



Universidade de Brasília
Faculdade de Direito
Curso de graduação em Direito

**Terceirização e precarização social do trabalho: uma
análise das possibilidades de configuração do dano
existencial ao trabalhador terceirizado**

Luíza Soares Sabioni Martins

Brasília

2015

Luíza Soares Sabioni Martins

**Terceirização e precarização social do trabalho: uma
análise das possibilidades de configuração do dano
existencial ao trabalhador terceirizado**

Monografia apresentada como requisito
parcial à obtenção do grau de Bacharel em
Direito pela Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília – UnB
Orientadora: Professora Doutora Gabriela
Neves Delgado

Brasília

2015

Luíza Soares Sabioni Martins

Terceirização e precarização social do trabalho: uma análise das possibilidades de configuração do dano existencial ao trabalhador terceirizado

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) e aprovada pela banca examinadora composta pelos seguintes professores:

Gabriela Neves Delgado
Professora Doutora e Orientadora

Renata Queiroz Dutra
Doutoranda e Examinadora

Othon de Azevedo Lopes
Professor Doutor e Examinador

Rodrigo Leonardo de Melo Santos
Mestrando e Examinador

Brasília

2015

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus e a Nossa Senhora, por sempre guiarem meus caminhos e me confortarem nos momentos de dificuldade.

Aos meus pais, pelo apoio incondicional que dedicaram à minha formação, pela confiança que sempre depositaram em mim e pelo amor demonstrado todos os dias.

A minha irmã, Marina, obrigada pela companhia nesse momento crucial das nossas vidas. Fico muito feliz de terminar essa etapa ao seu lado. Com você, o futuro não parece tão assustador.

Ao meu namorado, Wesley, por me escutar nos momentos de desespero e me incentivar a lutar pelos meus sonhos.

Aos meus familiares de Belo Horizonte, que mesmo longe sempre se fizeram tão presentes na minha vida.

Aos meus amigos, obrigada por estarem comigo tanto nos momentos bons, como nos momentos difíceis. Com vocês a jornada foi mais leve, alegre e divertida.

À Professora Gabriela Neves Delgado, fonte de inspiração e exemplo de inteligência e doçura. Obrigada pelo apoio e pelas contribuições valiosas ao longo do trabalho.

Aos professores Othon de Azevedo Lopes, Renata Queiroz Dutra e Rodrigo Leonardo de Melo Santos, pela participação na banca examinadora e pela atenção que dispensaram à minha pesquisa.

RESUMO

As transformações trazidas pelo toyotismo geraram um modo de vida e de trabalho pautados na flexibilização dos processos produtivos, instituindo um novo tipo de precarização que encontra na terceirização uma modalidade perfeita. A experiência brasileira sobre a terceirização demonstra tratar-se de um mecanismo que traz dificuldades para a efetiva garantia de direitos trabalhistas, devendo ser utilizado apenas de forma excepcional. O objetivo da presente pesquisa é analisar quais são as hipóteses de configuração do dano existencial ao trabalhador terceirizado, na medida em que as pesquisas mais recentes demonstram que a intermediação da mão de obra faz com que o trabalhador se submeta a condições de precariedade no meio ambiente de trabalho, afetando seu reconhecimento como sujeito de direitos e dificultando a concretização do direito fundamental ao trabalho digno.

PALAVRAS-CHAVE: Flexibilização. Precarização. Terceirização. Direitos Trabalhistas. Dano Existencial. Reconhecimento. Direito fundamental ao trabalho digno.

ABSTRACT

The changes brought by the toyotism generated a way of living and working guided by the flexibility of the production processes, introducing a new kind of precariousness that finds in outsourcing a perfect match. The Brazilian experience on outsourcing demonstrates it is a mechanism that brings difficulties for the effective guarantee of labor rights, what implies it should be used on an exceptional way only. The objective of this study is to analyze what are the hypothesis that configure existential damage to outsourced workers, since the latest researches shows that the intermediation of labor makes the worker go through precarious conditions in the work environment, what affects his recognition as subject of rights and makes difficult the achievement of the fundamental right to decent work.

KEY-WORDS: Flexibility. Precariousness. Outsource. Labor Rights. Existential Damage. Recognition. Fundamental right to decent work.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO I – TERCEIRIZAÇÃO, FLEXIBILIZAÇÃO E PRECARIZAÇÃO.....	11
1.1 A precarização social do trabalho e a terceirização na era da acumulação flexível.....	11
1.2 O <i>just-in-time</i> e o trabalhador como mercadoria.....	15
1.3 O modo de vida reduzido e o deslocamento em relação ao tempo e ao espaço.....	16
1.4 Os estabelecidos e os <i>outsiders</i> : discriminação e dificuldade de construção de uma identidade social e coletiva dos tercerizados.....	20
CAPÍTULO II - A REGULAMENTAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL.....	24
2.1 Conceito de terceirização.....	24
2.1.1 A terceirização lícita e a terceirização ilícita.....	26
2.2 Evolução legislativa e jurisprudencial da terceirização.....	27
2.2.1 A necessidade de reformulação da legislação acerca da terceirização.....	32
CAPÍTULO III - O DANO EXISTENCIAL E A TERCEIRIZAÇÃO.....	35
3.1 (Re) pensando a lógica da terceirização.....	35
3.2 O ser-no-mundo e o dano à vida de relações.....	37
3.3 O dano existencial.....	38
3.3.1 Conceito.....	38
3.3.2 A distinção entre dano existencial e dano moral e a possibilidade de cumulação dos dois institutos	41
3.3.3 O dano existencial nas relações de trabalho terceirizadas.....	43

CAPÍTULO IV - A NECESSIDADE DE RESGATE DA PROTEÇÃO AO TRABALHADOR.....	50
4.1 O princípio da dignidade da pessoa humana como premissa para a efetividade dos direitos fundamentais do trabalhador.....	50
4.2 O direito fundamental ao trabalho digno.....	54
4.3 Solidariedade social e reconhecimento.....	56
CONCLUSÃO.....	61
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	63

INTRODUÇÃO

A terceirização, prática que vem sendo amplamente disseminada nos setores de prestação de serviços, pode ser compreendida como uma forma de organização estrutural que possibilita a transferência das atividades periféricas ou complementares da empresa tomadora para a empresa prestadora de serviços, a fim de possibilitar uma maior disponibilidade de recursos para sua atividade essencial ou nuclear, reduzindo a estrutura operacional e diminuindo os custos.

Todavia, a experiência brasileira demonstra que a terceirização se encontra intimamente relacionada à precarização das condições do trabalho, na medida em que atualmente as empresas terceirizam suas atividades não a fim de aumentar a produtividade ou a qualidade técnica dos serviços ou produtos prestados, mas sim visando à obtenção de uma maior margem de lucro, por meio de baixíssimos salários, altas jornadas de trabalho e falta de investimento nas melhorias do meio ambiente de trabalho e na qualificação da mão-de-obra dos trabalhadores.

Mesmo que a Constituição Federal, pautada pelo princípio da dignidade, reconheça a proteção ao trabalho digno como direito fundamental, a realidade encontrada hoje no mercado de trabalho demonstra que as empresas não medem esforços a fim de reduzir os custos da produção e aumentar seu faturamento. Na intermediação da mão de obra, verifica-se que o objeto de negociação entre as empresas tomadora e prestadora de serviços é a força de trabalho de alguns indivíduos, transformando o trabalhador em mercadoria na cadeia produtiva da sociedade do trabalho.

Um dos pontos mais críticos na terceirização é o déficit na sua regulamentação, o que ocasiona dificuldades na efetividade da proteção ao trabalhador. O Tribunal Superior do Trabalho, preocupando-se com o nível de precariedade causado pela prática terceirizante, editou o Enunciado 256, substituído atualmente pela Súmula 331, que funciona como um mecanismo de limite à terceirização, ao prever que a intermediação da mão de obra deverá ser realizada apenas de maneira excepcional.

Entretanto, ainda há uma grande pressão do empresariado para eliminar os obstáculos à terceirização: o Plenário da Câmara dos Deputados aprovou, no dia 08 de abril de 2015, o texto-base do PL 4.330/04, que traz no bojo de seu texto a possibilidade de terceirização de

qualquer atividade. O projeto se encontra atualmente em tramitação no Senado Federal e, se for aprovado definitivamente, aumentará ainda mais os níveis de precariedade nas relações de trabalho trianguladas.

Tendo em vista as tentativas de se instituir a terceirização ilimitada de atividades, bem como a flexibilização significativa dos direitos e garantias dos trabalhadores terceirizados, a presente pesquisa tem como objetivo analisar em que medida as condições precárias de trabalho e a violação recorrente de direitos trabalhistas podem possibilitar a configuração do dano existencial ao trabalhador terceirizado.

No primeiro capítulo, será realizado um estudo do fenômeno da terceirização a partir das últimas mudanças ocorridas no mundo do trabalho e a ascensão do modelo toyotista de produção, ressaltando-se quais as consequências da adoção dessa técnica para a precarização das condições de trabalho dos terceirizados.

No segundo capítulo, será estabelecido um panorama da terceirização, definindo seu conceito, sujeitos contratantes, tipos, bem como a evolução legislativa e jurisprudencial acerca do tema e a necessidade da reformulação da regulamentação a fim de aumentar a proteção jurídica do trabalhador terceirizado.

Já no terceiro capítulo, será introduzida a figura do dano existencial, definindo seu conceito e quais são as hipóteses de configuração desse novo tipo de dano ao trabalhador terceirizado, na medida em que ele muitas vezes não consegue tirar férias, encontra dificuldades em efetivar ambições pessoais diante da instabilidade e pressão cotidianas, não há interesse por parte da prestadora ou da tomadora de serviços na qualificação da sua mão de obra por meio de cursos profissionalizantes, há um deslocamento em relação ao espaço e o tempo de trabalho, fazendo com que lhe seja retirado o protagonismo de seu projeto de vida e o convívio social com amigos e familiares.

Por fim, o quarto capítulo aponta a necessidade constitucional de se efetivar a realização do trabalho em condições dignas, a fim de possibilitar o reconhecimento do trabalhador como sujeitos de direitos pelo meio que o circunda.

CAPÍTULO I

*“Amou daquela vez como se fosse máquina
Beijou sua mulher como se fosse lógico
Ergueu no patamar quatro paredes flácidas
Sentou pra descansar como se fosse um pássaro
E flutuou no ar como se fosse um príncipe
E se acabou no chão feito um pacote bêbado
Morreu na contramão atrapalhando o sábado”*

Chico Buarque de Hollanda

TERCEIRIZAÇÃO, FLEXIBILIZAÇÃO E PRECARIZAÇÃO

1.1 A precarização social do trabalho e a terceirização na era da acumulação flexível

A terceirização consiste, em primeira medida, num processo de reorganização das formas de produção resultantes das transformações econômicas trazidas pelo capitalismo.¹ As transformações ocorridas no final do século XX ocasionaram a reconfiguração das relações capital-trabalho, que passaram a ser vislumbradas a partir de um contexto neoliberalista de redefinição mundial do capital e dos processos produtivos, numa busca insaciável pelo lucro.

As transformações trazidas pela ruptura com o padrão fordista e a implementação do sistema de gestão toyotista geraram um modo de vida e de trabalho pautados na flexibilização dos modos de organização e gestão do trabalho, buscando encurtar radicalmente os tempos da produção, bem como otimizar o uso da força de trabalho.

No Brasil, foi a partir dos anos 1990 que o modelo de gestão toyotista se expandiu intensamente pelos setores da economia, consolidando uma fase de “epidemia da qualidade e da produtividade” no país, que foi caracterizada, principalmente, pela implantação dos programas de qualidade total e terceirização nas empresas, em reforço aos novos mecanismos de gestão já adotados desde a década de 1970.²

Diferentemente da acumulação de massa trazida pelo modelo fordista, a nova organização dos processos de produção baseia-se numa produção enxuta e no pronto

¹ LIMA, Jacob Carlos. *A terceirização e os trabalhadores: revisitando algumas questões*. Cadernos de Psicologia Social do Trabalho, 2010, vol. 13, n. 1, p.18.

² DELGADO, Gabriela Neves. AMORIM, Helder Santos. *Os limites constitucionais da terceirização*. 1 ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 11.

atendimento, em que as mercadorias são produzidas com um alto grau de especialização e em conformidade com a demanda individualizada no mercado consumidor.

Para caracterizar a lógica introduzida pela nova configuração do mundo do trabalho, David Harvey utiliza a expressão “acumulação flexível”, que se caracteriza pelo surgimento de setores de produção, fornecimento de serviços e mercados inteiramente novos, apoiados na flexibilização dos processos de trabalho, dos mercados de trabalho, dos produtos e padrões de consumo.³

Nessa nova dinâmica do desenvolvimento do capitalismo, percebe-se que a flexibilidade é utilizada como estratégia de precarização do trabalho, encontrando na terceirização uma modalidade perfeita para viabilizar um grau de acumulação sem limites.

Segundo Graça Druck, a “epidemia” da terceirização, enquanto uma modalidade de gestão e de organização do trabalho, em que a lógica da acumulação financeira exige total flexibilidade em todos os níveis do processo produtivo, institui um novo tipo de precarização que passa a dirigir a relação capital e trabalho em todas as suas dimensões.⁴

Assim, as empresas dos setores industrial e de serviço, em busca da produção de rendimentos, transferem aos trabalhadores a pressão pela maximização do tempo, pelas altas taxas de produtividade, pela redução dos custos com o trabalho e pela “volatilidade” nas formas de inserção e de contratos, correspondendo a terceirização a todas essas exigências.⁵

Por meio da terceirização, o processo produtivo é flexibilizado, já que ocorre uma reorganização das atividades empresariais: as empresas passam a focar em sua atividade-fim, externalizando para outras empresas as atividades consideradas periféricas. Há uma concentração no produto principal; qualquer outros setores ou serviços considerados complementares são transferidos para outras empresas, as denominadas prestadoras.

Nesse sentido, a terceirização não trata de simples mudança na estrutura da relação empregado-empregador, devendo ser compreendida no contexto de mudança na gestão dos processos produtivos e da consequente formação de uma nova visão do mundo do trabalho.

³ HARVEY, David. *Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. 16. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 140.

⁴ DRUCK, M. G. *Trabalho, precarização e resistências*. Caderno CRH (UFBA), Salvador, EDUFBA, v. 24, 2011, p. 47

⁵ Idem.

Os efeitos negativos provocados pela terceirização podem ser vislumbrados a partir de diversos aspectos, destacando-se o econômico, o empresarial e o sindical.

No âmbito econômico, a terceirização ocasiona o decréscimo no número de empregos formais com as empresas tomadoras, fomentando o surgimento de pequenas e médias empresas que, de maneira geral, utilizam a subcontratação de serviços; amplia o desemprego, na medida em que a maioria dos empregados que tem seu trabalho extinto nas empresas tomadoras tem dificuldades de se inserir novamente no mercado formal; aumenta a rotatividade da mão-de-obra, o que causa insegurança no emprego e insufla os sentimentos de individualização nas relações de trabalho.⁶

Já no plano empresarial, evidencia-se que as instalações das empresas terceirizadas não possuem as mesmas condições de segurança e higiene das empresas tomadoras, proporcionando uma maior degradação do meio ambiente de trabalho e sendo um facilitador para a ocorrência de acidentes de trabalho.⁷

Na seara sindical, ressalta-se a desintegração da identidade coletiva dos trabalhadores, o que estimula o enfraquecimento das entidades sindicais e a ampliação da competitividade entre os próprios trabalhadores.⁸

As empresas terceirizam não devido à especialização técnica, ao crescimento da produtividade, ao desenvolvimento de produtos com maior valor agregado ou maior tecnologia, mas sim visando à obtenção de uma maior margem de lucro, em especial, por meio de baixíssimos salários, altas jornadas de trabalho e precariedade no investimento de melhorias do meio ambiente de trabalho, bem como na qualificação da mão-de-obra dos trabalhadores.⁹

Um dos maiores argumentos do segmento industrial a favor da terceirização é que sua utilização gera mais empregos, argumento que não deve subsistir. Esses empregos já teriam que existir para a produção e realização dos serviços necessários à grande empresa. O que é importante pontuar é que a empresa terceira oferece empregos, mas de trabalho precário, com jornadas maiores e ritmo de trabalho exaustivo.

⁶ DRUCK, M. G. *Trabalho, precarização e resistências*. Caderno CRH (UFBA), Salvador, EDUFBA, v. 24, 2011, p. 188.

⁷ Idem.

⁸ Idem.

⁹ ALVES, Giovanni. *Terceirização e neodesenvolvimentismo*, Blog boitempo. Disponível em: <http://www.boitempoeditorial.com.br/v3/>. Acesso em: 01.05.2015.

De acordo com a pesquisa realizada pelo DIEESE em parceria com a CUT, os dados são alarmantes: se a jornada dos trabalhadores em setores tipicamente terceirizados fosse igual à jornada daqueles contratados diretamente, seriam criadas 882.959 postos de trabalho a mais; a diferença entre a remuneração média dos trabalhadores diretos e terceirizados é cerca de 24,7%; os trabalhadores terceirizados cumprem jornada de trabalho de 3 horas a mais semanais em comparação ao trabalhadores diretos.¹⁰

Além disso, o tempo médio de permanência no emprego para os trabalhadores diretos é de 5,8 anos, enquanto dos trabalhadores terceirizados é de 2,7 anos; no setor elétrico, dos 79 trabalhadores que morreram em acidente de trabalho, 61 eram terceirizados; na construção civil, de 135 trabalhadores mortos em acidente de trabalho, 75 óbitos foram de terceirizados; nos serviços especializados, 30 em 34 óbitos envolveram terceirizados¹¹; nas dez maiores operações de trabalhadores em situação análoga à de escravidão, quase 3 mil dos 3.553 casos envolveram trabalhadores terceirizados.¹²

Isso demonstra que a terceirização está diretamente relacionada à precarização do trabalho, pois ela viabiliza um grau de liberdade quase ilimitado para gerir e dominar a força de trabalho, na medida em que se descompromete o vínculo formal de emprego ao deslocar, para um terceiro, o risco da atividade econômica.¹³

Dessa forma, há uma evidente desproporcionalidade em favor do capital e em detrimento do trabalho, o que faz com que a prática da terceirização de maneira ilimitada seja uma afronta aos princípios constitucionais do valor social do trabalho e da realização de um trabalho digno.

¹⁰ CUT. DIEESE (2014) Terceirização e desenvolvimento: uma conta que não fecha: / dossiê acerca do impacto da terceirização sobre os trabalhadores e propostas para garantir a igualdade de direitos / Secretaria. Nacional de Relações de Trabalho e Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. - São Paulo: Central Única dos Trabalhadores, 2014.

¹¹ Idem.

¹² CAVALCANTI, Hylida. *Para Dieese, relação entre terceirização, mortes no serviço e trabalho escravo é 'gritante'*. Publicado em 13/04/2015 19:52. Disponível em: <http://www.redebrasilatual.com.br/politica/2015/04/para-dieese-relacao-entre-terceirizacao-mortes-no-servico-e-trabalho-escravo-e-gritante-3622.html>. Acesso em: 04.05.2015.

¹³ DRUCK, Graça. SILVA, Jair Batista da. *Precarização, Terceirização e Ação sindical*. In: SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal (coord.). *Dignidade humana e inclusão social: para a efetividade do direito do trabalho no Brasil*. São Paulo: LTR, 2010.2014, p. 34.

1.2 O *just-in-time* e o trabalhador como mercadoria

O *just-in-time* é um dos princípios trazidos pelo toyotismo e tem como premissa a redução de estoques ao mínimo possível, fazendo com que a produção seja diretamente regida pela demanda do mercado.¹⁴

Para Taiichi Ohno, ideólogo do toyotismo, o *just-in-time* significa que, num processo de fluxo da produção industrial, as partes corretas necessárias à montagem alcançarão a linha de montagem na quantidade certa e apenas no momento em que são necessárias. Essa é a lógica do *just-in-time*: a produção no tempo certo.¹⁵

Nesse sentido, não é mais o mercado que se adapta ao ritmo da produção, como ocorria no fordismo, mas o contrário. As empresas se horizontalizam, e as atividades consideradas não essenciais são delegadas a empresas que oferecem uma atividade especializada a custos mais baixos.

O problema é que o *just-in-time*, quando aplicado à força de trabalho, conserva a mesma lógica de eliminar estoques, valendo-se -a cada instante da quantidade exata de mercadoria de que precisa. Como essa mercadoria, no caso, é o próprio trabalhador, as consequências são dramáticas.¹⁶

Na terceirização de serviços, o que é negociado não é simplesmente um produto ou um trabalho intelectual especializado, mas a força de trabalho de alguns indivíduos. Sendo assim, o que se percebe é a própria inclusão do trabalhador como mercadoria na cadeia produtiva da sociedade do trabalho.

A empresa lucrará com a força de trabalho “alugada” a um tomador, o que implica concluir: o homem perde a perspectiva da centralidade do trabalho. Ao invés de figurar como protagonista da relação de trabalho – ocupando um dos seus pólos –, o homem passa a ser objeto de uma negociação de natureza comercial.¹⁷

Tendo em vista que o lucro das empresas prestadoras é auferido a partir da força de trabalho humana, as consequências para o trabalhador terceirizado são nefastas. Num mercado altamente competitivo, o que prevalece é o menor preço. Ou seja, além de pertencer a uma

¹⁴ ALVES, Giovanni. *Terceirização e neodesenvolvimentismo*, Blog boitempo. Disponível em: <http://www.boitempoeditorial.com.br/v3/>. Acesso em: 01.05.2015. p. 18.

¹⁵ Idem.

¹⁶ VIANA, Márcio Túlio. DELGADO, Gabriela Neves. AMORIM, Helder Santos. *Terceirização – Aspectos gerais. A última decisão do STF e a Súmula 331 do TST*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, ano 77 -no 1 - jan. a mar. – 2011, p. 58.

¹⁷ PAIXÃO, Cristiano. *Terceirização: o trabalho como mercadoria*. In Tribuna do Brasil - UnB – Sindjus. DF CONSTITUIÇÃO & DEMOCRACIA. 2006.

empresa que utiliza de sua força de trabalho como objeto de negociação, o trabalhador terceirizado terá o valor do seu salário barganhado, já que o que realmente interessa é a obtenção de um contrato para prestação de serviços.

Vale destacar que a Administração Pública, umas das maiores contratantes de serviço terceirizado, funciona através da lógica do menor preço, por intermédio de licitação ou pregão, gerando uma competitividade entre as empresas para descobrir quem paga o “melhor preço”, que nesse caso é o menor.¹⁸

Sendo a força de trabalho humano a única fonte de lucro da prestadora, qualquer tipo de treinamento de pessoas importará em um alto custo para a empresa. Com isso, percebe-se uma das maiores desvantagens do trabalhador terceirizado: não há investimento em formação, qualificação e aperfeiçoamento profissional, o que gera como resultado um trabalhador desqualificado, sem formação, sem perspectiva, sem futuro.¹⁹

Nessa relação triangular, o que se percebe é que o prestador de serviços não tem como objetivo a produção de bens e atividades. A mão-de-obra não é utilizada como valor de uso, mas como meio de troca, transformando o trabalhador em mercadoria e impedindo a realização de um trabalho digno.

1.3 O modo de vida reduzido e o deslocamento em relação ao tempo e ao espaço

A lógica do *just-in-time*, quando aplicada no próprio modo de vida do sujeito, implica uma maior carga de pressão no plano psíquico do homem-que trabalha, tendo em vista que ele opera o fenômeno da vida reduzida. E o que seria viver uma vida reduzida?

Para Giovanni Alves, a vida reduzida significa a vida veloz, sinalizada, enxuta, capturada e invertida.²⁰

A vida reduzida é *veloz*, na medida em que a produção em rede, típica da gestão toyotista, traz como consequência não apenas a valorização do capital, mas reverbera também no aumento da velocidade dos circuitos vitais do organismo social.²¹

¹⁸ PAIXÃO, Cristiano. *Terceirização: o trabalho como mercadoria*. In Tribuna do Brasil - UnB – Sindjus. DF CONSTITUIÇÃO & DEMOCRACIA. 2006.

¹⁹ Idem.

²⁰ ALVES, Giovanni. *Terceirização e neodesenvolvimentismo*, Blog boitempo. Disponível em: <http://www.boitempoeditorial.com.br/v3/>. Acesso em: 01.05.2015, p. 19.

²¹ Idem.

É *sinalizada*, já que a comunicação numa sociedade midiática formada por redes é realizada através de sinais capazes de manipular a subjetividade do trabalho não só no plano da produção, como também no plano da vida cotidiana.²²

É *capturada*, já que é intensamente manipulada nas mais diversas esferas da vida social, afetando a própria subjetividade.²³

É *enxuta*, já que o tempo de vida é reduzido às atividades necessárias à carreira profissional, ocasionando um pragmatismo existencial em que os requerimentos valorativos do trabalho entranhado invadem o tempo livre e reduzem a relação com amigos e familiares.²⁴

É *invertida*, na medida em que o tempo futuro reduz-se ao tempo presente, no sentido em que, nas condições de precariedade salarial, há uma dificuldade de passagem para a vida adulta, que representa um emprego com carreira profissional, família como realização pessoal e consumo como fruição vital.²⁵

O capital avassala a possibilidade de desenvolvimento humano pessoal dos indivíduos sociais, ocupando o tempo de vida das pessoas com a lógica do trabalho entranhado e a lógica da mercadoria e do consumismo desenfreado.²⁶ Sendo a terceirização a principal manifestação do sistema toyotista de produção, percebe-se que o trabalhador terceirizado vive essa vida reduzida, que é antípoda a uma vida plena de sentido pautada pela realização de projetos de vida e planos para o futuro.

E a fruição de uma vida reduzida é ainda mais perceptível ao trabalhador terceirizado, que além de viver sob a ótica da acumulação flexível e sofrer os efeitos perversos de um capitalismo tardio, “é desprovido da noção de tempo e espaço, elementos constitutivos da experiência humana no mundo exterior.”²⁷

O deslocamento em relação ao tempo ocorre pela vinculação da prestação de serviços a um contrato de duração determinada. A renovação desse contrato não é garantida, já que outra empresa pode oferecer um pacote “mais favorável” aos interesses da tomadora de serviços. Ao ter a sua permanência na “prestadora” condicionada à existência de uma

²² ALVES, Giovanni. *Terceirização e neodesenvolvimentismo*, Blog boitempo. Disponível em: <http://www.boitempoeditorial.com.br/v3/>. Acesso em: 01.05.2015. p. 20.

²³ Idem.

²⁴ Idem.

²⁵ Ibidem, p. 19 e 20.

²⁶ Idem.

²⁷ PAIXÃO, Cristiano. *Terceirização: o trabalho como mercadoria*. In Tribuna do Brasil - UnB – Sindjus. DF CONSTITUIÇÃO & DEMOCRACIA. 2006.

“tomadora”, o trabalhador terceirizado vê o seu futuro equivalente ao vazio, à ausência e ao incerto.²⁸

A precarização do trabalho manifesta-se como tendência que atinge todos os trabalhadores, estando por toda a parte: serviços públicos, serviços privados, nos meios de comunicação, etc. E seus efeitos são similares, embora com gradações distintas: há uma desestruturação da existência e das estruturas temporais, tornando o futuro incerto e transformando a insegurança como modo generalizado de vida.²⁹

Todavia, para o trabalhador terceirizado, a insegurança e o temor são maiores: ele não tem perspectiva de ascensão funcional; a competitividade entre as empresas tem como consequência a busca de um trabalhador barato, sem experiência, sem treinamentos, sem expectativas; a perspectiva de planejamento do futuro é subtraída do trabalhador terceirizado, já que a possibilidade de ascensão profissional e qualificação são ínfimas.³⁰

A perda da referência de espaço, por sua vez, ocorre pelo fato de que o trabalhador não fica vinculado apenas a um tomador, podendo trabalhar em diversas empresas ao longo da duração da prestação de serviços. A contratação de mão-de-obra não envolve um indivíduo determinado, o que é negociado é a própria força de trabalho, não importando à empresa tomadora quem de fato vai realizar a atividade proposta.³¹

A terceirização de serviços promove a presença instável do trabalhador em diferentes ambientes artificiais de vários tomadores. As prestadoras não exercem nenhum domínio em relação ao meio ambiente de trabalho do terceirizado, o que dificulta a proteção da higidez local, dos métodos, das interações, influências e organizações da atividade laborativa, o que se revela pelos altos índices de acidentes do trabalho e doenças ocupacionais nas empresas de terceirização. Nesse sentido, percebe-se que a integração do trabalhador à vida da empresa é indispensável à proteção da relação de emprego em sua dimensão preservadora da saúde e segurança do trabalhador.³²

²⁸ PAIXÃO, Cristiano. *Terceirização: o trabalho como mercadoria*. In Tribuna do Brasil - UnB – Sindjus. DF CONSTITUIÇÃO & DEMOCRACIA. 2006.

²⁹ LIMA, Jacob Carlos. *A terceirização e os trabalhadores: revisitando algumas questões*. Cadernos de Psicologia Social do Trabalho, 2010, vol. 13, n. 1, p. 19.

³⁰ PAIXÃO, Cristiano. Op, cit.

³¹ Idem.

³² DELGADO, Gabriela Neves. AMORIM, Helder Santos. *Os limites constitucionais da terceirização*. 1 ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 104.

Quando não há esse deslocamento em relação ao espaço, ocorre um fenômeno invertido, mas igualmente prejudicial ao trabalhador terceirizado: mantem-se os postos de trabalho na empresa tomadora, modificando com uma alta rotatividade as empresas prestadoras. Essas empresas prestadoras desaparecem e o trabalhador terceirizado, além de encontrar dificuldade em indicar quem é seu novo empregador, emenda uma contratação em outra sem usufruir do seu direito a férias previsto constitucionalmente. Como bem apontam Gabriela Neves Delgado e Helder Santos Amorim:

[...] Esses trabalhadores que têm seus contratos sucessivamente extintos antes de completar um ano de trabalho, não chegam a adquirir o direito às férias anuais remuneradas. Mesmo aqueles que têm seus contratos extintos ao final de cada ano de trabalho, apesar de adquirirem o direito à férias, na forma do art. 130 da CLT, por não permanecerem no emprego nos doze meses consecutivos, que compreendem o período concessivo de férias, terminam por não usufruí-las, esvaziando sobremaneira a eficácia do direito previsto no art. 7, XVII, da Constituição, direito este voltado à regeneração física e mental e à promoção do convívio social e familiar do trabalhador.³³

O trabalhador terceirizado frequentemente se pergunta se continuará a ter seu emprego quando o contrato de prestação for finalizado; quem será seu próximo empregador; qual vai ser a sua próxima atividade; se seu empregador vai desaparecer; se ele vai ficar inadimplente com suas contas, o que torna a sua vida permeada por uma imprevisibilidade aterrorizante.³⁴

A fragmentação das dimensões de tempo e espaço impede a construção da narrativa das trajetórias profissionais dos trabalhadores terceirizados, num momento histórico em que o trabalho deveria ser a concretude da autonomia e dignidade da pessoa humana.³⁵

A relação de trabalho triangular não apenas rompe com a relação trabalhista clássica entre empregado e empregador, mas interfere diretamente na própria subjetividade do trabalhador terceirizado, que se encontra num mar de incertezas não só em relação ao seu papel desenvolvido no meio ambiente de trabalho - que vive em constante mudanças-, mas também em relação ao seu futuro e perspectiva de vida.

³³ DELGADO, Gabriela Neves. AMORIM, Helder Santos. *Os limites constitucionais da terceirização*. 1 ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 106.

³⁴ PAIXÃO, Cristiano. *Terceirização: o trabalho como mercadoria*. In *Tribuna do Brasil - UnB - Sindjus*. DF CONSTITUIÇÃO & DEMOCRACIA. 2006.

³⁵ Idem.

1.4 Os estabelecidos e os *outsiders*: discriminação e dificuldade de construção de uma identidade social e coletiva dos terceirizados

A partir da observação de um pequeno povoado na Inglaterra, Winston Parva, Norbert Elias percebeu que a comunidade local era dividida em dois grupos, que o autor denomina de os estabelecidos e os *outsiders*. Os estabelecidos (em inglês *established*) é a expressão utilizada para designar um grupo de indivíduos que ocupam posição de poder e prestígio. São considerados uma “boa sociedade”, que tem a identidade social baseada na tradição, na autoridade e na influência. Em contraposição, os *outsiders* consistem num “conjunto heterogêneo e difuso de pessoas unidas por laços sociais menos intensos que unem os *established*.”³⁶

A configuração estabelecidos-*outsiders* pode ser percebida não apenas nessa comunidade específica, mas como uma constante universal nas relações humanas. Embora a natureza das fontes humanas que se fundamentam a superioridade social do grupo estabelecido em relação aos *outsiders* possa variar, é possível encontrar características comuns em contextos sociais diferentes.

No processo de terceirização de serviços, a clivagem entre os trabalhadores se mostra mais evidente, já que as empresas terceirizadas atuam dentro do espaço da empresa primeira, expondo a situação contratual distinta dos trabalhadores.

Ao se deslocar a relação estabelecidos-*outsiders* para o meio ambiente de trabalho encontrado nas empresas tomadoras de serviço, percebe-se a secção dos trabalhadores em dois grupos: um grupo central (os estabelecidos), composto por trabalhadores qualificados e detentores de empregos formais e estáveis; e um grupo marginalizado (os *outsiders*), composto por terceirizados, temporários, autônomos e subcontratados em geral, que prestariam serviços em condições precárias e sem segurança no posto de trabalho.

Essa divisão entre os trabalhadores resulta num processo de estigmatização organizacional a partir da distinção criada nos locais de trabalho entre trabalhadores diretos e terceiros, seja porque o tipo de trabalho desenvolvido pelo terceiro é considerado menos

³⁶ ELIAS, Norbert. SCOTSON, John L. *Os estabelecidos e os outsiders: sociologia das relações de poder a partir de uma comunidade*. Tradução Vera ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2000, p.7.

importante, seja pelas desigualdades de salário, qualificação, jornadas e condições de trabalho.³⁷

Os trabalhadores terceirizados não possuem uma vinculação espaço-temporal com o empregador ou o tomador final dos serviços, nem com os próprios colegas de trabalho. A conjectura de coexistirem trabalhadores de diferentes “categorias” gera hierarquização entre os obreiros, implicando desmerecimento e discriminação dos precários pelos próprios trabalhadores formais. Os uniformes, os crachás de identificação e até os refeitórios utilizados pelos terceirizados são distintos dos trabalhadores centrais, fazendo com que os precários se afirmem, dentro dos próprios estabelecimentos para os quais trabalham, como subcategoria.³⁸

A falta de coesão dos indivíduos outsiders também pode ser percebida: há uma ausência de integração em relação ao corpo produtivo e os laços formados a partir do trabalho são frouxos demais para a vinculação subjetiva do trabalhador terceirizado, no sentido de vivenciar no meio ambiente de trabalho situações para sua própria narrativa de vida.

Há uma dificuldade evidente de afirmação da identidade social do trabalhador terceirizado, pois sua vivência numa periferia precária e às margens de um sistema de proteção legal faz com que seu papel de inferioridade e seu desprestígio social seja naturalizado e perpetuado, impedindo suas perspectivas de reconhecimento no trabalho.

Portanto, na situação dos precários, a afirmação identitária é bastada seja pela baixa retribuição que o trabalho lhe empresta, seja pelo parco reconhecimento que as atividades desempenhas de modo precário proporcionam, seja, ainda, pela dificuldade de estabelecimento de vínculos sociais sólidos a partir desse tipo de trabalho.³⁹

A dificuldade de afirmação identitária do trabalhador terceirizado também é agravada pela ausência de uma identidade coletiva entre esses trabalhadores, já que a sindicalização, em face do sistema adotado pela Constituição Federal de 1998, não se dá com os colegas da empresa, mas com categorias diversas que abrangem grupos heterogêneos de trabalhadores precários. A alta rotatividade no mercado faz com que esses trabalhadores se enquadrem,

³⁷ CUT. DIEESE (2014) Terceirização e desenvolvimento: uma conta que não fecha: / dossiê acerca do impacto da terceirização sobre os trabalhadores e propostas para garantir a igualdade de direitos / Secretaria Nacional de Relações de Trabalho e Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. - São Paulo: Central Única dos Trabalhadores, 2014.

³⁸ DUTRA, Renata Queiroz. *Direitos fundamentais à proteção da subjetividade no trabalho e emancipação coletiva*. In Trabalho Constituição e Cidadania: a dimensão coletiva dos direitos sociais trabalhistas/ Organizadores: Gabriela Neves Delgado, Ricardo José Macêdo de Brito Pereira. São Paulo: LTr, 2014, p. 221.

³⁹ Idem.

sucessivamente, em diversas categorias, sem a possibilidade de desenvolver laços com qualquer uma delas.⁴⁰

A exclusão do trabalhador da categoria econômica vinculada à atividade econômica do beneficiário final de sua mão de obra, o tomador de serviços, constitui veículo de fragilização social do trabalhador terceirizado, pois inviabiliza sua reunião em torno do sindicato legitimado para a defesa dos seus “reais” interesses, frustrando-lhe as relações de cooperação e de solidariedade e a própria identidade de classe, com séria perda de conquista de direitos voltados “à melhoria de sua condição social” (Constituição, art. 7º, caput).⁴¹

Não há também a percepção de uma identidade coletiva pelos trabalhadores periféricos e pelos trabalhadores centrais, já que os dois grupos se vêem como inimigos, como se fossem responsáveis pela redução ou negação de postos de trabalho e vantagens profissionais dos outros.⁴² Sendo assim, formam-se subgrupos com interesses totalmente opostos, o que dificulta uma organização do trabalho sólida.

No novo modelo toyotista de produção, principalmente nas relações de trabalho terceirizadas, a afirmação de uma identidade coletiva entre os obreiros se encontra impossibilitada, já que o estabelecimento de vínculos de solidariedade é substituído pelo individualismo e pela competição, fazendo com que os trabalhadores que trabalham lado a lado se transformem em adversários, seja porque são divididos em grupos (centrais /estabelecidos e precários/*outsiders*), cujo empregos são reciprocamente ameaçados uns pela existência dos outros, seja porque precisam se esforçar individualmente para alcançarem resultados.⁴³

A divisão entre estabelecidos e *outsiders* afeta também os indivíduos que se encontram na posição de hierarquia, pois sempre há o medo dos trabalhadores centrais de se tornarem precários, seguindo o caminho sem volta da precarização e do desemprego. Esse medo faz com que o trabalhador direto aumente seus sentimentos de desprezo pelo trabalhador terceirizado, intensificando ainda mais as formas de estigmatização dos indivíduos *outsiders*.

⁴⁰ DUTRA, Renata Queiroz. *Direitos fundamentais à proteção da subjetividade no trabalho e emancipação coletiva*. In Trabalho Constituição e Cidadania: a dimensão coletiva dos direitos sociais trabalhistas/ Organizadores: Gabriela Neves Delgado, Ricardo José Macêdo de Britto Pereira. São Paulo: LTr, 2014, p. 222..

⁴¹ DELGADO, Gabriela Neves. AMORIM, Helder Santos. *Os limites constitucionais da terceirização*. 1 ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 109.

⁴² *Ibidem*, p. 222.

⁴³ *Ibidem*, p. 217.

Sendo assim, além de todas as mazelas trazidas pela terceirização e pela consequente precarização do trabalho (salários baixos, alta rotatividade, aumento do índice de acidentes de trabalho, deslocamento em relação ao espaço-tempo, etc), os trabalhadores terceirizados sofrem recorrentemente discriminação no meio ambiente de trabalho, sendo considerados subcategoria de trabalhadores.

CAPÍTULO II

"O trabalho não pode ser uma lei sem ser um direito"

Victor Hugo

A REGULAMENTAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL

2.1 O conceito de terceirização

Para Maurício Godinho Delgado, a terceirização pode ser caracterizada pela dissociação entre a relação econômica de trabalho da relação juristrabalhista que lhe seria correspondente, já que o trabalhador, mesmo que inserido no processo de produção da empresa tomadora de serviços, não possui vínculos trabalhistas com a mesma, que serão fixados com a entidade intermediadora.⁴⁴

No modelo clássico da relação de emprego, o trabalhador presta serviços de natureza econômica material diretamente ao empregador, com o qual possui vínculo empregatício. Já na relação trilateral terceirizante, os serviços são prestados a um tomador, mas a relação de emprego é estabelecida com outro sujeito, a empresa prestadora.⁴⁵

Dessa forma, pode-se compreender a terceirização como a relação trilateral que possibilita à empresa tomadora dos serviços descentralizar e intermediar suas atividades acessórias para empresas terceirizantes, pela utilização de mão de obra terceirizada, o que, a partir da visão administrativa, consiste em instrumento que facilita o processo produtivo em escala global.⁴⁶

Na terceirização, há uma desnaturação da relação clássica empregado-empregador, uma vez que quem usufrui diretamente dos serviços realizados pelo trabalhador não é mais seu empregador, mas o tomador de serviços.⁴⁷ Como explica Cristiano Paixão, em sua forma original a terceirização não ocasionava a desvinculação do trabalhador de seu real empregador:

⁴⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. – 11 ed. – São Paulo: LTr, 2012, p. 435.

⁴⁵ DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização. Paradoxo do direito do trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTR, 2003, p. 139.

⁴⁶ Idem.

⁴⁷ PAIXÃO, Cristiano. *Terceirização: o trabalho como mercadoria*. In Tribuna do Brasil - UnB – Sindjus. DF CONSTITUIÇÃO & DEMOCRACIA. 2006.

Originalmente, “terceirização” era considerada uma prática que não envolvia o desprendimento do trabalhador da relação com o tomador de serviços: terceirização era simplesmente a contratação, por uma empresa, de uma outra pessoa jurídica para a consecução de um fim determinado. Por exemplo: uma montadora de automóveis poderia – como ocorre até hoje – contratar uma empresa do ramo de autopeças para o fornecimento de uma certa mercadoria a ser utilizada na fabricação de um carro. Esse tipo de contratação não abala o modelo binário descrito acima: ambas as empresas citadas em nosso exemplo pertencem ao ramo da indústria metalúrgica; assim, os trabalhadores das duas empresas seriam regidos pela mesma norma coletiva, estariam abrangidos pelo mesmo sindicato (já que vigora, no Brasil, a unicidade sindical) e poderiam reportar-se, em suas demandas, diretamente àquela empresa tomadora de seus serviços. O mesmo raciocínio vale para empresas pertencentes a ramos de atividades diferentes (...). O que há em comum nos dois exemplos é um fato: a contratação, nesses casos de terceirização “clássica”, tem por objeto um determinado serviço – que normalmente assume a forma de um produto -, mas nunca o trabalhador. A força de trabalho não entra na equação.⁴⁸

A terceirização pode ser entendida a partir de duas modalidades: a *terceirização de atividades*, correspondente ao processo que ocorre para fora da empresa e a *terceirização de serviços*, que é aquela que ocorre para dentro da empresa.⁴⁹

Na *terceirização de atividades*, a empresa tomadora terceiriza certas atividades (inclusive o vínculo empregatício) para outras empresas, que se forem autônomas, se responsabilizarão por toda a dinâmica produtiva. Todavia, havendo interdependência entre a empresa tomadora de serviços e a prestadora, há a configuração de grupo econômico para fins justralhistas, implicando na responsabilidade solidária das empresas pelos créditos dos empregados.⁵⁰

Na *terceirização de serviços*, modalidade na qual será dado enfoque nessa pesquisa, a empresa tomadora incorpora ao seu quadro o trabalho dos empregados contratados pela empresa terceirizante, sendo responsável pela produção de bens e atividades realizados por trabalhadores terceirizados.⁵¹ Ou seja, mesmo que o trabalhador trabalhe no mesmo local e se submeta aos mesmos chefes e gerentes que o empregado direto da tomadora, ele é empregado da prestadora de serviço, que tem a sua existência justificada apenas para a realização da intermediação de mão de obra.

⁴⁸ PAIXÃO, Cristiano. *Terceirização: o trabalho como mercadoria*. In Tribuna do Brasil - UnB – Sindjus. DF CONSTITUIÇÃO & DEMOCRACIA. 2006.

⁴⁹ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo. LTr, 2006, p. 185.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 186.

⁵¹ *Ibidem*, p. 185.

2.1.1 A terceirização lícita e a terceirização ilícita

O Tribunal Superior do Trabalho, a fim de evitar a utilização da intermediação de mão-de-obra com fins fraudulentos, emitiu a Súmula 331 (antigo enunciado 256), que versa sobre a terceirização de serviços, distinguindo sua forma lícita e ilícita.

A terceirização lícita ocorre em quatro grupos de situações sociojurídicas: em primeiro lugar, nas situações empresariais que autorizam a contratação de trabalho temporário, especificadas na Lei 6.019/74, decorrentes ou das necessidades transitórias de substituição de pessoal regular e permanente da empresa tomadora, ou das necessidades resultantes de acréscimo extraordinário de serviços dessa empresa; em segundo lugar, nas “atividades de vigilância”, regidas pela Lei n. 7102/83; em terceiro lugar, nas “atividades de conservação e limpeza”; e, por fim, nos serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, que são aqueles não se ajustam ao núcleo das atividades empresariais do tomador de serviços.⁵²

Importante ressaltar que nas três últimas situações-tipos enunciadas, a terceirização só será lícita *desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação entre trabalhador e tomador de serviços* (Súmula 331, III, *in fine*). Isso significa dizer que é a empresa terceirizante que responde pela direção dos serviços efetuados no estabelecimento da empresa tomadora.⁵³

Apenas no tocante ao trabalho temporário é permitida a pessoalidade e subordinação diretas do trabalhador perante o tomador de serviços, exatamente por ser uma prestação de curta duração que visa à supressão imediata das necessidades urgentes da empresa tomadora de serviços.

A pessoalidade e a subordinação entre o trabalhador e o tomador de serviços, com ressalva das situações de trabalho temporário, traz como consequência a configuração da terceirização ilícita.

A partir da inteligência da Súmula 331, é possível dizer também que é ilícita a terceirização de atividade-fim, que é aquela essencial ao objeto social da empresa. Isso porque a contratação triangulada de trabalho somente deverá ser realizada de forma excepcional, tendo em vista sua repercussão redutiva da proteção social ao trabalhador.

De acordo com Gabriela Neves Delgado, “a permissão constitucional à terceirização na atividade-meio das empresas, assim como ocorre na Administração Pública, tem por

⁵² DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. – 11 ed. – São Paulo: LTr, 2012, p. 450.

⁵³ *Ibidem*, 451.

pressuposto viabilizar que o empreendedor dedique seus recursos à sua atividade finalística, seu *core business*, a fim de racionalizar o aproveitamento do tempo e das energias institucionais com máxima eficiência administrativa.”⁵⁴

Ora, se o motivo que legitima a prática da terceirização é a necessidade da empresa em intermediar seus serviços periféricos a fim de concentrar todos os esforços no desenvolvimento de sua finalidade, não faria sentido algum a terceirização de atividade-fim, já que “a radicalização desse mecanismo pode viabilizar a extrema figura da empresa sem empregados, que terceiriza todas suas atividades, eximindo-se, por absoluta liberalidade, de inúmeras responsabilidades sociais, trabalhistas, previdenciárias e tributárias”.⁵⁵

A terceirização ilícita tem como efeito a desvinculação do vínculo laboral com o empregador aparente (a prestadora), formando-se o vínculo justralhista do obreiro diretamente com o empregador dissimulado (tomador de serviços).⁵⁶

O reconhecimento do vínculo justralhista com o tomador de serviços faz com que incidam no contrato de trabalho todas as normas pertinentes à efetiva categoria obreira, a fim de corrigir eventual defasagem de parcelas ocorrida em face do artifício terceirizante.⁵⁷

Esclarece-se que até mesmo na terceirização ilícita, mas sem a possibilidade de realizar a correção pelo meio de reconhecimento do vínculo com o tomador de serviços, como é o caso da Administração Pública - já que o concurso público é insuperável (art. 37, caput, e § 2º, CF)-, o meio para a correção da fraude na intermediação de obra ocorre por meio da isonomia entre os trabalhadores terceirizados e os diretamente contratados.⁵⁸

2.2 Evolução legislativa e jurisprudencial da terceirização

A terceirização apenas adquiriu amplitude estrutural e relevância trabalhista a partir da década de 1970, não tendo a efetiva significação social na época dos primeiros impulsos industrializantes presenciados pelo país a partir dos anos 1930.⁵⁹

⁵⁴ DELGADO, Gabriela Neves. AMORIM, Helder Santos. *Os limites constitucionais da terceirização*. 1 ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 134.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 136.

⁵⁶ *Ibidem*, 452 e 453.

⁵⁷ *Idem*.

⁵⁸ *Idem*.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 436.

Dessa maneira, no texto originário da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), foi prevista apenas uma hipótese de subcontratação de mão de obra, a subempreitada, prevista em seu art. 455:

Art. 455 - Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro.

Parágrafo único - Ao empreiteiro principal fica ressalvada, nos termos da lei civil, ação regressiva contra o subempreiteiro e a retenção de importâncias a este devidas, para a garantia das obrigações previstas neste artigo.

Os primeiros diplomas legais de maior relevância que surgem acerca da terceirização foram a Lei 6.019/74, sobre o trabalho temporário, na medida em que havia a necessidade de suprir momentaneamente eventuais demandas extraordinárias de serviço decorrentes no aumento do ritmo produtivo da empresa tomadora⁶⁰; e a Lei 7.102/83 (Lei dos Vigilantes), que permitira o serviço de vigilância bancária fosse terceirizado de forma permanente.

Por mais que houvesse restrições na Lei 6.019/74 a fim de evitar fraudes no processo de intermediação de mão-de-obra, era recorrente a terceirização de atividades permanentes pelas empresas à época, o que ocasionou no antigo Enunciado 256 do Tribunal Superior do Trabalho, que dispunha: “Salvo nos casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previsto nas Leis 6.019, de 3.1.74, e 7102, de 20.6.83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo diretamente com o tomador de serviços.”

Na decisão do RR 3.442/84, em que foi suscitado o incidente de uniformização de jurisprudência que deu origem ao Enunciado 256, ressaltou-se que é responsabilidade do empregador a contratação, o pagamento de salários e a direção da prestação social dos serviços, enfatizando-se que o fim da ordem econômica social é realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, através dos princípios da valorização do trabalho como condição de dignidade humana e a expansão das oportunidades de emprego.⁶¹

O mesmo acórdão destacou que é assegurada aos trabalhadores a liberdade de escolha do empregador, que deverão integrar-se na vida e no desenvolvimento da empresa,

⁶⁰ BARROS, Alice Monteiro de. *Um tema em foco: a terceirização e a jurisprudência*. In: Direito do trabalho e seguridade social: fundamentos constitucionais e teoria geral do direito do trabalho. Organizadores: DELGADO, Maurício Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012 – (Coleção doutrinas essenciais; v.1), p. 1150.

⁶¹ *Ibidem*, p. 1153.

com participação nos lucros e na gestão da mesma, fazendo com que a possibilidade de o tomador de serviços não assumir os encargos trabalhistas, através de contratação por intermediação de mão-de-obra, seja permitida apenas de forma excepcional, no caso de serviço transitório e não vinculado à atividade normal da tomadora.⁶²

Nesse contexto, a terceirização era percebida como uma prática excepcional, utilizada apenas nos casos em que houvesse uma necessidade imediata de mão-de-obra, ou uma força de trabalho especializada.

Com o aumento da prática da terceirização de serviços, bem como pressão da classe empresária, inclusive de alguns setores de trabalhadores terceirizados, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho foi se flexibilizando em relação à rigidez trazida no bojo do Enunciado 256, que permitia a terceirização apenas no caso do trabalho temporário e nos serviços de vigilância.

Em 1993, o entendimento do Enunciado 256 foi superado, com a edição da Súmula 331, esta revisitada em 2000, com a inclusão pelo TST do item IV que versa sobre a responsabilidade subsidiária do ente público que terceiriza, e em 2011, após o STF julgar procedente a ação declaratória de constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei de Licitações, ADC 16, alterando a redação do item IV e acrescentando os itens V e VI que versam que a responsabilidade subsidiária da administração pública só será vislumbrada se comprovada a culpa *in vigilando* e *in eligendo*. A redação da Súmula 331 mais recente é:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas

⁶² BARROS, Alice Monteiro de. *Um tema em foco: a terceirização e a jurisprudência*. In: Direito do trabalho e seguridade social: fundamentos constitucionais e teoria geral do direito do trabalho. Organizadores: DELGADO, Maurício Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012 – (Coleção doutrinas essenciais; v.1), p. 1153.

obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Ainda que a Súmula 331 tenha significado, à época, retrocesso aos freios normativos a essa forma de contratar expressos no texto do Enunciado n.º 256, de 1986, atualmente ela representa limite à prática da terceirização desmedida. Todavia, mesmo depois de aprovada a nova redação da Súmula n.º 331, há ainda uma forte pressão de diversos setores da economia e da sociedade para eliminar os obstáculos à terceirização, na defesa da liberação da intermediação de mão-de-obra para qualquer tipo de atividade.⁶³

Pela via judicial, é importante citar o reconhecimento de repercussão geral, pelo STF, do Recurso Extraordinário ARE 713.211, sobre matéria de terceirização trabalhista de atividade-fim. O relator ministro Luiz Fux entendeu que a posição já consolidada da Justiça do Trabalho de admitir a terceirização apenas nas atividades-meio e quando não exista a pessoalidade e subordinação direta deve ser discutida à luz da liberdade contratual e do princípio da legalidade. A depender do resultado da repercussão geral na questão de fundo, poderá haver alteração substantiva na forma de compreender o fenômeno, em que se teme pela ampliação das possibilidades de o empregador contratar via terceirização.

É importante lembrar que a terceirização se caracteriza pelo esvaziamento dos elementos protetivos da integração do trabalhador no meio ambiente de trabalho e aos objetivos da empresa, bem como da continuidade da relação de emprego, na medida em que sua prática enseja o aumento da rotatividade contratual, redução do nível remuneratório, a dificuldade do gozo de férias, redução das medidas de segurança, entre outros que reduzem a efetividade do direito fundamental ao trabalho digno.⁶⁴

⁶³ SANTOS, Anselmo Luis dos. BIAVASCHI, Magda Barros. *A terceirização no contexto da reconfiguração do capitalismo contemporâneo: a dinâmica da construção da súmula 331 no TST*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho Ano 80 – n. 3 – jul. A set. – 2014, p. 28.

⁶⁴ DELGADO, Gabriela Neves. AMORIM, Helder Santos. *Os limites constitucionais da terceirização*. 1 ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 118.

Dessa forma, o problema na terceirização não pode limitar-se a um problema de liberdade contratual, como propõe a repercussão geral no STF, mas apenas começa na liberdade contratual, que deve ser vislumbrada a partir do rígido condicionamento constitucional de proteção social aos direitos fundamentais dos trabalhadores.⁶⁵

Os princípios da legalidade e da liberdade contratual, no campo das relações do trabalho, devem ser vislumbrados a partir da necessidade de concretização do direito fundamental ao trabalho digno. Nesse sentido, Gabriela Neves Delgado e Helder Santos Amorim ensinam que:

Partindo dessa premissa, a autonomia da vontade e da contratação que a Constituição assegura à livre-iniciativa não tem, potanto, a amplitude que ostenta no campo das relações patrimoniais priadas pactuadas entre seres econômicos e jurídicos com autonomia equivalente. A Constituição é muito clara: no campo das relações do trabalho, a liberdade de contratação empresarial tem de ser exercitada de maneira a assegurar a valorização do trabalho, a dignidade da pessoa humana, a justiça social, a segurança da pessoa humana que vive do trabalho – o que se faz, na perspectiva da Constituição, mediante o respeito ao emprego e ao Direito do Trabalho. [...] Por essa razão é que, na lógica constitucional, o mecanismo de exarcebação de poder de desigualdade e de precarização trabalhista, como a terceirização, somente pode ser acolhida em situações excepcionais, jamais de maneira genérica, ampla e irrefreada.⁶⁶

Já no âmbito político, o Plenário da Câmara dos Deputados aprovou no dia 08 de abril de 2015 o texto-base do PL 4.330/04, que traz no bojo de seu texto a possibilidade de terceirização de qualquer atividade. O projeto se encontra atualmente em tramitação no Senado. Se for aprovado, legitimará a terceirização de forma ilimitada, aumentando ainda mais os níveis de precariedade dos trabalhadores terceirizados.

A terceirização de atividade-fim afronta o sistema constitucional de proteção à pessoa humana que vive do trabalho protegido, ferindo a própria estruturação de um Estado Democrático de Direito fundado na pessoa humana, em sua dignidade, na valorização do trabalho, na justiça social e na subordinação da propriedade à sua função socioambiental.⁶⁷

Na análise do fenômeno da terceirização em si, percebe-se que esse mecanismo tem sido responsável pela precarização do trabalho, o que faz com que a aprovação de um projeto de lei que visa a satisfazer apenas às exigências do mercado seja um retrocesso ao sistema jurídico de proteção dos direitos individuais e coletivos dos trabalhadores.

⁶⁵ DELGADO, Gabriela Neves. AMORIM, Helder Santos. *Os limites constitucionais da terceirização*. 1 ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 118.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 122.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 124.

Vive-se dias de extrema tensão para o mundo do trabalho. A terceirização é sinônimo de precariedade, devendo ser utilizada apenas de forma excepcional, nos casos de trabalho temporário, da vigilância especializada e nas atividades-meio do tomador de serviço, inclusive os serviços de conservação e limpeza, à luz da Súmula 331, que ainda tem sido complexa e delicada na regulação da terceirização.

A utilização da intermediação de mão de obra de forma ilimitada atenta contra a própria ordem constitucional, ao desprezar o valor social do trabalho e da determinação de melhoria das condições de trabalho dos trabalhadores urbanos e rurais.

2.2.1 A necessidade de reformulação da legislação acerca da terceirização

No contexto das significativas modificações que têm alterado as configurações do mundo do trabalho, o estudo do fenômeno terceirizante é essencial. A terceirização, ao criar uma relação de trabalho triangular em que o objeto negociado entre duas empresas é a força de trabalho de alguns indivíduos, acaba por retirar do trabalhador não apenas a proteção jurídica adequada, mas também a possibilidade de melhoria de sua condição social.

Os trabalhadores recebem um tratamento socioeconômico e jurídico diferenciado, na medida em que só usufruem dos “benefícios” próprios das empresas especializadas em fornecimento de mão de obra, e não aqueles que são usufruídos pelos trabalhadores diretamente contratados pela tomadora. Dessa forma, pode-se dizer que a terceirização, ao ser ditada pela lógica do mercado, acaba por diminuir as garantias do trabalhador terceirizado e “não conseguirá conferir à relação triangulada de trabalho o mesmo patamar protetivo decorrente da integração do empregado à vida institucional da empresa principal.”⁶⁸

Sob esse prisma, é necessário firmar-se uma legislação que confira a máxima proteção social possível ao trabalhador terceirizado, a fim de tentar minimizar os efeitos da precarização das condições e do meio ambiente de trabalho e evitar as constantes violações aos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, violações essas que podem até mesmo ocasionar dano à própria existência do indivíduo.

A respeito do assunto, ponderam Gabriela Neves Delgado e Helder Santos Amorim que:

⁶⁸ DELGADO, Gabriela Neves. AMORIM, Helder Santos. *Os limites constitucionais da terceirização*. 1 ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 111.

O dever de proteção constitucional à relação de emprego terceirizada, decorrente da ordem objetiva de valores constitucionais, impõe ao legislador a edição de norma especial protetiva do trabalhador terceirizado, a fim de garantir-lhe uma tutela compensatória, conferindo-lhe, pelo menos: a representação sindical profissional vinculada à categoria econômica da empresa tomadora, com gozo dos direitos convencionais conquistados por esse sindicato; a máxima isonomia remuneratória com empregados da empresa tomadora que exerçam idêntica função na atividade-meio, no mesmo molde garantido ao trabalhador temporário, pelo art. 12, a, da Lei n. 6.019/1974; a contagem de tempos de serviço de contratos de trabalho sucessivos, em regime de terceirização, para efeito de gozo de férias; a responsabilidade solidária da empresa tomadora pela adoção de todas as medidas de proteção à saúde e segurança dos trabalhadores terceirizados, além da responsabilidade subsidiária pelos débitos trabalhistas decorrentes do contrato de trabalho.⁶⁹

A representação sindical profissional vinculada à empresa tomadora é medida necessária para o estabelecimento de identidades coletivas sólidas e agregadoras no meio ambiente de trabalho, facilitando a organização dos trabalhadores terceirizados na luta por melhorias nas condições de trabalho.

Por sua vez, a isonomia remuneratória entre os trabalhadores terceirizados e diretos que exercem o mesmo tipo de função é essencial, tanto na terceirização ilícita, como na lícita, uma vez que o princípio da igualdade é consagrado pela Constituição, art. 5º, caput, e a sua não observância gera discriminação ao trabalhador terceirizado.

Nesse sentido é o enunciado II da 1ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho, realizada no final de novembro de 2007, representando um avanço no entendimento acerca do assunto:

II – Terceirização. Salário equitativo. Princípio da não-discriminação. Os empregados da empresa prestadora de serviços, em caso de terceirização lícita ou ilícita, terão direito ao mesmo salário dos empregados vinculados à empresa tomadora que exercerem função similar.

No mesmo sentido, Maurício Godinho Delgado nos ensina que:

A fórmula terceirizante, se não acompanhada do remédio jurídico da comunicação remuneratória, transforma-se em mero veículo de discriminação e aviltamento do valor da força de trabalho, rebaixando drasticamente o já modesto padrão civilizatório alcançado no mercado de trabalho do país. Reduzir a terceirização a simples mecanismo de tangenciamento da aplicação da legislação trabalhista é suprimir o que pode haver de tecnologicamente válido em tal fórmula de gestão trabalhista, colocando-a contra a essência do Direito do Trabalho, enquanto ramo jurídico finalisticamente dirigido ao aperfeiçoamento das relações de trabalho na sociedade contemporânea.⁷⁰

⁶⁹ DELGADO, Gabriela Neves. AMORIM, Helder Santos. *Os limites constitucionais da terceirização*. 1 ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 133.

⁷⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. – 11 ed. – São Paulo: LTr, 2012, p. 412.

A contagem de tempos de serviço de contratos de trabalho sucessivos, em regime de terceirização, para efeito de gozo de férias seria uma alternativa eficiente, já que em meio a contratações sucessivas, o trabalhador não usufrui do seu direito à férias, deixando de realizar atividades de lazer e conviver socialmente, o que corrobora para a configuração do dano existencial.

Por fim, a responsabilidade solidária pelas obrigações trabalhistas e sociais é medida primordial na aplicação da garantia do pagamento do crédito trabalhista, quanto para evitar a transferência do risco econômico ao trabalhador.⁷¹

Estes são pontos fundamentais para se alcançar uma regulamentação da terceirização baseada nos princípios da igualdade de direitos e na proteção dos trabalhadores. Todavia, enquanto não é realizada uma reformulação na legislação sobre a terceirização, acredita-se que a Súmula 331 do TST desempenha um importante papel na limitação da intermediação da mão de obra, ao restringir sua abrangência e evitar uma precarização ainda maior do trabalhador.

⁷¹ DELGADO, Gabriela Neves. AMORIM, Helder Santos. *Os limites constitucionais da terceirização*. 1 ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 133.

CAPÍTULO III

*“A gente não quer só comida,
A gente quer comida, diversão e arte
A gente não quer só comida,
A gente quer saída para qualquer parte”*

Titãs⁷²

O DANO EXISTENCIAL E A TERCEIRIZAÇÃO

3.1 (Re) pensando a lógica da terceirização

Ao se refletir sobre a terceirização, o ponto de partida de todo raciocínio é de que se trata de um fenômeno que veio pra ficar. Muitas vezes costuma-se dizer que não há como reverter o processo. Sendo assim, o pensamento é limitado à busca de idéias para que se aprenda a conviver com a terceirização, ao invés de aprofundar as avaliações sobre o próprio fenômeno em si.⁷³

Hoje em dia, não há mais como desvincular o processo de terceirização da própria precarização do trabalho. As empresas prestadoras de serviços, em busca da diminuição dos custos da produção, precarizam as condições de trabalho, a fim de oferecer seus serviços num preço mais “acessível”. O trabalho humano é considerado mercadoria, já que o trabalhador é submetido à condição de objeto de um contrato de prestação entre duas empresas, subtraindo-se sua subjetividade ao retirar-lhe a proteção de direitos conferida constitucionalmente.

A verdade disseminada pelos defensores da terceirização é de que se trata de uma técnica moderna de gestão, dando pouca evidência de como ela afeta os direitos trabalhistas. Essa ideologia é utilizada pelas grandes organizações, difíceis de serem identificadas por não possuírem mais estruturas definidas, mas redes que se conectam e se desconectam num piscar de olhos. Essas organizações, a lograrem a ampliação da terceirização, não terão

⁷² Trecho da música “Comida”, dos Titãs. Composição: Arnaldo Antunes / Marcelo Fromer / Sérgio Britto.

⁷³ MAIOR, Jorge Luiz Souto. A terceirização e a lógica do mal. In *Dignidade humana e inclusão social: caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil*. Organizadoras: Adriana Goulart de Sena, Gabriela Neves Delgado, Raquel Portugal Nunes. São Paulo: LTr, 2010., p. 46.

trabalhadores, completando o ciclo de esvaziamento e de descaracterização como centros de imputação de responsabilidades sociais por seus empreendimentos.⁷⁴

A análise científica do fenômeno da terceirização demonstra que esse mecanismo de gestão tem sido responsável por arquitetar empresas vazias de sentido social e de direitos fundamentais. Tais empresas, portanto, não passam de embalagem oca.⁷⁵

A terceirização ilimitada é ideologia que acoberta enormes passivos sociais, passando-se a acreditar que a prática realmente produz inúmeras vantagens. Todavia, a realidade é totalmente distinta. Sob a ótica do direito do trabalho constitucionalizado, a relação de trabalho na terceirização é rarefeita, não possibilitando o acesso a direitos e garantias ao trabalhador.

As pesquisas mais recentes⁷⁶ demonstraram que a terceirização faz com que o trabalhador se submeta a condições de trabalho significativamente inferiores que os trabalhadores diretamente contratados, afetando a concretização de um trabalho digno e reduzindo o gozo de direitos constitucionalmente previstos.

Em meio a essas contratações sucessivas e fragmentadas, há a possibilidade potencial de configuração de dano existencial ao trabalhador terceirizado, na medida em que ele muitas vezes não consegue tirar férias, encontra dificuldades em efetivar ambições pessoais diante da

⁷⁴ PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto. *A Terceirização, a CLT e a Constituição*. Blog Trabalho, Constituição e Cidadania. Disponível em: < <http://trabalho-constituicao-cidadania.blogspot.com.br/> >. Acesso em: 05.05.2015.

⁷⁵ Grupo de Pesquisa Trabalho, Constituição e Cidadania (UnB/CNPq). *As terceirizadoras são vazias de sentido social*. Blog Trabalho, Constituição e Cidadania. Disponível em: <http://trabalho-constituicao-cidadania.blogspot.com.br/>. Acesso em: 15.05.2015

⁷⁶ Em “Terceirização e Desenvolvimento – Uma conta que não fecha”, estudo publicado em 2014, elaborado pelo Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos (DIEESE) em parceria com a Central Única dos Trabalhadores (CUT), foi feita uma análise do mercado de trabalho a partir do agrupamento de setores tipicamente terceirizados e de setores tipicamente contratantes a fim de apresentar dados estatísticos sobre a diferença na remuneração, jornada de trabalho, acidentes no trabalho, inadimplência trabalhista, condições degradantes e trabalho análogo ao de escravo e permanência no emprego; o Sindicato dos Metalúrgicos, em “Os trabalhadores e a terceirização”, realizou pesquisa em 12 empresas da região do ABC e constatou que em todas elas (100%) tinha ocorrido algum tipo de terceirização, sendo que os principais motivos declarados pelas empresas foram redução de custos (75%), maior eficiência (50%) e especialização (33%), evidenciando-se que em 92% dos casos a terceirização tinha resultado em redução dos salários, em 58% das empresas houve perda de benefícios e em 42% ocorreu deterioração das condições de segurança e saúde no trabalho; as conseqüências da terceirização sobre o mercado de trabalho no Complexo Petroquímico de Camaçari foram estudadas, em 1994/95, em um projeto de pesquisa desenvolvido pela Delegacia Regional do Trabalho na Bahia, em parceria com o PNUD e com o Centro de Recursos Humanos da Universidade Federal da Bahia (CRH/UFBA) e apontaram uma drástica redução do número de postos de trabalho, dos salários e dos benefícios nas empresas químicas/petroquímicas. Entre os motivos declarados para adotar a terceirização, 97% das empresas destacaram a redução de custos, redução de pessoal, maior produtividade e melhor qualidade.

instabilidade e pressão cotidianas, não há interesse por parte da prestadora ou da tomadora de serviços na qualificação da sua mão de obra por meio de cursos profissionalizantes, há um deslocamento em relação ao espaço e o tempo de trabalho, fazendo com que lhe seja retirado o protagonismo de seu projeto de vida.

3.2 O ser-no-mundo e a vida de relações

Martin Heidegger, em sua obra *Ser e Tempo*, muito além de tentar definir ou compreender o que seria o “ser”, busca desvendar seu sentido ao tornar transparente o ente – aquele que questiona - em seu próprio ser. Sendo assim, o ente que corporifica exemplarmente o “ser” ele denominou como *presença* (chamada também de *dasein* ou *ser-aí*).⁷⁷

A *presença* é a pessoa humana divisada a partir de sua relação com o próprio ser, com o ser das coisas e com o ser dos outros. É a própria existência, que significa que o homem não apenas é e está no mundo, mas percebe isso. O indivíduo é vislumbrado a partir das relações estabelecidas consigo mesmo e com o outro, sob o fundamento de possibilidade de coexistência entre as individualidades.

A pre-sença sempre se compreende a si mesma a partir de sua existência, de uma possibilidade própria de ser ou não ser ela mesma. Essas possibilidades são ou escolhidas pela própria pre-sença ou em um meio que ela caiu ou já sempre nasceu e cresceu. No modo de assumir-se ou perder-se, a existência só se decide a partir de cada pre-sença em si mesma. A questão da existência só poderá ser esclarecida pelo próprio existir. [...] Assim, a compreensão do ser, própria da pre-sença, inclui, de maneira igualmente originária, a compreensão de “mundo” e a compreensão do ser dos entes que se tornam acessíveis dentro do mundo.⁷⁸

Nesse sentido, a existência humana tem como pressuposto as relações do ser consigo mesmo e com os outros, seja em casa junto aos familiares e aos amigos íntimos, seja nos espaços sociais.

O ser humano tem a necessidade de se relacionar em sociedade, praticando atividades recreativas que proporcionam o bem estar físico e psíquico da pessoa e favorecem não só sua

⁷⁷ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Editora Vozes, 2002, p. 33-35.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 39 e 40.

capacidade de continuar a exercer sua profissão, como aumentando suas chances de ascender a melhores postos de trabalho e aumentar conseqüentemente seus rendimentos.⁷⁹

No início da década de 1960, na Itália, surge a necessidade de ampliação da proteção da pessoa frente ao dano injusto, diante da insuficiente classificação binominal do dano em patrimonial e moral. Havia uma evidente lacuna na lei no que dizia respeito à tutela dos danos que limitavam ou impediam definitivamente a pessoa nas práticas das atividades de seu cotidiano. Sendo assim, a doutrina italiana classificou uma nova espécie de dano injusto causado à pessoa, chamado de dano à vida de relação.⁸⁰

O dano à vida de relação consiste na ofensa física ou psíquica a uma pessoa que a impede, total ou parcialmente, de gozar dos prazeres provenientes das atividades recreativas e extra-laborativas, como a realização de esportes, turismo, pesca, cinema, teatro, clubes e etc, interferindo decisivamente no seu estado de ânimo e conseqüentemente no seu relacionamento social e pessoal, diminuindo as chances de ascensão do trabalho e trazendo um reflexo patrimonial negativo.⁸¹

Todavia, para que fosse acolhida a pretensão indenizatória, além da evidência de sofrimento em decorrência do dano físico ou psíquico, a vítima também deveria provar a diminuição da sua capacidade de obter rendimentos. Dessa maneira, percebe-se que o dano à vida de relação nunca chegou a ser considerado um dano extrapatrimonial, mas um dano patrimonial.⁸²

O reconhecimento do dano à vida de relação propiciou um grande avanço nas discussões sobre responsabilidade civil na Itália, possibilitando a construção do conceito do que hoje se conhece por dano existencial.

3.3 O dano existencial

3.3.1 Conceito

De acordo com Flaviana Rampazzo Soares, o dano existencial, em seu aspecto objetivo, consiste na lesão ao complexo de relações que auxiliam no desenvolvimento normal

⁷⁹ ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 6, n. 24, out./dez. 2005, p. 35.

⁸⁰ Idem.

⁸¹ Idem.

⁸² Idem.

da personalidade do sujeito, abrangendo tanto a ordem pessoal, como a ordem social. É uma afetação negativa de atividade ou conjunto de atividades que a vítima realizava em seu cotidiano e que, em razão do efeito lesivo, precisou modificar ou mesmo suprimir de sua rotina.⁸³

Para Amaro Alves de Almeida Neto, “indica a ofensa física ou psíquica a uma pessoa que determina uma dificuldade ou mesmo a impossibilidade do seu relacionamento com terceiros.”⁸⁴

Entretanto, é possível dizer que o dano existencial também possui um aspecto de “potencialidade”, abrangendo não apenas as atividades que foram efetivamente comprometidas, mas também aquelas que a pessoa poderia desenvolver.⁸⁵

Além da vida de relações, a existência também é condicionada ao futuro, o que significa a transcendência do homem em relação ao mundo a fim de projetar suas ações e comportamentos.

Nesse sentido, não apenas o dano existencial diz respeito à afetação da vida de relação, como também na violação de qualquer direito fundamental que afete as atividades executadas pelo indivíduo com vistas ao projeto de vida pessoal. Importante frisar que a configuração de dano existencial prescinde da constatação de qualquer repercussão econômica ou financeira decorrente da lesão, como ocorria no dano à vida de relação.

Para Júlio César Bebber, o projeto de vida consiste em tudo aquilo que determinada pessoa decidiu fazer com a sua vida. A natureza humana faz com que o indivíduo busque extrair o máximo de suas potencialidades, a partir do momento em que faz projeções para o futuro e realiza escolhas visando à concretização de seu projeto de vida. Nesse sentido, qualquer fato injusto que cause a frustração do futuro, fazendo com que a pessoa se resigne com seu destino, deve ser considerado um dano existencial.⁸⁶

Hidemberg Alves da Frota pondera que o direito ao projeto de vida apenas é exercido de forma efetiva quando o indivíduo se preocupa com sua autorrealização integral, ao

⁸³ SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 44.

⁸⁴ ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 6, n. 24, out./dez. 2005, p. 36.

⁸⁵ *Ibidem*, 45.

⁸⁶ BEBBER, Júlio César. *Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial): breves considerações*. Revista LTr, São Paulo, v. 73, n. 1, jan. 2009, p. 28

direcionar sua liberdade de escolha para proporcionar concretude às metas, aos objetivos e às ideias que dão sentido à sua existência.⁸⁷

Em síntese, pode-se dizer que o dano existencial afeta todas as atividades cotidianas do homem, impedindo seu convívio familiar e social. Além disso, causa uma frustração do projeto de vida escolhido pelo indivíduo, ofendendo a dignidade da pessoa humana ao ferir diretamente um direito fundamental e retirar uma aspiração legítima.

Quanto à previsão legal da reparabilidade do dano existencial no direito brasileiro, os dispositivos constitucionais que acolhem o princípio da reparabilidade extrapatrimoniais (CF/88, arts. 1.º, III, e 5.º, V e X), admitem também a ressarcibilidade do dano existencial.⁸⁸

Além da previsão Constitucional, no novo Código Civil autoriza a reparabilidade do dano existencial nos mesmos permissivos que autorizam a reparabilidade do dano moral, quais sejam: o art. 12, *caput*: “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”; o art. 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”; art. 927: “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, , fica obrigado a repará-lo.”; art. 948: “No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações (...); art. 949: “No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”.⁸⁹

Dessa forma, na aferição da responsabilidade civil por dano existencial, é necessária a verificação do nexo de causalidade entre o ato ilícito e o prejuízo à vítima. Júlio César Bebbler aponta que, no caso da configuração do dano à existência, é preciso analisar:

- a) a injustiça do dano. Somente dano injusto poderá ser considerado ilícito; b) a situação presente, os atos realizados (passado) rumo à consecução do projeto de vida e a situação futura com a qual deverá resignar-se a pessoa; c) a razoabilidade do projeto de vida. Somente a frustração injusta de projetos razoáveis (dentro de uma lógica do presente e perspectiva de futuro) caracteriza dano existencial. Em outras palavras: é necessário haver possibilidade ou probabilidade de realização do projeto de vida; d) o alcance do dano. É indispensável que o dano injusto tenha frustrado

⁸⁷ FROTA, Hidemberg Alves da. *Noções fundamentais sobre o dano existencial*. Revista Ciência Jurídica, Belo Horizonte, v. 24, 2010, p. 276.

⁸⁸ ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 6, n. 24, out./dez. 2005, p. 35.

⁸⁹ Idem.

(comprometido) a realização do projeto de vida (importando em renúncias diárias) que, agora, tem de ser reprogramado com as limitações que o dano impôs.⁹⁰

Quanto à fixação do quantum indenizatório do dano existencial, José Felipe Ledur sugere que:

A condenação em reparação de dano existencial deve ser fixada considerando-se a dimensão do dano e a capacidade patrimonial do lesante. Para surtir um efeito pedagógico e econômico, o valor fixado deve representar um acréscimo considerável nas despesas da empresa, desestimulando a reincidência, mas que preserve a sua saúde econômica.⁹¹

3.3.2 A distinção entre dano existencial e dano moral e a possibilidade de cumulação dos dois institutos

O conceito de dano está relacionado ao de lesão a direito subjetivo, seja ele absoluto ou relativo. Dessa forma, o dano é considerado a violação a um bem juridicamente protegido, o que implica dizer que nem todo o prejuízo pode ser considerado dano jurídico: há a necessidade de que o prejuízo seja qualificado por uma norma para que seja considerado injusto, caracterizando o dano jurídico.⁹²

Os danos são classificados em *danos materiais* e *danos extrapatrimoniais*. Entretanto, no direito brasileiro, durante muitos anos evidenciou-se um reducionismo do dano extrapatrimonial em dano moral, o que, segundo Flaviana Rampazzo Soares gerou “não apenas uma longa paralisia quanto ao desenvolvimento dos danos à pessoa, como também uma celeuma quanto ao aludido conceito de dano moral.”⁹³

O dano moral e o dano existencial, muitas vezes confundidos em consequência do referido reducionismo acima, são ambas espécies do gênero dano de natureza extrapatrimonial.

O dano moral consiste na lesão sofrida pela pessoa no tocante à sua personalidade, caracterizando-se pela dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade,

⁹⁰ BEBBER, Júlio César. *Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial): breves considerações*. Revista LTr, São Paulo, v. 73, n. 1, jan. 2009, p. 29.

⁹¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho, RO 105-14.2011.5.04.0241, Relator Des. José Felipe Ledur, 1ª Turma, Diário eletrônico da Justiça do Trabalho, Porto Alegre, 3 jun. 2011.

⁹² LOPES, Othon de Azevedo. *Dano moral no Estado Democrático de Direito*. Notícia do Direito Brasileiro, Brasília, v. 12, 2006.

⁹³ SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 44.

interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar.⁹⁴

Ao lesionar a esfera subjetiva de um indivíduo, o dano moral atinge os valores personalíssimos inerentes a sua qualidade de pessoa humana, como a honra, a imagem, a integridade física e psíquica, a saúde, etc, e sua reparação visa compensar o despreço psíquico causado pela violação desses valores.

Por sua vez, o dano existencial decorre de uma frustração ou de uma projeção que impedem a realização pessoal do indivíduo, obrigando-o a se relacionar de modo diferente no contexto social. O que o distingue do dano moral é que este tem repercussão íntima e a sua dimensão é subjetiva; ao passo que o dano existencial é passível de constatação objetiva.⁹⁵

Destarte, o dano existencial difere do dano moral, propriamente dito, porque o primeiro está caracterizado em todas as alterações nocivas na vida cotidiana da vítima em todos os seus componentes relacionais (impossibilidade de agir, interagir, executar tarefas relacionadas às suas necessidades básicas, tais como cuidar da própria higiene, da casa, dos familiares, falar, caminhar, etc.), enquanto o segundo pertence à esfera interior da pessoa.⁹⁶

Em relação aos efeitos dos danos, ora em diferenciação, pode-se dizer que *dano moral* puro é geralmente sentido mais rapidamente, representado na humilhação sofrida ou no abatimento em face de uma atividade lesiva imediata. Por sua vez, o *dano existencial* é configurado com observância ao passar do tempo, em que se pode aferir se houve de fato prejuízo à vida de relação ou aos projetos de vida do indivíduo.

No âmbito do Direito do Trabalho, o acometimento por doenças profissionais ou a perda de um membro decorrente de um acidente de trabalho, por exemplo, são situações em que se vislumbra tanto o abalo psicológico imediato ao trabalhador (dano moral), como a afetação das atividades realizadoras no âmbito de suas relações sociais (dano existencial).

Dessa forma, há a possibilidade de cumulação entre o dano moral e o dano existencial, já que o primeiro se exprime na esfera íntima e subjetiva da personalidade, enquanto o segundo tem uma abrangência nas relações externas e diz respeito à afetação ao cotidiano e ao projeto de vida do indivíduo

⁹⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008, 83 e 84.

⁹⁵ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. FILHO, Jorge Cavalcanti Boucinhas. *O Dano existencial e o direito do trabalho*. Rev. TST, Brasília, vol. 79, no 2, abr/jun 2013, p. 254.

⁹⁶ SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 99.

3.3.3 O dano existencial nas relações de trabalho terceirizadas

Se a modernidade preferia celebrar o futuro, a pós-modernidade parece priorizar o presente, na medida em que reduz o mínimo a busca de segurança e aumenta a pressão pela mudança. Tudo se torna instável, fugaz e mutante. A construção de um futuro já não é uma tarefa a ser pensada e executada coletivamente, depente de cada um, na medida em que vive-se a sociedade da incerteza.⁹⁷

As empresas se tornam cada vez mais flexíveis, a fim de vender produtos cada vez mais novos, baratos e personalizados a um consumidor sempre mais individualista e mutante. Todavia, essa flexibilidade gera riscos, ainda mais num modelo de forte concorrência e fraca regulação. A “melhor” saída encontrada, dessa forma, foi externalizar, expulsando e/ou reciclando máquinas, empregados, fases produtivas e as consequentes responsabilidades.⁹⁸

A terceirização encontra, nesse contexto, um meio ideal para a sua expansão, posicionando-se como uma estratégia moderna de gestão que pretende otimizar os custos da produção e se adequar às urgentes demandas do mercado. Todavia, os efeitos nocivos trazidos pela intermediação da mão-de-obra, além de ocasionarem a *redução substancial das garantias constitucionais, aumentam a possibilidade de configuração de dano existencial ao trabalhador terceirizado*, como será demonstrado adiante.

O dano existencial, além dos elementos inerentes a qualquer forma de dano, como a presença de prejuízo, o ato ilícito do agente causador e o nexo de causalidade entre as duas figuras, é integrado por dois elementos, quais sejam: a) a vida de relações; b) projeto de vida.⁹⁹

Nas relações de trabalho, o dano existencial em relação à vida de relação decorre da conduta patronal que impossibilita o empregado de se relacionar e de conviver em sociedade por meio de atividades recreativas, afetivas, culturais, sociais e de descanso, que lhe trarão bem estar físico e psíquico.

Entre os mais importantes institutos do Direito do Trabalho destinados a viabilizar a plena busca de equilíbrio entre vida e trabalho encontram-se os chamados períodos de

⁹⁷ VIANA, Márcio Túlio. *Trabalhando sem medo: novas possibilidades para a proteção ao emprego in Dignidade humana e inclusão social: caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil*. Organizadoras. SENA, Adriana Goulart. DELGADO, Gabriela Neves. NUNES, Raquel Portugal. São Paulo: LTr, 2010, ps. 482 e 483.

⁹⁸ *Ibidem*, 285.

⁹⁹ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. FILHO, Jorge Cavalcanti Boucinhas. *O Dano existencial e o direito do trabalho*. Rev. TST, Brasília, vol. 79, no 2, abr/jun 2013, p. 245.

descanso, que consistem basicamente em: repouso semanal; férias; intervalo inter e intrajornada; jornadas não exaustivas; e, finalmente, às situações que os italianos convencionaram chamar de “tempo libero destinado”, a saber: as atividades de voluntariado, doação de sangue e a interrupção do contrato de trabalho para prestar exame vestibular.¹⁰⁰

Os períodos de descanso na relação de trabalho terceirizada muitas vezes não são respeitados, afetando o tempo do trabalhador destinado à vida de relações: a execução das atividades em sobrejornada – as pesquisas apontam que o terceirizado efetua 3 horas semanais a mais que o trabalhador direto -, bem como o desrespeito aos intervalos inter e intrajornada afetam o desfrute do convívio com familiares e amigos; e a alta rotatividade da mão-de-obra faz com que o terceirizado emende um contrato de trabalho no outro, sem gozar férias

Como bem pontuaram Rúbia Zanutelli Alvarenga e Jorge Cavalcanti Boucinha Filho:

É preciso, contudo, ressaltar, e de forma enfática, que não é apenas a inadimplência das parcelas correspondentes à sobrejornada que torna o seu uso indiscriminado e abusivo, como uma estratégia gerencial, um mal para o empregado. Ainda que as horas suplementares sejam corretamente quitadas, o prejuízo que essa política causa ao trabalhador, impedindo-o de desfrutar do convívio com seus amigos, fazendo-lhe perder a oportunidade de ver seus filhos crescer e, por vezes, privando-o até mesmo do direito de exercer seu credo religioso, subsistirá. É possível perceber prejuízo ao desfrute pelo trabalhador dos prazeres de sua própria existência tanto quando dele se exige a realização de horas extras em tempo superior ao determinado pela lei como quando dele se exige um número tão grande de atribuições que precise permanecer em atividade durante seus períodos de descanso, ainda que longe da empresa, ou fique esgotado ao ponto de não encontrar forças para desfrutar de seu tempo livre.¹⁰¹

O labor em sobrejornada é uma conduta apta a gerar dano existencial ao empregado, já que a grande quantidade de horas extras realizadas não só suprime o direito constitucional a folgas e descansos, como também prejudica as atividades cotidianas e de lazer do trabalhador, inviabilizando a manutenção de relacionamentos para além do meio ambiente de trabalho.

Por mais que esteja prevista na lei a possibilidade de realização de de trabalho extraordinário para além da jornada diária normal, o parâmetro tolerável é de 2 (duas) horas extras diárias, visando a evitar o cansaço físico, mental e emocional do trabalhador, bem como a privação da fruição de uma vida afetiva, social e familiar.

Nesse sentido já decidiu o Tribunal Superior do Trabalho:

¹⁰⁰ ALVARENGA, Rúbia Zanutelli de. FILHO, Jorge Cavalcanti Boucinhas. *O Dano existencial e o direito do trabalho*. Rev. TST, Brasília, vol. 79, no 2, abr/jun 2013, p. 250.

¹⁰¹ Idem.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. BASE DE CÁLCULO. Caracteriza a violação do art. 11, § 1.º, da Lei n.º 1.060/1950, merece ser processado o Recurso de Revista. Agravo de Instrumento conhecido e provido. **RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANO EXISTENCIAL. JORNADA LABORAL EXTENUANTE POR LONGO PERÍODO.** Não é qualquer conduta isolada e de curta duração, por parte do empregador, que pode ser considerada como um dano existencial. Para isso, a conduta deve perdurar no tempo, sendo capaz de alterar o objetivo de vida do trabalhador, trazendo-lhe um prejuízo à sua dignidade humana ou à sua personalidade, e no âmbito de suas relações sociais. Verifica-se que, em especial, o trabalho prestado em jornadas que excedem habitualmente o limite legal de duas horas extras diárias, tido como parâmetro tolerável, representa afronta aos direitos fundamentais do trabalhador, por prejudicar o seu desenvolvimento pessoal e as relações sociais. Na hipótese dos autos, o Regional registrou que foi reconhecido em outra ação judicial que o empregado foi submetido, por mais de 5 anos, a uma jornada extenuante de mais de 13 horas (das 7h às 21h, com 1 hora de intervalo intrajornada, de segunda-feira a sábado, e das 7h às 16h, também com uma hora de intervalo intrajornada, em três domingos por mês e em metade dos feriados), o que importava em privações de suas atividades existenciais (na família, instrução, esporte, lazer, etc), motivo pelo qual concluiu que houve efetivo dano existencial, pois no período o Autor tinha a vida limitada a alimentar-se, dormir e trabalhar. O único aresto transcrito para configurar a divergência jurisprudencial é inespecífico, nos termos da Súmula n.º 296, I, do TST, pois não se identifica com a hipótese fática delineada pelo Regional. Decisão mantida. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. BASE DE CÁLCULO. APLICAÇÃO DA OJ N.º 348 DA SBDI-1 DO TST. A base de cálculo dos honorários advocatícios é o valor líquido da condenação, apurado na fase de liquidação de sentença, sem a dedução dos descontos fiscais e previdenciários. Esse é o posicionamento pacificado nesta Corte por meio da OJ n.º 348 da sua SBDI-1. Decisão regional tomada em sentido contrário deve ser reformada para que se adeque à atual jurisprudência desta Corte. Recurso de Revista parcialmente conhecido e provido. (RR – 78-64.2012.5.04.0251 , Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 20/08/2014, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/11/2014). **Grifei.**

É importante ressaltar que apenas a realização de horas extras não é suficiente para a configuração do dano existencial. Na verdade, é a jornada exaustiva de trabalho, considerada aquela que excede habitualmente o limite tolerável de duas horas, que representa afronta aos direitos fundamentais do trabalhador.

De igual maneira, a não concessão de férias por um longo período de tempo caracteriza também a configuração de dano existencial, por retirar do trabalhador esse período de descanso destinado ao lazer e à realização de atividades de sua escolha, bem como suprimir um direito fundamental constitucionalmente previsto. Para melhor elucidar a questão, segue ementa do Tribunal Superior do Trabalho acerca do assunto:

DANO MORAL. DANO EXISTENCIAL. SUPRESSÃO DE DIREITOS TRABALHISTAS. NÃO CONCESSÃO DE FÉRIAS. DURANTE TODO O PERÍODO LABORAL. DEZ ANOS. DIREITO DA PERSONALIDADE. VIOLAÇÃO. 1. A teor do artigo 5º, X, da Constituição Federal, a lesão causada a direito da personalidade, intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas assegura ao titular do direito a indenização pelo dano decorrente de sua violação. 3.

Constituem elementos do dano existencial, além do ato ilícito, o nexo de causalidade e o efetivo prejuízo, o dano à realização do projeto de vida e o prejuízo à vida de relações. Com efeito, a lesão decorrente da conduta patronal ilícita que impede o empregado de usufruir, ainda que parcialmente, das diversas formas de relações sociais fora do ambiente de trabalho (familiares, atividades recreativas e extralaborais), ou seja que obstrua a integração do trabalhador à sociedade, ao frustrar o projeto de vida do indivíduo, viola o direito da personalidade do trabalhador e constitui o chamado dano existencial. (RR – 727- 76.2011.5.24.0002 Data de Julgamento: 19/06/2013, Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/06/2013).

A habitualidade da sujeição do empregado a uma jornada em sobrejornada e a supressão do direito a férias são condutas abusivas do empregador aptas a ensejar a reparação por danos existenciais, na medida em que atingem a própria dignidade do trabalhador ao violar os direitos fundamentais ao lazer, à saúde, à integridade física e mental e à limitação de jornada.¹⁰²

Além disso, o trabalhador passa a ter menos tempo para a convivência com seus familiares e amigos, tempo esse precioso e utilizado para a realização de atividades que promovem o seu bem-estar físico e mental, como participar de confraternizações, ir ao cinema, praticar esportes, participar de atividades acadêmicas e religiosas, entre outros.

Cumprе ressaltar que o recebimento em pecúnia da remuneração proporcional de férias ou de indenização pelas férias usufruídas não impede o prejuízo ao trabalhador de não usufruir esse período de descanso previsto constitucionalmente, acabando por “monetizar um direito que tem fundamento em considerações e metas relacionadas à política de saúde pública, bem estar coletivo e respeito à construção da cidadania, voltado a resgatar o trabalhador da noção estrita de ser produtivo, em favor de uma noção mais larga de ser familiar, social e político.”¹⁰³

A terceirização também aumenta consideravelmente os riscos de acidente do trabalho e a ocorrência de doenças ocupacionais no meio ambiente de trabalho, que representam não apenas dano à saúde, como também um dano à própria existência: em função da perda de um

¹⁰² O dano existencial, ao ser considerado uma espécie do gênero dano extrapatrimonial, consiste em lesão a um direito fundamental da vítima, o que afronta os princípios da liberdade e da dignidade da pessoa humana. Sendo assim, acredita-se ser possível a presunção legal da ocorrência do prejuízo (dano *in re ipsa*), a partir da análise do contexto fático do caso concreto. No caso do labor em jornada extenuante de trabalho ou daprivação contínua do direito constitucional à férias, há violação à saúde e à dignidade do trabalhador, situação em que seria possível a presunção de dano à existência. Todavia, no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, ainda há muita controvérsia a respeito da possibilidade de se considerar o dano existencial *in re ipsa*, já que muitos ministros entendem ser imprescindível a demonstração inequívoca do prejuízo.

¹⁰³ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo. LTr, 2006, p. 107.

membro, ou o acometimento por L.E.R (lesão por esforço repetitivo), por exemplo, o trabalhador não consegue continuar com sua rotina mantida no período anterior à lesão, obstando não apenas as atividades profissionais, como também o exercício de tarefas comuns do dia-a-dia, como tomar banho, cozinhar, varrer a casa, praticar esportes, tocar violão, entre outras. Ao acarretar um sacrifício das atividades realizadoras do indivíduo, o dano existencial enseja uma mudança na relação da pessoa com o meio que a circunda, afetando sua vida de relação.

Já o dano existencial que surge da lesão ao projeto de vida ocorre quando o empregador impede o trabalhador de executar todos seus planos que serão responsáveis pelo seu crescimento profissional, social e pessoal.

O trabalhador terceirizado, mais do que qualquer outro trabalhador, tem por inviabilizada a perspectiva de planejamento para o futuro. Não há interesse, via de regra, na qualificação da sua mão-de-obra que possibilitaria sua ascensão funcional e, conseqüentemente, o aumento de sua remuneração. Cumpre ressaltar que a alta rotatividade das empresas prestadoras faz com que o terceirizado tenha por incerto seu emprego, seu próximo empregador (se houver) e se vai receber todas as verbas que lhe são devidas.

Às vezes, como num filme, ele pode nos fazer lembrar o passageiro de uma máquina do tempo. A qualquer momento, no futuro, pode ser remetido ao ponto de partida, e ter de recomeçar ainda e sempre, talvez em outra cidade, talvez de outro modo, em geral com mais sofrimento. A nova empresa exige dele um vínculo forte, mas em troca lhe oferece um vínculo frágil.¹⁰⁴

A alta rotatividade e a intermitência dos empregos terceirizados também prejudicam o contínuo levantamento de depósitos do FGTS (Fundo de Garantia do Tempo de Serviço), o que reduz a capacidade de poupança do trabalhador terceirizado, além de reduzir o gozo do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço.¹⁰⁵

A inadimplência trabalhista, o famoso “calote”, é um dos principais problemas vivenciados pelos trabalhadores terceirizados e, dependendo do caso concreto, pode ensejar a

¹⁰⁴ VIANA, Márcio Túlio. *Trabalhando sem medo: novas possibilidades para a proteção ao emprego in Dignidade humana e inclusão social: caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil*. Organizadoras: SENA. Adriana Goulart de. Delgado, Gabriela Neves. NUNES, Raquel Portugal. São Paulo: LTr, 2010, p. 484.

¹⁰⁵ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo. LTr, 2006, p. 107.

configuração de dano existencial¹⁰⁶, já que o trabalhador não possui recursos para pagar cursos profissionalizantes para sua especialização, não tem como adquirir a casa própria, se vê impossibilitado de custear atividades de lazer, não tem condições de realizar uma poupança de aposentadoria privada, ou para garantir uma boa educação aos seus filhos, enfim, se encontra impedido de se organizar financeiramente e concretizar todos os seus projetos para o futuro.

Ademais, o próprio fato de o trabalhador terceirizado ter um nível remuneratório reduzido impacta no seu poder de compra e no seu planejamento financeiro, além de incidir negativamente sobre todos os direitos patrimoniais incidentes sobre a remuneração (décimo terceiro, férias, adicionais, gratificações, etc), o que precariza substancialmente sua condição social.

Além da maior insegurança em relação ao vínculo de emprego, o trabalhador terceirizado ainda é submetido à permanente ameaça de violação de seus direitos rescisórios, em decorrência da maior fragilidade econômica das empresas prestadoras de serviço e da maior dependência dos recursos da empresa contratante, violando o seu direito fundamental à indenização compensatória da dispensa injusta (art. 7 da CF e art. 10 do ADCT), o que aumenta a judicialização dos conflitos que envolvem direitos incontroversos na Justiça do Trabalho.¹⁰⁷

Por fim, o dano existencial também pode estar presente quando se constata o trabalho em condição degradante ou análoga à de escravo. As pesquisas apontam que a grande maioria dos trabalhadores encontrados nessa situação são terceirizados. Nessa situação, o empregador coage o empregado a realizar tarefas em condições subumanas, em relação ao horário, às condições de higiene, de alimentação e habitação, sem ou com uma contraprestação pecuniária ínfima, ou criando artifícios para que a remuneração seja consumida – como por exemplo a “caderneta” em mercado de propriedade do empregador ou pessoa a ele relacionada.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Acredita-se que o mero inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador não é suficiente, por si só, para ensejar a reparação por danos existenciais, visto que esta espécie de dano não se caracteriza apenas pela frustração decorrente da perda de acréscimo patrimonial, pois depende também da efetiva indicação do dano concreto à realização do projeto de vida ou do prejuízo à vida de relações do empregado. (Entendimento extraído do RR - 11628-88.2013.5.18.0103. Data de Julgamento: 15/04/2015, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 08/05/2015).

¹⁰⁷ DELGADO, Gabriela Neves. AMORIM, Helder Santos. *Os limites constitucionais da terceirização*. 1 ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 107.

¹⁰⁸ SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 75.

Sendo assim, é razoável afirmar que a terceirização aumenta significativamente as hipóteses de configuração do dano existencial, na medida em que contribui para a precarização das condições de trabalho e para a violação de direitos fundamentais do trabalhador.

CAPÍTULO IV

*“Sem trabalho eu não sou nada
Não tenho dignidade
Não sinto o meu valor
Não tenho identidade
Mas o que eu tenho
É só um emprego
E um salário miserável”
Legião urbana¹⁰⁹*

A NECESSIDADE DE RESGATE DA PROTEÇÃO AO TRABALHADOR

4.1 O princípio da dignidade da pessoa humana como premissa para a efetividade dos direitos fundamentais do trabalhador

A pessoa é valor fundamental a ser protegido das agressões da vida social, na medida em que envolve tanto a noção de ser humano capaz de agir conscientemente sobre o mundo físico e alterar o meio ambiente de como entender ser o mais conveniente, como também a posição do homem como centro de interesses e titular de direitos.

O ser humano é um ser histórico, o que significa dizer que é alguém talhado pela experiência com as marcas do passado próprio e da sua espécie, é alguém que age, interage, raciocina, comunica, questiona e utiliza o aprendizado de erros e acertos anteriores na tarefa de evoluir e satisfazer seus interesses, desenvolvendo habilidades e trabalhando a fim de tornar sua existência mais fácil.¹¹⁰

Para Kant, o ser humano deve ser considerado como um fim em si mesmo, não como meio de concretização arbitrária de vontades. Por existir como um fim em si, a natureza humana não comporta sua mensuração em forma de preço, mas sim a partir da dignidade.¹¹¹

[..] no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade... Esta apreciação dá pois a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço.

¹⁰⁹ Trecho da música: Música do Trabalho. Composição: Dado Villa-Lobos / Renato Russo / Marcelo Bonfá.

¹¹⁰ SOARES, Flaviana Rampazzo. Op. Cit.. p. 53.

¹¹¹ KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Tradução Paulo Quintela. Lisboa, 1986, p. 69.

Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir a sua santidade.¹¹²

Para Ingo Sarlet, a dignidade da pessoa humana, em sua dimensão ontológica, conserva uma lógica kantiana de autonomia e autodeterminação da pessoa, podendo ser conceituada como qualidade intrínseca da pessoa, irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não podendo ser destacado.¹¹³

Todavia, a dignidade deve ser vislumbrada sob o pressuposto de necessidade de promoção das condições de uma contribuição ativa para o reconhecimento e proteção do conjunto de direitos e liberdades indispensáveis ao nosso tempo. Sendo assim, a dignidade apenas faz sentido no âmbito da intersubjetividade e da pluralidade.¹¹⁴

Nesse sentido, o autor sustenta que uma dimensão dúplice da dignidade manifesta-se pela concepção da autonomia da pessoa humana (vinculada à ideia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais a respeito da própria existência), bem como da necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado¹¹⁵:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições essenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.¹¹⁶

A dignidade da pessoa humana é prevista na Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, inciso III, e consiste em valor supremo e fundante de todo o ordenamento jurídico. A compreensão da dignidade da pessoa humana é indispensável para a concretude dos direitos fundamentais, tendo em vista que a dignidade opera tanto como o fundamento dos direitos humanos e fundamentais, mas também assume a condição de conteúdo dos direitos.

¹¹² KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução Paulo Quintela. Lisboa, 1986, p. 69.

¹¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico constitucional necessária e possível*. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n.º 9, janeiro a junho de 2007, p. 366-368.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 370 e 371.

¹¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 62

¹¹⁶ *Idem*.

A dignidade da pessoa humana, na condição de valor e princípio normativo fundamental, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões.¹¹⁷

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.¹¹⁸

A Constituição Federal de 1988 garante amplitude temática ao princípio da dignidade, insistindo na sua aplicação multidimensional que vai além do caráter normativo vinculante do ponto de vista individual, mas tem como escopo a afirmação da pessoa humana como sujeito de direitos na sociedade circundante. Para isso, torna-se necessário assegurar a intangibilidade dos direitos individuais, assim como a promoção dos direitos sociais para que a pessoa possa de fato afirmar-se em sua dignidade.¹¹⁹

No Brasil, os direitos e garantias fundamentais são divididos em cinco capítulos: dos direitos individuais e coletivos, dos direitos sociais, da nacionalidade, dos direitos políticos e dos partidos políticos.

Os direitos sociais, em que se destaca os direitos trabalhistas, assumem especial relevância por não só ocuparem posição de destaque nas relações produtivas, como se constituírem em importantes fatores de inclusão do homem na sociedade. Dessa forma, o trabalho é dotado de valor social e econômico, consistindo também em fundamento do Estado Democrático de Direito ao lado da dignidade da pessoa humana, o que implica dizer que não existe democracia plena sem trabalho digno, sem respeito à pessoa humana e ao trabalhador.

O trabalho, desde que prestado em condições dignas, não violará o homem enquanto um fim em si mesmo. Sendo assim, o valor da dignidade deve ser o sustentáculo de qualquer trabalho humano. Se o Direito do Trabalho não for minimamente assegurado (por exemplo,

¹¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 73.

¹¹⁸ Idem.

¹¹⁹ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo. LTr, 2006, p. 79.

com o respeito à integridade física e moral do trabalhador, o direito à contraprestação pecuniária mínima), não haverá dignidade humana que sobreviva.¹²⁰

Considerar o trabalho como direito fundamental é pressuposto que ele deve ser pautado pela dignidade da pessoa humana. A Constituição Federal de 1988, ao se referir ao direito ao trabalho, implicitamente já está compreendido que o trabalho valorizado pelo texto constitucional é o trabalho digno. Isso por duas razões: em razão do nexo lógico existente entre os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana; e “porque apenas o trabalho exercido em condições dignas é instrumento capaz de viabilizar a emancipação do trabalhador, além da afirmação de sua identidade social e coletiva.”¹²¹

É importante ressaltar que a ordem constitucional não se limitou a prever direitos, mas instituiu diversas garantias e determinações para efetivá-los. Dessa maneira, estar protegido pelo trabalho significa concretizar os direitos fundamentais trabalhistas que assegurem um patamar mínimo de vida digna. A violação de tais direitos pode resultar, inclusive, em dano existencial por retirar do trabalhador o protagonismo de seu projeto de vida, bem como interferir nas suas relações interpessoais e sociais.

Na terceirização, o trabalhador não é destinatário do sistema adequado de proteção jurídica, já que há dificuldades de acesso à melhores condições sociais em face da separação entre intermediadora e tomadora. O trabalhador, mesmo em tese recebendo as parcelas trabalhistas decorrentes da relação de emprego, é condicionado à realidade cruel da terceirização: não há progresso funcional, melhores salários, mudanças de atividades ou acessos a postos na tomadora.¹²²

Todavia, como os trabalhadores se situam num contrato de emprego, a impressão que fica é que a terceirização não lhes retira direitos, o que não é verdade, pois a produção na intermediação de mão de obra tem como premissa a negociação do trabalho como mercadoria. Sendo assim, tornam-se necessárias reflexões acerca do contrato de emprego, já que trabalhadores, mesmo que formalmente estabelecidos, não são protegidos em seus direitos e garantias de forma plena.¹²³

¹²⁰ DELGADO, Gabriela Neves. DELGADO, Maurício Godinho. *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. São Paulo. LTr, 2012, p. 63.

¹²¹ *Ibidem*, 64.

¹²² PORTO, Noemia. *O trabalho como categoria constitucional de inclusão*. São Paulo. LTr, 2013, p. 82.

¹²³ *Idem*.

Além de esvaziar a eficácia dos direitos fundamentais, a terceirização aniquila ou reduz o padrão protetivo de emprego, se portando como um verdadeiro “regime paralelo de emprego rarefeito”. Para Gabriela Neves Delgado e Helder Santos Amorim:

O emprego rarefeito é aquele que, apesar da roupagem formal, mediante registro e observância esquemática de direitos tabalhistas, padece de déficit de efetividade normativa, por uma intensidade e por uma qualidade protetiva muito inferior ao padrão constitucionalmente assegurado às relações de emprego diretas, firmadas entre o obreiro e o tomador de serviços.¹²⁴

A Constituição não resguarda apenas o direito fundamental ao trabalho, mas a garantia constitucional de um trabalho digno. Nesse sentido, pondera Noemia Porto que:

As reflexões sobre a garantia constitucional do pleno emprego precisam se vincular às demandas advindas das relações precárias ou rompidas com o mundo assalariado. A plenitude não deve significar, de forma simplificada, apenas a disponibilidade quantitativa de ocupações para as pessoas que vivem do trabalho, mas sim a oferta de trabalho protegido, num contexto de dignidade [...].¹²⁵

A prática da terceirização, quando submetida apenas à lógica do mercado, de maneira ilimitada e sem a devida fiscalização, impõe restrição à plenitude protetiva dos direitos fundamentais dos trabalhadores, esvaziando o conteúdo dos direitos sociais e negando a centralidade do valor humano como princípio que norteia a concretização de um Estado Democrático de Direito.

4.2 O direito fundamental ao trabalho digno

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) tem como objetivo, por meio de seus instrumentos normativos e mecanismos de controle e monitoriamento, assegurar a efetivação dos direitos fundamentais trabalhistas, além de buscar o progresso material e desenvolvimento espiritual dos seres humanos a partir dos preceitos de dignidade, liberdade e igualdade.¹²⁶

Em 1998 a OIT introduziu o conceito de “*decent work*”, traduzido para língua portuguesa como trabalho decente (melhor entendido como trabalho digno), que é

¹²⁴ DELGADO, Gabriela Neves. AMORIM, Helder Santos. *Os limites constitucionais da terceirização*. 1 ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 106.

¹²⁵ *Ibidem*, 159.

¹²⁶ DELGADO, Gabriela Neves. RIBEIRO, Ana Carolina Paranhos de Campos. *Os direitos sociotrabalhistas como dimensão dos direitos humanos*. In Trabalho Constituição e Cidadania: a dimensão coletiva dos direitos sociais trabalhistas. Organizadores: DELGADO, Gabriela Neves. PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto. São Paulo: LTr, 2014, p. 73.

considerado o ponto de convergência de quatro objetivos estratégicos da organização: o respeito aos direitos do trabalho (em especial: (i) liberdade sindical e reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; (ii) eliminação de todas as formas de trabalho forçado; (iii) abolição efetiva do trabalho infantil; (iv) eliminação de todas as formas de discriminação em matéria de emprego e ocupação); a promoção do emprego produtivo e de qualidade; a extensão da proteção social e o fortalecimento do diálogo social.¹²⁷

O Brasil assumiu o compromisso pela promoção do Trabalho Decente perante a OIT em 2003, principalmente pela divulgação da Agenda Nacional do Trabalho Decente e a atuação no combate ao trabalho forçado, ao trabalho infantil e ao tráfico de pessoas para fins de exploração sexual e comercial, à promoção da igualdade de oportunidades e tratamento de gênero e raça no trabalho e à promoção de trabalho decente para os jovens, entre outras.¹²⁸

A terceirização de forma ilimitada retira do trabalhador a condição de sujeito que oferta e contrata sua mão de obra para impor a ele a condição de objeto de um contrato de serviços entre duas empresas, o que vai de encontro à primeira diretriz do Direito Internacional do Trabalho presente na Declaração de Filadélfia, relativas aos fins e objetivos da OIT: *o trabalho não é uma mercadoria*.

A intermediação da mão de obra também ofende o princípio do trabalho digno, que pressupõe o recebimento de uma remuneração capaz de suprir as necessidades básicas de alimentação, moradia, saúde, segurança, bem como uma vida digna pautada pelo respeito e a possibilidade de participação dos trabalhadores nas decisões relativas às condições de trabalho.

Para Gabriela Neves Delgado:

O trabalho deve ser compreendido em sua significação ética, ou seja, em qualquer época e cultura o homem deve afirmar e consolidar, na universidade do tempo e do espaço, considerada qualquer hipótese e circunstância, sua condição de ser humano. Além disso, por meio do trabalho, o homem deve realizar-se e revelar-se em sua identidade social. [...]. Mas a identidade social do homem somente será assegurada se o seu labor for digno. A explicação deve ser compreendida por meio da contradição permanente que se desenvolve na sociedade civil: ao mesmo tempo que o trabalho possibilita a construção da identidade social do homem, pode também destruir a sua existência, caso não existam condições mínimas para seu exercício.¹²⁹

¹²⁷ OIT. O que é trabalho decente. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/content/o-que-e-trabalho-decente>. Acesso em: 04.06.2015.

¹²⁸ Idem.

¹²⁹ DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo. LTr, 2006, p. 235 e 236.

Nesse sentido, a realização do trabalho pautado pelo princípio da dignidade é essencial à afirmação das identidades sociais por parte do ser humano, que encontra no seu labor não apenas um meio de ocupação, mas uma forma de se posicionar como sujeito de direitos perante a sociedade.

4.3 Solidariedade social e reconhecimento

No Estado Democrático de Direito, a ordem social é composta por indivíduos dotados de dignidade, por isso, tratados com igual respeito e consideração. Dessa forma, é dever do Estado garantir um núcleo indisponível e inviolável de direitos, a fim de proteger o indivíduo autônomo contra relativizações.¹³⁰

A dignidade da pessoa humana tem como ideia central a autonomia, que deve ser exercida em sociedade. Sendo assim, é necessário que todas as autonomies se conectem por meio de leis universalmente e reciprocamente válidas, de maneira que cada indivíduo persiga os seus fins e os fins dos outros, tratando-os como pessoas.¹³¹

Para Othon de Azevedo Lopes:

Só há verdadeira autonomia e, portanto, respeito da dignidade humana quando a ação individual leva em consideração todos os outros como fins em si mesmos. Do contrário, os outros estarão sendo coisificados e haveria um uso indevido da autonomia em descompasso com a responsabilidade que lhe é inerente.¹³²

Nessa linha, a Organização Internacional do Trabalho tem como meta não apenas a promoção de um trabalho digno, mas também a concretização da justiça social, que estabelece a necessidade do amplo acesso à justiça e aos direitos sociotrabalhistas. A justiça social está intrinsecamente ligada ao princípio da solidariedade social, que nas palavras de Daniel Sarmiento:

Implica o reconhecimento de que, embora cada um nós componha uma individualidade, irreduzível ao todo, estamos também todos juntos, de alguma forma irmanados por um destino comum. Ela significa que a sociedade não deve ser o locus da concorrência entre indivíduos isolados, perseguindo projetos pessoais

¹³⁰ LOPES, Othon de Azevedo. *Dano Moral Individual e Coletivo no Estado Democrático de Direito: reflexão a partir da jurisprudência cível e trabalhista*. LTr. No prelo.

¹³¹ Idem.

¹³² Idem.

antagônicos, mas sim um espaço de diálogo, cooperação e colaboração entre pessoas livres e iguais, que se reconheçam como tais.¹³³

No Direito do Trabalho, a solidariedade fundamenta o reconhecimento de uma eficácia horizontal dos direitos sociais e econômicos, ao propor que cada indivíduo é responsável pelo bem-estar dos demais.¹³⁴

A partir da ideia desenvolvida por Axel Honneth, nas sociedades pós-tradicionais, o desempenho individual passa a ser reconhecido, sendo a pessoa não mais valorizada a partir de juízos coletivistas. A autorrealização pessoal ganha espaço, mas permeada por uma tensão de busca de um projeto pessoal com a construção de processos de avaliação social não tradicionais.¹³⁵

Nesse contexto, surge uma nova concepção de solidariedade, “que passa a estar vinculada à existência de condições sociais para a afirmação de relações simétricas para que os indivíduos autônomos possam autorrealizar-se, numa sociedade pós-tradicional, desprendida de valores coletivistas.”¹³⁶

Othon de Azevedo Lopes pondera que:

A construção de um projeto de vida, como autorrealização pessoal, ínsito à dignidade da pessoa humana remete a um processo de luta, ou busca, por reconhecimento no amplo e complexo campo da sociedade, especialmente nos seus espaços de realização democrática.¹³⁷

A partir do pensamento de Axel Honneth é possível analisar a luta por reconhecimento do trabalhador terceirizado, que encontra dificuldades na construção de uma identidade social no meio ambiente de trabalho e busca se estabelecer como sujeito de direitos merecedor de proteção jurídica adequada. A teoria do reconhecimento proposta pelo autor possibilita pensar a identidade das pessoas, considerando os aspectos do *amor*, do *direito* e da *solidariedade*.

¹³³ SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004., p. 338 e 339.

¹³⁴ SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004., p. 338 e 339.

¹³⁵ LOPES, Othon de Azevedo. *Dano Moral Individual e Coletivo no Estado Democrático de Direito: reflexão a partir da jurisprudência cível e trabalhista*. LTr. No prelo.

¹³⁶ Idem.

¹³⁷ Idem.

Na primeira fase do reconhecimento, o *amor* deve ser compreendido como todas as relações primárias, que são ligações emotivas fortes entre poucas pessoas, segundo o padrão de relações entre dois parceiros, entre amigos e entre pais e filhos. O *amor* é responsável por criar a medida da autoconfiança individual, que pode tornar-se base indispensável para a participação autônoma na vida pública.¹³⁸

O trabalhador terceirizado, ao muitas vezes realizar jornadas exaustivas de trabalho e não usufruir seu direito a férias, é impedido do convívio com todos aqueles que fazem parte das suas relações primárias, o que pode afetar tanto o seu reconhecimento intersubjetivo na rede afetiva, como sua participação na esfera pública.

Na segunda esfera, o reconhecimento como sujeito de *direito* deve ser estendida, em igual medida, a todo homem na qualidade de ser livre, independentemente do grau de estima social.¹³⁹

Isso significa dizer que, por mais que o trabalhador terceirizado possa sofrer um desprestígio social ao realizar suas atividades laborais em condições inferiores aos trabalhadores diretamente contratados, é necessária a garantia de seus direitos fundamentais e a ampliação do sistema de proteção legal, a fim de proporcionar o verdadeiro reconhecimento na esfera jurídica.

Por fim, na terceira esfera, a *solidariedade* é baseada na estima social, que significa considerar as capacidades dos outros significativas para a ação comum. Para Honneth, apenas as relações sociais solidárias “podem abrir o horizonte em que a concorrência individual por estima social assume uma forma isenta de dor, isto é, não turvada por experiências de desrespeito.”¹⁴⁰

No processo de terceirização, os vínculos de solidariedade entre os trabalhadores terceirizados é frágil, devido a dificuldade de organização coletiva em decorrência de sua exclusão da categoria econômica vinculada à atividade econômica do tomador de serviços, bem como a recorrente discriminação por parte dos outros trabalhadores.

Percebe-se que a terceirização, além de estar diretamente vinculada à precarização do trabalho, dificulta o reconhecimento do trabalhador não só no meio ambiente de trabalho, mas

¹³⁸ ALBORNOZ, Susana Guerra. *As esferas do reconhecimento: uma introdução a Axel Honneth*. Cadernos de Psicologia Social do Trabalho, 2011, vol. 14, n. 1, p. 137.

¹³⁹ Ibidem, p. 139

¹⁴⁰ HONNETH, Axel. *Luta pelo reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Rio de Janeiro: Editora 34. 2003, p. 211.

também no âmbito de suas relações afetivas e perante à sociedade como um todo, ao afetar diretamente as esferas do *amor*, do *direito* e da *solidariedade*.

O indivíduo só alcança a autorrealização e dá sentido à sua existência a partir do reconhecimento pelo meio que o circunda. Os seres humanos buscam o trabalho não apenas para garantir a sobrevivência, mas também como satisfação individual pela atividade realizada, a fim de conquistar a verdadeira autonomia no Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

A terceirização deve ser compreendida não apenas como a desconcentração das atividades periféricas de uma empresa para um terceiro, mas também como uma forma de reorganização dos processos produtivos a partir de uma nova visão do mundo do trabalho.

Sob a ótica do toyotismo, as empresas se tornaram cada vez mais flexíveis e horizontalizadas, objetivando o fornecimento de produtos cada vez mais novos e personalizados, de acordo com as novas demandas do consumo. Nesse contexto, a terceirização encontra um meio ideal para a sua disseminação, posicionando-se como uma estratégia moderna de gestão que pretende otimizar os custos da produção e se adequar às urgentes demandas do mercado.

Todavia, o discurso da especialização encobre o que acontece na prática: os salários dos terceirizados são significativamente menores do que os salários dos trabalhadores efetivos na realização da mesma atividade; a jornada de trabalho dos terceirizados é consideravelmente maior, o que prejudica a saúde e segurança no meio ambiente de trabalho; o índice de inadimplência é superior nas empresas terceirizadas; as chances de acidente de trabalho e doenças ocupacionais são consideravelmente maiores, afetando a integridade física e mental do indivíduo e levando muitas vezes ao óbito; há uma alta rotatividade da mão-de-obra, o que faz com que o trabalhador alterne períodos de trabalho e períodos de desemprego e tenha dificuldades de planejar a sua vida e priorizar sua formação profissional; o número de trabalhadores resgatados em condições análogas de escravo é na sua quase totalidade de terceirizados.

Dessa forma, a terceirização acaba promovendo a mercantilização do trabalho, bem como a *redução substancial das garantias constitucionais, aumentando a possibilidade de configuração de dano existencial ao trabalhador terceirizado.*

Nas relações de trabalho, o dano existencial decorre da conduta patronal que impossibilita o trabalhador de se relacionar em sociedade e impede a execução de seu projeto de vida.

A realização do trabalho em jornadas exaustivas e a falta do gozo das férias, de maneira reiterada e prolongada, afeta o tempo do trabalhador destinado ao desfrute do convívio com familiares e amigos, o que pode causar um prejuízo à vida de relação.

Já a precariedade das condições de trabalho aumenta os riscos de acidente de trabalho e o acometimento por doenças ocupacionais, que podem causar dano à existência do trabalhador por acarretarem um sacrifício das atividades realizadoras do indivíduo.

Por sua vez, a alta rotatividade e a intermitência de empregos fazem com que a inadimplência trabalhista seja um dos principais problemas vivenciados pelo trabalhador terceirizado, que junto com a falta de levantamento de depósitos do FGTS e o recebimento de baixos salários, podem afetar a capacidade de organização financeira do trabalhador para a consecução dos planos que estipulou para sua vida.

Por fim, o trabalho em condição degradante ou análoga à de escravo, vivenciado por muitos terceirizados, prejudica não só a realização de atividades cotidianas e o convívio social e familiar, como o próprio projeto de vida, já que o trabalhador vive em condições desumanas e nem ao menos consegue proporcionar sua subsistência, muito menos planejar o futuro.

Sendo assim, considerando que a precarização das condições de trabalho causada pela relação terceirizante pode ensejar dano existencial ao trabalhador, é razoável afirmar que, à luz da dignidade humana e da solidariedade social, há uma necessidade evidente de reformar a regulação sobre a terceirização, a fim de aumentar o âmbito de proteção do trabalhador terceirizado, bem como possibilitar a construção de sua identidade social a partir de seu reconhecimento.

A fixação de limites constitucionais à terceirização se mostra imprescindível para a concretização do direito fundamental ao trabalho digno, possibilitando a valorização do trabalho humano e a inclusão socioeconômica protegida do trabalhador.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBORNOZ, Susana Guerra. *As esferas do reconhecimento: uma introdução a Axel Honneth*. Cadernos de Psicologia Social do Trabalho, 2011, vol. 14, n. 1.

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 6, n. 24, out./dez. 2005.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. FILHO, Jorge Cavalcanti Boucinhas. *O Dano existencial e o direito do trabalho*. Rev. TST, Brasília, vol. 79, no 2, abr/jun 2013.

ALVES, Giovanni. *Terceirização e neodesenvolvimentismo*, Blog boitempo. Disponível em: <http://www.boitempoeditorial.com.br/v3/>. Acesso em: 01.05.2015.

BARROS, Alice Monteiro de. *Um tema em foco: a terceirização e a jurisprudência*. In: Direito do trabalho e seguridade social: fundamentos constitucionais e teoria geral do direito do trabalho/ Mauríci Godinho Delgado/ Gabriela Neves Delgado, organizadores. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012 – (Coleção doutrinas essenciais; v.1).

BEBBER, Júlio César. *Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial): breves considerações*. Revista LTr, São Paulo, v. 73, n. 1, jan. 2009.

CUT. DIEESE (2014) Terceirização e desenvolvimento: uma conta que não fecha: / dossiê acerca do impacto da terceirização sobre os trabalhadores e propostas para garantir a igualdade de direitos / Secretaria Nacional de Relações de Trabalho e Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. - São Paulo: Central Única dos Trabalhadores, 2014.

CAVALCANTI, Hylda. *Para Dieese, relação entre terceirização, mortes no serviço e trabalho escravo é 'gritante'*. Publicado em 13/04/2015 19:52. Disponível em: <http://www.redebrasilatual.com.br/politica/2015/04/para-dieese-relacao-entre-terceirizacao-mortes-no-servico-e-trabalho-escravo-e-gritante-3622.html>. Acesso em: 04.05.2015.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008.

DELEGACIA REGIONAL DO TRABALHO NA BAHIA (DRT/BA). *Relatório sobre terceirização e relações no trabalho nas empresas do Pólo Petroquímico de Camaçari*. Salvador : MT/PNUD/DRT-BA/CRH-UFBA, 1995.

DELGADO, Gabriela Neves. AMORIM, Helder Santos. *Os limites constitucionais da terceirização*. 1 ed. São Paulo: LTr, 2014.

DELGADO, Gabriela Neves. DELGADO, Maurício Godinho. *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. São Paulo. LTr, 2012.

DELGADO, Gabriela Neves. RIBEIRO, Ana Carolina Paranhos de Campos. *Os direitos sociotrabalhistas como dimensão dos direitos humanos*. In Trabalho Constituição e Cidadania: a dimensão coletiva dos direitos sociais trabalhistas/ Organizadores: Gabriela Neves Delgado, Ricardo José Macêdo de Britto Pereira. _ São Paulo: LTr, 2014.

DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo. LTr, 2006

_____. *Terceirização. Paradoxo do direito do trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTR, 2003.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. – 11 ed. – São Paulo: LTr, 2012.

DRUCK, Graça. SILVA, Jair Batista da. *Precarização, Terceirização e Ação sindical*. In: SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal (coord.). *Dignidade humana e inclusão social: para a efetividade do direito do trabalho no Brasil*. São Paulo: LTR, 2010.

DRUCK, Graça. *Trabalho, precarização e resistências*. Caderno CRH (UFBA), Salvador, EDUFBA, v. 24, 2011.

DUTRA, Renata Queiroz. *Direitos fundamentais à proteção da subjetividade no trabalho e emancipação coletiva*. In Trabalho Constituição e Cidadania: a dimensão coletiva dos direitos sociais trabalhistas. Organizadores: Gabriela Neves Delgado, Ricardo José Macêdo de Britto Pereira. São Paulo: LTr, 2014.

ELIAS, Norbert; SCOTSON, John L. *Os estabelecidos e os outsiders: sociologia das relações de poder a partir de uma comunidade*. Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

FROTA, Hidemberg Alves da. *Noções fundamentais sobre o dano existencial*. *Revista Ciência Jurídica*, Belo Horizonte, v. 24, 2010.

Grupo de Pesquisa Trabalho, Constituição e Cidadania (UnB/CNPq). *As terceirizadas são vazias de sentido social*. Blog Trabalho, Constituição e Cidadania. Disponível em: <http://trabalho-constituicao-cidadania.blogspot.com.br/>. Acesso em: 02.05.2015

HARVEY, David. *Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. 16. ed. São Paulo: Loyola, 2006.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Editora Vozes, 2002.

HONNETH, Axel. *Luta pelo reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Rio de Janeiro: Editora 34. 2003.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução Paulo Quintela. Lisboa, 1986.

LIMA, Jacob Carlos. *A terceirização e os trabalhadores: revisitando algumas questões*. Cadernos de Psicologia Social do Trabalho, 2010, vol. 13, n. 1.

LOPES, Othon de Azevedo. *Dano Moral Individual e Coletivo no Estado Democrático de Direito: reflexão a partir da jurisprudência cível e trabalhista*. LTr. No prelo.

_____. Dano moral no Estado Democrático de Direito. *Notícia do Direito Brasileiro*, Brasília, v. 12, 2006.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. A terceirização e a lógica do mal. In *Dignidade humana e inclusão social: caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil*. Organizadoras: Adriana Goulart de Sena, Gabriela Neves Delgado, Raquel Portugal Nunes. São Paulo: LTr, 2010.

OIT. *O que é trabalho decente*. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/content/o-que-e-trabalho-decente>. Acesso em: 04.06.2015.

PAIXÃO, Cristiano. *Terceirização: o trabalho como mercadoria*. In Tribuna do Brasil - UnB – Sindjus. DF CONSTITUIÇÃO & DEMOCRACIA. 2006.

PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto. *A Terceirização, a CLT e a Constituição*. Blog Trabalho, Constituição e Cidadania. Disponível em: < <http://trabalho-constituicao-cidadania.blogspot.com.br/> >. Acesso em: 05.05.2015.

PORTO, Noemia. *O trabalho como categoria constitucional de inclusão*. São Paulo. LTr, 2013.

SANTOS, Anselmo Luis dos. BIAVASCHI, Magda Barros. *A terceirização no contexto da reconfiguração do capitalismo contemporâneo: a dinâmica da construção da súmula 331 no TST*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho Ano 80 – n. 3 – jul. A set. – 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico constitucional necessária e possível*. In: Revista Brasileira de Direito Constitucional, n.º 9, janeiro a junho de 2007.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SINDICATO DOS METALÚRGICOS DO ABC. *Os trabalhadores e a terceirização*. São Bernardo do Campo, 1993

SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

VIANA, Márcio Túlio. DELGADO, Gabriela Neves. AMORIM, Helder Santos. *Terceirização – Aspectos gerais. A última decisão do STF e a Súmula 331 do TST*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, ano 77 –n. 1 - jan. a mar. – 2011.

VIANA, Márcio Túlio. *Trabalhando sem medo: novas possibilidades para a proteção ao emprego in Dignidade humana e inclusão social: caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil*. In: SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal (coord.). *Dignidade humana e inclusão social: para a efetividade do direito do trabalho no Brasil*. São Paulo: LTR, 2010.