

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO
GRADUAÇÃO EM DIREITO



ISABELA VALENTIM ALVES

**O FENÔMENO RECENTE DA MIGRAÇÃO DE BRASILEIROS PARA O
EXTERIOR E O ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA LEI MENDES JUNIOR**

Rio de Janeiro

2011

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO
GRADUAÇÃO EM DIREITO



ISABELA VALENTIM ALVES

**O FENÔMENO RECENTE DA MIGRAÇÃO DE BRASILEIROS PARA O
EXTERIOR E O ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA LEI MENDES JUNIOR**

Trabalho de Conclusão de Curso, sob a orientação do professor Luiz Guilherme Moraes Rego Migliora, apresentado à FGV DIREITO RIO como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Rio de Janeiro

2011

RIO DE JANEIRO, NOVEMBRO DE 2011
FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO
GRADUAÇÃO EM DIREITO



ISABELA VALENTIM ALVES

**O FENÔMENO RECENTE DA MIGRAÇÃO DE BRASILEIROS PARA O EXTERIOR E
O ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA LEI MENDES JUNIOR**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
FGV DIREITO RIO como requisito parcial
para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Comissão examinadora:

Nome do orientador: Luiz Guilherme Moraes Rego Migliora

Nome do Examinador1:

Nome do Examinador2:

Assinaturas:

Professor Orientador

Examinador 1

Examinador 2

TERMO DE COMPROMISSO DE ORIGINALIDADE

A presente declaração é termo integrante de todo trabalho de conclusão de curso (TCC) a ser submetido à avaliação da FGV DIREITO RIO como requisito necessário e obrigatório à obtenção do grau de bacharel em direito.

Eu, ISABELA VALENTIM ALVES, brasileira, solteira, portador da identidade 22.515.304-8/DETRAN, na qualidade de aluna da Graduação em Direito da Escola de Direito FGV DIREITO RIO, declaro, para os devidos fins, que o Trabalho de Conclusão de Curso apresentado em anexo, requisito necessário à obtenção do grau de bacharel em Direito da FGV DIREITO RIO, encontra-se plenamente em conformidade com os critérios técnicos, acadêmicos e científicos de originalidade.

Nesse sentido, declaro, para os devidos fins, que:

O referido TCC foi elaborado com minhas próprias palavras, idéias, opiniões e juízos de valor, não consistindo, portanto **PLÁGIO**, por não reproduzir, como se meus fossem, pensamentos, idéias e palavras de outra pessoa;

As citações diretas de trabalhos de outras pessoas, publicados ou não, apresentadas em meu TCC, estão sempre claramente identificadas entre aspas e com a completa referência bibliográfica de sua fonte, de acordo com as normas estabelecidas pela FGV DIREITO RIO.

Todas as séries de pequenas citações de diversas fontes diferentes foram identificadas como tais, bem como às longas citações de uma única fonte foram incorporadas suas respectivas referências bibliográficas, pois fui devidamente informado(a) e orientado(a) a respeito do fato de que, caso contrário, as mesmas constituiriam plágio.

Todos os resumos e/ou sumários de idéias e julgamentos de outras pessoas estão acompanhados da indicação de suas fontes em seu texto e as mesmas constam das referências bibliográficas do TCC, pois fui devidamente informado(a) e orientado(a) a respeito do fato de que a inobservância destas regras poderia acarretar alegação de fraude.

O (a) Professor (a) responsável pela orientação de meu trabalho de conclusão de curso (TCC) apresentou-me a presente declaração, requerendo o meu compromisso de não praticar quaisquer atos que pudessem ser entendidos como plágio na elaboração de meu TCC, razão pela qual declaro ter lido e entendido todo o seu conteúdo e submeto o

documento em anexo para apreciação da Fundação Getulio Vargas como fruto de meu exclusivo trabalho.

Data: _____

Assinatura do Aluno

DEDICATÓRIA

A Deus, à minha família, em especial aos meus pais, minha irmã, “Vozinha” e às minhas cadelas, e ao meu namorado pela paciência, pelo incentivo e investimento que fizeram no meu futuro.

Agradecimentos:

Ao meu orientador, Luiz Guilherme, pelo carinho, atenção e dedicação.

Aos meus professores da graduação por todos os ensinamentos durante esses cinco anos de aprendizado.

Aos meus amigos, em especial a Marina Silveira, Camila Caetano, Renata Nicoll e André Sarian, que, indiretamente, contribuíram para a minha formação e foram essenciais durante esse período.

Aos meus chefes, Livia Miné e Carlos Lemos, pela compreensão e pela imensa contribuição para a minha formação.

A Maria Carolina Pereira e Michele Cavalcante que me ajudaram para a conclusão desse trabalho.

RESUMO

O processo de globalização e o grande fluxo de mão de obra levaram à edição da lei 7064/1982 (“Mendes Junior”) responsável por regular os direitos dos trabalhadores transferidos temporariamente para o exterior. De acordo com essa norma, àqueles empregados transferidos para outros países é assegurado o recolhimento de FGTS e INSS, além do pagamento de outras verbas trabalhistas dispostas na lei. Contudo, a essa legislação editada em 1982 se tornou inócua e desatualizada diante das novas relações de trabalho que lhe foram apresentadas. O presente trabalho pretende analisar o âmbito de aplicação da Lei Mendes Junior através do estudo de caso, onde o empregado é transferido para o exterior sem animus de volta e em caráter definitivo e, em virtude dessa transferência, tem o seu contrato de trabalho rescindido com a empresa brasileira e é admitido por uma empresa estrangeira, integrante do mesmo grupo econômico da sua empregadora original. Através de uma análise sistemática dos dispositivos da lei, é possível observar que a Lei Mendes Junior foi proposta com o objetivo principal de proteger os empregados que foram transferidos para o exterior com a expectativa de retorno para o Brasil. A interpretação da lei confirma a assertiva acima de que a legislação não foi criada para as transferências definitivas. Por fim, o trabalho em epígrafe oferece uma proposta legislativa para dirimir a lacuna da lei.

Palavras-Chave: Lei Mendes Júnior. Expatriado. Grupo econômico

ABSTRACT

The process of globalization and the cross-border movement of manpower led to the enactment of Law 7064/1982 ("Mendes Junior") responsible for regulating the rights of workers who are temporarily transferred abroad. The law guarantees for those employees transferred to other countries the payment of FGTS and Social Security, as well as other rights provided for therein . However, this legislation enacted in 1982 became outdated and ineffective in the face of new labor relationships that have developed . This paper has the purpose of analyzing the scope of the Mendes Junior Act considering a case study, where the employee is transferred permanently to a foreign country and because of this transfer, had his employment agreement with the Brazilian company terminated and was hired by a foreign company (that is a member of that same economic group as his original employer). Through a systematic analysis of the provisions of the law, it is noteworthy that the Mendes Junior Act was introduced to protect employees who were transferred abroad expecting to return to Brazil. The interpretation of the law confirms that the legislation was not created to govern the permanent transfers. Finally, this paper formulates a legislative proposal to resolve the gap identified in the law.

Keywords: Mendes Junior Act. Brazilian Employees Expatriated. Economic group of companies

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2.1	LEI MENDES JUNIOR – LEI 7.064/1982.....	12
2.2	Conflitos de leis do trabalho no espaço.....	12
2.3	Situações especiais: Lei Mendes Junior.....	13
2.3.1	Contexto Histórico da Lei Mendes Júnior.....	13
2.3.2	O regime da Lei Mendes Júnior.....	17
2.3.3	Novas relações do trabalho e a lacuna da lei Mendes Júnior.....	20
3	EFEITOS PRÁTICOS DA APLICAÇÃO DO CONCEITO DE GRUPO ECONÔMICO A CASOS DE TRANSFERÊNCIA DE EMPREGADOS PARA O EXTERIOR.....	21
3.1	O grupo Econômico como empregador único.....	21
3.1.1.	Conceito de Grupo Econômico e sua verificação no mundo Moderno.....	21
3.1.2	As modalidades de tratamento dos contratos em caso de transferência.....	24
3.1.3	A posição da jurisprudência.....	26
4	ESTUDO DE CASOS CONCRETOS PARA APLICAÇÃO DA LEI MENDES JUNIOR E SEUS EFEITOS.....	30
4.1	Transferência temporária de empregado para o exterior.....	30
4.2	Transferência definitiva de empregado para o exterior.....	31
4.3	Transferência definitiva de empregado para o exterior com retorno para o país por fato inesperado.....	32
5	CONCLUSÕES E SUGESTÕES DE APRIMORAMENTO DA LEGISLAÇÃO.....	38
6	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	41

1 INTRODUÇÃO

A globalização, bem como o estreitamento das relações comerciais e estabelecimento de multinacionais em diversos países levou a um intenso fluxo de mão de obra, inclusive à expatriação de trabalhadores. Tal fato inclusive é destacado na pesquisa realizada pela Folha de São Paulo em 2008.

“Em recente pesquisa do *National Foreign Trade Council* dos Estados Unidos (órgão de comércio exterior dos Estados Unidos), divulgados pelo Jornal Folha de São Paulo, indica que cresceu o número de profissionais expatriados de curto prazo. Em 2005 33,3% das empresas latino-americanas apresentavam política definida para transferências de curto prazo. No ano de 2007 esse percentual aumentou para 61,5%.”¹

Com o intuito de reger os contratos de trabalho de empregados transferidos para o cumprimento de contratos de engenharia firmados por empresas nacionais no exterior, no início dos anos 80, foi promulgada a lei 7.064 de 1982 – que ficou conhecida como a Lei Mendes Junior -, responsável inicialmente por tutelar a transferência do empregado de empresas de engenharia para o exterior. Mais recentemente, essa lei teve o seu escopo aumentado para se aplicar a empregados de uma forma geral que sejam transferidos para o exterior e não mais apenas a empregados de empresas de engenharia.

Com o passar do tempo, contudo, a lei que pretendeu regular satisfatoriamente as transferências de empregados, tornou-se insuficiente diante das novas relações de trabalho. Mais especificamente, esse ordenamento mostrou-se pouco eficiente na regulação de transferências definitivas, bem como, das contingências dos trabalhadores transferidos sem intenção de retorno para o exterior.

Desse modo, o presente trabalho pretende analisar as lacunas da lei Mendes Junior no tocante ao seu âmbito de aplicação a transferências de empregados para o exterior que se pretende sejam definitivas, através do estudo de três casos distintos.

¹ Folha de São Paulo, 13 de junho de 2008, Caderno Emprego. p. 2 in MELLO, Simone B. de Martins; GONÇALVES, Paulo Roberto. A condição de expatriado e seus reflexos ante a legislação brasileira. Suplemento Trabalhista, São Paulo, v. 45, n. 049, p. 241-245, 2009.

Para tanto, o trabalho foi dividido em quatro capítulos. O primeiro capítulo proporciona ao leitor a conjuntura histórica da Lei Mendes Junior, bem como, apresenta as hipóteses de aplicação descritas na lei e os direitos por ela concedidos. O segundo capítulo define o conceito de grupo econômico e apresenta as condutas praticadas pelas empresas na transferência de trabalhadores para empresas estrangeiras, integrantes do mesmo grupo econômico.

O terceiro capítulo examina o âmbito de aplicação da Lei Mendes Junior a partir da análise de três casos. No primeiro caso, é clara a aplicação da lei, enquanto no segundo fica óbvio que na hipótese descrita a lei não pode ser aplicada, por fugir ao seu âmbito. Já no tocante ao terceiro caso, por se tratar de uma hipótese híbrida e mais complexa, a aplicação da lei depende de uma análise mais crítica e sistemática dos seus dispositivos.

Por fim, o quarto capítulo apresenta uma proposta legislativa para a lacuna da Lei Mendes Junior, criando um dispositivo claro e objetivo quanto ao propósito da lei e ao tipo de transferência que ela pretende tutelar.

Como fonte para ilustrar os aspectos aqui discutidos, o presente trabalho utilizou fontes doutrinárias, artigos de reportagem e pesquisa de jurisprudência (não exaustiva) no Tribunal Superior do Trabalho, no período compreendido de 2007 a 2011.

2 LEI MENDES JUNIOR – LEI 7.064/1982

2.1 Conflitos de leis do trabalho no espaço

A Consolidação das Leis Trabalhistas (“CLT”) se aplica a todas as relações de emprego prestadas em território nacional, não tendo o artigo 1^o da CLT feito qualquer exceção quanto à aplicação espacial do direito do trabalho. Além disso, o artigo 198 do Código de Bustamante, ratificado pelo decreto nº 18.874 / 1929, dispõe que “é territorial a legislação sobre acidentes do trabalho e proteção social do trabalhador”.

² Art. 1º - Esta Consolidação estatui as normas que regulam as relações individuais e coletivas de trabalho, nela previstas.

Sendo assim, a regra que norteia a aplicação da legislação trabalhista é a lei do local da prestação do trabalho – *lex loci executionis*. Esse entendimento está esculpido na súmula nº 207 do TST.

Relação Jurídica Trabalhista - Conflitos de Leis Trabalhistas no Espaço - Princípio da "Lex Loci Executionis"

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

A aplicação da *lex loci executionis* é exceção à regra determinada pelo art. 9º³ Lei de Introdução ao Código Civil, na qual aplicar-se-á a lei do país onde foram contraídas as obrigações, ou seja, *lex loci contractus*.

Nas palavras de Antonio Galvão Peres quanto aos fundamentos que justificariam a adoção, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, da aplicação da *lex loci executionis*:

“Três são as principais razões que justificaram essa especialização da norma de conflitos para contratos internacionais de trabalho. Sustenta-se (a) a suposta inserção das normas trabalhistas no campo de ordem pública, o que remeteria ao artigo 17⁴ da LICC; (b) defende-se que a determinação da lei do local do trabalho protege o empregado; e (c) alega-se que a aplicação da lei do local de execução assegura a necessária igualdade entre os trabalhadores envolvidos numa mesma empresa.”⁵

Portanto, além de assegurar a proteção conferida pela legislação trabalhista a todos os empregados sujeitos à sua incidência, com fulcro no princípio da não discriminação, a competência da *lex loci executionis*, facilita as relações do trabalho, na medida que destina tratamento igualitário a trabalhadores que executam as mesmas funções, vedando qualquer ato discriminatório, sujeitando-os aos mesmos direitos. Do contrário, se nosso ordenamento adotasse indiscriminadamente a lei da celebração do contrato, em detrimento da aplicação das regras do local da prestação dos serviços, estaríamos diante de condutas contrárias aos preceitos consagrados na Constituição de 1988 no sentido de proteger os trabalhadores contra

³ Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

⁴ A Consolidação das leis trabalhistas reúne normas de natureza imperativa, uma vez, que delimitam o campo da autonomia da vontade nas relações trabalhistas, impondo restrição a livre contratualidade, com propósito de proteger os empregados, que normalmente, encontram-se em uma relação de hipossuficiência em relação ao empregador.

⁵ Peres, Galvão Antonio. **Contrato Internacional de Trabalho**. Editora LTR, 2004, p. 99 e 100

tratamentos discriminatórios nas relações de trabalho, ilustrados nos artigos 5º, *caput* e 7º, incisos XXX a XXXII e XXXIV.

Por outro lado, a aplicação da *lex loci executiones* apresenta grande vantagem para o empregador, uma vez que pode unificar o tratamento destinado aos seus empregados, diminuindo os custos com políticas distintas para trabalhadores dependendo do local em que celebrados seus contratos.

Portanto, no que tange ao direito do trabalho, a norma aplicável é a lei da prestação de serviços, consagrando o princípio da territorialidade na definição da lei de regência das relações de trabalho.

2.2 Situações especiais: Lei Mendes Junior

2.2.1 Contexto Histórico da Lei Mendes Júnior

Durante a década de 1970, empreiteiras brasileiras começaram a atuar de maneira significativa no Oriente Médio, em especial no Iraque, levando a um fluxo grande de mão de obra brasileira para o exterior.

Diante de um panorama novo, sem regulamentação sobre o assunto, as empresas atuavam com flagrante desrespeito aos direitos trabalhistas, desencadeando inúmeros litígios, levando a um cenário de extrema insegurança jurídica.

Como bem assevera Osiris Rocha⁶:

“4. (...) 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

⁶ Rocha, Osiris. **Contrato de trabalho internacional: uma reanálise da lei regedora**. Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho, São Paulo, nº 2, p. 83, 1994 in Galvão Antonio. **Contrato Internacional de Trabalho**. Editora LTR, 2004, p. 107

recolhimento do FGTS eis que o trabalho se daria fora do Brasil, onde 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 envolvido em inúmeras reclamações. A questão atingiu tal vulto que em algumas cidades como Belo Horizonte, por exemplo, surgiram escritórios de advocacia dedicados exclusivamente a essa área.”

A jurisprudência guiada pela súmula 207 do C. TST aplicava indiscriminadamente a lei da execução da prestação do serviço, recorrendo à legislação estrangeira para solucionar os conflitos sobre a lei aplicável a esses contratos de trabalho. Assim, litígios trabalhistas, com evidente vinculação do empregado com o empregador, eram solucionados com a lei do local da prestação do serviço, à época da execução do contrato do trabalho, mas por juízes não familiarizados com essas leis, gerando enorme insegurança jurídica

A lei 7.064/82 foi aprovada justamente em um cenário de intenso fluxo de mão de obra, principalmente no que tange aos serviços de engenharia, que por transcender as barreiras nacionais, exigiam uma atuação imediata do Estado na proteção desses empregados transferidos para o exterior e mesmo das empresas através da edição de normas claras e de aplicação geral.

Diante do cenário brasileiro, onde o trabalhador se encontrava demasiadamente desprotegido e desamparado pela legislação, o legislador promulgou em 1982, a lei 7.064, popularmente conhecida como lei Mendes Junior, em vista do enorme fluxo de empregados da empreiteira deslocados para o Iraque para o cumprimento de contratos firmados à época com a Braspetro, braço internacional da Petrobras.

Essa norma optou pela aplicação da lei mais favorável aos empregados, entre outros direitos, independente da legislação do local da prestação de serviços.

Assim, o artigo 3º da referida lei, estabelece:

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

I - os direitos previstos nesta Lei;

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

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

Além dos direitos previstos na legislação do local da prestação de serviços, é assegurado aos empregados os (i) direitos assegurados nessa lei, e a (ii) aplicação da legislação brasileira quando for mais benéfica que a legislação da execução dos serviços, considerando o conjunto de normas e cada norma isoladamente, representando um grande avanço na proteção dos direitos trabalhistas em face da mudança nas relações do trabalho.

Entretanto, os preceitos consagrados na legislação em tela seriam aplicados apenas aos empregados abrangidos por essa lei, uma vez que a norma geral determina que seja aplicada a legislação do local da prestação de serviços para todos os demais casos. Sendo assim, verificada a situação fática de que trata a lei 7.064/1982, deveria ser aplicada a referida norma, em homenagem ao critério da especialidade, segundo o qual a norma especial prevalece sobre a norma geral. As demais relações permaneceram regidas pela súmula 207, TST, isto é, pelo princípio da territorialidade.

Com a promulgação da lei Mendes Júnior, a obrigatoriedade de aplicação do princípio da territorialidade, previsto na súmula 207 do TST, cede espaço para uma legislação mais atuante e protetiva do empregado, aplicando a lei brasileira quando mais favorável.

O Tribunal Superior do Trabalho, no recurso de revista nº 1233/2002-004-09-00.6, se posicionou no mesmo sentido.

Agravo. Decisão monocrática. Conflito de leis trabalhistas no espaço. A Súmula 207 do TST tem caráter genérico frente à Lei nº 7064/82 que se refere especificamente aos empregados contratados no Brasil, ou transferidos por empresas prestadoras de serviços de engenharia, para prestar serviços no exterior, sendo, portanto, inaplicável ao caso dos autos, onde o empregado foi contratado no Brasil, para prestar serviços em território nacional e também no exterior. Agravo provido. (TST, 5ª Turma, Proc. RR nº 1233/2002-004-09-00.6, Re. Min. Emmanoel Pereira, d.j. 19 de agosto de 2009)

Contudo, a dinâmica das relações trabalhistas levou a uma diversificação da mão de obra transferida para o exterior, na qual a lei Mendes Júnior não contemplava mais todas as

hipóteses de deslocamento de trabalhador brasileiro ou aqui contratado para o país estrangeiro.

O legislador, atento ao processo de globalização da economia e de transformação das relações do trabalho, editou a lei 11.962/2009, determinando que os direitos previstos na lei 7.064/82 devem ser aplicados a todos os empregados transferidos para o exterior e não apenas àqueles vinculados aos serviços de engenharia, consultoria, projetos e obras, montagens, gerenciamento e congêneres.

Assim, a lei 11.962/2009 deu nova redação ao artigo 1º da lei 7.064/82, para determinar a aplicação generalizada dos preceitos normativos da lei Mendes Júnior, que nas palavras do autor Maurício Godinho Delgado, significou que “o critério da territorialidade, afirmado pela Súmula 207, perdeu validade quanto às transferências obreiras submetidas ao critério mais benéfico do novo diploma legal”⁷.

2.2.2 O regime da Lei Mendes Júnior

Diante do exposto, a lei Mendes Júnior, nos termos do art. 1º, foi promulgada para “regular a situação de trabalhadores contratados no Brasil ou transferidos por seus empregadores para prestar serviços no exterior”.

Contudo, ficam excluídos da aplicação dessa lei os empregados transferidos para exterior para prestar serviços de caráter eminentemente transitórios. O critério adotado pelo legislador para caracterizar essa transitoriedade é que a prestação desses serviços transitórios não pode ultrapassar um período superior a 90 dias. Sendo ainda, necessário que o empregado conheça a transitoriedade do despenho de suas funções no exterior. Além disso, resta claro que o pagamento de passagens de ida e volta do país de origem para o país estrangeiro, bem como, as despesas para o custeio desse empregado no exterior não terão natureza salarial.

Por sua vez, o referido diploma será aplicado aos trabalhadores transferidos, assim considerados aqueles definidos no seu artigo 2º:

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

⁷ Delgado, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**, editora LTR, 10ª edição, p.1005.

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.

A fim de entender o âmbito de aplicação da referida lei, cumpre esclarecer, as hipóteses específicas em que a lei Mendes Júnior será aplicada.

O inciso I do artigo em tela trata das hipóteses de empregados brasileiros que tiveram o seu contrato celebrado no país e, portanto, prestavam serviços ao seu empregador no Brasil, isto é, seu contrato estava sendo executado em território brasileiro, quando, por necessidade do empregador, são removidos para o exterior, para prestar serviços e representar a empresa no país estrangeiro. O inciso II se refere à situação onde a empresa empregadora cede o seu empregado em favor de outra empresa, esclarecendo que o vínculo trabalhista se mantém, durante todo o período da prestação de serviços no exterior, com a empresa original, real empregadora do empregado e responsável por todas as obrigações trabalhistas decorrente dessa relação.

O terceiro e último inciso, salientado pelo artigo em comento, é a hipótese de o empregado ser contratado por empresa sediada no Brasil e, portanto responsável pelas obrigações trabalhistas, para trabalhar a seu serviço no exterior.

Apesar de as diferenças destacadas pelo artigo, os três incisos demonstram a vinculação desse empregado ao Brasil, ou melhor, a dependência desse trabalhador ao seu empregador no Brasil.

O empregado protegido por essa lei é aquele definido pelo artigo 3º da CLT, a saber, está dedicado a uma prestação pessoal, com caráter *intuitu persone*; prestada em caráter não eventual; subordinado ao comando e direção do empregador sediado no Brasil, reportando-se exclusivamente à empresa brasileira, sendo ainda, esse o responsável pela sua remuneração. A peculiaridade desse empregado reside no fato que não presta serviços no estabelecimento do empregador, mas se vincula em sua integralidade ao empregador sediado no Brasil.

Nota-se, portanto que o texto da própria lei em seu artigo 2º sugere a eventualidade do serviço prestado por esse empregado transferido em relação à empresa estrangeira, mantendo

o vínculo empregatício com a empresa no Brasil. Essa a primeira indicação já bastante clara de que a lei em debate é aplicável apenas às transferências temporárias e não as permanentes, na qual o empregado apesar de prestar serviços em outro país, continua vinculado e submetido ao empregador brasileiro.

Ao texto do art. 2º deve ser adicionado o fato de que apenas se adotadas as premissas levantadas torna-se totalmente plausível que sejam assegurados a esses trabalhadores, enquanto prestadores de serviços no exterior a aplicação da legislação brasileira sobre a Previdência Social, Fundo de garantia por Tempo de Serviço – FGTS e Programa de Integração Social – PIS/PASEP. Assim, o empregador deve efetuar os depósitos de FGTS e contribuição previdenciária, durante todo o período que o empregado estiver prestando os serviços no exterior, para que quando esses empregados voltarem para o Brasil possam ter direito a aposentadoria e ter computado em sua indenização por tempo de serviço (FGTS) o período de trabalho no exterior.

Decorre lógica a conclusão de que, se a transferência se der de forma definitiva e o trabalhador vier a se aposentar em outro país, não faz sentido que se lhe assegure contribuições previdenciárias no Brasil que não resultarão em qualquer benefício em seu favor. O mesmo se aplica ao FGTS, considerando que o empregado que vier a ter seu contrato extinto no exterior deverá ser indenizado com base na lei daquele país.

Além disso, outros direitos trabalhistas são assegurados a esses trabalhadores abrangidos pela lei 7.064/1982, alguns deles confirmando a vocação da lei quanto a regular apenas as transferências provisórias e não as definitivas:

- a) previsão de salário-base, sujeito aos reajustes e aumentos compulsórios previstos na legislação brasileira, respeitando o limite do salário mínimo brasileiro, bem como adicional de transferência (artigo 4º). O adicional de transferência por ter natureza salarial deve gerar todos os reflexos legais (como o adicional de transferência de acordo com o art. 469, parágrafo 3º da CLT somente é devido quando da transferência provisória do trabalhador, a sua referência aqui sugere que essa transferência também deve ser provisória);
- b) a remuneração devida durante a transferência do empregado poderá, no todo ou em parte, ser paga no exterior, em moeda estrangeira. Contudo, é permitido ao empregado optar, desde que por escrito, em receber parcela da remuneração em moeda nacional, que poderá ser depositada em conta bancária (artigo 5º).

- c) após dois anos de permanência no exterior, o empregado tem direito de gozo de férias no Brasil, acompanhado dos familiares, e com o custeio da viagem pelo empregador (artigo 6º) (esse dispositivo também sugere uma manutenção de vínculos com o país, consistente com a idéia de retorno mais cedo ou mais tarde);
- d) direito de retornar ao Brasil, com as despesas custeadas pelo empregador, no término do período de transferência ou nas hipóteses legalmente previstas (artigo 7º) (esse dispositivo prevê expressamente o retorno do empregado, fortalecendo a ideia de que apenas as transferências provisórias estão regidas por essa lei);
- e) o período que perdurar a prestação do serviço no exterior será computado para o tempo de serviço do empregado (artigo 9º) (esse dispositivo sugere que o trabalhador retornará ao país e aqui se aposentará, daí a relevância do cômputo do seu tempo de serviço);
- f) as empresas assegurarão o direito a seguro de vida e acidentes pessoais, cujo valor não poderá ser inferior a doze vezes o valor da remuneração mensal do trabalhador (artigo 21);
- g) as empresas garantirão serviços gratuitos e adequados de assistência médica e social, nas proximidades do local de trabalho no exterior (artigo 22);

Ademais, os empregados transferidos para o exterior, em razão do aumento do custo de vida, podem ter a necessidade de receber uma remuneração maior, em relação à remuneração que recebia no Brasil.

Em virtude da vedação a redução salarial estabelecido na legislação trabalhista, o empregador estaria sujeito a grandes riscos com a volta do empregado para o Brasil. Assim, o artigo 10 da lei nº 7.064, estabeleceu que 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 devidas após seu retorno ao Brasil.” Aqui outro artigo que trata do retorno do empregado ao Brasil, reforçando a tese aqui defendida quanto aos limites da aplicação da lei Mendes Junior.

A inteligência do artigo em tela protege o empregador quanto ao risco de possíveis reclamações trabalhistas. Isto porque, no direito do trabalho vigora o princípio da irredutibilidade salarial⁸, pelo qual é vedado ao empregador reduzir o salário do seu

⁸ Art. 7º da CF/88: São direitos dos trabalhadores (...), além de outros:

VI – irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo.

empregado. Tal princípio poderia naturalmente servir de fundamento para trabalhadores egressos do exterior, que diante da eventual redução do salário em relação à remuneração percebida no exterior em países com custo de vida mais elevado, poderiam pleitear o seu direito perante a Justiça trabalhista.

Entretanto, com base nesse dispositivo, pode-se defender com boas chances de êxito que essas verbas agregadas ao salário do empregado no exterior para fazer face a um elevado custo de vida naquele país poderia ser eliminada da sua remuneração, uma vez que, estando o empregado de volta ao Brasil, teria cessado a condição que deu origem ao seu pagamento, qual seja, o elevado custo de vida. Essa interpretação viabiliza garantir o mesmo padrão de vida desse empregado no país estrangeiro que tenha um custo de vida alto sem criar maiores riscos para o empregador quando do seu retorno para o Brasil e eventual redução de sua remuneração em termos absolutos, mas não relativos.

2.2.3 Novas relações do trabalho e a lacuna da lei Mendes Júnior

Apesar dos avanços que a Lei Mendes Junior representou para a regulação de trabalhadores transferidos para o exterior à época da sua promulgação, a globalização que gera o dinamismo do mercado leva ao surgimento de novas relações que fogem à aplicação da lei 7.064/82.

Assim, novamente, tem-se um cenário de insegurança jurídica, em que os tribunais brasileiros, se vêem na difícil tarefa de decidir sobre questões novas e sem qualquer regulamentação jurídica. Diante disso, incumbidos da decisão final, acabam aplicando, analogicamente, a lei de forma indiscriminada a todas as formas de mudança para o exterior, inclusive aquelas em que o critério de transferência não se verifica, ou seja, o *animus* de voltar ao Brasil pelo empregado ou a sua vinculação com o empregador no Brasil estão ausentes.

3 EFEITOS PRÁTICOS DA APLICAÇÃO DO CONCEITO DE GRUPO ECONÔMICO A CASOS DE TRANSFERÊNCIA DE EMPREGADOS PARA O EXTERIOR

3.1 O grupo Econômico como empregador único

3.1.1. Conceito de Grupo Econômico e sua verificação no mundo Moderno

A figura do empregador, acompanhando as mudanças tecnológicas e sócio-econômicas mundiais e a crescente pulverização empresarial, sofreu transformações ao longo do tempo, passando do conceito simples de pessoa física para adquirir feições mais complexas.

Atualmente, não só a empresa passou a fazer parte da definição de empregador, como também o instituto jurídico intitulado grupo econômico, que será objeto da análise do presente capítulo.

A Consolidação das Leis Trabalhistas define o conceito de grupo econômico no parágrafo 2º do artigo 2º:

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

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

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

Além disso, o artigo 3º, parágrafo 2º da Lei 5.889/73 dispõe:

§ 2º Sempre que uma ou mais empresas, embora tendo cada uma delas personalidade jurídica própria, estiverem sob direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico ou financeiro rural, serão responsáveis solidariamente nas obrigações decorrentes da relação de emprego.

A doutrina, por sua vez, consubstanciada nas palavras do ilustre autor Maurício Godinho Delgado, define grupo econômico como:

“(...) a figura resultante da vinculação jus trabalhista que se forma entre dois ou mais entes favorecidos direta ou indiretamente pelo mesmo contrato de trabalho, em decorrência de existir entre esses entes laços de direção ou coordenação em face de atividades industriais, comerciais, financeiras, agroindustriais ou de qualquer outra natureza econômica”⁹

Ainda segundo o autor¹⁰, para caracterização do grupo econômico é imprescindível observar a (i) abrangência objetiva; (ii) abrangência subjetiva e (iii) nexos relacionais entre as empresas.

Assim, pela abrangência objetiva a definição de grupo econômico é restrita ao direito trabalho, não importando para fins trabalhistas o conceito do instituto jurídico de outras esferas do direito (como no direito empresarial).

Por outro lado, a abrangência subjetiva requer que, para estar caracterizado o grupo econômico, a atividade das empresas tenha fins econômicos, visando o lucro. Assim, essa exigência legal exclui, por exemplo, o empregador doméstico ou mesmo o Estado, uma vez que este, ainda que exerça atividade econômica está guiado pelo interesse público, buscando precipuamente a finalidade pública.

Por fim, o último critério, que compõe o conceito de grupo econômico exige a existência de nexos relacionais entre as empresas que o integram. Nesse tocante, é imperioso ressaltar a existência de duas correntes. A primeira vertente, defendida pelo autor Octavio Bueno Magano¹¹, sustenta que, para restar configurado a existência do grupo econômico, é essencial a existência de uma ordem hierárquica, onde está presente a subordinação. Isto é, que existam uma empresa controladora/líder e empresas subordinadas à ela, as controladas.

Já a segunda corrente, em que se posiciona o autor Valentim Carrion¹², entende que, além o grupo econômico formado por critérios de subordinação, o diploma legal vislumbrou a

⁹ Delgado, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**, 10ª edição, ano 2011, Editora LTr, pág. 397

¹⁰ Delgado, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**, 10ª edição, ano 2011, Editora LTr, págs. 398/404.

¹¹ Magno, Octavio Bueno. In Manual de Direito do trabalho, volume II, 2ª edição, cit, pág.64 in Delgado, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**, 10ª edição, ano 2011, Editora LTr, pág. 400

¹² Carrion, Valentim. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, editora Saraiva, 28ª edição, São Paulo, 2003, pág. 30 in Cassar, Volia Bonfim, **Direito do Trabalho**, 5ª edição, ano 2011, Editora Impetus, pág. 466

possibilidade de grupo econômico por coordenação. Isto é, a união de empresas com o objetivo de atingir o mesmo fim, submetidas à uma mesma administração.

Ultrapassada a definição do instituto, o principal efeito prático do referido diploma é a responsabilidade solidária das empresas integrantes do grupo econômico.

A intenção do legislador, ao determinar a responsabilidade solidária é garantir o pagamento do crédito trabalhista ao empregado, ampliando os responsáveis pela dívida trabalhista. Desse modo, o empregado pode exigir o pagamento do seu crédito trabalhista de qualquer uma das empresas integrantes do grupo econômico, estando configurada a solidariedade passiva dessas empresas

Há, no entanto, outra vertente no direito que defende que o diploma não consagrou apenas a solidariedade passiva, mas também a solidariedade ativa. Isto é, todas as empresas integrantes do grupo seriam empregadores daquele empregado, configurando empregador único. Assim, as empresas, além de garantidoras do crédito trabalhista, também seriam empregadores, existindo apenas um contrato de trabalho para todas as integrantes do grupo. Em outras palavras, o grupo de empresas, por uma ficção jurídica, é considerado o empregador nesses casos.

Nesse cenário, os empregados de uma determinada empresa podem ser transferidos para outras empresas integrantes do mesmo grupo econômico, sem que seu contrato de trabalho seja rescindido. Na verdade, tal instituto confere uma importante economia para os empregadores, evitando custos rescisórios decorrente da demissão sem justa causa como aviso prévio e multa de 40% referente ao FGTS, ou mesmo, o pagamento de férias e 13º proporcionais, que poderão ser pagos naturalmente, durante a vigência do contrato de trabalho.

3.1.2 As modalidades de tratamento dos contratos em caso de transferência.

Conforme narrado, em um mercado de intenso de fluxo de mão de obra, vem se tornando habitual a transferência de empregados estrangeiros para trabalhar nas filiais brasileiras e vice-versa. Esses empregados foram denominados expatriados, remetendo a idéia

de trabalhadores sem pátria, com significado claro no dicionário¹³, na qual, seriam aqueles que deixaram a sua pátria “para residir no estrangeiro”.

Sendo assim, a troca de trabalhadores, consequência da globalização, tornou indispensável a aplicação do conceito de grupo econômico a trabalhadores expatriados. A possibilidade de o trabalhador pleitear a satisfação dos créditos trabalhistas em face de qualquer empresa integrante do mesmo grupo econômico fortaleceu o conceito de contrato único de trabalho, na medida em que, tendo o empregado sido transferido para outras organizações, será regido pelo mesmo contrato de trabalho, tendo, para todos os efeitos, como único empregador o grupo econômico.

Nesse sentido Sérgio Pinto Martins ressalta:

“Embora cada empresa seja autônoma das demais, tendo personalidade jurídica própria (§2º do art. 2º da CLT), o empregador é uma só pessoa – o grupo -, pois o empregado pode ser transferido de uma empresa para outra do grupo. Pode ocorrer que determinada atividade seja transferida de uma para outra empresa do grupo econômico, o que também poderá acarretar a mudança do empregado para aquela empresa do grupo, sendo plenamente lícita essa transferência.

Será possível a soma do tempo de serviço prestado para as diversas empresas do grupo para efeito de férias, 13º salário, estabilidade etc., o que se chama *accessio temporis*. Se o empregado foi transferido do exterior para o mesmo grupo de empresas, para efeitos do contrato de trabalho em nosso país”.

As consequências da aplicação do contrato único de trabalho são (i) o cômputo de todo o período que o empregado prestou serviço para o empregador (podendo-se entender grupo econômico), de modo que seriam somados ao contrato de trabalho todos os períodos que o empregado prestou serviços para diversas empresas do mesmo grupo econômico, e (ii) a soma de todas as verbas pagas (dentro do período prescrito de cinco anos) ao empregado para fins de pagamento dos direitos trabalhistas.

Muito embora, a lei Mendes Junior esteja em pleno vigor na regulamentação de trabalhadores temporariamente transferidos para o exterior e, pelo instituto da solidariedade ativa seja permitido a transferência de empregados para empresas do mesmo grupo econômico sem incorrer nos custos da rescisão do contrato de trabalho, as empresas têm adotado outras formas para a transferência de empregados.

¹³ **Mini Dicionário Aurélio**, editora Positivo, 7ª edição, 2008, pág.:388

Na prática, as empresas realizam a transferência de empregados para o exterior por meio da (i) suspensão do contrato de trabalho ou (ii) rescisão e readmissão.

Na suspensão do contrato de trabalho ocorre uma cessação temporária da prestação dos serviços, e por isso, são suspensos o pagamento de salários e a contagem de tempo de serviço ao empregado nessa condição. Isto é, estão suspensos temporariamente os efeitos do contrato de trabalho. Durante a suspensão do contrato de trabalho o empregado não pode ser demitido sem justa causa. Nesse caso, será permitida somente a rescisão contratual por justa causa.

No tocante a esse tema, Volia Bonfim Cassar¹⁴ pondera:

“Durante a suspensão contratual o empregado deixa de prestar serviços temporariamente ao empregador. Este, por sua vez, susta o pagamento dos salários ou qualquer outra contraprestação ou vantagem ao trabalhador. Neste período as principais cláusulas contratuais ficam estáticas, paralisadas. O contrato não é executado e, por isso, não produz os principais efeitos. Todavia, as obrigações acessórias continuam em vigor, em caso de violação, a rescisão por justa causa. Na verdade, não é o contrato que fica suspenso e sim a execução”.

No entanto, para parte da doutrina a definição em epígrafe sofre exceções¹⁵ quanto aos empregados afastados em razão da prestação de serviço militar ou decorrente de acidente de trabalho. Nesses casos, apesar da suspensão do pagamento de salário e contagem do tempo de serviço, é imprescindível o recolhimento de FGTS pelo empregador.

Sendo assim, algumas hipóteses previstas de suspensão do contrato de trabalho seriam serviço militar (artigo 472 da CLT), encargo público (artigo 472 da CLT); empregado eleito para cargo de administração sindical (artigo 543, § 2º da CLT); auxílio doença (artigo 59 da lei 8.213/91 /c artigo 476 da CLT); empregado em greve (artigo 7º da lei 7.783/89).

Na hipótese em tela, o empregador suspenderia o contrato de trabalho do empregado transferido, de modo que durante a prestação de serviços pelo expatriado no exterior não seriam pagos qualquer salário pela empresa brasileira, o tempo de serviço não seria computado e não haveria recolhimento de INSS e FGTS. O retorno desse empregado para o

¹⁴ Cassra, Volia Bonfim. *Direito do Trabalho*, Editora Impetus, 2011, 5ª edição, pags.: 1001 e 1002

¹⁵ Parte da doutrina, entre eles Alice Monteiro de Barros e Arnaldo Sussekund, entende que a licença maternidade é uma das hipóteses de suspensão. Por outro lado, há autores, entre eles Sérgio Pinto Martins e Maurício Delgado, que sustentam que trata-se de hipótese de interrupção do contrato de trabalho.

Brasil representaria também o retorno do período da suspensão contratual, de modo que o contrato de trabalho voltaria a produzir plenamente os seus efeitos.

Essa solução para operacionalizar a transferência do empregado, adotada normalmente em casos de transferências provisórias, fere o disposto na lei Mendes Junior e normalmente redundaria em significativa contingência para o empregador, decorrente da inobservância não apenas das obrigações de recolhimentos de FGTS e INSS, mas também de estender ao empregado os demais direitos previstos na lei brasileira se mais benéficos do que aqueles decorrentes da lei do país de destino

A segunda forma utilizada por empresas para operacionalizar o envio de empregados para o exterior provisoriamente consiste na rescisão do contrato de trabalho do empregado transferido, com o pagamento de todas as verbas trabalhistas devidas. Após o retorno do expatriado ao Brasil, a empresa brasileira readmite esse trabalhador, passando a vigorar um novo contrato de trabalho.

Durante o período que o expatriado prestou serviços no exterior, em razão da rescisão contratual, há um lapso temporal durante o qual não são pagos os salários, computados o tempo de serviço nem recolhido INSS e FGTS.

3.1.2 A posição da jurisprudência

A prática de transferência nos moldes acima é vedada pela jurisprudência que considera único o contrato de trabalho, sendo devidas, portanto, todas as verbas trabalhistas do período que o contrato foi considerado suspenso pelo empregador ou rescindindo, caracterizando fraude a legislação.

Ora, a legislação é clara ao dispor que se considera empregador único o grupo econômico, englobando todas as empresas que o compõem. Em razão disso, por força do instituto da responsabilidade solidária ativa, as empresas integrantes do mesmo grupo econômico seriam consideradas como empregador único, existindo apenas um contrato de trabalho.

Por essa razão, seria mais custoso para o empregador rescindir o contrato de trabalho para posterior readmissão. Podendo, essa conduta ser considerada fraude pela jurisprudência.

Ademais, a lei Mendes Junior se aplica a empregados temporariamente transferidos, que com o animus de retornar ao Brasil, decorrente, justamente, da prestação temporária de serviços no exterior, fazem jus aos depósitos de FGTS e contribuição previdenciária, durante todo o período que estiver trabalhando em outro país, além de outros direitos trabalhistas previstos na lei. (vide item 1.2.2).

Confira-se, portanto, o entendimento adotado pelo Tribunal Superior do Trabalho (“TST”):

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. CONTRATO E INÍCIO DE LABOR NO BRASIL. POSTERIOR TRANSFERÊNCIA PARA O EXTERIOR. RETORNO AO BRASIL. INCIDÊNCIA DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA EM RELAÇÃO A TODO O PERÍODO LABORAL. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 207/TST. Demonstrado no agravo de instrumento que o recurso de revista preenchia os requisitos do art. 896 da CLT, quanto ao tema relativo ao conflito de leis trabalhistas, ante a constatação de contrariedade à Súmula 207/TST. Agravo de instrumento provido.

RECURSO DE REVISTA. CONTRATO E INÍCIO DE LABOR NO BRASIL. POSTERIOR TRANSFERÊNCIA PARA O EXTERIOR. RETORNO AO BRASIL. INCIDÊNCIA DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA EM RELAÇÃO A TODO O PERÍODO LABORAL. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 207/TST. Na hipótese, em 13/04/87, foi firmado contrato de trabalho no Brasil com a empresa Pepsico & Cia, passando o Reclamante a prestar-lhe serviços neste país. Em 18/9/92, foi rescindido o contrato de trabalho, iniciando-se outro com a Pepsi-Cola Manufacturing Co. of Uruguay e Pepsico Internacional Inc., passando o Reclamante, sem solução de continuidade, a laborar no Uruguai. Posteriormente, o Reclamante retornou ao Brasil onde permaneceu laborando até a despedida. A sentença reconheceu o grupo econômico e declarou a unicidade contratual. Contudo, entendeu que, no período em que o Reclamante laborou no Uruguai, a legislação aplicável seria a deste país, e não a do Brasil. A decisão foi mantida pelo Regional. Reforma-se a decisão pois, nesse contexto, não se há falar em aplicação da Súmula 207/TST, tendo em vista não se tratar de empregado contratado no Brasil para prestar serviços no exterior. O contrato foi firmado e teve vigência no Brasil, sucedendo-se a transferência do Reclamante no curso do pacto laboral e posterior retorno ao Brasil. Aplicável, portanto, a legislação brasileira em relação a todo o período contratual. Recurso de revista provido.

A jurisprudência acerca da matéria, por demais controvertida, encontra-se consubstanciada no Enunciado n. 207 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho.

Por outro lado, o Colendo Tribunal Superior do Trabalho acolheu a norma inserida no artigo 198 do Código de Bustamante, no tocante ao reconhecimento de que as leis de acidentes de trabalho e àquelas de proteção social ao empregado, possuem natureza territorial, tendo em vista a legislação comparada, a doutrina e a jurisprudência convergirem no sentido de que a lei do local da execução do trabalho constitui em princípio fundamental para a solução das controvérsias dizes com as leis trabalhistas no espaço.

No mesmo sentido encontramos decisão do processo n 00489.801/99-4, tendo como Relator o Exmo Juiz Carlos César Cairoli Papaléo - 4ª Turma: 'A fim de

solucionar o conflito de leis trabalhistas no espaço defrontamo-nos com dois critérios básicos: o do local da celebração do contrato(*lex loci actum*), ou o do local onde o executado o mesmo (*lex loci executionis*) O primeiro critério é previsto no artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) ao dispor que: 'Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem'. O segundo, previsto no artigo 198 do Código de Bustamante, prescreve que as: '...leis de acidentes do trabalho e proteção social ao trabalhador são de natureza territorial'. De acordo com o magistério de Arnaldo Süssekind, o Código de Bustamante, uma espécie de 'Código de Direito Internacional Privado', que disciplina a solução dos conflitos de leis entre os países que o ratificaram, caso do Brasil, classifica as normas jurídicas em três categorias: pessoais, territoriais e voluntárias. As normas de natureza territorial, onde se enquadra o Direito do Trabalho, obrigam, por igual, a todos os que residem no território, sejam nacionais e estrangeiros (Conflito de Leis do Trabalho, p. 26/27, 1979, Biblioteca Jurídica Freitas Bastos)'...

Segundo Délio Maranhão, 'Dispõe o artigo 198 do Código de Bustamante que é territorial a legislação de proteção social ao trabalhador. Rege, assim, a lei do lugar do trabalho, contra a qual não pode prevalecer a autonomia da vontade. Nesse sentido a súmula n. 207 do Tribunal Superior do Trabalho. Mas este princípio geral da *lex loci executionis* não é absoluto. Supõe que o trabalho se realize de modo permanente em determinado país. Em consequência, se o trabalho é efetuado em caráter transitório em um lugar, continuando a ser outro o da ocupação principal, é a lei do país em que o contrato normalmente se executa que se já de aplicar'.

Por outro lado, entende-se que a simples alteração do local da prestação do labor não repele a continuidade, nem veda a declaração da nulidade da rescisão contratual, ante a presunção de fraude. Entende-se que a mudança do local da prestação laboral, porém sem mudança efetiva nas condições de labor do empregado, não enseja que se afaste a incidência do princípio da continuidade, razão pela qual não há falar em aplicação do entendimento jurisprudencial consubstanciado no Enunciado 207 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, na medida em que se configurando pacto laboral único e havendo alteração somente no endereço da prestação de serviços. Por consequência, nula a demissão do autor ocorrida no primeiro momento, devendo ser confirmada a declaração de unicidade contratual para todos os efeitos legais.” (TST, 6ª Turma, recurso de revista nº 52740-28.1998.5.04.0014, Min. Rel. Mauricio Godinho Delgado, D.J. 07 de abril de 2010)

“TRANSFERÊNCIA DE EMPREGADO PRESTAR SERVIÇOS NO EXTERIOR. SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. PREVISÃO EM REGULAMENTO. Revelam-se inócuas as previsões do Regulamento de Transferência, no sentido de que haveria suspensão contratual quando houvesse transferência para o exterior, tendo em vista que havia efetiva continuidade na prestação de serviços ao reclamado à época das transferências. Assim, não há como se configurar a propalada suspensão. De outro lado, o próprio recorrente admite que a previsão regulamentar era no sentido de que a empresa continuaria efetuando os recolhimentos à previdência social e ao FGTS, o que também não se coaduna com a natureza jurídica da suspensão contratual. Recurso de revista de que não se conhece

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. RECOLHIMENTO PARA O FGTS SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. TRANSFERÊNCIAS PARA O EXTERIOR. O exame do tema encontra-se prejudicado em virtude da fundamentação aduzida quanto aos temas relativos ao conflito de leis trabalhistas no espaço e à ausência de suspensão do contrato de trabalho quando o reclamante era transferido para o exterior. Recurso de revista de que não se conhece.” (TST, 1ª Turma, recurso de revista nº 1521/2004-014-06-00.6, Min. Rel. Lelio Bentes Corrêa, d.j. 16 de setembro de 2009)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. UNICIDADE CONTRATUAL. GRUPO ECONÔMICO. 1. O Tribunal

Regional, no acórdão proferido, concluiu que o reclamante prestou serviços sucessivamente às duas empresas do mesmo grupo econômico, com dispensa e imediata readmissão apenas formais, em hipótese de fraude à legislação trabalhista perpetrada pela rescisão contratual levada a efeito pela reclamada com o intuito de eximir-se de pagar o adicional pela transferência então determinada ou outras parcelas decorrentes da unicidade contratual. 2. Assim, não se configura violação direta e literal dos artigos 2º, § 2º, e 818 da CLT, por ser correta a distribuição do ônus probatório quanto ao fato constitutivo do direito do autor e ter sido aplicada a norma substancial que rege a espécie. Incidente o óbice da Súmula nº 126/TST.(...)” (TST, agravo de instrumento em recurso de revista nº 53145/2002-900-09-00.8, Min. Rel. Waldir Oliveira da Costa. d.j. 27 de junho de 2007)

4 ESTUDO DE CASOS CONCRETOS PARA APLICAÇÃO DA LEI MENDES JUNIOR E SEUS EFEITOS

Concluída uma análise inicial do escopo de aplicação da lei Mendes Júnior e dos mecanismos comumente utilizados para operacionalizar essas transferências de nacionais para o exterior, passa-se à análise de casos hipotéticos com o objetivo de definir até que ponto pode a lei Mendes Junior vir a reger essas relações.

4.1 Transferência temporária de empregado para o exterior

O trabalhador é contratado por uma empresa brasileira, que por decisão e interesse do negócio, o transfere temporariamente para o exterior para prestar serviços em uma empresa integrante do mesmo grupo econômico.

Na hipótese em debate, a transferência tem animus temporário, uma vez que o empregado transferido pretende retornar ao Brasil tão logo cessar a necessidade da prestação dos seus serviços no exterior e essa é também a intenção do seu empregador.

Nesse caso, é clara a aplicação da Lei Mendes Junior, que, justamente, tem o propósito de assegurar ao empregado, enquanto no exterior, a aplicação da lei brasileira se mais benéfica e, no momento do seu retorno ao Brasil, a possibilidade de desfrutar dos direitos ao FGTS e INSS sem solução de continuidade.

Assim, é assegurado a esse trabalhador, enquanto prestador de serviços no exterior a aplicação da legislação brasileira no que for mais benéfica do que a legislação do país de destino, bem como as contribuições para a Previdência Social, FGTS e Programa de Integração Social – PIS/PASEP. O empregador deve efetuar os depósitos de FGTS e contribuição previdenciária, durante todo o período que o empregado estiver prestando os serviços no exterior, para que quando retornar ao Brasil, possam usufruir da aposentadoria e ter computado em sua indenização por tempo de serviço (FGTS) o período de trabalho no exterior.

Cumprе salientar, que tais benefícios só poderiam ser usufruídos com o retorno do empregado ao Brasil, razão pela qual é inerente à lei mencionada o caráter temporário da transferência. Caso ao contrário, não haveria sentido e interesse em recolher INSS e depositar FGTS para um empregado que não voltaria ao país. Nada obstante o FGTS possa ser usufruído pelo empregado que poderia vir ao país apenas para sacá-lo, como dito anteriormente, após trabalhar por vários anos no exterior, é razoável que esse trabalhador tenha direito a indenização por tempo de serviço nos termos da legislação aplicável no país de destino.

Em que pese, a lei 7.064/1982 ter assegurado outros direitos trabalhistas, o empregado temporariamente transferido fará jus (i) ao adicional de transferência; (ii) o direito de gozo de férias no Brasil, acompanhado dos seus familiares, custeado pelo empregador, após dois anos de permanência no exterior; (iii) o cômputo do período que perdurar a prestação do serviço no exterior para o tempo de serviço; (iv) o direito a seguro de vida e acidentes pessoais; (v) serviços gratuitos e adequados de assistência médica e social.

4.2 Transferência definitiva de empregado para o exterior

O empregado tem o seu contrato de trabalho rescindido com o empregador brasileiro, com o pagamento das verbas rescisórias devidas. Após a extinção da relação contratual com a

empresa brasileira, o empregado é contratado para trabalhar em uma empresa estrangeira, integrante do mesmo grupo econômico.

Na hipótese em tela, a transferência do empregado em caráter definitivo e permanente, sem nenhuma expectativa de retorno para o Brasil, repele a aplicação da Lei Mendes Junior. Isto porque, não seria razoável, por exemplo, que fosse recolhido a contribuição previdenciária ou depositado o FGTS para um empregado que não voltará para o Brasil para poder usufruir desse benefício. Além do mais, essa conclusão decorre lógica da análise de vários dispositivos da lei sugerindo a sua aplicação apenas a situações temporárias.

Ao caso de transferência definitiva aplica-se a regra geral esculpido na Súmula 207 do TST, na qual a relação jurídica será regida pela lei do local da prestação de serviços. Sendo assim, a lei do país estrangeiro irá tutelar a relação trabalhista, inclusive no que tange à responsabilidade solidária prevista na Consolidação das Leis Trabalhistas, que jamais poderá ser questionada por ser tratar de instituto jurídico previsto na legislação brasileira.

4.3 Transferência definitiva de empregado para o exterior com retorno para o país por fato inesperado

O trabalhador foi contratado para trabalhar em uma empresa brasileira em fevereiro de 1987. Em janeiro de 1990, teve o seu contrato de trabalho rescindido com o empregador brasileiro, com o pagamento das verbas rescisórias devidas. Após o término da relação contratual com o empregador brasileiro, foi contratado para trabalhar em uma empresa estrangeira, integrante do mesmo grupo econômico por prazo indeterminado e sem qualquer perspectiva de retorno ao país. Após 17 anos no exterior, o trabalhador acabou por retornar ao Brasil, onde foi recontratado pela empresa brasileira. Esse retorno foi decorrente de uma reviravolta política no país para o qual fora o trabalhador transferido definitivamente há 17 anos o que resultou na retirada da própria empresa daquele país e a realocação do trabalhador no Brasil Assim, diante dos fatos narrados questiona-se: esse empregado faz jus aos direitos trabalhistas dispostos na Lei Mendes Junior? Ou melhor, o caso em tela estaria no âmbito de aplicação da Lei Mendes Junior?

A Lei Mendes Junior foi proposta para proteger empregados que foram transferidos temporariamente para trabalhar no exterior, com expectativa de retorno ao Brasil. A análise sistemática da lei confirma o caráter temporário da transferência, excluindo do âmbito de aplicação as transferências definitivas.

A primeira indicação que a Lei Mendes Junior não é aplicável às transferências definitivas está no fato de que não é razoável o recolhimento de contribuição previdenciária ou depósito de FGTS, em conta vinculada, para empregado que não pretende retornar ao Brasil e, portanto, usufruir desses benefícios. Estes dois pagamentos obrigatórios são destinados a beneficiar e amparar o empregado no momento da rescisão do seu contrato de trabalho, ou seja, quando o empregado retorna ao Brasil depois de trabalhar no exterior. Se o empregado não vai voltar para o Brasil, então, não há absolutamente nenhum interesse em fazer depósitos do FGTS e de contribuições previdenciárias.

Portanto, se o empregado foi transferido para o exterior, com animus temporário, o trabalho prestado no país estrangeiro será considerado como uma transferência temporária. Neste caso, a Lei Mendes Júnior será aplicável devido à sua própria essência e propósito. Faz sentido aplicar a Lei Mendes Júnior, nestes casos porque, se o empregado é transferido temporariamente, poderá se beneficiar dos depósitos de FGTS e as contribuições previdenciárias, referente ao período em que trabalhou no exterior, feitas pela empresa brasileira.

Note-se que, embora a Lei Mendes Júnior não seja específica em afirmar que ela deve ser aplicável à transferência temporária e não à transferência permanente, como antes ressaltado, é a sua própria linguagem que leva a essa conclusão. Por exemplo, o artigo 4º prevê que o empregado sendo transferido está autorizado a receber um subsídio de transferência ("Adicional de transferência"). Como já dito, o adicional de transferência previsto na CLT é devido somente se a transferência é implementada em caráter temporário, ou seja, com uma duração definida. A lei contempla o pagamento do adicional de transferência. Portanto, sugere fortemente que a transferência tratada pela Lei Mendes Júnior é uma transferência temporária e não permanente. Segue o entendimento quanto a esse tema pela jurisprudência.

RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA. Consoante o disposto na Orientação Jurisprudencial nº 113 da SBDI-1 do TST, o pressuposto legal apto a legitimar a percepção do adicional de transferência é a provisoriedade da transferência do empregado. Acresça-se que o entendimento desta Corte

Superior, externado também pela SBDI-1, é o de que uma única transferência por período superior a dois anos e que se estenda até o término do contrato de trabalho equivale à transferência definitiva, em face da ausência de sucessividade. Ocorre que, no caso concreto, tal hipótese não se caracterizou. Recurso de revista não conhecido. (TST, 8ª Turma, recurso de revista nº 1819/2005-562-09-00.5, Min. Rel. DORA MARIA DA COSTA, d.j. 11 de novembro de 2009)

“ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA. ÚNICA TRANSFERÊNCIA REALIZADA NO CONTRATO DE TRABALHO. PREMISSA INCONTROVERSA. -ANIMUS- DE DEFINITIVIDADE CONFIGURADO. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 113 DA SBDI-1 DO TST. Segundo a diretiva da Orientação Jurisprudencial nº 113 da SBDI-1 do TST, o pressuposto legal apto a legitimar a percepção do adicional de transferência é a sua provisoriedade, o que se verifica no caso de transferências sucessivas e por curto período de tempo. -In casu-, a existência de uma única transferência, no curso do contrato de trabalho, para o local no qual se operou a rescisão contratual, tendo lá permanecido o empregado por aproximadamente dez anos, constitui premissa incontroversa - visto que afirmado pelo próprio reclamante na inicial, e, regularmente intimado da oposição dos embargos de declaração, sobre essa alegação, não apresentou impugnação -, de forma a evidenciar o -animus- de definitividade apto a excluir o direito ao mencionado adicional. Recurso de revista conhecido e provido, no particular.

A sentença recorrida indeferiu o pagamento do adicional de transferência ao autor, sob o fundamento de que a transferência teria sido definitiva.

A obrigação de pagamento do adicional de transferência tem como objetivo remunerar o empregado pelo desgaste por ele sofrido em virtude de alteração originária de seu domicílio, o que se verifica tendo como base o local originário da contratação. O pagamento deve ser feito nos termos determinados pelo parágrafo 3º do artigo 469 da CLT. E, ante a expressão "*enquanto durar essa situação*", parece muito claro que o adicional é devido em qualquer das hipóteses e apenas o eventual retorno do empregado ao local de origem exclui o direito do empregado ao seu pagamento.

Com efeito, as transferências a que alude o artigo 469 têm, sempre, caráter de provisoriedade, pois, independentemente do lapso temporal transcorrido, persiste a possibilidade de nova mudança!

(...)

No entanto, segundo a diretiva da OJ nº 113 da SBDI-1 do TST, o pressuposto legal apto a legitimar a percepção do adicional de transferência é a sua provisoriedade, o que se verifica no caso de transferências sucessivas e por curto período de tempo.

No caso dos autos, a existência de uma única transferência, no curso do contrato de trabalho, para o local no qual se operou a rescisão contratual, tendo lá permanecido por aproximadamente dez anos, constitui premissa incontroversa dos autos - visto que afirmado pelo próprio reclamante na inicial, e, regularmente intimado da oposição dos embargos de declaração, sobre essa alegação, não apresentou impugnação - de forma a evidenciar o animus de definitividade apto a excluir o

direito ao mencionado adicional”. (TST, 1ª Turma, recurso de revista nº 294900-25.2002.5.09.0008, Min. Rel. Walmir Oliveira da Costa, d.j. 14 de setembro de 2011)

Além disso, o artigo 6º concede ao empregado o direito de usufruir o seu período de férias no Brasil. Por sua vez, o artigo 7º, parágrafo único, item "a", afirma que ao funcionário é concedido o direito de voltar ao Brasil depois de ter prestado serviços de forma contínua no exterior por três anos. Os vínculos com o país são, portanto, preservados.

Por fim, a própria lei, no artigo 2º, define o conceito de transferência para efeitos de aplicação da Lei Mendes Junior, a saber, (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*”, e (iii) “*o empregado contratado por empresa sediada no Brasil para trabalhar a seu serviço no exterior*.”

As hipóteses previstas na lei demonstram a vinculação desse empregado ao Brasil, ou melhor, a dependência desse trabalhador ao seu empregador no Brasil.

Portanto, nos casos em que o empregado deixa o Brasil para trabalhar no estrangeiro com caráter permanente e sem qualquer expectativa plausível de retorno ao Brasil, a Lei Mendes Júnior não é aplicável, mesmo se o empregado trabalha para uma entidade estrangeira do mesmo grupo econômico que o seu empregador brasileiro. Neste caso, a lei do país onde os serviços forem prestados deve reger a relação de trabalho, conforme disposto pela Súmula 207 do TST. A circunstância de seu retorno decorrer de fato imprevisível apenas fortalece esse entendimento.

Sobre esta questão específica, o Tribunal Superior do Trabalho se manifestou no seguinte sentido.

“RECURSO DE REVISTA - CONFLITO DE LEIS NO ESPAÇO - CONTRATO INTERNACIONAL DE TRABALHO. A discussão sobre o mecanismo de solução do conflito de leis no espaço ganha relevo no ponto de desenvolvimento do capitalismo brasileiro, em que as empresas nacionais ou transnacionais, cada vez mais, expandem seus negócios além das fronteiras, fazendo com que empregados brasileiros tenham seus contratos de trabalho executados, parcial ou totalmente, em outros países. Essa tendência crescente leva à reflexão se os modelos tradicionais de solução atendem a essa realidade complexa e em contínua mutação.

Tradicionalmente, os modelos clássicos de solução de conflito de leis no espaço têm seguido dois enfoques: i) norma do art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil,

pela qual as obrigações são qualificadas e regidas pela lei do país em que se constitui o contrato; (ii) norma do art. 198 do Código de Bustamante e consagrado na Súmula nº 207 do TST, que adota o princípio da territorialidade e estabelece a - *lex loci executionis*-, na qual se pressupõe que o contrato de trabalho seja pactuado para a prestação dos serviços em país diverso do país onde efetuada a contratação, adotando-se as regras integrais daquele em detrimento das deste . Mais recentemente, por construção jurisprudencial, tem sido, ainda, aplicada a norma do art. 3º da Lei nº 7.064/82, inicialmente prevista para os trabalhadores do ramo de engenharia civil, que relativiza a regra do art. 198 do Código de Bustamante, determinando a observação da lei brasileira, quando mais favorável do que a legislação territorial no conjunto de normas em relação à matéria . Aponta-se, ainda, como novo mecanismo de solução de conflitos o método unilateral, segundo o qual não se busca de maneira objetiva a lei aplicável, mas sim a norma aplicável que melhor solucione o litígio a partir de fatores relevantes, consagrado no direito americano no -Restatement Second of Conflict of Law-, também concebido como princípio da proximidade ou da relação mais significativa.

Verifica-se que a situação do autor, contratado no Brasil, tendo aqui prestado serviços e, posterior e sucessivamente, sido transferido a dois outros países, mas com manutenção do contrato de trabalho no Brasil, inclusive com depósitos na conta vinculado do FGTS, o que indiscutivelmente concede a expectativa de retorno, confirmada pela conclusão do contrato de trabalho em território brasileiro, aponta uma dessas situações em que, pela unicidade contratual, não há elemento de conexão capaz de abranger a complexidade da contingência, fugindo aos enfoques clássicos de solução. Nessa medida, a decisão da Corte Regional em que se adotou a regra do art. 3º da Lei nº 7.064/82 não contraria a Súmula nº 207 do TST.

Acerca da questão da lei aplicável à relação estabelecida entre as partes, o Tribunal Regional manifestou-se nos termos consignados a fls. 674-675:

(...) Assim, em que pese o longo período trabalhado exterior, não podem ser consideradas como definitivas as transferências ocorridas durante o curso do pacto laboral, pois o autor sempre retornava ao país de origem, continuando com a prestação de serviços para a reclamada, mantido, sempre, o vínculo de emprego originário. O documento de fls. 135 revela a ajuda de custo para a transferência do Autor para o Chile, na época, bem como a continuidade dos recolhimentos para a COMSHELL e FGTS, porém com base no último salário percebido no Brasil, quando a base de cálculo deveria levar em conta o valor salarial percebido no exterior. E não se diga que a lição de Arnaldo Sussekind se limita à defesa da lei vigente no local de prestação de serviços, consoante defende a recorrente, ao citar a obra -O Contrato Internacional de Trabalho- (fls. 634). Olvidou-se a recorrente de seguir adiante no raciocínio do grande jurista, expresso a fls. 290/291 desses autos, in verbis:

-A propagação de empreendimentos multinacionais generalizou a transferência de empregados no âmbito internacional. Consequência natural é que relativamente à

execução dos contratos onde prevalecem as leis de ordem pública, sucessivamente, em virtude da Lex loci executionis, a diferentes sistemas jurídicos.

Mas, segue o Professor Sussekind, no mesmo texto de fls. 290/291:

A aplicação da lei do lugar da prestação do trabalho só não é invocável se o empregado domiciliado em um país for executar serviços tipicamente transitórios ou eventuais em outro ou intermitente nos dois territórios, casos em que fica sujeito ao sistema jurídico vigente no estabelecimento a que estiver vinculado.

Na hipótese tratada nos autos, não se aplica, pois, a lei do local de prestação de serviços, mas aquela em que foi celebrado o contrato de trabalho pois como frisado anteriormente o empregado foi contratado no Brasil e prestou serviços temporariamente no exterior, ainda que considerado o longo tempo em que permaneceu no Chile e principalmente na Inglaterra. Há que se considerar, in casu, o artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil, bem como as disposições da Lei 7.064/1982, como destacou o Juízo de origem, sendo perfeita a aplicação da teoria da irradiação, fundamentada na sentença, para a resolução do litígio.

Induvidoso que, se a empresa considerou o pedido de licença não remunerada como tempo de serviço, atraiu a aplicação das regras atinentes ao FGTS. O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço considera, consoante a Lei 8.036/90 e legislação complementar, o salário efetivo do empregado, para fins de recolhimento e não um salário virtual, imposto pela recorrente. Importante ressaltar que a documentação acostada a fls. 129/133, revela que a reclamada pagou a ajuda de custo e passagens para o autor, quando este foi para o Chile, o que mais reforça a tipificação de transferência. A alegação de que os depósitos do FGTS foram efetuados por liberalidade cai por terra, diante do mandamento insculpido no artigo 3º, da Lei 7064/1982 e do entendimento consagrado na O. J. 232, da SDI-1, do E. TST, verbis:

-O FGTS incide sobre todas as parcelas de natureza salarial pagas ao empregado em virtude de prestação de serviços no exterior.

Diante dos fatos narrados acima, afigura-se fraco o argumento de que se consolidou a suspensão do contrato de trabalho, ainda que o autor tenha celebrado contratos com as empresas pertencentes ao grupo da reclamada, no exterior, até porque, na verdade, continuou o demandante ligado à Shell do Brasil, desde o início do contrato de trabalho, até a sua extinção, como visto acima e como revela também o TRCT de fls. 151, que registra a sua admissão em 01/02/1978 e a sua dispensa sem justa causa, em 15/07/2003. Devido, portanto, o recolhimento do FGTS e indenização compensatória, sobre os valores salariais percebidos no exterior, como determinado na sentença, sendo nula a cláusula contratual 5.b (fls. 373), que determinava que o FGTS fosse depositado com base no último salário percebido pelo autor, antes de sua transferência para o exterior (art. 9º, CLT).

1.5 - LEGISLAÇÃO APLICÁVEL À RELAÇÃO ENTRE AS PARTES

Conforme excerto transcrito na análise do tema -Negativa de Prestação Jurisdicional-, o Tribunal Regional negou provimento ao recurso ordinário da reclamada e manteve a sentença na qual fora julgado procedente a pretensão depósitos de FGTS e indenização de 40% pela consideração da remuneração paga no exterior.

A decisão foi fundamentada no reconhecimento de que os serviços prestados pelo autor no exterior tinham caráter transitório, temporário, o que atrairia a incidência do art. 9º da Lei de Introdução do Código Civil e no art. 3º da Lei nº 7.064/82, cuja aplicação foi justificada em sentença pela teoria da irradiação.

Nesse sentido, observem-se alguns precedentes deste Tribunal Superior, inclusive desta Turma Julgadora:

AGRAVO DE INSTRUMENTO DO RECLAMADO. TRANSFERÊNCIA PARA O EXTERIOR. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. CONTRARIEDADE À SÚMULA N.º 207. NÃO CONFIGURAÇÃO. NÃO PROVIMENTO. 1. A orientação da Súmula n.º 207 tem aplicação na hipótese em que o empregado é contratado em determinado país para prestar serviços em outro. Em tais situações, o entendimento jurisprudencial possui respaldo no Decreto n.º 18.871/1929, que promulgou a Convenção de Direito Internacional Privado de Havana (Código Bustamante), cujo artigo 198 impõe a prevalência da legislação do local da prestação de serviços em detrimento daquela de onde foi tão-somente celebrado o contrato de trabalho: lex loci executionis. 2. Entretanto, a contratação de empregado no Brasil, para a prestação de serviços em nosso território, ainda que as obrigações contratadas sejam eventual e transitoriamente cumpridas em outros países (transferências provisórias) mantém a expectativa de que retorne e que as obrigações recíprocas voltem a ser adimplidas no Brasil em caráter permanente, pois aqui ocorre a fixação jurídica do vínculo de emprego.

3. Nestas hipóteses, a lei trabalhista se mostra omissa, terreno fértil para a integração. Assim, aplica-se, por analogia, a Lei n.º 7.064/82, cujo artigo 3º atrai a incidência das normas protetivas brasileiras. Também o direito comparado reforça o entendimento de que o reclamante possui as garantias mínimas prevista na lei brasileira, pois o artigo 6º da Convenção de Roma de 1980 determina a aplicação da lei do país onde o trabalhador efetua habitualmente o seu trabalho, ainda que esteja empregado temporariamente em outro país. 4. Portanto, não evidenciada a contrariedade à Súmula n.º 207. 5. Agravo de instrumento a que se nega provimento.” (RR-107121/2003-900-04-00, DJU de 13/2/2009, Rel. Min. Caputo Bastos)”. (TST, 1ª Turma, recurso de revista nº 186000-18.2004.5.01.0034, Min. Rel. Vieira de Mello Folho, d.j 06 de outubro de 2010)

Além disso, o período de 17 anos que o empregador prestou serviços para a empresa estrangeira serve como forte indício para a verificação do caráter definitivo dessa transferência.

5 CONCLUSÕES E SUGESTÕES DE APRIMORAMENTO DA LEGISLAÇÃO

Diante de uma economia globalizada, o Brasil vem desempenhando um importante papel na expatriação de trabalhadores. Contudo, muito embora a Lei Mendes Júnior tenha sofrido atualização, com a edição da lei 11.962/2009, determinando a sua aplicação a todos os empregados transferidos para o exterior e não apenas aos obreiros vinculados aos serviços de engenharia, consultoria, projetos e obras, montagens, gerenciamento e congêneres, ela ainda sofre com excessivas lacunas, tornando-se forte obstáculo para o desenvolvimento das relações trabalhistas.

Na verdade, a atualização restrita sofrida pela lei manteve a limitação quanto ao seu âmbito de aplicação, a uma situação determinada e limitada a um período temporal. A interpretação dos artigos permite a conclusão de que a lei pretende tutelar a transferência provisória. No entanto não vislumbra as hipóteses de transferência definitiva, tornando a lei incapaz de proporcionar segurança jurídica que dela se espera

Assim, de modo a evitar desestímulo à expatriação, torna-se interessante a proposta de lei que visa tornar mais completa a legislação quanto ao tema tratado no presente trabalho, de modo que tutele tanto as transferências provisórias quanto as transferências definitivas. Desse modo, o presente trabalho apresenta uma proposta de lei a seguir:

PROJETO DE LEI

Altera dispositivos da Lei nº 7.064, de 06 de dezembro de 1982 – “Lei Mendes Junior”, relativo ao seu âmbito de aplicação .

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º: A Lei nº 7.064, de 06 de dezembro de 1982 – Lei Mendes Junior, passa a vigorar com as seguintes alterações:

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

Parágrafo 1º Para efeitos dessa lei, a transferência, por período inferior a dois anos, será considerada temporária.

Parágrafo 2º. Fica excluído do regime desta Lei o empregado designado para prestar serviços de natureza transitória, por período não superior a 90 (noventa) dias, desde que:

- a) tenha ciência expressa dessa transitoriedade;
- b) receba, além da passagem de ida e volta, diárias durante o período de trabalho no exterior, as quais, seja qual for o respectivo valor, não terão natureza salarial.”

Brasília,

A justificativa para o artigo em epígrafe tem como base a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, que tem adotado o critério de dois anos, como período suficiente para caracterizar a transferência definitiva.

“RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL - PREVI. 1. DIFERENÇAS SALARIAIS. CARTA CIRCULAR 97/0493. PRESCRIÇÃO. Infere-se do julgado o reconhecimento de que as diferenças postuladas pelo autor decorrem de parcelas cujo direito não está previsto em lei, tendo a alteração contratual ocorrido em 1997, e a presente ação ajuizada mais de cinco anos dessa data. Razão por que aplicável na hipótese a prescrição total, nos termos da Súmula nº 294 do TST. 2. ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA. CARÁTER DEFINITIVO. O entendimento desta Corte Superior, externado por seu órgão uniformizador de jurisprudência interna corporis, a SBDI-1, segue no sentido de que a transferência por período superior a dois anos e que perdure até a extinção do contrato reveste-se de natureza definitiva. Recurso de revista interposto pela Previ parcialmente conhecido e provido. B) RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO BANCO DO BRASIL S.A. GRATIFICAÇÃO PAGA MENSALMENTE. O entendimento prevalecente no âmbito desta Corte Superior, capitulado nos Temas Não Convertidos em Orientação Jurisprudencial - TDD1 nº 339 da SBDI-1, é no sentido de que, não obstante intitulada -gratificação semestral-, uma vez paga mensalmente, o contrato realidade induz ao afastamento da aplicação da Súmula nº 253 do TST, que pressupõe a paga semestral. Recurso de revista interposto pelo Banco do Brasil não conhecido.

Entretanto, quanto à transferência ocorrida em 5/7/1999 que perdurou até a extinção do contrato de trabalho, ocorrida três anos e sete meses após, assiste razão à recorrente.

Com efeito, a questão alusiva ao direito ao adicional de transferência já não comporta mais discussões nesta Corte Superior, em face de estar pacificada, nos termos da diretriz da Orientação Jurisprudencial nº 113 da SBDI-1, no sentido de que o pressuposto legal apto a legitimar a percepção do mencionado adicional é a transferência provisória.

Por outro lado, o entendimento desta Corte Superior, externado por seu órgão uniformizador de jurisprudência interna corporis, a SBDI-1, segue no sentido de que a transferência por período superior a dois anos e que perdure até a extinção do contrato reveste-se de natureza definitiva.”(TST, 8ª Turma, recurso de revista nº

24200-39.2004.5.09.0654, Min. Rel. Dora Maria da Costa, d.j 22 de setembro de 2010)

“ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA - VIOLAÇÃO DO ART. 896 DA CLT. O fato de a transferência do empregado para outra localidade da que foi contratado perdurar por tempo superior a dois anos, aliado à circunstância de que ali foi dispensado, indica que a mudança ostentou caráter definitivo, o que impede o percebimento do adicional de transferência. Decisão da Turma, que conheceu do recurso de revista por contrariedade à Orientação Jurisprudencial n.º 113 da SBDI-1 e, no mérito, determinou a exclusão da condenação do adicional de transferência, não vulnera o art. 896 da CLT. Embargos não conhecidos.-

No entanto, tal entendimento não impediria a Turma de adotar tese diversa, uma vez que foi respeitada a moldura fática estabelecida na decisão recorrida, que expressamente analisou a matéria em debate. Não há de se falar em violação do art. 896 da CLT por contrariedade às Súmulas n.ºs 126 e 297 do TST.

De outra parte, a Orientação Jurisprudencial n.º 113 da SBDI-1 estabelece: "ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA - CARGO DE CONFIANÇA OU PREVISÃO CONTRATUAL DE TRANSFERÊNCIA - DEVIDO - DESDE QUE A TRANSFERÊNCIA SEJA PROVISÓRIA

O fato de o empregado exercer cargo de confiança ou a existência de previsão de transferência no contrato de trabalho não exclui o direito ao adicional. O pressuposto legal apto a legitimar a percepção do mencionado adicional é a transferência provisória."

Observa-se que a referida Orientação Jurisprudencial, em consonância com o art. 469, § 3.º, da CLT, legitima a percepção do adicional de transferência apenas quando provisória.

Embora não se tenha a definição precisa sobre o caráter da transferência provisória ou definitiva, na hipótese, a permanência do Reclamante por dois anos, três meses e vinte e cinco dias em Paranaguá, localidade para onde foi transferido e, afinal, dispensado, indica que a mudança deu-se definitivamente.” (TST, SBDI-1, recurso de revista nº 106100-57.2005.5.09.0024, Rel. Min. Rider de Brito, d.j. 13 de março de 2009)

Desse modo, ficaria claro o objetivo da lei em regular as transferências temporárias, deixando para a tutela da Súmula 207 do TST, as transferências definitivas. Para tanto, a será considerado transferência temporária aquelas inferiores à 2 anos.

Assim, as relações de trabalho sujeitas a aplicação dessa lei estariam mais definidas, as “regras do jogo” estariam mais claras para todos os participantes, elevando a segurança jurídica imprescindível para as relações econômicas.

6. REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005

CASSAR, Vólia Bonfim. *Direito do Trabalho*. Niterói: Impetus 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2011.

FERRARI, Irany. *Grupo Econômico - responsabilidade solidária trabalhista*. São Paulo: Suplemento Trabalhista, 2010.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. *Curso de direito do Trabalho*, Rio de Janeiro: Forense, 1994.

IOB. *Repertório de Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Papel, 2004.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas S.A, 2010.

MARTINS, Sergio Pinto. *Trabalhador contratado no Brasil para prestar serviços no exterior*. São Paulo: Atlas S.A, 2010.

MELLO, Simone B. de Martins; GONÇALVES, Paulo Roberto. *A condição de expatriado e seus reflexos ante a legislação brasileira*. São Paulo: Suplemento Trabalhista, 2009.

MIGLIORA, Luiz Guilherme; OCÁRIZ, Luciana. *Transferência temporária de empregados ao exterior e a lei Mendes Junior*. Disponível em:
<http://www.veirano.com.br/veirano/Portals/0/Newsletter%20Trabalhista_Agosto_Veirano%20Advogados.pdf>. Acesso em: 6 nov. 2011.

MIGLIORA, Luiz Guilherme; Luis Felipe Veiga. *Administração do Risco Trabalhista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

PERES, Antônio Galvão. *Contrato Internacional de Trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.

SUSSEKIND, Arnaldo Maranhão; SEGADAS, Délio e Vianna. *Instituições De Direito Do Trabalho*, v. 1 e 2, São Paulo: LTr.

WAHLE, Jose Carlos. *Lei de expatriação tem lacuna e ameaça prejudicar empresa*.

Disponível em:

<[http://www.dci.com.br/noticia.asp?id_noticia=304377&__akacao=189143&__akcnt=b566777&__akvkey=5575&utm_source=akna&utm_medium=email&utm_campaign=ONN%20Destakes%20DCI%20\(14/10/2009\)](http://www.dci.com.br/noticia.asp?id_noticia=304377&__akacao=189143&__akcnt=b566777&__akvkey=5575&utm_source=akna&utm_medium=email&utm_campaign=ONN%20Destakes%20DCI%20(14/10/2009))> Acesso em: 6 nov. 2011.

<<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/>> Acesso em: 12 out., 25 out., 3 nov., 4 nov, 5 nov. e 6 nov. 2011.