes contractantes ou adherentes quizer denunciar a presente Convenção, notificará a denuncia, por escripto, á União Panamericana, a qual transmittirá immediatamente ás demais uma cópia literal authentica da notificação, dando-lhes a conhecer a data em que a tiver recebido.

A denuncia não produzirá effeito senão no que respeita ao contractante que a tiver notificado e depois de um anno de recebida na Secretaria da União Panamericana.

Art. 9º A Secretaria da União Panamericana manterá um registro das datas de deposito das ratificações e recebimento de adhesões e denuncias, e expedirá cópias authenticadas do dito registro a todo contractante que o solicitar.

Em fé do que, os plenipotenciarios assignam a presente convenção e põem nella o sello da Sexta Conferencia Internacional Americana.

Dado na cidade de Havana, no dia vinte de Fevereiro de mil novecentos e vinte e oito, em quatro exemplares, escriptos respectivamente em espanhol, francez, inglez e portuguez e que se depositarão na Secretaria da União Panamericana, com o fim de serem enviadas cópias authenticadas de todos a cada uma das Republicas signatarias.

CODIGO DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

TITULO PRELIMINAR

Regras geraes

Art. 1º Os estrangeiros que pertençam a qualquer dos Estados contractantes gozam, no territorio dos demais, dos mesmos direitos civis que se concedam aos nacionaes.

Cada Estado contractante pode, por motivo de ordem publica, recusar ou sujeitar a condições especiaes o exercicio de determinados direitos civis aos naciones dos outros, e qualquer desses Estados pode, em casos identicos, recusar ou sujeitar a condições especiais o mesmo exercicio aos nacionaes do primeiro.

Art. 2º Os estrangeiros que pertençam a qualquer dos Estados contractantes gozarão tambem, no territorio dos demais de garantias individuaes identicas ás dos nacionaes, salvo as restricções que em cada um estabeleçam a Constituição e as leis.

As garantias individuaes identicas não se estendem ao desempenho de funcções publicas, ao direito de suffragio e a outros direitos politicos, salvo disposição especial da legislação interna.

Art. 3º Para o exercicio dos direitos civis e para o gozo das garantias individuaes identicas, as leis e regras vigentes em cada Estado contractante consideram-se divididas nas tres categoria seguintes:

I. As que se applicam á pessoas em virtude do seu domicilio ou da sua nacionalidade e as seguem, ainda que se mudem para outro paiz, – denominadas pessoas ou de ordem publica interna;

II. As que obrigam por igual a todos os que residem no territorio, sejam ou não nacionaes, – denominadas territoriaes, locaes ou de ordem publica internacional;

III. As que se applicam somente mediante a expressão, a interpretação ou a presumpção da vontade das partes ou de alguma dellas, – denominadas voluntarias, suppletorias ou de ordem privada.

Art. 4º Os preceitos constitucionaes são de ordem publica internacional.

Art. 5º Todas as regras de protecção individual e collectiva, estabelecida pelo direito politico e pelo administrativo, são tambem de ordem publica internacional, salvo o caso de que nellas expressamente se disponha o contrario.

Art. 6º Em todos os casos não previstos por este Codigo, cada um dos Estados contractantes applicará a sua propria definição ás instituições ou relações juridicas que tiverem de corresponder aos grupos de leis mencionadas no art. 3º.

Art. 7º Cada Estado contractante applicará como leis pessoaes as do domicilio, as da nacionalidade ou as que tenha adoptado ou adopte no futuro a sua legislação interna.

Art. 8º Os direitos adquiridos segundo as regras deste Codigo têm plena efficacia extraterritorial nos Estados contractantes, salvo se se oppuzer a algum dos seus effeitos ou consequencias uma regra de ordem publica internacional.

LIVRO PRIMEIRO

Direito Civil Internacional

TITULO PRIMEIRO

Das pessoas

CAPITULO I

DA NACIONALIDADE E NATURALIZAÇÃO

Art. 9º. Cada Estado contractante applicará o seu direito proprio á determinação da nacionalidade de origem de toda pessoa individual ou juridica e á sua acquisição, perde ou recuperação posterior, realizadas dentro ou fora do seu territorio, quando uma das nacionalidades sujeitas á controversia seja a do dito Estado. Os demais casos serão regidos pelas disposições que se acham estarrecidas nos restantes artigos deste capitulo.

Art. 10. Ás questões sobres nacionalidade de origem em que não esteja interessado o Estado em que ellas se debatem, apllicar-se-á a lei daquella das nacionalidades discutidas em que tiver domicilio a pessoa de que se trate.

Art. 11. Na falta desse domicilio, applicar-se-ão ao caso previsto no artigo anterior os principios acceitos pela lei do julgador.

Art. 12. As questões sobre acquisição individual de uma nova nacionalidade serão resolvidas de accôrdo com a lei da nacionalidade que se suppuzer adquirida.

Art. 13. Ás naturalizações collectivas, no caso de independencia de um Estado, applicar-se-á a lei do Estado novo, se tiver sido reconhecido pelo Estado julgador, e, na sua falta, a do antigo, tudo sem prejuizo das estipulações contractuaes entre os dois Estados interessados, as quaes terão sempre preferencia.

Art. 14. Á perda de nacionalidade deve applicar-se a lei da nacionalidade perdida.

Art. 15. A recuperação da nacionalidade submette-se á lei da nacionalidade que se readquire.

Art. 16. A nacionalidade de origem das corporações e das fundações será determinada pela lei do Estado que as autorize ou as approve.

Art. 17. A nacionalidade de origem das associações será a do paiz em que se constituam, e nelle devem ser registradas ou inscriptas, se a legislação local exigir esse requisito.

Art. 18. As sociedades civis, mercantis ou industriaes, que não sejam anonymas, terão a nacionalidade estipulada na escriptura social e, em sua falta, a do lugar onde tenha séde habitualmente a sua gerencia ou direcção principal.

Art. 19. A nacionalidade das sociedades anonymas será determinada pelo contracto social e, eventualmente, pela lei do lugar em que normalmente se reuna a junta geral de accionistas ou, em sua falta, pela do lugar onde funccione o seu principal Conselho administrativo ou Junta directiva.

Art. 20. A mudança de nacionalidade das corporações, fundações, associações e sociedades, salvo casos de variação da soberania territorial, terá que se sujeitar ás condições exigidas pela sua lei antiga e pela nova.

Se se mudar a soberania territorial, no caso de independencia, applicar-se-á a regra estabelecida no art. 13 para as naturalizações collectivas.

Art. 21. As disposições do art. 9º, no que se referem a pessoas juridicas, e as dos arts. 16 a 20 não serão applicadas nos Estados contractantes, que não attribuam nacionalidade as ditas pesssoas juridicas.

CAPITULO II

DO DOMICILIO

Art. 22. O conceito, acquisição, perda e reacquisição do domicilio geral e especial das pessoas naturaes ou juridicas reger-se-ão pela lei territorial.

Art. 23. O domicilio dos funccionarios diplomaticos e o dos individuos que residam temporariamente no estrangeiro, por emprego ou commissão de seu governo ou para estudos scientifico ou artisticos, será o ultimo que hajam tido em territorio nacional.

Art. 24. O domicilio legal do chefe da familia estende-se á mulher e aos filhos, não emancipados, e o do tutor ou curador, aos menores ou incapazes sob a sua guarda, se não se achar disposto o contrario na legislação pessoal daquelles a quem se attribue o domicilio de outrem.

Art. 25. As questões sobre a mudança de domicilio das pessoas naturaes ou juridicas serão resolvidas de accôrdo com a lei do tribunal, se este fôr de uma dos Estados interessados e, se não, pela do lugar em que se pretenda te adquirido o ultimo domicilio.

Art. 26. Para as pessoas que não tenham domicilio, entender-se-á como tal o lugar de sua residencia, ou aquelle em que se encontrem.

CAPITULO III

NASCIMENTO, EXTINCÇÃO E CONSEQUENCIAS DA PERSONALIDADE CIVIL

SECÇÃO I

DAS PESSOAS INDIVIDUAES

Art. 27. A capacidade das pessoas individuaes rege-se pela sua lei pessoal, salvo as restricções fixadas para seu exercicio, por este Codigo ou pelo direito local.

Art. 28. Applicar-se-á a lei pessoal para decidir se o nascimento determina a personalidade e se o nascituro se tem por nascido, para tudo o que lhe seja

favoravel, assim como para a viabilidade e os effeitos da prioridade do nascimento, no caso de partos duplos ou multiplos.

Art. 29. As presumpções de sobrevivencia ou de morte simultanea, na falta de prova, serão reguladas pela lei pessoal de cada um dos fallecidos em relação á sua respectiva successão.

Art. 30. Cada Estado applica a sua propria legislação, para declarar extincta a personalidade civil pela morte natural das pessoas individuaes e o desapparecimento ou dissolução official das pessoas juridicas, assim como para decidir de a menoridade, a demencia ou imbecilidade, a surdo-mudez, a prodigalidade e a interdição civil são unicamente restricções da personalidade, que permittem direitos e tambem certas obrigações.

SECÇÃO II

DAS PESSOAS JURIDICAS

Art. 31. Cada Estado contractante, no seu caracter de pessoa juridica, tem capacidade para adquirir e exercer direitos civis e contrahir obrigações da mesma natureza no territorio dos demais, sem outras restricções, senão as estabelecidas expressamente pelo direito local.

Art. 32. O conceito e reconhecimento das pessoas juridicas serão regidos pela lei territorial.

Art. 33. Salvo as restricções estabelecidas nos dois artigos precedentes, a capacidade civil das corporações é regida pela lei que as tiver criado ou reconhecido; a das fundações, pelas regras da sua instituição, approvadas pela autoridade correspondente, se o exigir o seu direito nacional; e a das associações, pelos seus estatutos, em iguaes condições.

Art. 34. Com as mesmas restricções, a capacidade civil das sociedades civis, commerciaes ou industriaes é regida pelas disposições relativas ao contracto de sociedade.

Art. 35. A lei local applicar-se-á aos bens das pessoas juridicas que deixem de existir, a menos que o caso esteja previsto de outro modo, nos seus estatutos, nas suas clausulas basicas ou no direito em vigor referente ás sociedades.

CAPITULO IV

DO MATRIMONIO E DO DIVORCIO

SECÇÃO I

CONDIÇÕES JURIDICAS QUE DEVE PRECEDER A CELEBRAÇÃO DO MATRIMONIO

Art. 36. Os nubentes estarão sujeitos á sua lei pessoal, em tudo quanto se refira á capacidade para celebrar o matrimonio, ao consentimento ou conselhos paternos, aos impedimentos e á sua dispensa.

Art. 37. Os estrangeiros devem provar, antes de casar, que preencheram as condições exigidas pelas suas leis pessoaes, no que se refere ao artigo precedente. Podem fazê-lo mediante certidão dos respectivos funccionarios diplomaticos ou agentes consulares ou por outros meios julgados sufficientes pela autoridade local, que terá em todo caso completa liberdade de apreciação.

Art. 38. A legislação local é applicavel aos estrangeiros, quanto aos impedimentos que, por sua parte, estabelecer e que não sejam dispensaveis, á forma do consentimento, á, força obrigatoria ou não dos esponsaes, á opposição ao matrimonio ou obrigação de denunciar os impedimentos e ás consequencias civis da denuncia falsa, á forma das diligencias preliminares e á autoridade competente para celebrá-lo.

Art. 39. Rege-se pela lei pessoal commum das partes e, na sua falta, pelo direito local, a obrigação, ou não, de indemnização em consequencia de promessa de casamento não executada ou de publicação de proclamas, em igual caso.

Art. 40. Os Estados contractantes não são obrigados a reconhecer o casamento celebrado em qualquer delles, pelos seus nacionaes ou por estrangeiros, que infrinjam as suas disposições relativas á necessidade da, dissolução dum casamento anterior, aos graus de consanguinidade ou affinidade em relação aos quaes exista estorvo absoluto, á prohibição de se casar estabelecida em relação aos culpados de adulterio que tenha sido motivo de dissolução do casamento de um delles e á propria prohibição, referente ao responsavel de attentado contra a vida de um dos conjuges, para se casar com o sobrevivente, ou a qualquer outra causa de nullidade que se não possa remediar.

SECÇÃO II

DA FORMA DO MATRIMONIO

Art. 41. Ter-se-á em toda parte como valido, quanto á forma, o matrimonio celebrado na que estabeleçam como efficaz as leis do paiz em que se effectue. Comtudo, os Estados, cuja legislação exigir uma ceremonia religiosa, poderão negar validade aos matrimonios contrahidos por seus nacionaes no estrangeiro sem a observancia dessa formalidade.

Art. 42. Nos paizes em que as leis o permittam, os casamentos contrahidos ante os funccionarios diplomaticos ou consulares dos dois contrahentes ajustar-se-ão á sua lei pessoal, sem prejuizo de que lhes sejam applicaveis as disposições do art. 40.

SECÇÃO III

DOS EFFEITOS DO MATRIMONIO QUANTO ÁS PESSOAS DOS CONJUGES

Art. 43. Applicar-se-á o direito pessoal de ambos os conjuges, e, se fôr diverso, o do marido, no que toque aos deveres respectivos de protecção e de obediencia, á obrigação ou não da mulher de seguir o marido quando mudar de residencia, á disposição e administração dos bens communs e aos demais effeitos especiaes do matrimonio.

Art. 44. A lei pessoal da mulher regerá a disposição e administração de seus bens proprios e seu comparecimento em juízo.

Art. 45. Fica sujeita ao direito territorial a obrigação dos conjuges de viver juntos, guardar fidelidade e soccorrer-se mutuamente.

Art. 46. Tambem se applica imperativamente o direito local que prive de effeitos civis o matrimonio do bigamo.

SECÇÃO IV

DA NULLIDADE DO MATRIMONIO E SEUS EFFEITOS

Art. 47. A nullidade do matrimonio deve regular-se pela mesma lei a que estiver submettida a condição intrinseca ou extrinseca que a tiver motivado.

Art. 48. A coacção, o medo e o rapto, como causas de nullidade do matrimonio, são regulados pela lei do lugar da celebração.< p> **Art.** 49. Applicar-se-á a lei pessoal de ambos os conjuges, se, fôr commum; na sua falta, a do conjuge que tiver procedido de boa fé, e, na falta de ambas, a do varão, ás regras sobre o cuidado dos filhos de matrimonios nullos, nos casos em que os paes não possam ou não queiram estipular nada sobre o assumpto.

Art. 50. Essa mesma lei pessoal deve applicar-se aos demais effeitos civis do matrimonio nullo, excepto os que se referem aos bens dos conjuges, que seguirão a lei do regimen economico matrimonial.

Art. 51. São de ordem publica internacional as regras que estabelecem os effeitos judiciaes do pedido de nullidade.

SECÇÃO V

DA SEPARAÇÃO DE CORPOS E DO DIVORCIO

Art. 52. O direito á separação de corpos e ao divorcio regula-se pela lei do domicilio conjugal, mas não se pode fundar em causas anteriores á acquisição do dito domicilio, se as não autorizar, com iguaes effeitos, a lei pessoal de ambos os conjuges.

Art. 53. Cada Estado contractante tem o direito do permitir ou reconhecer, ou não, o divorcio ou o novo casamento de pessoas divorciadas no estrangeiro, em casos, com effeitos ou por causas que não admitta o seu direito pessoal.

Art. 54. As causas do divorcio e da separação de corpos submeter-se-ão á lei do lugar em que forem solicitados, desde que nelle estejam domiciliados os conjuges.

Art. 55. A lei do juiz perante quem se litiga determina as consequencias judiciaes da demanda e as disposições da sentença a respeito dos conjuges e dos filhos.

Art. 56. A separação de corpos e o divorcio, obtidos conforme os artigos que precedem, produzem effeitos civis, de accôrdo com a legislação do tribunal que os outorga, nos demais Estados contractantes, salvo o disposto no art. 53.

CAPITULO V

DA PATERNIDADE E FILIAÇÃO

Art. 57. São regras de ordem publica interna, devendo applicar-se a lei pessoal do filho, se fôr distincta da do pae, as referentes á presumpção de legitimidade e suas condições, as que conferem o direito ao appellido e as que determinam as provas de filiação e regulam a successão do filho.

Art. 58. Têm o mesmo caracter, mas se lhes applica a lei pessoal do pae, as regras que outorguem aos filhos legitimados direitos de successão.

Art. 59. É de ordem publica internacional a regra que da ao filho o direito a alimentos.

Art. 60. A capacidade para legitimar rege-se pela lei pessoal do pae e a capacidade para ser legitimado pela lei pessoal do filho, requerendo a legitimação a concorrencia das condições exigidas em ambas.

Art. 61. A prohibição de legitimar filhos não simplesmente naturaes é de ordem publica internacional.

Art. 62. As consequencias da legitimação e a acção para a impugnar submettem-se á lei pessoal do filho.

Art. 63. A investigação da paternidade e da maternidade e a sua prohibição regulam-se pelo direito territorial.

Art. 64. Dependem da lei pessoal do filho as regras que indicam as condições do reconhecimento, obrigam a fazê-lo em certos casos, estabelecem as acções para esse effeito, concedem ou negam o nome e indicam as causas de nullidade.

Art. 65. Subordinam-se a lei pessoal do pae os direitos de successão dos filhos illegitimos e á pessoal do filho os dos paes illegitimos.

Art. 66. A forma e circumstancias do reconhecimento dos filhos illegitimos subordinam-se, ao direito territorial.

CAPITULO VI

DOS ALIMENTOS ENTRE PARENTES

Art. 67. Sujeitar-se-ão á lei pessoal do alimento o conceito legal dos alimentos, a ordem da sua prestação, a maneira de os subministrar e a extensão e a extensão desse direito.

Art. 68. São de ordem publica internacional as disposições que estabelecem o dever de prestar alimentos, seu montante, reducção e augmento, a opportunidade em que são devidos e a forma do seu pagamento, assim como as que prohibem renunciar e ceder esse direito.

CAPITULO VII

DO PATRIO PODER

Art. 69. Estão submetidas á lei pessoal do filho a existencia e o alcance geral do patrio poder a respeito da pessoa e bens, assim como as causas da sua extinção e recuperação, e a limitação, por motivo de novas nupcias, do direito de castigar.

Art. 70. A existencia do direito de usufructo e as demais regras applicaveis ás differentes classes de peculio submettam-se tambem á lei pessoal do filho, seja qual fôr a natureza dos bens e o lugar em que se encontrem.

Art. 71. O disposto no artigo anterior é applicavel em territorio estrangeiro, sem prejuizo dos direitos de terceiro que a lei local outorgue e das disposições locaes sobre publicidade e especialização de garantias hypothecarias.

Art. 72. São de ordem publica internacional as disposições que determinem a natureza e os limites da faculdade do pae de corrigir e castigar e o seu recurso ás autoridades, assim como os que o privam do patrio poder por incapacidade, ausencia ou sentença.

CAPITULO VIII

DA ADOPÇÃO

Art. 73. A capacidade para adoptar e ser adoptado e as condições e limitações para adoptar ficam sujeitas á lei pessoal de cada um dos interessados.

Art. 74. Pela lei pessoal do adoptante, regulam-se seus effeitos, no que se refere à successão deste; e, pela lei pessoal do adoptado, tudo quanto se refira ao nome, direitos e deveres que conserve em relação á sua familia natural, assim como á sua successão com respeito ao adoptante.

Art. 75. Cada um dos interessados poderá impugnar a adopção, de accôrdo com as prescripções da sua lei pessoal.

Art. 76. São de ordem publica internacional as disposições que, nesta materia, regulam o direito a alimentos e as que estabelecem para a adopção formas solennes.

Art. 77. As disposições dos quatro artigos precedentes não se applicarão aos Estados cujas legislações não reconheçam a adopção.

CAPITULO IX

DA AUSENCIA

Art. 78. As medidas provisorias em caso de ausencia são de ordem publica internacional.

Art. 79. Não obstante o disposto no artigo anterior, designar-se-á a representação do presumido ausente de accôrdo com a sua lei pessoal.

Art. 80. A lei pessoal do ausente determina a quem compete o direito de pedir a declaração da ausencia e rege a curadoria respectiva.

Art. 81. Compete ao direito local decidir quando se faz e surte effeito a declaração de ausencia e quando e como deve cessar a administração dos bens do ausente, assim como a obrigação e forma de prestar contas.

Art. 82. Tudo o que se refira á presumpção de morte do ausente e a seus direitos eventuaes será regulado pela sua lei pessoal.

Art. 83. A declaração de ausencia ou de sua presumpção, assim como a sua terminação, e a de presumpção da morte de ausente têm efficacia extraterritorial, inclusive no que se refere á nomeação e faculdades dos administradores.

CAPITULO X

DA TUTELA

Art. 84. Applicar-se-á a lei pessoal do menor ou incapaz no que se refere no objecto da tutela ou curatela, sua organização e suas especies.

Art. 85. Deve observar-se a mesma lei quanto á instituição do protutor.

Art. 86. As incapacidades e excusas para a tutela, curatela e protutela devem applicar-se, simultaneamente, as leis pessoaes do tutor ou curador e as do menor ou incapaz.

Art. 87. A fiança da tutela ou curatela e as regras para o seu exercicio ficam submettidas á lei pessoal do menor ou incapaz. Se a fiança fôr hypothecaria ou pignoraticia, deverá constituir-se na forma prevista pela lei local.

Art. 88. Regem-se tambem pela lei pessoal do menor ou incapaz as obrigações relativas ás contas, salvo as responsabilidades de ordem penal, que são territoriaes.

Art. 89. Quanto no registro de tutelas, applicar-se-ão simultaneamente a lei local e as pessoaes do tutor ou curador e do menor ou incapaz.

Art. 90. São de ordem publica internacional os preceitos que obrigam o ministerio publico ou qualquer funccionario local a solicitar a declaração de incapacidade de dementes e surdos mudos e os que fixam os tramites dessa declaração.

Art. 91. São tambem de ordem publica internacional as regras que estabelecem as consequencias da interdicção.

Art. 92. A declaração de incapacidade e a interdicção civil produzem effeitos extraterritoriaes.

Art. 93. Applicar-se-á a lei local á obrigação do tutor ou curador alimentar o menor ou incapaz e a faculdade de os corrigir só moderadamente.

Art. 94. A capacidade para ser membro de um conselho de família regula-se pela lei pessoal do interessado.

Art. 95. As incapacidades especiaes e a organização, funccionamento, direitos e deveres do conselho de familia submettem-se á lei pessoal do tutelado.

Art. 96. Em todo caso, as actas e deliberações do conselho de família deverão ajustar-se ás formas e solennidades prescriptas pela lei do lugar em que se reunir.

Art. 97. Os Estados contractantes que tenham por lei pessoal a do domicilio poderão exigir, no caso de mudança do domicilio dos incapazes de um paiz para outro, que se ratifique a tutela ou curatela ou se outorgue outra.

CAPITULO XI

DA PRODIGALIDADE

Art. 98. A declaração de prodigalidade e seus effeitos subordinam-se á lei pessoal do prodigo,

Art. 99. Apesar do disposto no artigo anterior, a lei do domicilio pessoal não terá applicação á declaração de prodigalidade das pessoas cujo direito pessoal desconheça esta instituição.

Art. 100. A declaração de prodigalidade, feita num dos Estados contractantes, tem efficacia extraterritorial em relação aos demais, sempre que o permita o direito local.

CAPITULO XII

DA EMANCIPAÇÃO E MAIORIDADE

Art. 101. As regras applicaveis á emancipação e á maioridade são as estabelecidas pela legislação pessoal do interessado.

Art. 102. Comtudo, a, legislação local pode ser declarada applicavel á maioridade como requisito para se optar pela nacionalidade da dita legislação.

CAPITULO XIII

DO REGISTRO CIVIL

Art. 103. As disposições relativas ao registro civil são territoriaes, salvo no que se refere ao registro mantido pelos agentes consulares ou funccionarios diplomaticos.

Essa prescripção não prejudica os direitos de outro Estado, quanto ás relações juridicas submettidas ao direito internacional publico.

Art. 104. De toda inscripção relativa a um nacional de qualquer dos Estados contractantes, que se fizer no registro civil de outro, deve enviar-se, gratuitamente, por via diplomatica, certidão literal e official, ao paiz do interessado.

TITULO SEGUNDO

Dos bens

CAPITULO I

DA CLASSIFICAÇÃO DOS BENS

Art. 105. Os bens, seja qual fôr a sua classe, ficam submettidos á lei do lugar.

Art. 106. Para os effeitos do artigo anterior, ter-se-á em conta, quanto aos bens moveis corporeos e titulos representativos de creditos de qualquer classe, o lugar da sua situação ordinaria ou normal.

Art. 107. A situação dos creditos determina-se pelo lugar onde se devem tornar effectivos, e, no caso de não estar fixado, pelo domicilio do devedor.

Art. 108. A propriedade industrial e intellectual e os demais direitos analogos, de natureza economica, que autorizam o exercicio de certas actividades concedidas pela lei, consideram-se situados onde se tiverem registrado officialmente.

Art. 109. As concessões reputam-se situadas onde houverem sido legalmente obtidas.

Art. 110. Em falta de toda e qualquer outra regra e, além disto, para os casos não previstos neste Codigo, entender-se-á que os bens moveis do toda classe estão situados no domicilio do seu proprietario, ou, na falta deste, no do possuidor.

Art. 111. Exceptuam-se do disposto no artigo anterior as cousas dadas em penhor, que se consideram situadas no domicilio da pessoa em cuja posse tenham sido collocadas.

Art. 112. Applicar-se-á sempre a lei territorial para se distinguir entre os bens moveis e immoveis, sem prejuizo dos direitos adquiridos por terceiros.

Art. 113. Á mesma lei territorial, sujeitam-se as demais classificações e qualificações juridicas dos bens.

CAPITULO II

DA PROPRIEDADE

Art. 114. O bem de familia, inalienavel e isento de gravames e embargos, regula-se pela lei da situação.

Comtudo, os nacionaes de um Estado contractante em que se não admitta ou regule essa especie de propriedade, não a poderão ter ou constituir em outro, a não ser que, com isso, não prejudiquem seus herdeiros forçados.

Art. 115. A propriedade intellectual e a industrial regular-se-ão pelo estabelecido nos convenios internacionaes especiaes, ora existentes, ou que no futuro se venham a celebrar.

Na falta delles, sua obtenção, registro e gozo ficarão submettidos ao direito local que as outorgue.

Art. 116. Cada Estado contractante tem a faculdade de submetter a regras especiaes, em relação aos estrangeiros, a propriedade mineira, a dos navios de pesca e de cabotagem, as industrias no mar territorial e na zona maritima e a obtenção e gozo de concessões e obras de utilidade publica e de serviço publico.

Art. 117. As regras geraes sobre propriedade e o modo de a adquirir ou alienar entre vivos, inclusive as applicaveis a thesouro occulto, assim como as que regem as aguas do dominio publico e privado e seu aproveitamento, são de ordem publica internacional.

CAPITULO III

DA COMMUNHÃO DE BENS

Art. 118. A communhão de bens rege-se, em geral, pelo accôrdo ou vontade das partes e, na sua falta, pela lei do lugar. Ter-se-á, este ultimo como domicílio da communhão, na falta do accôrdo em contrario.

Art. 119. Applicar-se-á sempre a lei local, com caracter exclusivo, ao direito de pedir a divisão do objecto commum e ás formas e condições do seu exercicio.

Art. 120. São de ordem publica internacional as disposições sobre demarcação e balisamento, sobre o direito de fechar as propriedades rusticas e as relativas a edifìcios em ruina e arvores que ameacem cair.

CAPITULO IV

DA POSSE

Art. 121. A posse e os seus effeitos regulam-se pela lei local.

Art. 122. Os modos de adquirir a posse regulam-se pela lei applicavel a cada um delles, segundo a sua natureza.

Art. 123. Determinam-se pela lei do tribunal os meios e os tramites utilizaveis para se manter a posse do possuidor inquietado, perturbado ou despojado, em virtude de medidas ou decisões judiciaes ou em consequencia dellas.

CAPITULO V

DO USUFRUCTO, DO USO E DA HABITAÇÃO

Art. 124. Quando o usufructo se constituir por determinação da lei de um Estado contractante, a dita lei regulá-lo-á obrigatoriamente.

Art. 125. Se o usufructo se houver constituido pela vontade dos particulares, manifestada em actos entre vivos ou mortis causa, applicar-se-á, respectivamente, a lei do acto ou a da successão.

Art. 126. Se o usufructo surgir por prescripção, sujeitar-se-á lei local que a tiver estabelecido.

Art. 127. Depende da lei pessoal do filho o preceito que dispensa, ou não, da fiança o pae usufructuario.

Art. 128. Subordinam-se á lei da successão a necessidade de prestar fiança o conjuge sobrevivente, pelo usufructo hereditario, e a obrigação do usufructuario de pagar certos legados ou dividas hereditarias

Art. 129. São de ordem publica internacional as regras que definem o usufructo e as formas da sua constituição, as que fixam as causas legaes, pelas quaes elle se extingue, e as que o limitam a certo numero de annos para as communidades, corporações ou sociedades.

Art. 130. O uso e a habitação regem-se pela vontade da parte ou das partes que os estabelecerem.

CAPITULO VI

DAS SERVIDÕES

Art. 131. Applicar-se-á o direito local ao conceito e classificação das servidões, aos modos não convencionaes de as adquirir e de se extinguirem e aos direitos e obrigações, neste caso, dos proprietarios dos predios dominante e serviente.

Art. 132. As servidões de origem contractual ou voluntaria submettem-se à lei do acto relação juridica que as origina.

Art. 133. Exceptuam-se do que se dispõe no artigo anterior e estão sujeitos á lei territorial a communidade de pastos em terrenos publicos e o resgate do aproveitamento de lenhas e demais productos dos montes de propriedade particular.

Art. 134. São de ordem privada as regras applicaveis ás servidões legaes que se impõem no interesse ou por utilidade particular.

Art. 135. Deve applicar-se o direito territorial ao conceito e enumeração das servidões legaes, bem como á regulamentação não convencional das aguas, passagens, meações, luz e vista, escoamento de aguas de edificios e distancias e obras intermedias para construcções e plantações.

CAPITULO VII

DOS REGISTROS DA PROPRIEDADE

Art. 136. São de ordem publica internacional as disposições que estabelecem e regulam os registros da propriedade e impõem a sua necessidade em relação a terceiros.

Art. 137. Inscrever-se-ão nos registros de propriedade de cada um dos Estados contractantes os documentos ou titulos, susceptiveis de inscripção, outorgados em outro, que tenham força no primeiro, de accôrdo com este Codigo, e os julgamentos executorios a que, de accôrdo com o mesmo, se dê cumprimento no Estado a que o registro corresponda ou tenha nelle força de cousa julgada.

Art. 138. As disposições sobre hypotheca legal, a favor do Estado, das provincias ou dos municipios, são de ordem publica internacional.

Art. 139. A hypotheca legal que algumas leis concedem em beneficio de certas pessoas individuaes somente será exigivel quando a lei pessoal concorde com a lei do lugar em que estejam situados os bens attingidos por ella.

TITULO TERCEIRO

De varios modos de adquirir

CAPITULO I

REGRA GERAL

Art. 140. Applica-se o direito local aos modos de adquirir em relação aos quaes não haja neste Codigo disposições me contrario.

CAPITULO II

DAS DOAÇÕES

Art. 141. As doações, quando forem de origem contractual, ficarão submettidas, para sua perfeição e effeitos, entre vivos, ás regras geraes dos contractos.

Art. 142. Sujeitar-se-á ás leis pessoaes respectivas, do doador e do donatario, a capacidade de cada um delles.

Art. 143. As doações que devam produzir effeito por morte do doador participarão da natureza das disposições de ultima vontade e se regerão pelas regras internacionaes estabelecidas, neste Codigo, para a successão testamentaria.

CAPITULO III

DAS SUCCESSÕES EM GERAL

Art. 144. As successões legitimas e as testamentarias, inclusive a ordem de successão, a quota dos direitos successorios e a validade intrinseca das

disposições, reger-se-ão, salvo as excepções adiante estabelecidas, pela lei pessoal do de cujus, qualquer que seja a natureza dos bens e o lugar em que se encontrem.

Art. 145. É de ordem publica internacional o preceito em virtude do qual os direitos á successão de uma pessoa transmittem no momento da sua morte.

CAPITULO IV

DOS TESTAMENTOS

Art. 146. A capacidade para dispor por testamento regula-se pela lei pessoal do testador.

Art. 147. Applicar-se-á a lei territorial ás regras estabelecidas por cada Estado para prova de que o testador demente está em intervallo lucido.

Art. 148. São de ordem publica internacional as disposições que não admittem o testamento mancommunado, o olographo ou o verbal, e as que o declarem acto personalissimo.

Art. 149. Tambem são de ordem publica internacional as regras sobre a forma de papeis privados relativos ao testamento e sobre nullidade do testamento outorgado com violencia, dolo ou fraude.

Art. 150. Os preceitos sobre a forma dos testamentos são de ordem publica internacional, com excepção dos relativos ao testamento outorgado no estrangeiro e ao militar e ao maritimo, nos casos em que se outorguem fora do paiz.

Art. 151. Subordinam-se á lei pessoal do testador a procedencia, condições e effeitos da revogação de um testamento, mas a presumpção de o haver revogado é determinada pela lei local.

CAPITULO V

DA HERANÇA

Art. 152. A capacidade para succeder por testamento ou sem elle regula-se pela lei pessoal do herdeiro ou legatario.

Art. 153. Não obstante o disposto no artigo precedente, são de ordem publica internacional as incapacidades para succeder que os Estados contractantes considerem como taes.

Art. 154. A instituição e a substituição de herdeiros ajustar-se-ão á lei pessoal do testador.

Art. 155. Applicar-se-á, todavia, o direito local á prohibição de substituições fideicommissarias que passem do segundo grau ou que se façam a favor de

pessoas que não vivam por occasião do fallecimento do testador e as que envolvam prohibição perpetua de alienar.

Art. 156. A nomeação e as faculdades dos testamenteiros ou executores testamentarios dependem da lei pessoal do defunto e devem ser reconhecidas em cada um dos Estados contractantes, de accôrdo com essa lei.

Art. 157. Na successão intestada, quando a lei chamar o Estado a titulo de herdeiro, na falta de outros, applicar-se-á a lei pessoal do de cujus, mas se o chamar como occupante de res nullius applicar-se-á o direito local.

Art. 158. As precauções que se devem adoptar quando a viuva estiver gravida ajustar-se-ão ao disposto na legislação do lugar em que ella se encontrar.

Art. 159. As formalidades requeridas para acceitação da herança a beneficio de inventario, ou para se fazer uso do direito de deliberar, são as estabelecidas na lei do lugar em que a successão fôr aberta, bastando isso para os seus effeitos extraterritoriaes.

Art. 160. O preceito que se refira á proindivisão illimitada da herança ou estabeleça a partilha provisoria é de ordem publica internacional.

Art. 161. A capacidade para pedir e levar a cabo a divisão subordina-se á lei pessoal do herdeiro.

Art. 162. A nomeação e as faculdades do contador ou perito partidor dependem da lei pessoal do de cujus.

Art. 163. Subordina-se a essa mesma lei o pagamento das dividas hereditarias. Comtudo, os credores que tiverem garantia de caracter real poderão torná-la effectiva, de accôrdo com a lei que reja essa garantia.

TITULO QUARTO

Das obrigações e contractos

CAPITULO I

DAS OBRIGAÇÕES EM GERAL

Art. 164. O conceito e a classificação das obrigações subordinam-se á lei territorial.

Art. 165. As obrigações derivadas da lei regem-se pelo direito que as tiver estabelecido.

Art. 166. As obrigações que nascem dos contractos têm força da lei entre as partes contractantes e devem cumprir-se segundo o teor dos mesmos, salvo as limitações estabelecidas neste Codigo.

Art. 167. As obrigações originadas por delictos ou faltas estão sujeitas ao mesmo direito que o delicto ou falta de que procedem.

Art. 168. As obrigações que derivem de actos ou omissões, em que intervenha culpa ou negligencia não punida pela lei, reger-se-ão pelo direito do lugar em que tiver occorrido a negligencia ou culpa que as origine.

Art. 169. A natureza e os effeitos das diversas categorias de obrigações, assim como a sua extincção, regem-se pela lei da obrigação de que se trate.

Art. 170. Não obstante o disposto no artigo anterior, a lei local regula as condições do pagamento e a moeda em que se deve fazer.

Art. 171. Tambem se submette á lei do lugar a deteminação de quem deve satisfazer ás despesas judiciaes que o pagamento originar, assim como a sua regulamentação.

Art. 172. A prova das obrigações subordina-se, quanto á sua admissão e efficacia, á lei que reger a mesma obrigação.

Art. 173. A impugnação da certeza do lugar da outorga de um documento particular, se influir na sua efficacia, poderá ser feita sempre pelo terceiro a quem prejudicar, e a prova ficará a cargo de quem a apresentar.

Art. 174. A presumpção de cousa julgada por sentença estrangeira será admissivel, sempre que a sentença reunir as condições necessarias para a sua execução no territorio, conforme o presente Codigo.

CAPITULO II

DOS CONTRACTOS EM GERAL

Art. 175. São regras de ordem publica internacional as que vedam o estabelecimento de pactos, clausulas e condições contrarias ás leis, á moral e á ordem publica e as que prohibem o juramento e o consideram sem valor.

Art. 176. Dependem da lei pessoal de cada contractante as regras que determinam a capacidade ou a incapacidade para prestar o consentimento.

Art. 177. Applicar-se-á a lei territorial ao êrro, á violencia, á intimidação e ao dolo, em relação ao consentimento.

Art. 178. É tambem territorial toda regra que prohibe sejam objecto de contracto serviços contrarios ás leis e nos bons costumes e cousas que estejam fora do commercio.

Art. 179. São de ordem publica internacional as disposições que se referem á causa illicita nos contractos.

Art. 180. Applicar-se-ão simultaneamente a lei do lugar do contracto e a da sua execução, á necessidade de outorgar escriptura ou documento publico para a efficacia de determinados convenios e á de os fazer constar por escripto.

Art. 181. A rescisão dos contractos, por incapacidade ou ausencia, determina-se pela lei pessoal do ausente ou incapaz.

Art. 182. As demais causas de rescisão e sua forma e effeitos subordinam-se á lei territorial.

Art. 183. As disposições sobre nullidade dos contractos são submettidas á lei de que dependa a causa da nullidade.

Art. 184. A interpretação dos contractos deve effectuar-se, como regra geral, de accôrdo com a lei que os rege.

Comtudo, quando essa lei fôr discutida e deva resultar da vontade tacita das partes, applicar-se-á, por presumpção, a legislação que para esse caso se determina nos arts. 185 e 186, ainda que isso leve a applicar ao contracto uma lei distincta, como resultado da interpretação da vontade.

Art. 185. Fora das regras já estabelecidas e das que no futuro se consignem para os casos especiaes, nos contractos de adhesão presume-se acceita, na falta de vontade expressa ou tacita, a lei de quem os offerece ou prepara.

Art. 186. Nos demais contractos, e para o caso previsto no artigo anterior, applicar-se-á em primeiro lugar a lei pessoal commum aos contractantes e, na sua falta, a do lugar da celebração.

CAPITULO III

DOS CONTRACTOS MATRIMONIAES EM RELAÇÃO AOS BENS

Art. 187. Os contractos matrimoniaes regem-se pela lei pessoal commum aos contractantes e, na sua falta, pela do primeiro domicilio matrimonial.

Essas mesmas leis determinam, nessa ordem, o regimen legal suppletivo, na falta de estipulação.

Art. 188. É de ordem publica internacional o preceito que veda celebrar ou modificar contractos nupciaes na constancia do matrimonio, ou que se altere o regimen de bens por mudanças de nacionalidade ou de domicilio posteriores ao mesmo.

Art. 189. Têm igual caracter os preceitos que se referem á rigorosa applicação das leis e dos bons costumes, aos effeitos dos contractos nupciaes em relação a terceiros e á sua forma solenne.

Art. 190. A vontade das partes regula o direito applicavel ás doações por motivo de matrimonio, excepto no que se refere á capacidade dos contractantes, á salvaguarda de direitos dos herdeiros legitimos e á sua nullidade, emquanto o matrimonio subsistir, subordinando-se tudo á lei geral que o regular e desde que a ordem publica internacional não seja attingida.

Art. 191. As disposições relativas ao dote e aos bens paraphernaes dependem da lei pessoal da mulher.

Art. 192. É de ordem publica internacional o preceito que repudia a inalienabilidade do dote.

Art. 193. É de ordem publica internacional a prohibição de renunciar á communhão de bens adquiridos durante o matrimonio.

CAPITULO IV

DA COMPRA E VENDA, CESSÃO DE CREDITO E PERMUTA

Art. 194. São de ordem publica internacional as disposições relativas á alienação forçada por utilidade publica.< p> **Art.** 195. O mesmo succede com as disposições que fixam os effeitos da posse e do registro entre varios adquirentes e as referentes á remissão legal.

CAPITULO V

DO ARRENDAMENTO

Art. 196. No arrendamento de cousas, deve applicar-se a lei territorial ás medidas para salvaguarda do interesse de terceiros e aos direitos e deveres do comprador de immovel arrendado.

Art. 197. É de ordem publica internacional, na locação de serviços, a regra que impede contractá-los por toda a vida ou por mais de certo tempo.

Art. 198. Tambem é territorial a legislação sobre accidentes do trabalho e protecção social do trabalhador.

Art. 199. São territoriaes, quanto aos transportes por agua, terra e ar, as leis e regulamentos locaes e especiaes.

CAPITULO VI

DOS FOROS

Art. 200. Applica-se a lei territorial á determinação do conceito e categorias dos foros, seu caracter remissivel, sua prescripção e á acção real que delles deriva.

Art. 201. Para o fôro emphyteutico, são igualmente territoriaes as disposições que fixam as duas condições e formalidades, que lhe impõem um reconhecimento ao fim de certo numero de annos e que prohibem a sub-emphyteuse.

Art. 202. No fôro consignativo, é de ordem publica internacional a regra que prohibe que o pagamento em fructos possa consistir em uma parte aliquota do que produza a propriedade aforada.

Art. 203. Tem o mesmo caracter, no fôro reservativo, a exigencia de que se valorize a propriedade aforada.

CAPITULO VII

DA SOCIEDADE

Art. 204. São leis territoriaes as que exigem, na sociedade um objecto licito, formas solennes, e inventarios, quando haja immoveis.

CAPITULO VIII

DO EMPRESTIMO

Art. 205. Applica-se a lei local á necessidade do pacto expresso de juros e sua taxa:

CAPITULO IX

DO DEPOSITO

Art. 206. São territoriaes as disposições referentes ao deposito necessario e ao sequestro.

CAPITULO X

DOS CONTRACTOS ALEATORIOS

Art. 297. Os effeitos das capacidades, em acções nascidas do contracto de jogo, determinam-se pela lei pessoal do interessado.

Art. 208. A lei local define os contractos dependentes de sorte e determina o jogo e a aposta permittidos ou prohibidos.

Art. 209. É territorial a disposição que declara nulla a renda vitalicia sobre a vida de uma pessoa, morta na data da outorga, ou dentro de certo prazo, se estiver padecendo de doença incuravel.

CAPITULO XI

DAS TRANSACÇÕES E COMPROMISSOS

Art. 210. São territoriaes as disposições que prohibem transigir ou sujeitar a compromissos determinadas materias.

Art. 211. A extensão e effeitos do compromisso e a autoridade de cousa julgada da transação dependem tambem da lei territorial.

CAPITULO XII

DA FIANÇA

Art. 212. É de ordem publica internacional a regra que prohibe ao fiador obrigar-se por mais do que o devedor principal.

Art. 213. Correspondem á mesma categoria as disposições relativas á fiança legal ou judicial.

CAPITULO XIII

DO PENHOR, DA HYPOTHECA E DA ANTICHRESE

Art. 214. É territorial a disposição que prohibe ao credor appropriar-se das cousas recebidas como penhor ou hypotheca.

Art. 215. Tambem o são os preceitos que determinam os requisitos essenciaes do contracto de penhor, e elles devem vigorar quando o objecto penhorado se transfira a outro lugar onde as regras sejam diferentes das exigidas ao celebrar-se o contracto.

Art. 216. São igualmente territoriaes as prescripções em virtude das quaes o penhor deva ficar em poder do credor ou de um terceiro, as que exijam, para valer contra terceiros, que conste, por instrumento publico, a data certa e as que fixem o processo para a sua alienação.

Art. 217. Os regulamentos especiaes de montes de soccorro e estabelecimentos publicos analogos são obrigatorios territorialmente para todas as operações que com elles se realizem.

Art. 218. São territoriaes as disposições que fixam o objecto, as condições, os requisitos, o alcance e a inscripção do contracto de hypotheca.

Art. 219. É igualmente territorial a prohibição de que o credor adquira a propriedade do immovel em antichrese, por falta do pagamento da divida.

CAPITULO XIV

DOS QUASI-CONTRACTOS

Art. 220. A gestão de negocios alheios é regulada pela lei do lugar em que se effectuar.

Art. 221. A cobrança do indebito submette-se á lei pessoal commum das partes e, na sua falta, á do lugar em que se fizer o pagamento.

Art. 222. Os demais quasi-contractos subordinam-se á lei que regule a instituição juridica que os origine.

CAPITULO XV

DO CONCURSO E PREFERENCIA DE CREDITOS

Art. 223. Se as obrigações concorrentes não têm caracter real e estão submettidas a uma lei commum, a dita lei regulará tambem a sua preferencia.

Art. 224. As obrigações garantidas com acção real, applicar-se-á a lei da situação da garantia.

Art. 225. Fora dos casos previstos nos artigos anteriores, deve applicar-se á preferencia de creditos a lei do tribunal que tiver que a decidir.

Art. 226. Se a questão fôr apresentada, simultaneamente em mais de um tribunal de Estados diversos, resolver-se-á de accôrdo com a lei daquelle que tiver realmente sob a sua jurisdicção os bens ou numerario em que se deva fazer effectiva a preferencia.

CAPITULO XVI

DA PRESCRIPÇÃO

Art. 227. A prescripção acquisitiva de bens moveis ou immoveis é regulada pela lei do lugar em que estiverem situados.

Art. 228. Se as cousas moveis mudarem de situação, estando a caminho de prescrever, será regulada a prescripção pela lei do lugar em que se encontrarem ao completar-se o tempo requerido.

Art. 229. A prescripção extinctiva de acções pessoaes é regulada pela lei a que estiver sujeita a obrigação que se vai extinguir.

Art. 230. A prescripção extinctiva de acções reaes é regulada pela lei do lugar em que esteja situada a cousa a que se refira.

Art. 231. Se, no caso previsto no artigo anterior, se tratar de cousas moveis que tiverem mudado de lugar durante o prazo da prescripção, applicar-se-á a lei do lugar em que se encontrarem ao completar-se o periodo ali marcado para a prescripção.

LIVRO SEGUNDO

Direito Commercial Internacional

TITULO PRIMEIRO

Dos commerciantes e do commercio em geral

CAPITULO I

DOS COMMERCIANTES

Art. 232. A capacidade para exercer o commercio e para intervir em actos e contractos commerciaes é regulada pela lei pessoal de cada interessado.

Art. 233. A essa mesma lei pessoal se subordinam as incapacidades e a sua habilitação.

Art. 234. A lei do lugar em que o commercio se exerce deve applicar-se ás medidas de publicidade necessarias para que se possam dedicar a elle, por meio de seus representantes, os incapazes, ou, por si mesmas, as mulheres casadas.

Art. 235. A lei local deve applicar-se á incompatibilidade para o exercicio do commercio pelos empregados publicos e pelos agentes de commercio e correctores.

Art. 236. Toda incompatibilidade para o commercio, que resultar de leis ou disposições especiaes em determinado territorio, será regida pelo direito desse territorio.

Art. 237. A dita incompatibilidade, quanto a funccionarios diplomaticos e agentes consulares, será regulada pela lei do Estado que os nomear. O paiz onde residirem tem igualmente o direito de lhes prohibir o exercicio do commercio.

Art. 238. O contracto social ou a lei a que o mesmo fique sujeito applica-se á prohibição de que os socios collectivos ou commanditarios realizem, por conta propria ou alheia, operações mercantis ou determinada classe destas.

CAPITULO II

DA QUALIDADE DE COMMERCIANTE E DOS ACTOS DE COMMERCIO

Art. 239. Para todos os effeitos de caracter publico, a qualidade do commerciante é determinada pela lei do lugar em que se tenha realizado o acto ou exercido a industria de que se trate.

Art. 240. A forma dos contractos e actos commerciaes é subordinada á lei territorial.

CAPITULO III

DO REGISTRO MERCANTIL

Art. 241. São territoriaes as disposições relativas á inscripção, no registro mercantil, dos commerciantes e sociedades estrangeiras.

Art. 242. Têm o mesmo caracter as regras que estabelecem o effeito da inscripção, no dito registro, de creditos ou direitos de terceiros.

CAPITULO IV

DOS LUGARES E CASAS DE BOLSA E COTAÇÃO OFFICIAL DE TITULOS PUBLICOS E DOCUMENTOS DE CREDITO AO PORTADOR

Art. 243. As disposições relativas aos lugares e casas de bolsa e cotação official de titulos publicos e documentos de credito ao portador são de ordem publica internacional.

CAPITULO V

DISPOSIÇÕES GERAES SOBRE OS CONTRACTOS DE COMMERCIO

Art. 244. Applicar-se-ão aos contractos de commercio as regras geraes estabelecidas para os contractos civis no capitulo segundo, titulo quarto, livro primeiro deste Codigo.

Art. 245. Os contractos por correspondencia só ficarão perfeitos mediante o cumprimento das condições que para esse effeito indicar a legislação de todos os contractantes.

Art. 246. São de ordem publica internacional as disposições relativas a contractos illicitos e a prazos de graça, cortesia e outros analogos.

TITULO SEGUNDO

Dos contractos especiaes de commercio

CAPITULO I

DAS COMPANHIAS COMMERCIAES

Art. 247. O caracter commercial de uma sociedade collectiva ou commanditaria determina-se pela lei a que estiver submettido o contracto social, e, na sua falta, pela do lugar em que tiver o seu domicilio commercial.

Se essas leis não distinguirem entre sociedades commerciaes e civis, applicar-se-á o direito do paiz em que a questão fôr submettida a juizo.

Art. 248. O caracter mercantil duma sociedade anonyma depende da lei do contracto social; na falta deste, da do lugar em que se effectuem as assembléas geraes de accionistas, e em sua falta da do em que normalmente resida o seu Conselho ou Junta directiva.

Se essas leis não distinguirem entre sociedades commerciaes e civis, terá um ou outro caracter, conforme esteja ou não inscripta no registro commercial do paiz onde a questão deva ser julgada. Em falta de registro mercantil, applicar-se-á o direito local deste ultimo paiz.

Art. 249. Tudo quanto se relacione com a constituição e maneira de funccionar das sociedades mercantis e com a responsabilidade dos seus órgãos está sujeito ao contracto social, e, eventualmente, á lei que o reja.

Art. 250. A emissão de acções e obrigações em um Estado contractante, as formas e garantias de publicidade e a responsabilidade dos gerentes de agencias e succursaes, a respeito de terceiros, submettem-se á lei territorial.

Art. 251. São tambem territoriaes as leis que subordinam a sociedade a um regimen especial, em vista das suas operações.

Art. 252. As sociedades mercantis, devidamente constituidas em um Estado contractante, gozarão da mesma personalidade juridica nos demais, salvas as limitações do direito territorial.

Art. 253. São territoriaes as disposições que se referem á criação, funccionamento e privilegios dos bancos de emissão e desconto, companhias de armazens geraes de depositos, e outras analogas.

CAPITULO II

DA COMMISSÃO MERCANTIL

Art. 254. São de ordem publica internacional as prescripções relativas á forma da venda urgente pelo commissario, para salvar, na medida do possivel, o valor das cousas em que a commissão consista.

Art. 255. As obrigações do preposto estão sujeitas á lei do domicilio mercantil do mandante.

CAPITULO III

DO DEPOSITO E EMPRESTIMO MERCANTIS

Art. 256. As responsabilidades não civis do depositario, regem-se pela lei do lugar do deposito.

Art. 257. A taxa legal e a liberdade dos juros mercantis são de ordem publica internacional.

Art. 258. São territoriaes as disposições referentes ao emprestimo com garantia de titulos cotizaveis, negociado em bolsa, com intervenção de agente competente ou funccionario official.

CAPITULO IV

DO TRANSPORTE TERRESTRE

Art. 259. Nos casos de transporte internacional, ha somente um contracto, regido pela lei que lhe corresponda, segundo a sua natureza.

Art. 260. Os prazos e formalidades para o exercicio de acções surgidas desse contracto, e não previstas no mesmo, regem-se pela lei do lugar em que se produzam os factos que as originem.

CAPITULO V

DOS CONTRACTOS DE SEGURO

Art. 261. O contracto de seguro contra incendios rege-se pela lei do lugar onde, ao ser effectuado, se ache a cousa segurada.

Art. 262. Os demais contractos de seguros seguem a regra geral, regulando-se pela lei pessoal commum das partes ou, na sua falta, pela do lugar da celebração; mas, as formalidades externas para comprovação de factos ou omissões, necessarias ao exercicio ou conservação de acções ou direitos, ficam sujeitas á lei do lugar em que se produzir o facto ou omissão que as originar.

CAPITULO VI

DO CONTRACTO E LETRA DE CAMBIO E EFFEITOS MERCANTIS ANALOGOS

Art. 263. A forma do saque, endosso, fiança, intervenção acceite e protesto de uma letra de cambio submette-se á lei do lugar em que cada um dos ditos actos se realizar.

Art. 264. Na falta de convenio expresso ou tacito, as relações juridicas entre o sacador e o tomador serão reguladas pela lei do lugar em que a letra se saca.

Art. 265. Em igual caso, as obrigações e direitos entre o acceitante e o portador regulam-se pela lei do lugar em que se tiver effectuado o acceite.

Art. 266. Na mesma hypothese, os effeitos juridicos que o endosso produz, entre o endossante e o endossado, dependem da lei do lugar em que a letra fôr endossada.

Art. 267. A maior ou menor extensão das obrigações de cada endossante não altera os direitos e deveres originarios do sacador e do tomador.

Art. 268. O aval, nas mesmas condições, é regulado pela lei do lugar em que se presta.

Art. 269. Os effeitos juridicos da acceitação por intervenção regulam-se, em falta de convenção, pela lei do lugar em que o terceiro intervier.

Art. 270. Os prazos e formalidades para o acceite, pagamento e protesto submettem-se á lei local.

Art. 271. As regras deste capitulo são applicaveis ás notas promissorias, vales e cheques.

CAPITULO VII

DA FALSIFICAÇÃO, ROUBO, FURTO OU EXTRAVIO DE DOCUMENTOS DE CREDITO E TITULOS AO PORTADOR

Art. 272. As disposições relativas á falsificação, roubo, furto ou extravio de documentos de credito e titulos ao portador são de ordem publica internacional.

Art. 273. A adopção das medidas que estabeleça a lei do lugar em que o acto se produz não dispensa os interessados de tomar quaesquer outras determinadas pela lei do lugar em que esses documentos e effeitos tenham cotação e pela do lugar do seu pagamento.

TITULO TERCEIRO

Do commercio maritimo e aereo

CAPITULO I

DOS NAVIOS E AERONAVES

Art. 274. A nacionalidade dos navios prova-se pela patente de navegação e a certidão do registro, e tem a bandeira como signal distinctivo apparente.

Art. 275. A lei do pavilhão regula as formas de publicidade requeridas para a transmissão da propriedade de um navio.

Art. 276. Á lei da situação deve submetter-se a faculdade de embargar e vender judicialmente um navio, esteja ou não carregado e despachado.

Art. 277. Regulam-se pela lei do pavilhão os direitos dos credores, depois da venda do navio, e a extinção dos mesmos.

Art. 278. A hypotheca maritima e os privilegios e garantias de caracter real, constituidos de accôrdo com a lei do pavilhão, têm offeitos extraterritoriaes, até nos paizes cuja legislação não conheça ou não regule essa hypotheca ou esses privilegios.

Art. 279. Sujeitam-se tambem á lei do pavilhão os poderes e obrigações do capitão e a responsabilidade dos proprietarios e armadores pelos seus actos.

Art. 280. O reconhecimento do navio, o pedido de pratico e a policia sanitaria dependem da lei territorial.

Art. 281. As obrigações dos officiaes e gente do mar e a ordem interna do navio subordinam-se á lei do pavilhão.

Art. 282. As precedentes disposições deste capitulo applicam-se tambem ás aeronaves.

Art. 283. São de ordem publica internacional as regras sobre a nacionalidade dos proprietarios de navios e aeronaves e dos armadores, assim como dos officiaes e da tripulação.

Art. 284. Tambem são de ordem publica internacional as disposições sobre nacionalidade de navios e aeronaves para o commercio fluvial, lacustre e de

cabotagem e entre determinados lugares do territorio dos Estados contractantes, assim como para a pesca e outras industrias submarinas no mar territorial.

CAPITULO II

DOS CONTRACTOS ESPECIAES DE COMMERCIO MARITIMO E AEREO

Art. 285. O fretamento, caso não seja um contracto de adhesão, reger-se-á pela lei do lugar de saída das mercadorias.

Os actos de execução do contracto ajustar-se-ão á lei do lugar em que se effectuarem.

Art. 286. As faculdades do capitão para o emprestimo de risco maritimo determinam-se pela lei do pavilhão.

Art. 287. O contracto de emprestimo de risco maritimo, salvo convenção em contrario, subordina-se á lei do lugar em que o emprestimo se effectue.

Art. 288. Para determinar se a avaria é simples ou grossa e a proporção em que devem contribuir para a supportar o navio e a carga, applica-se a lei do pavilhão.

Art. 289. O abalroamento fortuito, em aguas territoriaes ou no espaço aereo nacional, submette-se á lei do pavilhão, se este fôr commum.

Art. 290. No mesmo caso, se os pavilhões differem, applica-se a lei do lugar.

Art. 291. Applica-se essa mesma lei local a todo caso de abalroamento culpavel, em aguas territoriaes ou no espaço aereo nacional.

Art. 292. A lei do pavilhão applicar-se-á nos casos de abalroamento fortuito ou culpavel, em alto mar ou no livre espaço, se os navios ou aeronaves tiverem o mesmo pavilhão.

Art. 293. Em caso contrario, regular-se-á pelo pavilhão do navio ou aeronave abalroado, se o abalroamento fôr culpavel.

Art. 294. Nos casos de abalroamento fortuito, no alto mar ou no espaço aereo livre, entre navios ou aeronaves de differentes pavilhões, cada um supportará a metade da somma total do damno, dividido segundo a lei de um delles, e a metade restante dividida segundo a lei do outro.

TITULO QUARTO

Da prescripção

Art. 295. A prescripção das acções originadas em contractos e actos commerciaes ajustar-se-á ás regras estabelecidas neste Codigo, a respeito das acções civeis.

LIVRO TERCEIRO

Direito Penal Internacional

CAPITULO I

DAS LEIS PENAES

Art. 296. As leis penaes obrigam a todos os que residem no territorio, sem mais excepções do que as estabelecidas neste capitulo.

Art. 297. Estão isentos das leis penaes de cada Estado contractante os chefes de outros Estados que se encontrem no seu territorio.

Art. 298. Gozam de igual isenção os representantes diplomaticos dos Estados contractantes, em cada um dos demais, assim como os seus empregados estrangeiros, e as pessoas da familia dos primeiros, que vivam em sua companhia.< p> **Art.** 299. As leis penaes dum Estado não são, tão pouco, applicaveis aos delictos commettidos no perimetro das operações militares, quando esse Estado haja autorizado a passagem, pelo seu territorio, dum exercito de outro Estado contractante, comtanto que taes delictos não tenham relação legal com o dito exercito.

Art. 300. Applica-se a mesma isenção aos delictos commettidos em aguas territoriaes ou no espaço aereo nacional, a bordo de navios ou aeronaves estrangeiros de guerra.

Art. 301. O mesmo succede com os delictos commettidos em aguas territoriaes ou espaço aereo nacional, em navios ou aeronaves mercantes estrangeiros, se não têm relação alguma com o paiz e seus habitantes, nem perturbam a sua tranquillidade.

Art. 302. Quando os actos de que se componha um delicto se realizem em Estados contractantes diversos, cada Estado pode castigar o acto realizado em seu paiz, se elle constitue, por si só, um facto punivel.

Em caso contrario, dar-se-á preferencia ao direito da soberania local em que o delicto se tiver consummado.

Art. 303. Se se trata de delictos connexos em territorios de mais de um Estado contractante, só ficará subordinado á lei penal de cada um o que fôr commettido no seu territorio.

Art. 304. Nenhum Estado contractante applicará em seu territorio as leis penaes dos outros.

CAPITULO II

DOS DELICTOS COMMETTIDOS EM UM ESTADO ESTRANGEIRO CONTRACTANTE

Art. 305. Estão sujeitos, no estrangeiro, ás leis penaes de cada Estado contractante, os que commetterem um delicto contra a segurança interna ou externa do mesmo Estado ou contra o seu credito publico, seja qual fôr a nacionalidade ou o domicilio do delinquente.

Art. 306. Todo nacional de um Estado contractante ou todo estrangeiro nelle domiciliado, que commetta em paiz estrangeiro um delicto contra a independencia desse Estado, fica sujeito ás suas leis penaes.

Art. 307. Tambem estarão sujeitos ás leis penaes do Estado estrangeiro em que possam ser detidos e julgados aquelles que commettam fora do territorio um delicto, como o tráfico de mulheres brancas, que esse Estado contractante se tenha obrigado a reprimir por accôrdo internacional.

CAPITULO III

DOS DELICTOS COMMETTIDOS FORA DO TERRITORIO NACIONAL

Art. 308. A pirataria, o tráfico de negros e o commercio de escravos, o tráfico de mulheres brancas, a destruição ou deterioração de cabos submarinos e os demais delictos da mesma indole, contra o direito internacional, commettidos no alto mar, no ar livre e em territorios não organizados ainda em Estado, serão punidos pelo captor, de accôrdo com as suas leis penaes.

Art. 309. Nos casos de abalroamento culpavel, no alto mar ou no espaço aereo, entre navios ou aeronaves de pavilhões diversos, applicar-se-á a lei penal da victima.

CAPITULO IV

QUESTÕES VARIAS

Art. 310. Para o conceito legal da reiteração ou da reincidencia, será levada em conta a sentença pronunciada num Estado estrangeiro contractante, salvo os casos em que a isso se oppuzer a legislação local.

Art. 311. A pena de interdicção civil terá effeito nos outros Estados, mediante o prévio cumprimento das formalidades de registro ou publicação que a legislação de cada um delles exija.< p> **Art.** 312. A prescripção do delicto subordina-se á lei do Estado a que corresponda o seu conhecimento.

Art. 313. A prescripção da pena regula-se pela lei do Estado que a tenha imposto.

LIVRO QUARTO

Direito Processual Internacional

TITULO PRIMEIRO

Principios geraes

Art. 314. A lei de cada Estado contractante determina a competencia dos tribunaes, assim como a sua organização, as formas de processo e a execução das sentenças e os recursos contra suas decisões.

Art. 315. Nenhum Estado contractante organizará ou manterá no seu territorio tribunaes especiaes para os membros dos demais Estados contractantes.

Art. 316. A competencia ratione loci subordina-se, na ordem das relações internacionais, á lei do Estado contractante que a estabelece.

Art. 317. A competencia ratione materiæ ratione personæ, na ordem das relações internacionaes, não se deve basear, por parte dos Estados contractantes, na condição de nacionaes ou estrangeiros das pessoas interessadas, em prejuizo destas.

TITULO SEGUNDO

Da competencia

CAPITULO I

DAS REGRAS GERAES DE COMPETENCIA NO CIVEL E NO COMMERCIAL

Art. 318. O juiz competente, em primeira instancia, para conhecer dos pleitos a que dê origem o exercicio das acções civeis e mercantis de qualquer especie, será aquelle a quem os litigantes se submettam expressa ou tacitamente, sempre que um delles, pelo menos, seja nacional do Estado contractante a que o juiz pertença ou tenha nelle o seu domicilio e salvo o direito local, em contrario.

A submissão não será possivel para as acções reaes ou mixtas sobre bens immoveis, se a prohibir a lei da sua situação.

Art. 319. A submissão só se poderá fazer ao juiz que exerça jurisdicção ordinaria e que a tenha para conhecer de igual classe de negocios e no mesmo grau.

Art. 320. Em caso algum poderão as partes recorrer, expressa ou tacitamente, para juiz ou tribunal differente daquelle ao qual, segundo as lei locaes, estiver subordinado o que tiver conhecido do caso, na primeira instancia.

Art. 321. Entender-se-á por submissão expressa a que fôr feita pelos interessados com renuncia clara e terminante do seu fôro proprio e a designação precisa do juiz a quem se submettem.

Art. 322. Entender-se-á que existe a submissão tacita do autor quando este comparece em juizo para propor a demanda, e a do réu quando este pratica, depois de chamado a juizo, qualquer acto que não seja a apresentação formal de

declinatoria. Não se entenderá que ha submissão tacita se o processo correr á revelia.

Art. 323. Fora dos casos de submissão expressa ou tacita, e salvo o direito local, em contrario, será juiz competente, para o exercicio de acções pessoaes, o do lugar do cumprimento da obrigação, e, na sua falta, o do domicilio dos réus ou, subsidiariamente, o da sua residencia.

Art. 324. Para o exercicio de acções reaes sobre bens moveis, será competente o juiz da situação, e, se esta não fôr conhecida do autor, o do domicilio, e, na sua falta, o da residencia do réu.

Art. 325. Para o exercicio de acções reaes sobre bens immoveis e para o das acções mixtas de limites e divisão de bens communs, será juiz competente o da situação dos bens.

Art. 326. Se, nos casos a que se referem os dois artigos anteriores, houver bens situados em mais de um Estado contractante, poderá recorrer-se aos juizes de qualquer delles, salvo se a lei da situação, no referente a immoveis, o prohibir.

Art. 327. Nos juizos de testamentos ou ab intestato, será juiz competente o do lugar em que o finado tiver tido o seu ultimo domicilio.

Art. 328. Nos concursos de credores e no de fallencia, quando fôr voluntaria a confissão desse estado pelo devedor, será juiz competente o do seu domicilio.

Art. 329. Nas concordatas ou fallencias promovidas pelos credores, será juiz competente o de qualquer dos lugares que conheça da reclamação que as motiva, preferindo-se, caso esteja entre elles, o do domicilio do devedor, se este ou a maioria dos credores o reclamarem.

Art. 330. Para os actos de jurisdicção voluntaria, salvo tambem o caso de submissão e respeitado o direito local, será competente o juiz do lugar em que a pessoa que os motivar tenha ou haja tido o seu domicilio, ou, na falta deste, a residencia.

Art. 331. Nos actor de jurisdicção voluntaria em materia de commercio, fora do caso de submissão, e salvo o direito local, será competente o juiz do lugar em que a obrigação se deva cumprir ou, na sua falta, o do lugar do facto que os origine.

Art. 332. Dentro de cada Estado contractante, a competencia preferente dos diversos juizes será regulada pelo seu direito nacional.

CAPITULO II

DAS EXCEPÇÕES ÁS REGRAS GERAES DE COMPETENCIA NO CIVEL E NO COMMERCIAL

Art. 333. Os juizes e tribunaes de cada Estado contractante serão incompetentes para conhecer dos assumptos civeis ou commerciaes em que sejam parte demandada os demais Estados contractantes ou seus chefes, se se trata de uma acção pessoal, salvo o caso de submissão expressa ou de pedido de reconvenção.

Art. 334. Em caso identico e com a mesma excepção, elles serão incompetentes quando se exercitem acções reaes, se o Estado contractante ou o seu chefe têm actuado no assumpto como taes e no seu caracter publico, devendo applicar-se, nessa hypothese, o disposto na ultima alinea do art. 318.

Art. 335. Se o Estado estrangeiro contractante ou o seu chefe tiverem actuado como particulares ou como pessoas privadas, serão competentes os juizes ou tribunaes para conhecer dos assumptos em que se exercitem acções reaes ou mixtas, se essa competencia lhes corresponder em relação a individuos estrangeiros, de accôrdo com este Codigo.

Art. 336. A regra do artigo anterior será applicavel aos juizos universaes, seja qual fôr o caracter com que nelles actue o Estado estrangeiro contractante ou o seu chefe.

Art. 337. As disposições estabelecidas nos artigos anteriores applicar-se-ão aos funccionarios diplomaticos estrangeiros e aos commandantes de navios ou aeronaves de guerra.

Art. 338. Os consules estrangeiros não estarão isentos da competencia dos juizes e tribunaes civis do paiz em que funccionem, excepto quanto aos seus actos officiaes.

Art. 339. Em nenhum caso poderão os juizes ou tribunaes ordenar medidas coercitivas ou de outra natureza que devam ser executadas no interior das legações ou consulados ou em seus archivos, nem a respeito da correspondencia diplomatica ou consular, sem o consentimento dos respectivos funccionarios diplomaticos ou consulares.

CAPITULO III

REGRAS GERAES DE COMPETENCIA EM MATERIA PENAL

Art. 340. Para conhecer dos delictos e faltas e os julgar são competentes os juizes e tribunaes do Estado contractante em que tenham sido commettidos.

Art. 341. A competencia estende-se a todos os demais delictos e faltas a que se deva applicar a lei penal do Estado, conforme as disposições deste Codigo.

Art. 342. Comprehende, além disso, os delictos ou faltas commettidos no estrangeiro por funccionarios nacionaes que gozem do beneficio da immunidade.

CAPITULO IV

DAS EXCEPÇÕES ÁS REGRAS GERAES DE COMPETENCIA EM MATERIA PENAL

Art. 343. Não estão sujeitos, em materia penal, á competencia de juizes e tribunaes dos Estados contractantes, as pessoaes e os delictos ou infracções que não são attingidos pela lei penal do respectivo Estado.

TITULO TERCEIRO

Da extradição

Art. 344. Para se tornar effectiva a competencia judicial internacional em materia penal, cada um dos Estados contractantes accederá ao pedido de qualquer dos outros, para a entrega de individuos condemnados ou processados por delictos que se ajustem ás disposições deste titulo, sem prejuizo das disposições dos tratados ou convenções internacionaes que contenham listas de infracções penaes que autorizem a extradição.

Art. 345. Os Estados contractantes não estão obrigados a entregar os seus nacionaes. A nação que se negue a entregar um de seus cidadãos fica obrigada a julgá-lo.

Art. 346. Quando, anteriormente ao recebimento do pedido, um individuo processado ou condemnado tiver delinquido no paiz a que se pede a sua entrega, pode adiar-se essa entrega até que seja elle julgado e cumprida a pena.

Art. 347. Se varios Estados contractantes solicitam a extradição de um delinquente pelo mesmo delicto, deve ser elle entregue áquelle Estado em cujo territorio o delicto se tenha commettido.

Art. 348. Caso a extradição se solicite por actos diversos, terá preferencia o Estado contractante em cujo territorio se tenha commettido o delicto mais grave segundo a legislação do Estado requerido.

Art. 349. Se todos os actos imputados tiverem igual gravidade será preferido o Estado contractante que primeiro houver apresentado o pedido de extradição. Sendo simultanea a apresentação, o Estado requerido decidirá, mas deve conceder preferencia ao Estado de origem ou, na sua falta, ao do domicilio do delinquente, se fôr um dos solicitantes.

Art. 350. As regras anteriores sobre preferencia não serão applicaveis, se o Estado contractante estiver obrigado para com um terceiro, em virtude de tratados vigentes, anteriores a este Codigo, a estabelecê-la de modo differente.

Art. 351. Para conceder a extradição, é necessario que o delicto tenha sido commettido no territorio do Estado que a peça ou que lhe sejam applicaveis suas leis penaes, de accôrdo com o livro terceiro deste Codigo.

Art. 352. A extradição alcança os processados ou condemnados como autores, cumplices ou encobridores do delicto.

Art. 353. Para que a extradição possa ser pedida, é necessario que o facto que a motive tenha caracter de delicto, na egislação do Estado requerente e na do requerido.

Art. 354. Será igualmente exigido que a pena estabelecida para os factos incriminados, conforme a sua qualificação provisoria ou definitiva, pelo juiz ou tribunal competente do Estado que solicita a extradição, não seja menor de um anno de privação de liberdade e que esteja autorizada ou decidida a prisão ou detenção preventiva do accusado, se não houver ainda sentença final. Esta deve ser de privação de liberdade.

Art. 355. Estão excluidos da extradição os delictos politicos e os com elles relacionados, segundo a definição do Estado requerido.

Art. 356. A extradição tambem não será concedida, se se provar que a petição de entrega foi formulada, de facto, com o fim de se julgar e castigar o accusado por um delicto de caracter politico, segundo a mesma, definição.

Art. 357. Não será reputado delicto politico, nem facto connexo, o homicidio ou assassinio do chefe de um Estado contractante, ou de qualquer pessoa que nelle exerça autoridade.

Art. 358. Não será concedida a extradição, se a pessoa reclamada já tiver sido julgada e posta em liberdade ou cumprido a pena ou estiver submettida a processo no territorio do Estado requerido, pelo mesmo delicto que motiva o pedido.

Art. 359. Não se deve, tão pouco, acceder ao pedido de extradição, se estiver prescripto o delicto ou a pena, segundo as leis do Estado requerente ou as do requerido.

Art. 360. A legislação do Estado requerido posterior ao delicto não poderá impedir a extradição.

Art. 361. Os consules geraes, consules, vice-consules ou agentes consulares podem pedir que se prendam e entreguem, a bordo de um navio ou aeronave de seu paiz, officiaes, marinheiros ou tripulantes de seus navios ou aeronaves de guerra ou mercantes, que tiverem desertado de uns ou de outras.

Art. 362. Para os effeitos do artigo anterior, elles apresentarão á autoridade local correspondente, deixando-lhe, além disso, cópia authentica, os registros do navio ou aeronave, ról da tripulação ou qualquer outro documento official em que o pedido se basear.

Art. 363. Nos paizes limitrophes, poderão estabelecer-se regras especiais para a extradição, nas regiões ou localidades da fronteira.

Art. 364. O pedido de extradição deve fazer-se por intermedio dos funccionarios devidamente autorizados para esse fim, pelas leis do Estado requerente.

Art. 365. Com o pedido definitivo de extradição, devem apresentar-se:

1. Uma sentença condemnatoria ou um mandado ou auto de captura ou um documento de igual força, ou que obrigue o interessado a comparecer periodicamente ante a jurisdicção repressiva, acompanhado das peças do processo que subnistrem provas ou, pelo menos, indicios razoaveis da culpabilidade da pessoa de que se trate;

2. A filiação do individuo reclamado ou os signaes ou circumstancias que possam servir para o identificar;

3. A cópia authentica das disposições que estabeleçam a qualificação legal do facto que motiva o pedido de entrega, definam a participação nelle attribuida ao culpado e precisem a pena applicavel.

Art. 366. A extradição pode solicitar-se telegraphicamente e, nesse caso, os documentos mencionados no artigo anterior serão apresentados ao paiz requerido ou á sua legação ou consulado geral no paiz requerente, dentro nos dois mezes seguintes á detenção do indigitado. Na sua falta, este será posto em liberdade.

Art. 367. Se o Estado requerente não dispõe da pessoa reclamada dentro nos tres mezes seguintes ao momento em que foi collocada á sua disposição, ella será posta, igualmente, em liberdade.

Art. 368. O detido poderá usar, no Estado ao qual se fizer o pedido de extradição, de todos os meios legaes concedidos aos nacionaes para recuperar a liberdade, baseando-se para isto nas disposições deste Codigo.

Art. 369. O detido poderá igualmente, depois disso, utilizar os recursos legaes que procedam, no Estado que pedir a extradição, contra as qualificações e resoluções em que esta se funda.

Art. 370. A entrega deve ser feita com todos os objectos que se encontrarem em poder da pessoa reclamada, quer sejam producto do delicto imputado, quer peças

que possam servir para a prova do mesmo, tanto quanto fôr praticavel, de accôrdo com as leis do Estado que a effectue e respeitando-se devidamente os direitos de terceiros.

Art. 371. A entrega dos objectos, a que se refere o artigo anterior, poderá ser feita, se a pedir o Estado requerente da extradição, ainda que o detido morra ou se evada antes de effectuada esta.

Art. 372. As despesas com a detenção ou entrega serão por conta do Estado requerente, mas este não terá que despender importancia alguma com os serviços que prestarem os empregados publicos pagos pelo Governo ao qual se peça a extradição.

Art. 373. A importancia dos serviços prestados por empregados publicos ou outros serventuarios, que só recebam direitos ou emolumentos, não excederá aquella que habitualmente percebam por essas diligencias ou serviços, segundo as leis do paiz em que residam.

Art. 374. A responsabilidade, que se possa originar do facto da detenção provisoria, caberá ao Estado que a solicitar.

Art. 375. O transito da pessoa extraditada e de seus guardas pelo territorio dum terceiro Estado contractante será permittido mediante apresentação do exemplar original ou de uma cópia authentica do documento que conceda a extradição.

Art. 376. O Estado que obtiver a extradição de um accusado que fôr logo absolvido ficará obrigado a communicar ao que a concedeu uma cópia authentica da sentença.

Art. 377. A pessoa entregue não poderá ser detida em prisão, nem julgada pelo Estado contractante a que seja entregue, por um delicto differente daquelle que houver motivado a extradição e commetido antes desta, salvo se nisso consentir o Estado requerido, ou se o extraditado permanecer em liberdade no primeiro, tres mezes depois de ter sido julgado e absolvido pelo delicto que foi origem da extradição, ou de haver cumprido a pena de privação de liberdade que lhe tenha sido imposta.

Art. 378. Em caso algum se imporá ou se executará a pena de morte, por delicto que tiver sido causa da extradição.

Art. 379. Sempre que se deva levar em conta o tempo da prisão preventiva, contar-se-á como tal o tempo decorrido desde a detenção do extraditado, no Estado ao qual tenha sido pedida.

Art. 380. O detido será posto em liberdade, se o Estado requerente não apresentar o pedido de extradição em prazo razoavel e no menor espaço de tempo possivel, depois da prisão provisoria, levando-se em conta a distancia e as facilidades de communicações postaes entre os dois paizes.

Art. 381. Negada a extradição de uma pessoa, não se pode voltar a pedí-la pelo mesmo delicto.

TITULO QUARTO

Do direito de comparecer em juizo e suas modalidades

Art. 382. Os nacionaes de cada Estado contractante gozarão, em cada um dos outros, do beneficio da assistencia judiciaria, nas mesmas condições dos naturaes,

Art. 383. Não se fará distincção entre nacionaes e estrangeiros, nos Estados contractantes, quanto á prestação de fiança para o comparecimento em juizo.

Art. 384. Os estrangeiros pertencentes a um Estado contractante poderão solicitar, nos demais, a acção publica em materia penal, nas mesmas condições que os nacionaes.

Art. 385. Não se exigirá tão pouco a esses estrangeiros que prestem fiança para o exercicio de acção privada, nos casos em que se não faça tal exigencia aos nacionaes.

Art. 386. Nenhum dos Estados contractantes imporá aos nacionaes de outro a caução judicio sisti ou o onus probandi, nos casos em que não exija um ou outro aos proprios nacionaes.

Art. 387. Não se autorizarão embargos preventivos, nem fianças, nem outras medidas processuaes de indole analoga, a respeito de nacionaes dos Estados contractantes, só pelo facto da sua condição de estrangeiros.

TITULO QUINTO

Cartas rogatorias e commissões rogatorias

Art. 388. Toda diligencia judicial que um Estado contractante necessite praticar em outro será effectuada mediante carta rogatoria ou commissão rogatoria, transmittida por via diplomatica. Comtudo, os Estados contractantes poderão convencionar ou acceitar entre si, em materia civel ou commercial, qualquer outra forma de transmissão.

Art. 389. Cabe ao juiz deprecante decidir a respeito da sua competencia e da legalidade e opportunidade do acto ou prova, sem prejuizo da jurisdicção do juiz deprecado.

Art. 390. O juiz deprecado resolverá sobre a sua propria competencia ratione materix, para o acto que lhe é commettido.

Art. 391. Aquelle que recebe a carta ou commissão rogatoria se deve sujeitar, quanto ao seu objecto, á lei do deprecante e, quanto á forma de a cumprir, á sua propria lei.

Art. 392. A rogatoria será redigida na lingua do Estado deprecante e acompanhada de uma traducção na lingua do Estado deprecado, devidamente certificada por interprete juramentado.

Art. 393. Os interessados no cumprimento das cartas rogatorias de natureza privada deverão constituir procuradores, correndo por sua conta as despesas que esses procuradores e as diligencias occasionem.

TITULO SEXTO

Excepções que têm caracter internacional

Art. 394. A litispendencia, por motivo de pleito em outro Estado contractante poderá ser allegada em materia civel, quando a sentença, proferida em um delles, deva produzir no outro os effeitos de cousa julgada.

Art. 395. Em materia penal, não se poderá allegar a excepção de litispendencia por causa pendente em outro Estado contractante.

Art. 396. A excepção de cousa julgada, que se fundar em sentença de outro Estado contractante, só poderá ser allegada quando a sentença tiver sido pronunciada com o comparecimento das partes ou de seus representantes legitimos, sem que se haja suscitado questão de competencia do tribunal estrangeiro baseada em disposições deste Codigo.

Art. 397. Em todos os casos de relações juridicas submetidas a este Codigo, poderão suscitar-se questões de competencia por declinatoria fundada em seus preceitos.

TITULO SETIMO

Da prova

CAPITULO I

DISPOSIÇÕES GERAES SOBRE A PROVA

Art. 398. A lei que rege o delicto ou a relação de direito, objecto de acção civel ou commercial, determina a quem incumbe a prova.

Art. 399. Para decidir os meios de prova que se podem utilizar em cada caso, é competente a lei do lugar em que se realizar o acto ou facto que se trate de provas, exceptuando-se os não autorizados pela lei do lugar em que corra a acção.

Art. 400. A forma por que se ha de produzir qualquer prova regula-se pela lei vigente no lugar em que fôr feita.

Art. 401. A apreciação da prova depende da lei do julgador .

Art. 402. Os documentos lavrados em cada um dos Estados contractantes terão nos outros o mesmo valor em juizo que os lavrados nelles proprios, se reunirem os requisitos seguintes:

1. Que o assumpto ou materia do acto ou contracto seja feito e permittido pelas leis do paiz onde foi lavrado e daquelle em que o documento deve produzir effeitos;

2. Que os litigantes tenham aptidão e capacidade legal para se obrigar conforme sua lei pessoal;

3. Que ao se lavrar o documento se observem as formas e solennidades estabelecidas no paiz onde se tenham verificado os actos ou contractos;

4. Que o documento esteja legalizado e preencha os demais requisitos necessarios para a sua authenticidade no lugar onde delle se faça uso.

Art. 403. A força executoria de um documento subordina-se ao direito local.

Art. 404. A capacidade das testemunhas e a sua recusa dependem da lei a que se submetta a relação de direito, objecto da acção.

Art. 405. A forma de juramento ajustar-se-á á lei do juiz ou tribunal perante o qual se preste e a sua efficacia á que regula o facto sobre o qual se jura.

Art. 406. As presumpções derivadas de um facto subordinam-se á lei do lugar em que se realiza o facto de que nascem.

Art. 407. A prova indiciaria depende da lei do juiz ou tribunal.

CAPITULO II

REGRAS ESPECIAES SOBRE A PROVA DE LEIS ESTRANGEIRAS

Art. 408. Os juizes e tribunaes de cada Estado contractante applicarão de officio, quando fôr o caso, as leis dos demais, sem prejuizo dos meios probatorios a que este capitulo se refere.

Art. 409. A parte que invoque a applicação do direito de qualquer Estado contractante em um dos outros, ou della divirja, poderá justificar o texto legal, sua vigencia e sentido mediante certidão, devidamente legalizada, de dois advogados em exercicio no paiz de cuja legislação se trate.

Art. 410. Na falta de prova ou se, por qualquer motivo, o juiz ou o trubunal a julgar insufficiente, um ou outro poderá solicitar de officio pela via diplomatica, antes de decidir, que o Estado, de cuja legislação se trate, forneça um relatorio sobre o texto, vigencia e sentido do direito applicavel.

Art. 411. Cada Estado contractante se obriga a ministrar aos outros, no mais breve prazo possivel, a informação a que o artigo anterior se refere e que deverá proceder de seu mais alto tribunal, ou de qualquer de suas camaras ou secções, ou da procuradoria geral ou da Secretaria ou Ministerio da justiça.

TITULO OITAVO

Do recurso de cassação

Art. 412. Em todo Estado contractante onde existir o recurso de cassação, ou instituição correspondente, poderá elle interpôr-se, por infracção, interpretação errenca ou applicação indevida de uma lei de outro Estado contractante, nas mesmas condições e casos em que o possa quanto ao direito nacional.

Art. 413. Serão applicaveis ao recurso de cassação as regras estabelecidas no capitulo segundo do titulo anterior, ainda que o juiz ou tribunal inferior já tenha feito uso dellas.

TITULO NONO

Da fallencia ou concordata

CAPITULO I

DA UNIDADE DA FALLENCIA OU CONCORDATA

Art. 414. Se o devedor concordatario ou fallido tem apenas um domicilio civil ou mercantil, não pode haver mais do que um juizo de processos preventivos, de concordata ou fallencia, ou uma suspensão de pagamentos, ou quitação e moratoria para todos os seus bens e obrigações nos Estados contractantes.

Art. 415. Se uma mesma pessoa ou sociedade tiver em mais de um Estado contractante varios estabelecimentos mercantis, inteiramente separados economicamente, pode haver tantos juizos de processos preventivos e fallencia quantos estabelecimentos mercantis.

CAPITULO II

DA UNIVERSALIDADE DA FALLENCIA OU CONCORDATA E DOS SEUS EFFEITOS

Art. 416. A declaração de incapacidade do fallido ou concordatario tem effeitos extraterritoriaes nos Estados contractantes, mediante prévio cumprimento das formalidades de registro ou publicação, que a legislação de cada um delles exija.

Art. 417. A sentença declaratoria da fallencia ou concordata, proferida em um dos Estados contractantes, executar-se-á nos outros Estados, nos casos e forma estabelecidos neste Codigo para as resoluções judiciaes; mas, produzirá, desde que seja definitiva e para as pessoas a respeito das quaes o seja, os effeitos de cousa julgada.

Art. 418. As faculdades e funcções dos syndicos, nomeados em um dos Estados contractantes, de accôrdo com as disposições deste Codigo, terão effeito extraterritorial nos demais, sem necessidade de tramite algum local.

Art. 419. O effeito retroactivo da declaração de fallencia ou concordata e a annullação de certos actos, em consequencia dessas decisões, determinar-se-ão pela lei dos mesmos e serão applicaveis ao territorio dos demais Estados contractantes.

Art. 420. As acções reaes e os direitos da mesma indole continuarão subordinados, não obstante a declaração de fallencia ou concordata, á lei da situação das cousas por elles attingidas e á competencia dos juizes no lugar em que estas se encontrarem.

CAPITULO III

DA CONCORDATA E DA REHABILITAÇÃO

Art. 421. A concordata entre os credores e o fallido terá effeitos estraterritoriaes nos demais Estados contractantes, salvo o direito dos credores por acção real que a não houverem acceitado.

Art. 422. A rehabilitação do fallido tem tambem efficacia extraterritorial nos demais Estados contractantes, desde que se torne definitiva a resolução judicial que a determina e de accôrdo com os seus termos.

TITULO DECIMO

Da execução de sentenças proferidas por tribunaes estrangeiros

CAPITULO I

MATERIA CIVEL

Art. 423. Toda sentença civil ou contencioso-administrativa, proferida em um dos Estados contractantes, terá força e poderá executar-se nos demais, se reunir as seguintes condições:

1. Que o juiz ou tribunal que a tiver pronunciado tenha competencia para conhecer do assumpto e julgá-lo, de accôrdo com as regras deste Codigo;
2. Que as partes tenham sido citadas pessoalmente ou por seu representante legal, para a acção;
3. Que a sentença não offenda a ordem publica ou o direito publico do paiz onde deva ser executada;
4. Que seja executoria no Estado em que tiver sido proferida;
5. Que seja traduzida autorizadamente por um funccionario ou interprete official do Estado em que se ha de executar, se ahi fôr differente o idioma em empregado;
6. Que o documento que a contém reuna os requisitos para ser considerado como authentico no Estado de que proceda, e os exigidos, para que faça fé, pela legislação do Estado onde se pretende que a sentença seja cumprida.

Art. 424. A execução da sentença deverá ser solicitada ao juiz do tribunal competente para levar a effeito, depois de satisfeitas as formalidades requeridas pela legislação interna.

Art. 425. Contra a resolução judicial, no caso a que o artigo anterior se refere, serão admittidos todos os recursos que as leis do Estado concedam a respeito das sentenças definitivas proferidas em acção declaratoria de maior quantia.

Art. 426. O juiz ou tribunal, ao qual se peça a execução, ouvirá, antes de a decretar ou denegar, e dentro no prazo de vinte dias, a parte contra quem ella seja solicitada e o procurador ou ministerio publico.

Art. 427. A citação da parte, que deve ser ouvida, será feita por meio de carta ou commissão rogatoria, segundo o disposto neste Codigo, se tiver o seu domicilio no estrangeiro e não tiver, no paiz, procurador bastante, ou, na forma estabelecida pelo direito local, se tiver domicilio no Estado deprecado.

Art. 428. Passado o prazo que o juiz ou tribunal indicar para o comparecimento, proseguirá o feito, haja ou não comparecido o citado.

Art. 429. Se o cumprimento é denegado, a carta de sentença será devolvida a quem a tiver apresentado.

Art. 430. Quando se accordo cumprir a sentença, a sua execução será submettida aos tramites determinados pela lei do juiz ou tribunal para as suas proprias sentenças.

Art. 431. As sentenças definitivas, proferidas por um Estado contractante, e cujas disposições não sejam exequiveis, produzirão, nos demais, os effeitos de cousa

julgada, caso reunam as condições que para esse fim determina este Codigo, salvo as relativas á sua execução.

Art. 432. O processo e os effeitos regulados nos artigos anteriores serão applicados nos Estados contractantes ás sentenças proferidas em qualquer delles por arbitros ou compositores amigaveis, sempre que o assumpto que as motiva possa ser objecto de compromisso, nos termos da legislação do paiz em que a execução ser solicite.

Art. 433. Applicar-se-á tambem esse mesmo processo ás sentenças civeis, pronunciadas em qualquer dos Estados contractantes, por um tribunal internacional, e que se refiram a pessoas ou interesses privados.

CAPITULO II

DOS ACTOS DE JURISDICÇÃO VOLUNTARIA

Art. 434. As disposições adoptadas em actos de jurisdicção voluntaria, em materia de commercio, por juizes ou tribunaes de um Estado contractante, ou por seus agentes consulares, serão executadas nos demais Estados segundo os tramites e na forma indicados no capitulo anterior.

Art. 435. As resoluções em actos de jurisdicção voluntaria, em materia civel, procedentes de um Estado contractante, serão acceitas pelos demais, se reunirem as condições exigidas por este Codigo, para as efficacia dos documentos outorgados em paiz estrangeiro, e procederem de juiz ou tribunal competente, e terão por conseguinte efficacia extra-territorial.

CAPITULO III

MATERIAL PENAL

Art. 436. Nenhum Estado contractante executará as sentenças proferidas em qualquer dos outros em materia penal, relativamente ás sancções dessa natureza que ellas imponham.

Art. 437. Poderão, entretanto, executar-se as ditas sentenças, no que toca á responsabilidade civil e a seus effeitos sobre os bens do condemnado, se forem proferidas pelo juiz ou tribunal competente, segundo este Codigo, e com audiencia do interessado e se se cumprirem as demais condições formaes e processuaes que o capitulo primeiro deste titulo estabelece.

ANEXO 10

CONSTITUIÇÃO DA OIT

Preámbulo

Considerando que la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social;

Considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones, por ejemplo, en lo concerniente a reglamentación de las horas de trabajo, fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo, contratación de la mano de obra ,lucha contra el desempleo, garantía de un salario vital adecuado protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo, protección de los niños, de los adolescentes y de las mujeres, pensiones de vejez y de invalidez, protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero, reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor y del principio de libertad sindical, organización de la enseñanza profesional y técnica y otras medidas análogas;

Considerando que si cualquier nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países:

Las Altas Partes Contratantes, movidas por sentimientos de justicia y de humanidad y por el deseo de asegurar la paz permanente en el mundo, y a los efectos de alcanzar los objetivos expuestos en este preámbulo, convienen en la siguiente Constitución de la Organización Internacional del Trabajo.

Capítulo I: Organización

Artículo 1

Establecimiento 1. Se funda una organización permanente encargada de trabajar por la realización del programa expuesto en el preámbulo a esta Constitución y en la Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo, adoptada en Filadelfia el 10 de mayo de 1944, cuyo texto figura como anexo a esta Constitución.

Miembros 2. Serán Miembros de la Organización Internacional del Trabajo los Estados que eran Miembros de la Organización el 1.o de noviembre de 1945 y cualquier otro Estado que adquiera la calidad de Miembro de conformidad con las disposiciones de los párrafos 3 y 4 de este artículo.

3. Cualquier Miembro originario de las Naciones Unidas y cualquier Estado admitido como Miembro de las Naciones Unidas por decisión de la Asamblea General, de acuerdo con las disposiciones de la Carta podrán adquirir la calidad de Miembro de la Organización Internacional del Trabajo comunicando al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo la aceptación formal de las obligaciones que emanan de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo.

Establecimiento 4. La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo podrá también admitir a un Estado en calidad de Miembro de la Organización por mayoría de dos tercios de los delegados presentes en la reunión, incluidos dos tercios de los delegados gubernamentales presentes y votantes. Esta admisión surtirá efecto cuando el gobierno del nuevo Miembro comunique al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo la aceptación formal de las obligaciones que emanan de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo.

Retiro 5. Ningún Miembro de la Organización Internacional del Trabajo podrá retirarse de la Organización sin dar aviso previo de su intención al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo. Dicho aviso

surtirá efecto dos años después de la fecha de su recepción por el Director General, a reserva de que en esa última fecha el Miembro haya cumplido todas las obligaciones financieras que se deriven de su calidad de Miembro. Cuando un Miembro haya ratificado un convenio internacional del trabajo, su retiro no menoscabará la validez de todas las obligaciones que se deriven del convenio o se refieran a él, respecto del período señalado en dicho convenio.

Readmisión 6. En caso de que un Estado hubiere dejado de ser Miembro de la Organización, su readmisión como Miembro se regirá por las disposiciones de los párrafos 3 o 4 de este artículo.

Artículo 2

Organos La Organización permanente comprende:

a) la Conferencia General de los representantes de los Miembros;

b) el Consejo de Administración, compuesto como lo indica el artículo 7; y

c) la Oficina Internacional del Trabajo; que estará bajo la dirección del Consejo de Administración.

Artículo 3

Conferencia Reuniones y delegados 1. La Conferencia General de los representantes de los Miembros celebrará reuniones cada vez que sea necesario y, por lo menos, una vez al año; se compondrá de cuatro representantes de cada uno de los Miembros, dos de los cuales serán delegados del gobierno y los otros dos representarán, respectivamente, a los empleadores y a los trabajadores de cada uno de los Miembros.

Consejeros técnicos 2. Cada delegado podrá estar acompañado de dos consejeros técnicos como máximo, por cada uno de los puntos que figuren en el orden del día de la reunión. Cuando en la Conferencia deban discutirse cuestiones de especial interés para las mujeres, entre las personas designadas como consejeros técnicos una, por lo menos, deberá ser mujer.

Representación de los territorios no metropolitanos 3. Todo Miembro que sea responsable de las relaciones internacionales de territorios no metropolitanos podrá designar como consejeros técnicos adicionales para acompañar a cada uno de sus delegados:

a) a personas nombradas por dicho Miembro en calidad de representantes de cualquiera de esos territorios para los asuntos que sean de la competencia de las autoridades de tales territorios; y

b) a personas nombradas por dicho Miembro para asesorar a sus delegados en los asuntos relativos a territorios no autónomos.

4. Cuando un territorio esté bajo la autoridad conjunta de dos o más Miembros, podrán designarse personas para asesorar a los delegados de dichos Miembros.

Designación de los representantes no gubernamentales

5. Los Miembros se obligan a designar a los delegados y consejeros técnicos no gubernamentales de acuerdo con las organizaciones profesionales más representativas de empleadores o de trabajadores según sea el caso, siempre que tales organizaciones existan en el país de que se trate.

6. Los consejeros técnicos sólo podrán hacer uso de la palabra a petición del delegado a quien acompañen y con autorización especial del Presidente de la Conferencia; no podrán participar en las votaciones.

Facultades de los consejeros técnicos

7. Cualquier delegado podrá, por nota escrita dirigida al Presidente, designar como suplente a uno de sus consejeros técnicos, quien, en tal caso, podrá participar en los debates y en las votaciones.

Poderes de los delegados y consejeros técnicos

8. Los nombres de los delegados y de sus consejeros técnicos serán comunicados a la Oficina Internacional del Trabajo por el gobierno de cada uno de los Miembros.

9. Los poderes de los delegados y de sus consejeros técnicos serán examinados por la Conferencia, la cual podrá, por mayoría de dos tercios de los votos de los delegados presentes, rechazar la admisión de cualquier delegado o consejero técnico que en opinión de la misma no haya sido designado de conformidad con el presente artículo.

Artículo 4

Derecho de voto

1. Cada delegado tendrá derecho a votar individualmente en todas las cuestiones sometidas a la Conferencia.

2. En caso de que uno de los Miembros no hubiere designado a uno de los delegados no gubernamentales a que tiene derecho, el otro delegado no gubernamental tendrá derecho a participar en los debates de la Conferencia, pero no a votar.

3. En caso de que la Conferencia, en virtud de las facultades que le confiere el artículo 3, rechazare la admisión de un delegado de uno de los Miembros, las disposiciones del presente artículo se aplicarán como si dicho delegado no hubiere sido designado.

Artículo 5

Lugar de la reunión de la Conferencia

Las reuniones de la Conferencia se celebrarán, a reserva de las decisiones que pueda haber tomado la propia Conferencia en una reunión anterior, en el lugar que decida el Consejo de Administración.

Artículo 6

Sede de la Oficina Internacional del Trabajo

Cualquier cambio en la sede de la Oficina Internacional del Trabajo lo decidirá la Conferencia por mayoría de dos tercios de los votos emitidos por los delegados presentes.

Artículo 7

Consejo de Administración. Composición

1. El Consejo de Administración se compondrá de cincuenta y seis personas:

veintiocho representantes de los gobiernos;

catorce representantes de los empleadores, y

catorce representantes de los trabajadores.

Representantes de los gobiernos

2. De los veintiocho representantes de los gobiernos, diez serán nombrados por los Miembros de mayor importancia industrial, y los dieciocho restantes, por los Miembros designados al efecto por los delegados gubernamentales a la Conferencia, con exclusión de los delegados de los diez Miembros primeramente mencionados.

Estados de mayor

3. El Consejo de Administración determinará, cada vez que sea necesario, cuáles son los Miembros de la Organización de mayor

importancia industrial

importancia industrial y fijará las normas para que todas las cuestiones relacionadas con la designación de dichos Miembros sean examinadas por una comisión imparcial antes de que el Consejo de Administración adopte una decisión al respecto. Toda apelación interpuesta por un Miembro contra la decisión del Consejo de Administración por la que determine cuáles son los Miembros de mayor importancia industrial será resuelta por la Conferencia; pero dicha apelación no suspenderá la aplicación de la decisión mientras la Conferencia no se haya pronunciado.

Representantes de los empleadores y de los trabajadores

4. Los representantes de los empleadores y los de los trabajadores serán elegidos, respectivamente, por los delegados empleadores y los delegados trabajadores a la Conferencia.

Renovación

5. El Consejo de Administración se renovará cada tres años. Si por cualquier razón las elecciones del Consejo de Administración no pudieren celebrarse al expirar este plazo, el Consejo de Administración continuará en funciones hasta que puedan realizarse.

Puestos vacantes, designación de suplentes, etc.

6. La forma de proveer los puestos vacantes y de designar los suplentes, y otras cuestiones análogas, podrán ser resueltas por el Consejo, a reserva de la aprobación de la Conferencia.

Mesa

7. El Consejo de Administración elegirá entre sus miembros un presidente y dos vicepresidentes. Uno de estos tres cargos deberá ser desempeñado por una persona que represente a un gobierno y los otros dos por personas que representen, respectivamente, a los empleadores y a los trabajadores.

Reglamento

8. El Consejo de Administración fijará su propio reglamento, así como las fechas de sus reuniones. Se celebrará reunión extraordinaria cuando lo soliciten por escrito por lo menos dieciséis miembros del Consejo de Administración.

Artículo 8

Director General

1. El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo será nombrado por el Consejo de Administración, del que recibirá instrucciones y ante el cual será responsable de la buena marcha de la Oficina y de la ejecución de cualesquiera otras funciones que pudieren serle confiadas.

2. El Director General o su suplente asistirá a todas las sesiones del Consejo de Administración.

Artículo 9

Personal Nombramiento

1. El personal de la Oficina Internacional del Trabajo será nombrado por el Director General, de acuerdo con las reglas aprobadas por el Consejo de Administración.

2. Los nombramientos que efectúe el Director General deberán recaer en personas de diferentes nacionalidades, siempre que ello sea compatible con la eficacia de las labores de la Oficina.

3. Algunas de estas personas deberán ser mujeres.

Carácter internacional de las funciones

4. Las funciones del Director General y del personal serán exclusivamente de carácter internacional. En el cumplimiento de sus funciones, el Director General y el personal no solicitarán ni aceptarán instrucciones de ningún gobierno ni de ninguna autoridad ajena a la Organización. Se abstendrán de toda acción incompatible con su condición de funcionarios internacionales, responsables únicamente ante la Organización.

5. Todo Miembro de la Organización se obliga a respetar el carácter exclusivamente internacional de las funciones del Director General y del personal y no tratará de ejercer influencia sobre ellos en el cumplimiento de sus funciones.

Artículo 10

Funciones de la Oficina

1. Las funciones de la Oficina Internacional del Trabajo comprenderán la compilación y distribución de todas las informaciones concernientes a la reglamentación internacional de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores y, en particular, el estudio de las cuestiones que hayan de someterse a la Conferencia con miras a la adopción de

convenios internacionales ,así como la realización de encuestas especiales ordenadas por la Conferencia o por el Consejo de Administración.

2. A reserva de las instrucciones que pueda darle el Consejo de Administración, la Oficina:

a) preparará los documentos sobre los diversos puntos del orden del día de las reuniones de la Conferencia;

b) prestará a los gobiernos, cuando éstos la soliciten, toda la ayuda posible para elaborar una legislación basada en las decisiones de la Conferencia y para mejorar las prácticas administrativas y los sistemas de inspección;

c) cumplirá, de conformidad con las disposiciones de esta Constitución, los deberes que le incumban en relación con la aplicación efectiva de los convenios;

d) redactará y editará, en los idiomas que el Consejo de Administración considere convenientes, publicaciones sobre cuestiones relativas a la industria y al trabajo que tengan interés internacional.

3. De un modo general, la Oficina tendrá cualesquiera otras facultades y obligaciones que la Conferencia o el Consejo de Administración considere conveniente encomendarle.

Artículo 11

Relaciones con los gobiernos

Las dependencias gubernamentales de los Estados Miembros que se ocupen de cuestiones de trabajo podrán comunicarse directamente con el Director General por conducto del representante de su gobierno en el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, o, en su defecto, por conducto de cualquier otro funcionario debidamente calificado y designado al respecto por el gobierno interesado.

Artículo 12

Relaciones con las organizaciones internacionales

1. La Organización Internacional del Trabajo colaborará, de acuerdo con lo dispuesto en esta Constitución, con cualquier organización internacional de carácter general encargada de coordinar las actividades de las organizaciones de derecho internacional público que tengan funciones especializadas, y con las organizaciones de derecho

internacional público que tengan funciones especializadas en esferas afines.

2. La Organización Internacional del Trabajo podrá adoptar medidas apropiadas para que los representantes de las organizaciones de derecho internacional público participen, sin voto, en sus debates.

3. La Organización Internacional del Trabajo podrá adoptar cuantas medidas estime necesarias para efectuar consultas, cuando lo considere conveniente, con las organizaciones internacionales no gubernamentales reconocidas, comprendidas las organizaciones internacionales de empleadores, de trabajadores, de agricultores y de cooperativistas.

Artículo 13

Acuerdos financieros y presupuestarios

1. La Organización Internacional del Trabajo podrá celebrar con las Naciones Unidas los acuerdos financieros y presupuestarios que considere apropiados.

2. Mientras no se hayan concluido tales acuerdos, o si en un momento dado no estuvieren en vigor:

a) cada uno de los Miembros pagará los gastos de viaje y estancia de sus delegados y consejeros técnicos, así como los de sus representantes que participen en las reuniones de la Conferencia o del Consejo de Administración, según sea el caso;

b) todos los demás gastos de la Oficina Internacional del Trabajo y de las reuniones de la Conferencia o del Consejo de Administración serán sufragados por el Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, con cargo al presupuesto general de la Organización Internacional del Trabajo;

c) las disposiciones relativas a la aprobación del presupuesto de la Organización Internacional del Trabajo, así como las concernientes al prorrateo y recaudación de las contribuciones, las fijará la Conferencia por mayoría de dos tercios de los votos emitidos por los delegados presentes, y en dichas disposiciones se establecerá que el presupuesto y las reglas concernientes al prorrateo de los gastos entre los Miembros de la Organización serán aprobados por una comisión de

representantes gubernamentales.

3. Los gastos de la Organización Internacional del Trabajo correrán a cargo de los Miembros, conforme a las disposiciones vigentes en virtud del párrafo 1 o del apartado c) del párrafo 2 de este artículo.

Retraso en el pago de contribuciones

4. El Miembro de la Organización que esté atrasado en el pago de su contribución financiera a la Organización no podrá votar en la Conferencia, en el Consejo de Administración, en ninguna comisión ni en las elecciones de miembros del Consejo de Administración, si la suma adeudada fuere igual o superior al total de la contribución que deba pagar por los dos años anteriores completos. Sin embargo la Conferencia podrá, por mayoría de dos tercios de los votos emitidos por los delegados presentes, permitir que dicho Miembro vote, si llegare a la conclusión de que el retraso se debe a circunstancias ajenas a la voluntad del Miembro.

Responsabilidad financiera del Director General

5. El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo será responsable, ante el Consejo de Administración, del empleo de los fondos de la Organización Internacional del Trabajo.

Capítulo II: Funcionamiento

Artículo 14

Orden del día de la Conferencia

1. El Consejo de Administración fijará el orden del día de las reuniones de la Conferencia, después de examinar todas las proposiciones presentadas al respecto por los gobiernos de los Miembros, por cualquiera de las organizaciones representativas a que se hace referencia en el artículo 3, o por cualquier organización de derecho internacional público.

Preparación de los trabajos de la Conferencia

2. El Consejo de Administración fijará reglas para lograr que se efectúe una preparación técnica y cabal y se consulte adecuadamente a los Miembros principalmente interesados, por medio de una conferencia preparatoria o de cualquier otro modo, antes de la adopción de un convenio o de una recomendación por la Conferencia.

Artículo 15

Comunicación del orden del día y de los informes para la Conferencia

1. El Director General actuará como Secretario General de la Conferencia y, cuatro meses antes de la sesión de apertura, pondrá el orden del día de cada reunión en conocimiento de los Miembros y por conducto de éstos, en conocimiento de los delegados no gubernamentales, una vez que hayan sido designados.

2. Los informes sobre cada punto del orden del día serán enviados a los Miembros en tiempo oportuno a fin de que puedan ser examinados adecuadamente antes de la reunión de la Conferencia. El Consejo de Administración fijará las reglas para la aplicación de esta disposición.

Artículo 16

Objeciones al orden del día

1. Cada uno de los gobiernos de los Miembros tendrá derecho a oponerse a la inscripción de una o varias cuestiones propuestas en el orden del día de la reunión. Los motivos que justifiquen dicha oposición deberán ser expuestos en una nota dirigida al Director General, quien deberá comunicarla a los Miembros de la Organización.

2. Sin embargo, las cuestiones que hayan sido objeto de oposición continuarán inscritas en el orden del día si la Conferencia así lo decidiere por mayoría de dos tercios de los votos emitidos por los delegados presentes.

Inscripción, por la Conferencia, de una nueva cuestión en el orden del día

3. Cuando la Conferencia decida, por la misma mayoría de dos tercios, que una cuestión deba ser examinada (y no se trate del caso previsto en el párrafo precedente), dicha cuestión será inscrita en el orden del día de la reunión siguiente.

Artículo 17

Mesa de la Conferencia, funcionamiento y comisiones

1. La Conferencia elegirá un presidente y tres vicepresidentes. De los tres vicepresidentes, uno será delegado gubernamental, otro delegado de los empleadores y el otro delegado de los trabajadores. La Conferencia reglamentará su propio funcionamiento y nombrará comisiones encargadas de informar sobre todas las cuestiones que a su juicio deban estudiarse.

Votación 2. Las decisiones de la Conferencia se adoptarán por simple mayoría de los votos emitidos por los delegados presentes, en todos aquellos casos en que no se requiera mayor número de votos por disposición expresa de esta Constitución, de cualquier convenio u otro instrumento que confiera facultades a la Conferencia, o de los acuerdos financieros y presupuestarios que se adopten en virtud del artículo 13.

Quórum 3. Ninguna votación surtirá efecto si el total de votos emitidos fuere inferior a la mitad del número de delegados presentes en la reunión.

Artículo 18

Expertos técnicos La Conferencia podrá agregar expertos técnicos, sin derecho a voto a las comisiones que constituya.

Artículo 19

Convenios y recomendaciones. 1. Cuando la Conferencia se pronuncie a favor de la adopción de proposiciones relativas a una cuestión del orden del día, tendrá que determinar si dichas proposiciones han de revestir la forma: a) de un convenio internacional, o b) de una recomendación, si la cuestión tratada, o uno de sus aspectos, no se prestare en ese momento para la adopción de un convenio.

Decisiones de la Conferencia

Mayoría necesaria 2. En ambos casos, para que la Conferencia adopte en votación final el convenio o la recomendación será necesaria una mayoría de dos tercios de los votos emitidos por los delegados presentes.

Modificaciones para adaptarse a las condiciones locales 3. Al elaborar cualquier convenio o recomendación de aplicación general, la Conferencia deberá tener en cuenta aquellos países donde el clima, el desarrollo incompleto de la organización industrial u otras circunstancias particulares hagan esencialmente diferentes las condiciones de trabajo, y deberá proponer las modificaciones que considere necesarias de acuerdo con las condiciones peculiares de dichos países.

Textos auténticos 4. El Presidente de la Conferencia y el Director General autenticarán, con sus firmas, dos copias del convenio o de la recomendación. De estas copias, una se depositará en los archivos de la Oficina Internacional del Trabajo y la otra se enviará al Secretario General de las Naciones Unidas. El Director General remitirá una copia certificada

del convenio o de la recomendación a cada uno de los Miembros.

Obligaciones de los Miembros en cuanto a los convenios

5. En el caso de un convenio:

a) el convenio se comunicará a todos los Miembros para su ratificación;

b) cada uno de los Miembros se obliga a someter el convenio, en el término de un año a partir de la clausura de la reunión de la Conferencia (o, cuando por circunstancias excepcionales no pueda hacerse en el término de un año, tan pronto sea posible, pero nunca más de dieciocho meses después de clausurada la reunión de la Conferencia), a la autoridad o autoridades a quienes competa el asunto, al efecto de que le den forma de ley o adopten otras medidas;

c) los Miembros informarán al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo sobre las medidas adoptadas de acuerdo con este artículo para someter el convenio a la autoridad o autoridades competentes, comunicándole, al mismo tiempo, los datos relativos a la autoridad o autoridades consideradas competentes y a las medidas por ellas adoptadas;

d) si el Miembro obtuviere el consentimiento de la autoridad o autoridades a quienes competa el asunto, comunicará la ratificación formal del convenio al Director General y adoptará las medidas necesarias para hacer efectivas las disposiciones de dicho convenio;

e) si el Miembro no obtuviere el consentimiento de la autoridad o autoridades a quienes competa el asunto, no recaerá sobre dicho Miembro ninguna otra obligación, a excepción de la de informar al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, con la frecuencia que fije el Consejo de Administración, sobre el estado de su legislación y la práctica en lo que respecta a los asuntos tratados en el convenio, precisando en qué medida se ha puesto o se propone poner en ejecución cualquiera de las disposiciones del convenio, por vía legislativa o administrativa, por medio de contratos colectivos, o de otro modo, e indicando las dificultades que impiden o retrasan la ratificación de dicho convenio.

Obligaciones de los

6. En el caso de una recomendación:

a) la recomendación se comunicará a todos los Miembros para su

Miembros en cuanto a las recomendaciones

examen, a fin de ponerla en ejecución por medio de la legislación nacional o de otro modo;

b) cada uno de los Miembros se obliga a someter la recomendación, en el término de un año a partir de la clausura de la reunión de la Conferencia (o, cuando por circunstancias excepcionales no pueda hacerse en el término de un año, tan pronto sea posible, pero nunca más de dieciocho meses después de clausurada la reunión de la Conferencia), a la autoridad o autoridades a quienes competa el asunto, al efecto de que le den forma de ley o adopten otras medidas;

c) los Miembros informarán al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo sobre las medidas adoptadas de acuerdo con este artículo para someter la recomendación a la autoridad o autoridades competentes, comunicándole, al mismo tiempo, los datos relativos a la autoridad o autoridades consideradas competentes y las medidas por ellas adoptadas;

d) salvo la obligación de someter la recomendación a la autoridad o autoridades competentes, no recaerá sobre los Miembros ninguna otra obligación, a excepción de la de informar al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, con la frecuencia que fije el Consejo de Administración, sobre el estado de su legislación y la práctica en lo que respecta a los asuntos tratados en la recomendación, precisando en qué medida se han puesto o se propone poner en ejecución las disposiciones de la recomendación, y las modificaciones que se considere o pueda considerarse necesario hacer a estas disposiciones para adoptarlas o aplicarlas.

Obligaciones de los Estados federales

7. En el caso de un Estado federal, se aplicarán las siguientes disposiciones:

a) respecto a los convenios y recomendaciones que el gobierno federal considere apropiados de acuerdo con su sistema constitucional para la adopción de medidas en el ámbito federal, las obligaciones del Estado federal serán las mismas que las de los Miembros que no sean Estados federales;

b) respecto a los convenios y recomendaciones que el gobierno federal

considere más apropiados, total o parcialmente, de acuerdo con su sistema constitucional, para la adopción de medidas por parte de los Estados, provincias o cantones constitutivos que por parte del Estado federal, el gobierno federal:

i) adoptará, de acuerdo con su constitución o las constituciones de los Estados, provincias o cantones interesados, medidas efectivas para someter tales convenios y recomendaciones, a más tardar dieciocho meses después de clausurada la reunión de la Conferencia a las autoridades federales, estatales, provinciales o cantonales apropiadas, al efecto de que les den forma de ley o adopten otras medidas;

ii) adoptará medidas, condicionadas al acuerdo de los gobiernos de los Estados, provincias o cantones interesados, para celebrar consultas periódicas entre las autoridades federales y las de los Estados, provincias o cantones interesados, a fin de promover dentro del Estado federal, medidas coordinadas para poner en ejecución las disposiciones de tales convenios y recomendaciones;

iii) informará al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo sobre las medidas adoptadas de acuerdo con este artículo para someter tales convenios y recomendaciones a las autoridades federales, estatales, provinciales o cantonales apropiadas comunicándole al mismo tiempo los datos relativos a las autoridades consideradas apropiadas y a las medidas por ellas adoptadas;

iv) informará al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo respecto a cada uno de esos convenios que no haya ratificado, con la frecuencia que fije el Consejo de Administración, sobre el estado de la legislación y la práctica de la federación y sus Estados, provincias o cantones constitutivos, precisando en qué medida se ha puesto o se propone poner en ejecución cualquiera de las disposiciones del convenio, por vía legislativa o administrativa, por medio de contratos colectivos, o de otro modo;

v) informará al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo respecto a cada una de esas recomendaciones, con la frecuencia que fije el Consejo de Administración, sobre el estado de la legislación y la

práctica de la federación y sus Estados provincias o cantones constitutivos, precisando en qué medida se han puesto o se propone poner en ejecución las disposiciones de la recomendación y las modificaciones que se considere o pueda considerarse necesario hacer a estas disposiciones para adoptarlas o aplicarlas.

Efectos de los convenios y recomendaciones sobre disposiciones que establezcan condiciones más favorables

8. En ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier Miembro, menoscabará cualquier ley sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o en la recomendación.

Artículo 20

Registro en las Naciones Unidas

Todo convenio así ratificado será comunicado por el Director General de la Oficina Internacional del Trabajo al Secretario General de las Naciones Unidas, para ser registrado de acuerdo con las disposiciones del artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas pero sólo obligará a los Miembros que lo hayan ratificado.

Artículo 21

Proyectos de convenio no adoptados por la Conferencia

1. Cualquier proyecto de convenio sometido a la Conferencia que en la votación final no obtuviere una mayoría de dos tercios de los votos emitidos por los Miembros presentes podrá ser objeto de un convenio particular entre los Miembros de la Organización que así lo deseen.

2. Todo convenio concertado en esta forma deberá ser comunicado por los gobiernos interesados al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo y al Secretario General de las Naciones Unidas, para ser registrado de acuerdo con las disposiciones del artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas.

Artículo 22

Memorias anuales sobre los convenios ratificados

Cada uno de los Miembros se obliga a presentar a la Oficina Internacional del Trabajo una memoria anual sobre las medidas que haya adoptado para poner en ejecución los convenios a los cuales se haya adherido. Estas memorias serán redactadas en la forma que indique el Consejo de Administración y deberán contener los datos que éste solicite.

Artículo 23

Examen y comunicación de las memorias

1. El Director General presentará en la siguiente reunión de la Conferencia un resumen de las informaciones y memorias que le hayan comunicado los Miembros en cumplimiento de los artículos 19 y 22.

2. Todo Miembro comunicará a las organizaciones representativas reconocidas, a los efectos del artículo 3, copia de las informaciones y memorias que haya enviado al Director General en cumplimiento de los artículos 19 y 22.

Artículo 24

Reclamaciones respecto a la aplicación de un convenio

Toda reclamación dirigida a la Oficina Internacional del Trabajo por una organización profesional de empleadores o de trabajadores en la que se alegue que cualquiera de los Miembros no ha adoptado medidas para el cumplimiento satisfactorio, dentro de su jurisdicción, de un convenio en el que dicho Miembro sea parte podrá ser comunicada por el Consejo de Administración al gobierno contra el cual se presente la reclamación y podrá invitarse a dicho gobierno a formular sobre la materia la declaración que considere conveniente.

Artículo 25

Posibilidad de hacer pública la reclamación

Si en un plazo prudencial no se recibiere ninguna declaración del gobierno contra el cual se haya presentado la reclamación, o si la declaración recibida no se considerare satisfactoria por el Consejo de Administración, éste podrá hacer pública la reclamación y, en su caso, la respuesta recibida.

Artículo 26

Queja respecto a la aplicación de un convenio

1. Cualquier Miembro podrá presentar ante la Oficina Internacional del Trabajo una queja contra otro Miembro que, a su parecer, no haya adoptado medidas para el cumplimiento satisfactorio de un convenio que ambos hayan ratificado en virtud de los artículos precedentes.

2. El Consejo de Administración podrá, si lo considerare conveniente y antes de referir el asunto a una comisión de encuesta, según el procedimiento que más adelante se indica, ponerse en relación con el gobierno contra el cual se presente la queja, en la forma prevista en el artículo 24.

3. Si el Consejo de Administración no considerase necesario comunicar la queja al gobierno contra el cual se haya presentado, o si, hecha la comunicación, no se recibiere dentro de un plazo prudencial una respuesta que le satisfaga, el Consejo de Administración podrá nombrar una comisión de encuesta encargada de estudiar la cuestión planteada e informar al respecto.

4. El Consejo podrá seguir el mismo procedimiento de oficio o en virtud de una queja presentada por un delegado de la Conferencia.

5. Cuando el Consejo de Administración examine una cuestión suscitada por la aplicación de los artículos 25 o 26, el gobierno interesado, si no estuviere ya representado en el Consejo de Administración, tendrá derecho a designar un delegado para que participe en las deliberaciones del Consejo relativas a dicha cuestión. La fecha en que deban efectuarse las deliberaciones se notificará en tiempo oportuno al gobierno interesado.

Artículo 27

Colaboración con la comisión de encuesta

En caso de que se decidiera someter a una comisión de encuesta una queja recibida en virtud del artículo 26, cada Miembro, le concierna o no directamente la queja, se obliga a poner a disposición de la comisión todas las informaciones que tuviere en su poder relacionadas con el objeto de dicha queja.

Artículo 28

Informe de la comisión de encuesta

La comisión de encuesta, después de examinar detenidamente la queja, redactará un informe en el cual expondrá el resultado de sus averiguaciones sobre todos los hechos concretos que permitan precisar el alcance del litigio, así como las recomendaciones que considere apropiado formular con respecto a las medidas que debieran adoptarse para dar satisfacción al gobierno reclamante, y a los plazos dentro de los cuales dichas medidas debieran adoptarse.

Artículo 29

Medidas ulteriores respecto al informe de la comisión de encuesta

1. El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo comunicará el informe de la comisión de encuesta al Consejo de Administración y a los gobiernos a los cuales concierna la queja, y procederá a su publicación.

2. Cada uno de los gobiernos interesados deberá comunicar al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, dentro de un plazo de tres meses, si acepta o no las recomendaciones contenidas en el informe de la comisión y, en caso de que no las acepte, si desea someter la queja a la Corte Internacional de Justicia.

Artículo 30

Incumplimiento de la obligación de someter los convenios y recomendaciones a las autoridades competentes

En caso de que uno de los Miembros no adoptare, para la aplicación de un convenio o de una recomendación, las medidas prescritas por los párrafos 5 b), 6 b) o 7 b) i) del artículo 19, cualquier otro Miembro podrá someter la cuestión al Consejo de Administración. Si el Consejo de Administración reconociere que el Miembro no ha adoptado dichas medidas, informará a la Conferencia sobre el particular.

Artículo 31

Decisiones de la Corte Internacional de Justicia

La decisión de la Corte Internacional de Justicia sobre cualquier reclamación o cuestión que se le haya sometido en virtud del artículo 29 será inapelable.

Artículo 32

La Corte Internacional de Justicia podrá confirmar, modificar o anular las conclusiones o recomendaciones que pudiere haber formulado la comisión de encuesta.

Artículo 33

Incumplimiento de las recomendaciones de la comisión de encuesta o de la CIJ

En caso de que un Miembro no dé cumplimiento dentro del plazo prescrito a las recomendaciones que pudiere contener el informe de la comisión de encuesta o la decisión de la Corte Internacional de Justicia, según sea el caso, el Consejo de Administración recomendará a la Conferencia las medidas que estime convenientes para obtener el cumplimiento de dichas recomendaciones.

Artículo 34

Aplicación de las recomendaciones de la comisión de encuesta o de la CIJ

El gobierno acusado de incumplimiento podrá informar en cualquier momento al Consejo de Administración que ha adoptado las medidas necesarias para cumplir las recomendaciones de la comisión de encuesta o las contenidas en la decisión de la Corte Internacional de Justicia, y podrá pedir que se constituya una comisión de encuesta encargada de comprobar sus aseveraciones. En este caso serán aplicables las disposiciones de los artículos 27, 28, 29, 31 y 32, y si el informe de la comisión de encuesta o la decisión de la Corte Internacional de Justicia fueren favorables al gobierno acusado de incumplimiento, el Consejo de Administración deberá recomendar que cese inmediatamente cualquier medida adoptada de conformidad con el artículo anterior.

Capítulo III: Prescripciones generales

Artículo 35

Aplicación de los convenios a los territorios no metropolitanos

1. Los Miembros se obligan a aplicar los convenios que hayan ratificado, de conformidad con las disposiciones de esta Constitución, a los territorios no metropolitanos de cuyas relaciones internacionales sean responsables, incluidos los territorios en fideicomiso de los cuales sean la autoridad administrativa, excepto cuando las cuestiones tratadas en el convenio caigan dentro de la competencia de las autoridades del territorio, o cuando el convenio sea inaplicable debido a las condiciones locales, o a reserva de las modificaciones que se requieran para adaptarlo a las condiciones locales.

2. Todo Miembro que ratifique un convenio deberá comunicar al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, tan pronto sea posible después de la ratificación, una declaración en la que indique, respecto a los territorios que no estén comprendidos en los párrafos 4 y 5 de este artículo, en qué medida se obliga a que se apliquen las disposiciones del convenio y en la que proporcione las informaciones prescritas en tal convenio.

3. Todo Miembro que haya comunicado una declaración en virtud del párrafo precedente podrá comunicar periódicamente, de acuerdo con las disposiciones del convenio, una nueva declaración que modifique los términos de cualquiera otra anterior y dé a conocer la situación en lo que concierne a tales territorios.

4. Cuando las cuestiones tratadas en el convenio caigan dentro de la competencia de las autoridades de cualquier territorio no metropolitano, el Miembro responsable de las relaciones internacionales de dicho territorio deberá comunicar el convenio al gobierno del territorio, tan pronto sea posible, a fin de que ese gobierno promulgue la legislación pertinente o adopte otras medidas. Posteriormente, el Miembro, de acuerdo con el gobierno del territorio, podrá comunicar al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo una declaración por la que acepte las obligaciones del convenio en nombre de dicho territorio.

5. Cualquier declaración en virtud de la cual se acepten las obligaciones de un convenio podrá ser comunicada al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo:

a) por dos o más Miembros de la Organización, respecto a cualquier territorio que esté bajo su autoridad conjunta; o

b) por cualquier autoridad internacional responsable de la administración de un territorio en virtud de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas o de cualquier otra disposición vigente para dicho territorio.

6. La aceptación de las obligaciones de un convenio en virtud de los párrafos 4 o 5 implicará la aceptación, en nombre del territorio interesado, de las obligaciones establecidas en el convenio y de las obligaciones que según las Constitución de la Organización se apliquen a los convenios ratificados. En la declaración de aceptación se podrán especificar las modificaciones a las disposiciones del convenio que sean necesarias para adaptarlo a las condiciones locales.

7. Todo Miembro o autoridad nacional que haya comunicado una declaración en virtud de los párrafos 4 o 5 de este artículo podrá comunicar periódicamente, de acuerdo con las disposiciones del convenio, una nueva declaración por la que modifique los términos de cualquier declaración anterior o por la que deje sin efecto la aceptación de las obligaciones de cualquier convenio en nombre del territorio interesado.

8. Si no se aceptaren las obligaciones de un convenio en nombre de un territorio al que se refieren los párrafos 4 o 5 de este artículo, el Miembro o los Miembros o la autoridad internacional según sea el caso, deberán informar al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo sobre la legislación y la práctica que rigen en ese territorio respecto a las cuestiones tratadas en el convenio, y el informe deberá señalar en qué medida se ha puesto o se propone poner en ejecución cualquiera de las disposiciones del convenio, por vía legislativa o administrativa, por medio de contratos colectivos, o de otro modo. También deberán exponer en el informe las dificultades que impiden o

retrasan la aceptación de tal convenio.

Artículo 36

Enmiendas a la Constitución

Las enmiendas a la presente Constitución que adopte la Conferencia por mayoría de dos tercios de los votos emitidos por los delegados presentes surtirán efecto cuando sean ratificadas o aceptadas por dos tercios de los Miembros de la Organización, incluidos cinco de los diez Miembros representados en el Consejo de Administración como Miembros de mayor importancia industrial, de conformidad con las disposiciones del párrafo 3 del artículo 7 de esta Constitución.

Artículo 37

Interpretación de la Constitución y de los convenios

1. Todas las cuestiones o dificultades relativas a la interpretación de esta Constitución y de los convenios ulteriormente concluidos por los Miembros en virtud de las disposiciones de esta Constitución serán sometidas a la Corte Internacional de Justicia para su resolución.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo, el Consejo de Administración podrá formular y someter a la aprobación de la Conferencia reglas para establecer un tribunal encargado de solucionar rápidamente cualquier cuestión o dificultad relacionada con la interpretación de un convenio que le fuere referida por el Consejo de Administración o en virtud de los términos de dicho convenio. Cualquier fallo u opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia obligará a cualquier tribunal establecido en virtud del presente da por tal tribunal deberá ser comunicada a los Miembros de la Organización, y cualquier observación que éstos formulen al respecto deberá someterse a la Conferencia.

Artículo 38

Conferencias regionales

1. La Organización Internacional del Trabajo podrá convocar las conferencias regionales y establecer los organismos regionales que considere convenientes para la consecución de los fines y objetivos de la Organización.

2. Las facultades, funciones y procedimiento de las conferencias regionales se regirán por reglas establecidas por el Consejo de Administración y sometidas a la Conferencia para su confirmación.

Capítulo IV: Disposiciones diversas

Artículo 39

Estatuto jurídico de la Organización

La Organización Internacional del Trabajo gozará de completa personalidad jurídica y especialmente de capacidad para:

a) contratar;

b) adquirir bienes muebles e inmuebles y disponer de ellos;

c) comparecer en juicio.

Artículo 40

Privilegios e inmunidades

1. La Organización Internacional del Trabajo gozará, en el territorio de cada uno de sus Miembros, de los privilegios e inmunidades que sean necesarios para la consecución de sus fines.

2. Los delegados a la Conferencia, los miembros del Consejo de Administración, así como el Director General y los funcionarios de la Oficina, gozarán igualmente de los privilegios e inmunidades que sean necesarios para ejercer con toda independencia las funciones relacionadas con la Organización.

3. Estos privilegios e inmunidades serán determinados en un acuerdo separado que preparará la Organización para su aceptación por los Estados Miembros.

ANEXO 11

Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, congregada en Filadelfia en su vigésima sexta reunión, adopta, el día diez de mayo de 1944, la presente Declaración de los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo y de los principios que debieran inspirar la política de sus Miembros.

I

La Conferencia reafirma los principios fundamentales sobre los cuales está basada la Organización y, en especial, los siguientes:

a) el trabajo no es una mercancía;

b) la libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante;

c) la pobreza, en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad de todos;

d) la lucha contra la necesidad debe proseguirse con incesante energía dentro de cada nación y mediante un esfuerzo internacional continuo y concertado, en el cual los representantes de los trabajadores y de los empleadores, colaborando en un pie de igualdad con los representantes de los gobiernos, participen en discusiones libres y en decisiones de carácter democrático, a fin de promover el bienestar común.

II

La Conferencia, convencida de que la experiencia ha demostrado plenamente cuán verídica es la declaración contenida en la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, según la cual la paz permanente sólo puede basarse en la justicia social afirma que:

a) todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades;

b) el logro de las condiciones que permitan llegar a este resultado debe constituir el propósito central de la política nacional e internacional;

c) cualquier política y medida de índole nacional e internacional, particularmente de carácter económico y financiero, deben juzgarse desde este punto de vista y

aceptarse solamente cuando favorezcan, y no entorpezcan, el cumplimiento de este objetivo fundamental;

d) incumbe a la Organización Internacional del Trabajo examinar y considerar, teniendo en cuenta este objetivo fundamental, cualquier programa o medida internacional de carácter económico y financiero; y

e) al cumplir las tareas que se le confíen, la Organización Internacional del Trabajo, después de tener en cuenta todos los factores económicos y financieros pertinentes, puede incluir, en sus decisiones y recomendaciones, cualquier disposición que considere apropiada.

III

La Conferencia reconoce la obligación solemne de la Organización Internacional del Trabajo de fomentar, entre todas las naciones del mundo, programas que permitan:

a) lograr el pleno empleo y la elevación del nivel de vida;

b) emplear trabajadores en ocupaciones en que puedan tener la satisfacción de utilizar en la mejor forma posible sus habilidades y conocimientos y de contribuir al máximo al bienestar común;

c) conceder, como medio para lograr este fin y con garantías adecuadas para todos los interesados, oportunidades de formación profesional y medios para el traslado de trabajadores, incluidas las migraciones de mano de obra y de colonos;

d) adoptar, en materia de salarios y ganancias y de horas y otras condiciones de trabajo, medidas destinadas a garantizar a todos una justa distribución de los frutos del progreso y un salario mínimo vital para todos los que tengan empleo y necesiten esta clase de protección;

e) lograr el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, la cooperación de empleadores y de trabajadores para mejorar continuamente la eficiencia en la producción, y la colaboración de trabajadores y empleadores en la preparación y aplicación de medidas sociales y económicas;

f) extender las medidas de seguridad social para garantizar ingresos básicos a quienes los necesiten y prestar asistencia médica completa;

g) proteger adecuadamente la vida y la salud de los trabajadores en todas las ocupaciones;

h) proteger a la infancia y a la maternidad;

i) suministrar alimentos, vivienda y medios de recreo y cultura adecuados;

j) garantizar iguales oportunidades educativas y profesionales.

IV

La Conferencia, convencida de que la utilización más completa y amplia de los recursos productivos del mundo, necesaria para el cumplimiento de los objetivos enunciados en esta Declaración, puede obtenerse mediante una acción eficaz en el ámbito internacional y nacional, que incluya medidas para aumentar la producción y el consumo, evitar fluctuaciones económicas graves, realizar el progreso económico y social de las regiones menos desarrolladas asegurar mayor estabilidad de los precios mundiales de materias primas y productos alimenticios básicos y fomentar un comercio internacional de considerable y constante volumen, ofrece la entera colaboración de la Organización Internacional del Trabajo a todos los organismos internacionales a los que pudiere confiarse parte de la responsabilidad en esta gran tarea, así como en el mejoramiento de la salud, de la educación y del bienestar de todos los pueblos.

V

La Conferencia afirma que los principios enunciados en esta Declaración son plenamente aplicables a todos los pueblos, y que si bien en las modalidades de su aplicación hay que tener debidamente en cuenta el grado de desarrollo social y económico de cada pueblo su aplicación progresiva a los pueblos que todavía son dependientes y a los que ya han llegado a gobernarse por si mismos interesa a todo el mundo civilizado.

Enmiendas a la Constitución

El texto original de la Constitución, aprobado en 1919, ha sido modificado por la enmienda de 1922, que entró en vigor el 4 de junio de 1934; por el Instrumento de enmienda de 1945. que entró en vigor el 26 de septiembre de 1946; por el Instrumento de enmienda de 1946, que entró en vigor el 20 de abril de 1948; por el Instrumento de enmienda de 1953, que entró en vigor el 20 de mayo de 1954; por el Instrumento de enmienda de 1962, que entró en vigor el 22 de mayo de 1963, y por el Instrumento de enmienda de 1972, que entró en vigor el 1.o de noviembre de 1974.

ANEXO 12

Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento

Considerando que la creación de la OIT procedía de la convicción de que la justicia social es esencial para garantizar una paz universal y permanente;
Considerando que el crecimiento económico es esencial, pero no suficiente, para asegurar la equidad, el progreso social y la erradicación de la pobreza, lo que confirma la necesidad de que la OIT promueva políticas sociales sólidas, la justicia e instituciones democráticas;

Considerando que, por lo tanto, la OIT debe hoy más que nunca movilizar el conjunto de sus medios de acción normativa, de cooperación técnica y de investigación en todos los ámbitos de su competencia, y en particular en los del empleo, la formación profesional y las condiciones de trabajo, a fin de que en el marco de una estrategia global de desarrollo económico y social, las políticas económicas y sociales se refuercen mutuamente con miras a la creación de un desarrollo sostenible de base amplia;
Considerando que la OIT debería prestar especial atención a los problemas de personas con necesidades sociales especiales, en particular los desempleados y los trabajadores migrantes, movilizar y alentar los esfuerzos nacionales, regionales e internacionales encaminados a la solución de sus problemas, y promover políticas eficaces destinadas a la creación de empleo;
Considerando que, con el objeto de mantener el vínculo entre progreso social y crecimiento económico, la garantía de los principios y derechos fundamentales en el trabajo reviste una importancia y un significado especiales al asegurar a los propios interesados la posibilidad de reivindicar libremente y en igualdad de oportunidades una participación justa en las riquezas a cuya creación han contribuido, así como la de desarrollar plenamente su potencial humano;
Considerando que la OIT es la organización internacional con mandato constitucional y el órgano competente para establecer Normas Internacionales delTrabajo y ocuparse de ellas, y que goza de apoyo y reconocimiento universales

en la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo como expresión de sus principios constitucionales;

Considerando que en una situación de creciente interdependencia económica urge reafirmar la permanencia de los principios y derechos fundamentales inscritos en la Constitución de la Organización, así como promover su aplicación universal;

La Conferencia Internacional del Trabajo

1. Recuerda:

(a) que al incorporarse libremente a la OIT, todos los Miembros han aceptado los principios y derechos enunciados en su Constitución y en la Declaración de Filadelfia, y se han comprometido a esforzarse por lograr los objetivos generales de la Organización en toda la medida de sus posibilidades y atendiendo a sus condiciones específicas;

(b) que esos principios y derechos han sido expresados y desarrollados en forma de derechos y obligaciones específicos en convenios que han sido reconocidos como fundamentales dentro y fuera de la Organización.

2. Declara que todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir:

(a) a libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva;

(b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;

(c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y

(d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

3. Reconoce la obligación de la Organización de ayudar a sus Miembros, en respuesta a las necesidades que hayan establecido y expresado, a alcanzar esos objetivos haciendo pleno uso de sus recursos constitucionales, de funcionamiento y presupuestarios, incluida la movilización de recursos y apoyo externos, así como alentando a otras organizaciones internacionales con las que la OIT ha establecidorelaciones, de conformidad con el artículo 12 de su Constitución, a respaldar esos esfuerzos:

(a) ofreciendo cooperación técnica y servicios de asesoramiento destinados a promover la ratificación y aplicación de los convenios fundamentales;
(b) asistiendo a los Miembros que todavía no están en condiciones de ratificar todos o algunos de esos convenios en sus esfuerzos por respetar, promover y hacer realidad los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios; y
(c) ayudando a los Miembros en sus esfuerzos por crear un entorno favorable de desarrollo económico y social.
4. Decide que, para hacer plenamente efectiva la presente Declaración, se pondrá en marcha un seguimiento promocional, que sea creíble y eficaz, con arreglo a las modalidades que se establecen en el anexo que se considerará parte integrante de la Declaración.
5. Subraya que las normas de trabajo no deberían utilizarse con fines comerciales proteccionistas y que nada en la presente Declaración y su seguimiento podrá invocarse ni utilizarse de otro modo con dichos fines; además, no debería en modo alguno ponerse en cuestión la ventaja comparativa de cualquier país sobre la base de la presente Declaración y su seguimiento.

SEGUIMIENTO DE LA DECLARACIÓN

I. Objetivo general

1. El objetivo del seguimiento descrito a continuación es alentar los esfuerzos desplegados por los Miembros de la Organización con vistas a promover los principios y derechos fundamentales consagrados en la Constitución de la OIT y la Declaración de Filadelfia, que la Declaración reitera.

2. De conformidad con este objetivo estrictamente promocional, el presente seguimiento deberá contribuir a identificar los ámbitos en que la asistencia de la Organización, por medio de sus actividades de cooperación técnica, pueda resultar útil a sus Miembros con el fin de ayudarlos a hacer efectivos esos principios y derechos fundamentales. No podrá sustituir los mecanismos de control establecidosni obstaculizar su funcionamiento; por consiguiente, las situaciones

particulares propias al ámbito de esos mecanismos no podrán discutirse o volver a discutirse en el marco de dicho seguimiento.

3. Los dos aspectos del presente seguimiento, descritos a continuación, recurrirán a los procedimientos ya existentes; el seguimiento anual relativo a los convenios no ratificados sólo supondrá ciertos ajustes a las actuales modalidades de aplicación del artículo 19, párrafo 5, e) de la Constitución, y el informe global permitirá optimizar los resultados de los procedimientos llevados a cabo en cumplimiento de la Constitución.

II. Seguimiento anual relativo a los convenios fundamentales no ratificados

A. Objeto y ámbito de aplicación

1. Su objeto es proporcionar una oportunidad de seguir cada año, mediante un procedimiento simplificado que sustituirá el procedimiento cuatrienal introducido en 1995 por el Consejo de Administración, los esfuerzos desplegados con arreglo a la Declaración por los Miembros que no han ratificado aún todos los convenios fundamentales.

2. El seguimiento abarcará cada año las cuatro áreas de principios y derechos fundamentales enumerados en la Declaración.

B. Modalidades

1. El seguimiento se basará en memorias solicitadas a los Miembros en virtud del artículo 19, párrafo 5, e) de la Constitución. Los formularios de memoria se establecerán con el fin de obtener de los gobiernos que no hayan ratificado alguno de los convenios fundamentales información acerca de los cambios que hayan ocurrido en su legislación o su práctica, teniendo debidamente en cuenta el artículo 23 de la Constitución y la práctica establecida.

2. Esas memorias, recopiladas por la Oficina, serán examinadas por el Consejo de Administración.

3. Con el fin de preparar una introducción a la compilación de las memorias así establecida, que permita llamar la atención sobre los aspectos que merezcan en su caso una discusión más detallada, la Oficina podrá recurrir a un grupo de expertos nombrados con este fin por el Consejo de Administración.

4. Deberá ajustarse el procedimiento en vigor del Consejo de Administración para que los Miembros que no estén representados en el mismo puedan proporcionar del modo más adecuado las aclaraciones que, en el curso de sus discusiones, pudieren resultar necesarias o útiles para completar la información contenida en sus memorias.

III. Informe global

A. Objeto y ámbito de aplicación

1. El objeto de este informe es facilitar una imagen global y dinámica de cada una de las categorías de principios y derechos fundamentales observada en el período cuatrienal anterior, servir de base a la evaluación de la eficacia de la asistencia prestada por la Organización y establecer las prioridades para el período siguiente mediante programas de acción en materia de cooperación técnica destinados a movilizar los recursos internos y externos necesarios al respecto.

2. El informe tratará sucesivamente cada año de una de las cuatro categorías de principios y derechos fundamentales.

B. Modalidades

1. El informe se elaborará bajo la responsabilidad del Director General sobre la base de informaciones oficiales o reunidas y evaluadas con arreglo a procedimientos establecidos. Respecto de los países que no han ratificado los convenios fundamentales, dichas informaciones reposarán, en particular, en el resultado del seguimiento anual antes mencionado. En el caso de los Miembros que han ratificado los convenios correspondientes, estas informaciones reposarán, en particular, en las memorias tal como han sido presentadas y tratadas en virtud del artículo 22 de la Constitución.

2. Este informe será presentado a la Conferencia como un informe del Director General para ser objeto de una discusión tripartita. La Conferencia podrá tratarlo de un modo distinto al previsto para los informes a los que se refiere el artículo 12 de su Reglamento, y podrá hacerlo en una sesión separada dedicada exclusivamente a dicho informe o de cualquier otro modo apropiado. Posteriormente, corresponderá al Consejo de Administración, en el curso de una de sus reuniones subsiguientes más próximas, sacar las conclusiones de dicho debate en lo relativo a las prioridades y a los programas de acción en materia de cooperación técnica que haya que poner en aplicación durante el período cuatrienal correspondiente.

IV. Queda entendido que:

1. El Consejo de Administración y la Conferencia deberán examinar las enmiendas que resulten necesarias a sus reglamentos respectivos para poner en ejecución las disposiciones anteriores.

2. La Conferencia deberá, llegado el momento, volver a examinar el funcionamiento del presente seguimiento habida cuenta de la experiencia adquirida, con el fin de comprobar si éste se ha ajustado convenientemente al objetivo enunciado en la Parte I.

El texto anterior es el texto de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento debidamente adoptada por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en el curso desu octogésima sexta reunión, celebrada en Ginebra y cuya clausura se declaró el 18 de junio de 1998.

EN FE DE CUAL lo hemos firmado este décimo noveno día de junio de 1998 *El presidente de la Conferencia*, JEAN-JAQUES OECHSLIN.
El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, MICHEL HANSENNE.