

Lei da Terceirização: Análise da Possibilidade de Aplicação Retroativa

Bruna Ibiapina Chaves¹
Gabriela Gadeia Brito Jardim²

Resumo

A Lei 13.429/17, recentemente aprovada, além de outras previsões, dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. É a chamada lei da terceirização, que veio regulamentar as relações de trabalho prestadas por meio de empresa interposta. Após análise da Norma de Introdução ao Direito Brasileiro, das regras de retroatividade da lei penal e do instituto da segurança jurídica, a conclusão a que se chegou no presente trabalho foi que a nova lei começa a ser aplicada a partir de sua publicação, não tendo o condão de retroagir a fatos que ocorreram no passado.

Introdução

A Lei de Terceirização foi criada com o objetivo de regulamentar as relações trabalhistas que envolvem empregados, empresa contratante e empresa contratada. O presente trabalho aborda impactos e impasses referentes à situação trabalhista, no que diz respeito à retroatividade da aplicação da norma.

Até então não havia no Brasil um instrumento normativo para tratar do tema, por isso, ao longo dos anos foram sendo criados entendimentos jurisprudenciais, visando uniformizar as regras para a terceirização de serviços. Ou seja, o Poder Judiciário, diante dos casos concretos, passou a proferir decisões judiciais, que, posteriormente deram ensejo à edição da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

Ocorre que a lei da terceirização não seguiu o entendimento consolidado pelo TST. Houve, portanto, uma total quebra de paradigma, especialmente em relação à possibilidade de terceirizar atividade fim.

Dessa forma, com o implemento de uma lei nova, que altera o entendimento já consolidado no país, surgem as discussões em relação à sua aplicação retroativa, ou seja, sua aplicação a fatos que ocorreram no passado - antes de sua vigência. Considerando as alterações por ela trazidas, especialmente por permitir a terceirização de atividade fim, tal ponto é de extrema relevância, com forte repercussão prática.

O presente trabalho aborda a lei da terceirização, comentando as principais novidades do texto aprovado, apresentando, portanto, um panorama na norma objeto de estudo. Ademais, são analisadas questões relacionadas à Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro e a doutrina da retroatividade da lei penal, bem como o princípio da segurança jurídica, para discutir se a lei em comento pode ou não retroagir para ser aplicada a fatos que ocorreram antes da sua vigência.

Lei de Terceirização: Texto Aprovado e Principais Alterações

Deve-se mencionar que a terceirização, ao longo dos anos, foi uma alternativa para se obter ganhos de eficiência em serviços e redução dos custos. Trata-se de uma forma de contratar a prestação de serviços, através de uma empresa interposta, de

¹ Possui graduação em Direito e mestrado em Administração Pública pelo IDP. Atualmente é gestora no SIG Ebserh.

² Possui graduação em Administração e mestrado em Administração Pública pelo IDP. Atualmente é Gerente de Eventos do IDP.

modo que é firmada uma relação com três polos: empresa contratante, empresa interposta e empregado.

A Lei de Terceirização teve como objetivo formalizar as regras para este tipo de contratação, tendo em vista que até o momento não havia nenhuma legislação específica, sendo que eram utilizadas como referência as decisões judiciais, tendo sido criada a Súmula 331 do TST - Tribunal Superior do Trabalho.

O que era tratado apenas por meio de verbete sumulado de um Tribunal superior, passou a ser regulado por meio de lei, devidamente aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República.

A Lei nº 13.429/2017 foi sancionada para alterar alguns dispositivos da lei nº 6.019/1974, que trata sobre o trabalho temporário em empresas urbanas, e também para estabelecer regras entre a relação de trabalho da empresa prestadora de serviços a terceiros.

O texto aprovado estabelece a responsabilidade subsidiária da empresa contratante em relação à responsabilidade da empresa de serviços terceirizados, no que se refere às obrigações trabalhistas. Diferentemente da responsabilidade solidária, os bens da empresa que contrata a empresa de terceirização somente poderão ser penhorados se não houver mais bens disponíveis na empresa de terceirização, para possíveis pagamentos/indenizações relativos a direitos não pagos.

Em seu artigo 4º-A, §1º, diz que “a empresa prestadora de serviço contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços”, permitindo assim uma chamada ‘quarteirização’.

Referente às condições de trabalho, é obrigação da contratante garantir condições de segurança, higiene e salubridade aos seus trabalhadores. No entanto é facultativo fornecer aos terceirizados o mesmo atendimento médico, ambulatorial e acesso ao refeitório destinado aos empregados da contratante e não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante.

Foram também estabelecidas regras quanto aos requisitos para funcionamento da empresa de prestação de serviços a terceiros. Além da necessidade de inscrição no CNPJ, há também a necessidade do registro na junta comercial. Faz-se necessário ainda que a empresa tenha um capital social compatível com o número de empregados, obedecendo aos seguintes parâmetros:

- empresas com até dez empregados - capital mínimo de R\$10 mil;
- empresas com mais de dez e até vinte empregados - capital mínimo de R\$25 mil;
- empresas com mais de vinte e até cinquenta empregados - capital mínimo de R\$45 mil;
- empresas com mais de cinquenta e até cem empregados - capital mínimo de R\$100 mil; e
- empresas com mais de cem empregados - capital mínimo de R\$250 mil.

Ademais, a lei prevê expressamente que a empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços.

Dentre as novidades, está a ampliação da possibilidade de oferta de serviços tanto para as atividades-meio (que incluem funções como limpeza, vigilância, manutenção e contabilidade), quanto para atividades-fim (que inclui as atividades essenciais e específicas para o ramo de exploração de uma determinada empresa).

Na verdade, como ressaltado pelos especialistas, a lei não faz diferença entre atividade meio e atividade fim. Dessa forma, tem-se que a lei ampliou as possibilidades

de contratação por meio de empresa interposta, divergindo frontalmente do que estava previsto na súmula 331 do TST.

Assim, o Poder Judiciário estabeleceu os limites de aplicação dessa forma de contratar, em razão da ausência de legislação específica. Tal verbete prevê como ilícita a contratação por meio de terceirização de serviços que configuram atividade-fim da contratante, ou seja, a principal atividade econômica da empresa - aquela para a qual fora constituída.

Essa, portanto, é a maior alteração trazida pela lei, que tem sérias e importantes repercussões práticas. Por isso, é importante que seja analisada a possibilidade de aplicação retroativa dessa lei, para atingir fatos que ocorreram no passado.

Aplicação Retroativa de uma Lei Civil/Trabalhista (Art. 6º Da Lindb) X Retroatividade da Lei Penal

Para tratar da retroatividade de uma lei deve-se partir da análise da LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO (LINDB), que, na verdade, não é apenas uma lei de introdução, e sim uma lei autônoma, independente, que prevê princípios e regras, inclusive sobre aplicação das leis (sejam de direito público ou de direito privado) no tempo e no espaço. Por isso, os doutrinadores afirmam que se trata de uma *lex legum*, ou seja, um conjunto de normas sobre normas. (SILVA, 2012).

O primeiro artigo da norma prevê que: “salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o País 45 (quarenta e cinco) dias depois de oficialmente publicada”. Da interpretação de tal artigo, duas observações são importantes: a) é possível disposição em sentido contrário; b) a publicação é condição para que a lei comece a vigor, tendo em vista que apenas após tal ato é que é possível garantir que todos tiveram conhecimento dos seus comandos. Por isso, inclusive, que o art. 3º da LINDB, prevê que “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”.

A Lei nº 13.429/2017, objeto do presente estudo entrou em vigor na data da sua publicação, por expressa previsão de seu art. 3º. O que se pretende analisar é se é possível ou não sua aplicação retroativa, ou seja, a fatos ocorridos antes da sua entrada em vigor.

O art. 6º da LINDB prevê que “a Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”. Dessa forma, tem-se que a regra geral é que a lei nova regula em princípio, somente os casos futuros. Por isso que existe um brocardo latino que exprime esta circunstância: *lex prospicit, non respicit* - a lei prevê, não é retrospectiva (SILVA, 2012).

Por óbvio, há exceções a essa regra, como, por exemplo, quando o ato ainda está em formação, não consolidado, não devidamente constituído. Nesse caso, pode ser abarcado pela nova lei.

Válido mencionar que, no julgamento da Representação nº 1.451-DF (pub. in RTJ 127/789-809) e da ADIn nº 493-0-DF (pub. in RT 690/176-690), o relator, Ministro José Carlos Moreira Alves, entendeu que "se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa (retroatividade mínima), porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado."

A [Constituição Federal](#) proíbe a retroatividade da lei penal para prejudicar o agente, conforme reza o artigo 5º inciso XL da [Carta Magna](#), in verbis, “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. No âmbito do Direito Penal, portanto, a regra é que a lei penal tem aplicação durante seu período de vigência, retroagindo apenas se for para beneficiar o réu. Isso significa que mesmo que o fato tenha ocorrido antes da entrada em vigor da nova lei, se esta contém previsões que podem beneficiar o tratamento legal dispensado ao réu, ela retroage para atingi-lo.

No presente caso, não há que se falar em aplicação das regras de direito penal para entender a aplicação da lei em questão, até porque, nos casos que envolvem

terceirização não há um “réu” nos limites da norma penal, mas sim duas partes em juízo discutindo a existência ou não de um direito.

Poderia se argumentar que o trabalhador, enquanto hipossuficiente da relação de trabalho, se assemelha ao réu (acusado de cometer um crime)? Considerando que a lei de terceirização é cível e não penal, está adstrita ao que regulamenta a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro. Não se está falando de lei que crime ou extingue crime, e sim de uma norma que veio regulamentar uma prática comum no Brasil.

Dessa forma, o entendimento ao qual se pode chegar é que não se aplica a regra da retroatividade benéfica para a Lei da Terceirização.

Ademais, verifica-se que não há conflito entre lei anterior e lei nova, tendo em vista que até então não havia qualquer normativo sobre o tema. O que estava sendo aplicado era o entendimento da jurisprudência brasileira, ou seja, o entendimento firmado ao longo dos anos, a partir do julgamento de ações judiciais.

Uma nova lei, devidamente aprovada no Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República representa, em verdade, a vontade do povo. O Poder Legislativo atua através de representantes do povo, visando construir leis que representem a maioria da população. Dessa forma, é possível afirmar que a lei de terceirização representa o que a sociedade entende como justo e adequado. Por isso, seria possível discutir sua aplicação retroativa, pois superior ao entendimento do Poder Judiciário, que não tem legitimidade para legislar. Ocorre que o princípio da segurança jurídica permeia as relações entre particulares, de modo a garantir que todos estão se comprovando de acordo com o que está posto, assumindo eventuais riscos de suas condutas.

Princípio da Segurança Jurídica

O princípio da segurança jurídica encontra-se fundamentado no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, e está ligado à confiança que uma pessoa possui em uma ordem em constantes mudanças.

O princípio da Segurança Jurídica tem como objetivo estabilizar as relações entre as partes. É o ponto de partida para uma análise, interpretação e aplicação em qualquer decisão. Pode ser interpretado como o que norteia todo o ordenamento jurídico e é uma das principais questões do direito.

Quando a Constituição Federal de 1988 garante que a lei não pode prejudicar a coisa julgada, estabelece que o que ficou decidido em um processo, posteriormente não pode ser violado.

Quanto à Lei de Terceirização, quando houve a regularização do trabalho por empresas terceirizadas, como consequência houve a previsão de estabelecimento de regras e cumprimento delas, amparando assim o trabalhador, bem como todos aqueles envolvidos nessa relação jurídica.

Sem um marco legal, não havia uma segurança que amparasse as necessidades de um colaborador terceirizado, estabelecendo os seus direitos e deveres. Um grande impasse imperava na questão das atividades-fim e atividades-meio onde, por ser tácito, não havia definição do que isso consiste, por exemplo: o que for atividade-meio para uma empresa, pode ser atividade-fim para outra e vice-versa.

A regulamentação da norma finda a discussão, deixando a própria empresa gerir o processo produtivo e fornecimento de mão de obra para a empresa contratante, além de deixar as relações empresariais mais transparentes e estáveis, sem abertura para interpretações divergentes. Um outro entendimento é que quando se tira a incerteza jurídica, há a desburocratização da lei, tirando algumas amarras empresariais, dando assim uma maior segurança.

Além do mais, a uniformidade na interpretação e aplicação do direito é um requisito indispensável ao Estado de Direito, além de proteger os direitos do trabalhador pois, como já falado, o princípio constitucional da segurança jurídica pode ser considerado um dos pilares do Estado democrático de direito e a forma de garantir estabilidade e paz nas relações jurídicas.

Sabendo disso, outro aspecto do princípio da segurança jurídica também deve ser abordado no presente caso. A aplicação retroativa da lei fere a segurança jurídica?

Segundo Luiz Guilherme Marinoni (2011), atento ao princípio da Segurança Jurídica, o cidadão precisa ter segurança de que o Estado e os terceiros se comportarão de acordo com o direito e de que os órgãos incumbidos de o aplicar o farão valer quando desrespeitado.

A segurança jurídica remonta à ideia de boa convivência na sociedade, ao garantir aos cidadãos seus direitos naturais, a permanência da ordem jurídica e à própria ideia de justiça. E deve ser observada quando a discussão se refere à alterar o tratamento dado a determinados casos concretos.

Aristóteles já alertava que as mudanças na legislação são esperadas com a época vivida. Assim, a alteração do entendimento é plenamente compreensível. No entanto, deve ser garantido aos cidadãos que os atos praticados sob a égide de um entendimento, permanecerão por ele abarcados. Não há necessidade de que as leis sejam estáticas, mas a segurança jurídica se encarrega pela estabilização dos fatos e atos já realizados, de boa-fé.

Com isso, tem-se que a aplicação retroativa da lei vai alcançar fatos que ocorreram no passado, sob a égide de um entendimento que fora completamente alterado. Nessa análise, há de um lado a segurança jurídica para os fatos e relações jurídicas que ocorreram antes da vigência da lei, e de outro lado a tutela do novo anseio populacional pela norma.

Decisões Judiciais que Mencionam a Lei

Como se trata de lei recente, poucas são as decisões judiciais que a mencionam. Apresenta-se em destaque o entendimento do nobre magistrado da 1 Vara do Trabalho de Uberlândia - MG, nos autos da Reclamação Trabalhista nº 0011609-17.2015.5.03.0043, com sentença proferida em abril/2017, não acolheu pedido de uma atendente de telemarketing para que tivesse vínculo de emprego reconhecido com o banco para o qual prestava serviços.

Em sua decisão judicial, o juiz enfatizou que a terceirização de uma empregada nos serviços de operação de telemarketing no seguimento bancário, seria considerado ilícito, conforme súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho e Súmula 49 do Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais.

Ocorre que, com o advento da Lei 13.429/2017 (Lei da Terceirização), o julgador entendeu que o cancelamento destes entendimentos é medida que necessariamente se impõe.

Ao fundamentar seu entendimento, ele registra que “as disposições contidas nesta Lei autorizam a terceirização de serviços específicos, de acordo com os objetos contratados, eliminando conceitos jurídicos indeterminados como eram o de atividade-fim e atividade-meio”.

Nesse sentido, na decisão em comento foi firmado o entendimento que o cancelamento das duas súmulas acima mencionadas é medida inafastável, “porque este entendimento contraria todo o conjunto de normas que regulamentam a matéria”. Para o juiz, “se até então havia-se dúvidas sobre a sua aplicabilidade, certo é que, com o advento da Lei 13.429/2017, isso deixou de existir, porque esta norma disciplinou, de forma integral, a situação”.

O magistrado defende que ao aplicar a lei de terceirização ao caso, julgando improcedente o pedido da parte autora, não estaria aplicando a lei retroatividade. Na verdade, para ele, a referida disposição normativa apenas reforça o convencimento de que os entendimentos expostos na Súmula 331 do TST (e, por conseguinte, a Súmula 49 do TRT/MG) estavam absolutamente equivocados, no plano jurídico, no que se referem à diferenciação entre atividade-fim e atividade-meio”.

No entanto, continua defendendo que “no âmbito do Direito Penal, por exemplo, é pacífico que a lei possui aplicação retroativa quando torna lícita uma conduta que, até então, era considerada ilícita. (...) a Lei 13.429/2017 simplesmente tornou lícita a terceirização de atividades que, até então, eram consideradas ilícitas (por mero entendimento jurisprudencial)”.

Destaca-se que o magistrado utiliza o entendimento do Direito Penal para exemplificar a possibilidade da aplicação retroativa de uma lei, mas não menciona que está utilizando o princípio da retroatividade benéfica para julgar o caso.

Com base na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a lei da terceirização não pode ser aplicada a fatos pretéritos, anteriores à sua vigência, em respeito ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada, também em homenagem do princípio da segurança jurídica.

Válido frisar que não se pode afirmar que o entendimento isolado consubstanciado na decisão judicial sob análise representa a jurisprudência brasileira. Apenas com o passar do tempo e o advento de novas decisões judiciais é que será possível analisar o posicionamento da doutrina e da jurisprudência.

Não foram localizadas outras decisões judiciais que aplicam ou deixam de aplicar a lei da terceirização, de modo que o presente trabalho apresenta apenas uma decisão judicial específica, que teve grande repercussão na mídia especializada e que apresenta argumentos importantes.

Ocorre que outra não poderia ser a conclusão do presente trabalho, que não pela irretroatividade de lei de terceirização, de modo que sua aplicação será para os fatos ocorridos após a sua entrada em vigor.

Questão importante será quando os fatos começaram antes da entrada em vigor da lei e continuaram com a sua vigência. O debate, nesse caso, será ainda mais aprofundado, sem resposta pronta pela doutrina e jurisprudência.

No entanto, de acordo com a melhor doutrina, a ideia é que se o ato ainda não se esgotou, ou seja, se ainda não atingiu todos os seus efeitos, a nova lei é aplicável a ele. Logo, nesse caso, nem se estaria falando em retroatividade da lei, mas sim na sua aplicação imediata aos fatos ocorridos na sua vigência (mesmo que iniciados antes). Em uma relação de trabalho, pode-se imaginar que o contrato fora firmado antes, no entanto, ainda está em vigor após a publicação da lei.

Metodologia

Neste trabalho foi utilizado, como método, a pesquisa bibliográfica. Baseou-se numa abordagem exploratória, havendo a consulta na legislação recém aprovada sobre o que deve ser aplicado, bem como à súmula do Tribunal Superior do Trabalho. Buscou-se artigos que tratem da retroatividade das leis, tanto no âmbito cível como no âmbito penal.

Foram consultadas decisões judiciais recentes, para analisar como a Lei da Terceirização vem sendo aplicada. Considerando que foi identificada apenas uma decisão judicial, de juiz de uma Vara do Trabalho de Minas Gerais, deu-se ênfase a ela, com consulta completa da sentença. A partir de tais leituras, foi feita a interpretação e desenvolvimento do tema.

Deve-se mencionar que o presente trabalho deve ser complementado, tendo em vista que, com o passar do tempo, haverá maior número de ações judiciais abordando a aplicação da lei.

Resultados

A lei 13.429/1, que dispõe sobre terceirização, veio regulamentar as relações de trabalho prestadas por meio de empresa interposta. Como não havia legislação sobre o tema no Brasil, trata-se de lei que inovou no ordenamento jurídico, superando o entendimento até então consolidado na jurisprudência. Por isso, surgem várias discussões importantes em relação à sua aplicação.

O tema abordado no presente trabalho foi a possibilidade da aplicação retroativa da lei, observando a Norma de Introdução ao Direito Brasileiro, as regras de retroatividade da lei penal e do instituto da segurança jurídica.

Pela LINDB, verifica-se que a lei da terceirização tem vigência imediata, a partir de sua publicação, inclusive por expressa previsão legal. Isso significa que ela está pronta para produzir efeitos, tendo plena disponibilidade para sua aplicação. Nesse sentido, a lei vigente está vocacionada a incidir sobre fatos e produzir efeitos jurídicos. Nesse aspecto, não há margem para se falar em retroatividade.

Em relação às regras de direito penal, verifica-se que há possibilidade da aplicação retroativa de uma lei, se for para beneficiar o réu - aquele que é acusado de cometer um crime. Por maior esforço que se faça, não é possível utilizar esse entendimento para uma lei civil como a lei de terceirização.

O princípio da segurança jurídica garante a estabilização das relações jurídicas e, nesse caso, poderia ser abalada com a aplicação retroativa da lei, que, como mencionado anteriormente, trouxe novo entendimento em relação à terceirização. As pessoas se comportavam de acordo com o que estava posto, que era o entendimento da jurisprudência. Com a alteração do entendimento, não se pode permitir que fatos do passado sejam abrangidos pela nova lei. Os envolvidos nessa relação jurídica não podiam prever a vinda de uma nova regulamentação, totalmente contrária ao que vinha sido feito.

Após análise da Norma de Introdução ao Direito Brasileiro, das regras de retroatividade da lei penal e do instituto da segurança jurídica, a conclusão a que se chegou no presente trabalho foi que a nova lei começa a ser aplicada a partir de sua publicação, não tendo o condão de retroagir a fatos que ocorreram no passado.