XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS

FERNANDO GUSTAVO KNOERR

JOSÉ FERNANDO VIDAL DE SOUZA

KARYNA BATISTA SPOSATO

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

E27

Eficácia de direitos fundamentais nas relações do trabalho, sociais e empresariais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Fernando Gustavo Knoerr; José Fernando Vidal De Souza; Karyna Batista Sposato - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-452-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos sociais. 3. Contrato. 4. Educação. XXVI EncontroNacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS

Apresentação

A presente obra é mais um trabalho realizado pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) que reúne os pesquisadores da área do Direito e organiza os maiores eventos acadêmicos ligados à Ciência Jurídica.

Desta feita a reunião dos artigos é proveniente do XXVI ENCONTRO DO CONPEDI, realizado na cidade de Brasília, nos dias 19 a 21 de julho de 2017, e sediado pelo Centro Internacional de Convenções do Brasil (CICB).

Os professores ora signatários ficaram responsáveis pela Coordenação do Grupo de Trabalho intitulado "EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS I" e pela organização desta obra.

Com efeito, no dia 20 de julho de 2017, os quatorze artigos ora selecionados, após avaliação feita por pares, pelo método double blind review, pelo qual cada artigo é avaliado por dois pareceristas especialistas na área com elevada titulação acadêmica, foram apresentados oralmente por seus autores e, como forma de dar publicidade ao conhecimento científico, compõem o presente livro.

Para facilitar a leitura, a obra foi dividida em temáticas distintas, a saber: a) Eficácia horizontal dos direitos humanos e o respeito à dignidade do trabalhador; b) Educação e direitos sociais; c) Saúde e trabalho; d) Contrato, associativismo e empreendedorismo; e) Direito à moradia e solidariedade.

Assim, compõem a primeira temática quatro artigos. No primeiro artigo, intitulado ""A teoria das necessidades e a sua relação com os direitos fundamentais dos trabalhadores", Marcos Leite Garcia e Dirajaia Esse Pruner, fundados nas ideias de Sen, Doyal e Gough, e Nussbaum, demonstram a relação da teoria das necessidades com os direitos fundamentais dos trabalhadores, promovendo a análise dos direitos previstos nas convenções da Organização Internacional do Trabalho.

O segundo artigo, apresentado por Silvio Beltramelli Neto, "Apontamentos sobre a imprescritibilidade dos crimes relativos a trabalho escravo segundo a sentença da corte

interamericana de direitos humanos para o caso trabalhadores da Fazenda Brasil Verde", analisa a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos para o Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde, que condenou o Estado brasileiro a garantir que a prescrição não seja aplicada aos delitos de escravidão.

Na sequência, o artigo, "A revista no direito do trabalho em contraposição ao seu tratamento no direito processual penal: trabalhadores ou suspeitos de crime, para qual deles são mais efetivas as garantias constitucionais?", apresentado por Ricardo José Leite de Sousa e Eduardo Henrique Raymundo von Adamovich, dedica-se a estudar e comparar os direitos fundamentais dos presos e a revista pessoal dos trabalhadores no regular desempenho de suas atividades laborativas, diante das decisões do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho.

O quarto artigo de Ângela Diniz Linhares Vieira, "Assédio moral coletivo: dano moral coletivo ao direito fundamental do trabalhador a um meio ambiente do trabalho hígido", se propõe a estudar o assédio moral coletivo, o meio ambiente do trabalho equilibrado e os direitos fundamentais do homem enquanto trabalhador, com vista à punição do autor do referido dano.

O bloco seguinte é aberto com o artigo, "A educação a distancia nas grandes regiões do país: breves considerações", de Marklea da Cunha Ferst e Rubia Silene Alegre Ferreira, que analisam a evolução da educação a distância (EaD) nas grandes regiões do País, os motivos e as peculiaridades de evasão escolar nesta modalidade de ensino.

O sexto artigo, "Educação para o trabalho como forma de inclusão da pessoa com deficiência", de Aline Mendes De Godoy, trata da inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, sustentando a necessidade de mudanças conceituais sobre a pessoa com deficiência, que não devem mais ser consideradas inválidas ou dignas de caridade, pois estão a se tornar ativas e exitosas em alcançar sua inserção na sociedade e no mercado de trabalho.

Abre um novo bloco, o sétimo artigo, intitulado "O direito fundamental a proteção à maternidade no direito do trabalho", apresentado por Juliana Maria da Costa Pinto Dias, que cuida das questões da maternidade, trabalho da mulher gestante e dos adotantes, estabelecendo comparações e defendendo a aplicação das garantias constitucionais entre a maternidade biológica e afetiva.

O oitavo trabalho de Danilo Lucas de Oliveira Santos, "Inconstitucionalidade circular de alcance prospectivo. Restrições insidiosas a direitos fundamentais nas relações de trabalho:

uma abordagem crítica de decisões judiciais desprovidas de ponderação preditiva e seus influxos" se propõe a examinar a declaração judicial de nulidade de contrato de trabalho e os seus reflexos nos direitos fundamentais dos trabalhadores e de toda sociedade.

"Liberdade sindical: direito humano ou garantia fundamental?", de Flávio Augusto Dantas dos Santos, abre um novo bloco de artigos e trata de distinguir direitos humanos e fundamentais, relaciona o associativismo e a liberdade sindical e analisa a liberdade sindical como direito humano e fundamental.

O décimo artigo, "Microempreendedor individual: do incentivo à efetividade do empreendedorismo no Brasil" é apresentado por Veronica Lagassi e Paola Domingues Jacob que se dedicam a estudar aspectos do empreendedorismo no Brasil, a partir da análise da Lei Complementar nº 123/2006 e dificuldades do reconhecimento do microempreendedor individual, nos moldes da Lei Complementar nº 128/2008.

Dando continuidade, o décimo primeiro artigo, "Direitos fundamentais sociais em vista da responsabilidade da administração pública por contratos terceirizados: percepções jurídicas em torno do papel do estado no julgamento do recurso extraordinário - RE 760931", apresentado por Karla Alexsandra Falcão Vieira Celestino e Leonardo Cedaro, se dedica a discutir o Recurso Extraordinário de nº 760931 que decidiu sobre o inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados contratados.

O décimo segundo artigo de Jéssica Antunes Figueiredo, "Os donos dos jogos: o domínio das "quatro irmãs" nas contratações das obras para a copa do mundo e as olimpíadas e o desrespeito ao interesse público", se debruça a apreciar as minúcias dos contratos firmados para a realização da Copa do Mundo de 2014 e das Olimpíadas de 2016 no Brasil, apontando a ocorrência de cartel e as diversas irregularidades nas contratações, sugerindo, assim, a necessidade de maior mobilização da sociedade para proteção do interesse público na realização de megaeventos no país.

O décimo terceiro artigo abre o último bloco, "Direito à moradia – uma visão comparada da suprema corte brasileira e sul-africana a partir do Grootboom case", de Jeferson Nelcides de Almeida e Dirceu Pereira Siqueira, que comparam aspectos do Direito à Moradia no Brasil, na perspectiva do Supremo Tribunal Federal e na África do Sul, a partir do caso Grootboom, julgado em 2000 no país Sul-Africano.

O último artigo, "Solidariedade e fraternidade aplicadas ao desenvolvimento sustentável", apresentado por Luiz Felipe Rossini e Alexandre Alcorta Daiuto trata da fraternidade e da

solidariedade como direito fundamental e norteadoras para um modelo de capitalismo humanista, na busca de um desenvolvimento sustentável.

Com a presente apresentação, desejamos a todos uma boa e aprazível leitura.

Prof. Dr. José Fernando Vidal de Souza - UNINOVE

Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoerr - UNICURITIBA

Profª Dra. Karyna Batista Sposato - UFS

DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS EM VISTA DA RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR CONTRATOS TERCEIRIZADOS: PERCEPÇÕES JURÍDICAS EM TORNO DO PAPEL DO ESTADO NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - RE 760931

FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS IN VIEW OF THE PUBLIC ADMINISTRATION'S LIABILITY FOR CONTRACTS WITH OUTSOURCED: LEGAL PERCEPTIONS AROUND THE ROLE OF THE STATE BEFORE THE EXTRAORDINARY APPEAL JUDGMENT - RE 760931

Karla Alexsandra Falcão Vieira Celestino
Leonardo Cedaro

Resumo

O artigo tem como objetivo abordar a recente discussão do Recurso Extraordinário de nº 760931 que decidiu que o inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados contratados não transfere ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, analisando os argumentos contrários e favoráveis à responsabilização, bem como os efeitos nocivos causados pela decisão do STF aos direitos fundamentais sociais.

Palavras-chave: Direitos fundamentais sociais, Responsabilidade subsidiária da administração pública em vista das empresas terceirizadas, Papel de um estado democrático

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of the article is to address the recent discussion in Extraordinary Appeal No. 760931, which ruled that non-compliance with the labor costs of contracted employees does not automatically transfer to the contracting government the responsibility for its payment, either in solidarity or in the subsidiary , under the terms of Art. 71, paragraph 1, of Law no. 8.666 / 93, analyzing the opposing and the favorable arguments to the aforementioned accountability, as well as the harmful effects caused by the decision of the STF to fundamental social rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental social rights, Subsidiary responsibility of the public administration in view of outsourced companies, Role of a democratic state

INTRODUÇÃO

A proteção ao direito ao trabalho digno está contido na Carta da Republica, em seu art.6º e 7º, como direito fundamental social, sobretudo quando se analisa que o direito social ao trabalho digno é um direito fundamental. E a partir da função do Estado de minimizar os problemas sociais, o presente estudo tem como escopo discutir o efetivo papel desempenhado pelo Estado Democrático brasileiro na contemporaneidade, a responsabilidade subsidiária da administração pública nos contratos com terceirizados, analisando o julgamento do RE 760931, em que se discute à luz dos artigos 5º, II; e 37, § 6º; e 97, da Constituição Federal, a constitucionalidade, ou não, do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, em que pese o entendimento do Supremo Tribunal Federal que em 26.04.2017 exonerou o poder público da responsabilidade no pagamento das verbas trabalhistas por inadimplência da empresa terceirizada.

Atualmente, o tema ganha elevada importância quando se evidencia a alta judicialização envolvendo o tema, sendo inclusive, ressaltado pela Presidente do STF, Ministra Carmem Lúcia, a existência de pelo menos 50 mil processos aguardando a decisão do caso paradigma. Deste modo decidiu a Corte Suprema pelo afastamento da responsabilidade automática do poder público nos contratos de terceirizados, com repercussão geral reconhecida, chancelando neste sentido, a contratação pela administração pública e a sua não responsabilização em caso de violação de direitos trabalhistas, ou seja, um cheque em branco para a administração.

A ministra relatora Rosa Weber, votou pelo desprovimento do recurso sob o argumento de que cabe a administração pública acompanhar e fiscalizar de modo permanente e contínuo a prestação de serviço pelas empresas terceirizadas, antes, durante e após o término do contrato, a fim de que a empresa prestadora de serviço cumpra com todas as obrigações decorrentes da relação de trabalho e assevera:

> "Não fere o texto constitucional a imputação de responsabilidade subsidiária à Administração Pública pelo inadimplemento, por parte da prestadora de serviços, das obrigações trabalhistas, em caso de culpa comprovada em relação aos deveres legais de acompanhamento e fiscalização do contrato de prestação de serviços, observados os princípios disciplinadores do ônus da prova."

O referido voto da relatora fora acompanhado pelos votos dos Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello, que entenderam que a

beneficiada pela força de trabalho é a administração pública, de modo que cabe a ela comprovar que fiscalizou devidamente o cumprimento do contrato pelas terceirizadas.

Por seis votos a cinco a maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal acompanharam a divergência do Ministro Luiz Fux, no entendimento de que a Lei 9.032/1995 introduziu o parágrafo 2º ao artigo 71 da Lei de Licitações com o objetivo de estabelecer a responsabilidade solidária do poder público sobre os encargos previdenciários, e se fosse essa a vontade do legislador no tocante aos encargos trabalhistas, teria realizado a mesma previsão normativa, o que não ocorrera, demonstrando que a administração pública quando da licitação, já analisa a aptidão financeira e orçamentária da empresa terceirizada.

Ademais, aduz o Ministro Alexandre de Moraes que elastecer a responsabilidade da administração pública na terceirização "parece ser um convite para que se faça o mesmo em outras dinâmicas de colaboração com a iniciativa privada, como as concessões públicas". Asseverando que a imputação da responsabilidade à administração pública implicaria numa ameaça a modernização do Estado, uma vez que representaria um desestímulo de colaboração da iniciativa privada com a administração pública.

Vale, no entanto, trazer a tona que o voto de desempate do referido julgamento se deve ao Ministro Alexandre de Moraes, que fora Ministro de Estado do poder Executivo, o qual possuía interesse direto no provimento do Recurso Extraordinário em discussão, que fixava a tese de que o inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados contratados pelo poder público não transfere automaticamente a administração a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

Ora, observamos que a Corte Suprema no seu agir político entendera de forma acirrada que a elevada quantidade de processos em tramitação nos tribunais do país implicaria um prejuízo insofismável aos cofres públicos, aplicando com literalidade o art. 71 da Lei 8.666/93, ainda que esta contrarie direito fundamental à dignidade no trabalho, ademais, concedeu carta branca a administração pública em todas as suas esferas de poder, no sentido de permanecerem contratando terceirizadas, bastando tão somente a avaliação criteriosa quando do processo licitatório, ignorando, todavia, no transcorrer do contrato o cumprimento ou não dos direitos fundamentais sociais constantes do art. tão prestigiados na Carta da Republica.

O julgamento do Recurso extraordinário em tela demonstra a prevalência do interesse do Estado sobre o interesse do cidadão, quando o caminho seguido pela administração pública deveria ser o de proteção e responsabilidade na contratação destes

empregados terceirizados, atuando na contratação responsável, no acompanhamento e fiscalização, respondendo subsidiariamente, quando verificado que tais empresas inadimpliram verbas de natureza trabalhista, seja pelo caráter alimentar da verba, seja pelo significado social do trabalho.

Todavia, o entendimento majoritário da Corte representa supressão de direito fundamental social, não levando em conta a hipossuficiência do trabalhador terceirizado, entregando-o a própria sorte e ao talante dos interesses da empresa terceirizada, como em Pilatos, lavando as mãos, quanto ao inadimplemento das verbas trabalhistas, desprestigiando a Constituição Federal e estimulando a administração pública na contratação de terceirizados e na violação de direito fundamental social de um trabalho digno.

Tudo isso motiva o estudo da decisão do Re 760931 da Corte Maior do país, que envolve a relevância da prestação necessária ao Estado Social, democrático e de Direito. Antes disso, porém, vai ser apresentado um breve histórico dos Direitos Sociais no Brasil, a Teoria dos Direitos Fundamentais, ressaltando alguns desafios para a efetividade do direito social ao trabalho digno. Logo em seguida vai ser analisada o papel do Estado, o argumento da crise diante da Democracia, a Cidadania e o Trabalho. E, a partir disso, vai ser colocada a questão da ameaça de esvaziamento do Estado Social e a retomada do Estado mínimo.

1. BREVE HISTÓRICO DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL: ALGUNS DESAFIOS PARA A EFETIVIDADE DO DIREITO AO TRABALHO DIGNO

Após um longo período ditatorial, o Brasil inicia um processo de redemocratização, que ganha vida e efetividade por meio da convocação da Assembléia Nacional Constituinte que ocorrera entre os anos de 1987 a 1988 e que culminara na aprovação da Constituição da Republica Federativa Brasil, fruto de um clamor popular que rompia com 30 anos de ditadura e inspirava a sociedade na tão esperada Constituição cidadã.

A Constituição democrática tinha como alicerces a supremacia da Constituição, o Estado democrático de direito, e a observância e efetividade dos Direitos Fundamentais, cuja premissa era a preservação da dignidade humana e o desejo de um Estado de direitos, no dizer de George Marmelstein, desde o seu preâmbulo o texto constitucional demonstra a que veio, ou seja:

> Nele está posto que a finalidade da Republica Federativa do Brasil é instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e

> a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Mesmo que se diga que o preâmbulo constitucional não tem natureza jurídica, ainda assim não se pode negar a sua força simbólica e a sua função de orientar a interpretação de outras normas, pois representam as aspirações axiológicas do constituinte. (MARMELSTEIN, 2011, p. 69).

Os direitos contidos na nossa Constituição de 1988 se inspiraram na Lei fundamental alemã, na Constituição Portuguesa de 1976 e da Espanha e, apesar de não ter implantado um regime jurídico tão minucioso em vista dos direitos fundamentais quanto o foi na Alemanha, Portugal e Espanha, o legislador constituinte trilhou um caminho de grandes e inovadores avanços, especialmente no que concerne à aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Destarte, os dispositivos do texto constitucional são dotados de normatividade, e, dessa maneira, vinculam toda a sociedade, segundo entendimento de Sarlet:

> (...) não se discute que cada norma constitucional possui um mínimo de eficácia e aplicabilidade, dependente, por sua vez, de sua suficiente normatividade. [...] Não é outro o entendimento que se recolhe do direito comparado, razão pela qual cumpre aproveitar a oportunidade para referir a abalizada e paradigmática lição do renomado publicista espanhol García de Enterría, que, partindo de uma concepção substancial da Constituição e reconhecendo o caráter vinculante reforçado e geral das suas normas, sustenta que na Lei Fundamental não existem declarações (sejam elas oportunas ou inoportunas, felizes ou desafortunadas, precisas ou indeterminadas) destituídas de conteúdo normativo, sendo que apenas o conteúdo concreto de cada norma poderá precisar, em cada caso, qual o alcance específico de sua carga eficacial. (SARLET, 2011, p. 255).

A relevância da eficácia das normas se apresenta cada vez mais pontual no ordenamento pátrio. Eis que as normas foram instituídas com o escopo de gerar efetividade, utilizando-se de normas-princípios que lhes assegurem uma otimização na sua aplicação, em observância especial à dignidade humana, pois com razão Bobbio aponta que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los.” (BOBBIO, 1992, p. 24).

De modo semelhante, José Afonso da Silva afirma que são direitos constitucionais os direitos que se inserem na constituição ou numa declaração formal instituída pelo poder constituinte, e aduz sobre sua eficácia:

> São direitos que nascem e se fundamentam, portanto, no princípio da soberania popular. A eficácia e aplicabilidade das normas que contêm os direitos fundamentais dependem muito do seu enunciado, pois se trata de assunto que está em função do direito positivo. A Constituição é expressa sobre o assunto, quando estatui que *as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata*. .(2013, p. 182).

Com o novo direito constitucional, com a carta cidadã, surgiu a expectativa da cidadania postulante, capitaneada pelo reconhecimento e efetividade dos direitos fundamentais, como menciona Bonavides:

> Os direitos fundamentais são a sintaxe da liberdade nas Constituições. Com eles, o constitucionalismo do século XX logrou a sua posição mais consciente, mais nítida, mais característica. Em razão disso, faz-se mister introduzir talvez, nesse espaço teórico, o conceito do juiz social, enquanto consectário derradeiro de uma teoria material da constituição, e sobretudo, da legitimidade do Estado social e seus postulados de justiça, inspirados na universalidade, eficácia e aplicação imediata dos direitos fundamentais. Coroam-se, assim, os valores da pessoa humana no seu mais elevado grau de juridicidade e se estabelece o primado do homem no seio da ordem jurídica, enquanto titular e destinatário,em última instância, de todas as regras de poder. (2011, p. 602).

No direito constitucional positivo do Brasil são taxativamente direitos sociais aqueles contidos no art 6º da Constituição, a saber: a educação, a saúde,o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a maternidade e a infância e a assistência aos desamparados, na forma disposta pelo texto constitucional, ou seja fora vontade do legislador constituinte a implantação de um Estado social.

Os quadros democráticos de uma sociedade se evidencia com o respeito e observância aos direitos fundamentais, e conforme visto acima, a concretude destes direitos sociais assegura a efetividade de uma vida com dignidade, premissa indeclinável de um estado de direito na contemporaneidade.

A Carta da República de 1988 dispõe, no art. 1°, IV, que, dentre outros, a República Federativa do Brasil tem como fundamentos "*os valores sociais do trabalho*" e, no **caput** do art. 170, dispõe que a ordem econômica é "*fundada na valorização do trabalho humano*". Observe-se a necessidade de dar atenção tanto à dimensão humana do labor, que está associada com a dignidade e a própria subsistência da pessoa, enquanto ser dotado de liberdade e dignidade, quanto à sua dimensão patrimonial, que se revela na relação de emprego em si, cuja finalidade é a produção e circulação de riquezas mediante a respectiva remuneração.

Vemos que no julgamento do Recurso extraordinário 760931 o valor social do trabalho fora mitigado em face da prevalência de interesses de governo, pois visando a proteção e contenção de despesas públicas, e em face da ameaça no aumento do passivo estatal, a Corte Constitucional suprimi direito fundamental social a um trabalho digno, restando aos trabalhadores terceirizados a sorte, de no transcorrer do contrato, a empresa não quebrar, não falir, não fraudar, e contrariando o número de demandas judiciais existentes,

cumprir fielmente com o adimplemento integral dos direitos trabalhistas decorrentes daquela relação jurídica terceirizada.

2. TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: TEORIA GERACIONAL e TEORIA DO STATUS

Sobre os direitos fundamentais é possível formular teorias das mais variadas espécies, ou seja, elaboradas no sentido de justificar e esclarecer o fundamento dos direitos humanos, inclusive, dentre as perspectivas que ultrapassam a dimensão jurídica, são possíveis pesquisas políticas, filosóficas, históricas, teóricas e sociológicas, dentre outras. A diversidade, portanto, do enfoque decorre da relevância e complexidade do tema, por vezes, essas teorias são combinadas, ampliando-se o horizonte investigativo teórico.

Alexy afirma que a concepção de uma teoria jurídica dos direitos fundamentais tem como objetivo a integração, de forma mais ampla possível, dos enunciados gerais, passíveis de ser formulados de modo otimizado, já que, "toda teoria dos direitos fundamentais realmente existente consegue ser apenas uma aproximação desse ideal". E ensina:

> Toda teoria sobre direitos fundamentais que contribua para a realização desse ideal tem, devido a essa contribuição, o seu valor. Considerá-la sem valor por não realizar totalmente o ideal significaria desconhecer o caráter regulativo do programa integrativo. Para realizar de forma mais ampla possível *a* teoria dos direitos fundamentais (no sentido de uma teoria ideal), é necessário reunir várias teorias verdadeiras ou correlatas sobre direitos fundamentais. Mas é claro que essas teorias devem ser avaliadas na medida de sua contribuição à teoria ideal. (ALEXY, 2011, p. 39-40).

E ainda no que diz respeito à formulação das teorias sobre direitos fundamentais**,** o autor continua:

> Sobre os direitos fundamentais é possível formular teorias das mais variadas espécies. Teorias históricas, que explicam o desenvolvimento dos direitos fundamentais, teorias filosóficas, que se empenham em esclarecer seus fundamentos, e teorias sociológicas, sobre a função dos direitos fundamentais no sistema social, são apenas três exemplos. Difícil haver uma disciplina no âmbito das ciências humanas que, a partir de sua perspectiva e com seus métodos, não esteja em condições de contribuir com a discussão acerca dos direitos fundamentais. (2011, p.31).

Embora não utilizado com a mesma habitualidade da teoria geracional, a doutrina brasileira, de forma hodierna, vem se utilizando da teoria dos status formulada por Georg Jellinek para classificar os Direitos Fundamentais de acordo com sua natureza: ou seja, através desta teoria será possível compreender a posição jurídica das dimensões de direitos

fundamentais, particularmente a relação do Estado para com os indivíduos. Vale assinalar o dizer de Alexy (2011, p. 254):

> O paradigma de uma teoria de posições globais abstratas é a teoria do status, de Jellinek. Sua análise aqui não se justifica somente por sua importância histórica como exemplo de uma grande construção jurídica, conceitual e teórica. Ela ainda tem grande relevância como fundamento de classificações dos direitos fundamentais.

Neste sentido o *status* se caracteriza como "uma relação com o Estado que qualifica o indivíduo", ou seja alguma relação entre o cidadão e o Estado, não se tratando de direito, mas de situação em que a pessoa se situa diante do estado.

De acordo com essa teoria, são quatro as possíveis "posições jurídicas abstratas", no dizer do autor, que possibilitam entender com mais clareza e mostrar como devem ser exigidos e efetivados os direitos fundamentais, ou seja, o *status* do indivíduo na sua relação com o Estado: o passivo (*status subjectionis*), o ativo (*Status activus civitates*), o negativo (*Status libertatis*) e o positivo (*Status civitates*).

O status *passivo* é aquele em que o indivíduo encontra-se em posição de subordinação com relação ao poder público, "sujeição ao Estado" onde este possui a competência de vincular o indivíduo por meio de mandamentos e proibições individuais.

O status *ativo*, por sua vez, representa o poder do indivíduo de interferir na formação da vontade do Estado, ou seja, concretiza-se principalmente através do voto, no qual o indivíduo possui o direito de participar das decisões políticas assentadas pelos organismos governamentais, no que define o caminho das políticas públicas implementadas.

O status *negativo* diz respeito ao espaço que o indivíduo tem para agir livre da atuação do Estado, podendo autodeterminar-se sem ingerência estatal. São os chamados direito de defesa, direitos em face do Estado, a ações negativas, onde os fins estritamente individuais encontram a sua satisfação por meio da livre ação individual.

E o status *positivo* consiste na possibilidade do indivíduo exigir atuações positivas do Estado em seu favor, prestações materiais, com o propósito de alcançar postulados assegurados na Constituição Federal, ou seja, para que o indivíduo possa exercer plenamente a sua potencialidade.

No que diz respeito à teoria das gerações dos direitos fundamentais, ela decorre do desenvolvimento histórico destes direitos, sobretudo inspirada no lema revolucionário francês (liberdade, igualdade e fraternidade). Paulo Bonavides faz referência expressa ao termo *gerações* dos direitos fundamentais para explicar a inserção histórica deles nas constituições dos países, sendo este entendimento acompanhado por vários outros constitucionalistas. Ele,

pois, assim se expressa: "Os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e quantitativo..." (BONAVIDES, 2011, p. 563).

Contudo, parte da doutrina tem-se insurgido à nomenclatura utilizada pelo autor, sob o argumento de que o termo "gerações" traça uma falsa ideia de que, conforme fosse se realizando a evolução, uma geração iria ser substituída por outra geração, o que de fato não ocorre, sendo trazido à discussão a expressão *dimensão* como melhor definição doutrinária.

3. O DIREITO ECONÔMICO E SOCIAL E O PAPEL DO ESTADO: A PERSPECTIVA DA DEMOCRACIA, DA CIDADANIA E DO TRABALHO DIANTE DO ARGUMENTO DA CRISE

Em países subdesenvolvidos ou emergentes a influência do neoliberalismo e da globalização, provocou uma pressão externa, política e econômica no que concerne aos investimentos em direitos fundamentais sociais, enfraquecendo o próprio Estado e comprometendo a soberania do país. Eis que obrigam o governo à prática de ações de desregulamentação destes poucos direitos conquistados, ameaçando a efetividade dos direitos fundamentais, sobretudo,o futuro dos direitos denominados de segunda dimensão.

O grau de justiciabilidade e positividade tende a diminuir nestes ordenamentos influenciados pelo capitalismo, tornando elevada a desigualdade. Daí a importância da efetividade constitucional, do papel hermenêutico dos direitos fundamentais e da resistência a opressão.

De acordo com Ferreira Filho, de 1934 a 1988, em nosso Direito Constitucional, o reconhecimento dos direitos econômicos e sociais vinha sendo feito sob a forma de princípios, catalogados em capítulo sobre a ‘Ordem Econômica e Social'". Além do direito ao trabalho, descrito no artigo 6.º, o artigo 7.º da Constituição de 1988 ampliou os direitos de proteção ao trabalhador, pois, conforme o citado autor:

> A classe trabalhadora é de todas a classe mais necessitada de proteção do Estado. Sua inferioridade econômica enseja um campo fértil para explorações políticas. Abre-se, com isso, o campo para a luta de classes. Por outro lado, essa inferioridade econômica repercute no plano social e conseqüentemente no plano político. Com efeito, a pobreza dificulta o acesso à instrução e, sem instrução, torna-se extremamente duvidoso que uma classe possa bem utilizar-se dos mecanismos políticos como o voto. Assim, a consagração no texto constitucional dos direitos do trabalhador tem uma importância muito grande, que pode ser até certo ponto comparável à do reconhecimento dos direitos e das garantias de todos os indivíduos. (1997, p.89):

A ordem constitucional de 1988 definiu as tarefas do Estado, inclusive em políticas econômicas e sociais, não estando ao alvitre do legislador ordinário ignorar tais disposições, regulamentando leis a seu talante, sem que sejam observados os direitos fundamentais sociais, ou seja, a política está vinculada ao princípio democrático de direito, pois, afirma Bobbio: "(...) sem direitos do homem reconhecidos e protegidos não há democracia." (1992, p.1). E no intuito de proteger tais direitos fundamentais, a Carta de 1988 consagra entre as cláusulas pétreas, a inviolabilidade dos chamados direitos e garantias individuais.

No dizer de José Afonso da Silva, os direitos sociais constituem uma forma de tutela pessoal, enquanto o direitos econômico tem uma perspectiva dimensional. Assim, pois, se expressa este Constitucionalista:

> O direito econômico é o direito da realização de determinada política econômica, ou segundo Geraldo Vidigal "é a disciplina jurídica de atividades desenvolvidas nos mercados, visando a organizá-los sob a inspiração dominante do interesse social". Os direitos sociais disciplinam situações subjetivas pessoais ou grupais de caráter concreto. Em certo sentido, pode-se admitir que os direitos econômicos constituirão pressupostos de existência dos direitos sociais, pois sem uma política econômica orientada para a intervenção e participação estatal na economia, não se comporão as premissas necessárias ao surgimento de um regime democrático de conteúdo tutelar dos fracos e mais numerosos. (2013, p.288).

Os direitos sociais na Constituição de 1988 foram previstos com o objetivo de assegurar condições materiais propícias ao auferimento da igualdade, garantindo direitos que combatessem a desigualdade no país, como resposta aos anseios sociais democráticos e com o efetivo exercício da liberdade.

Observa-se que os direitos fundamentais sociais são o oxigênio das constituições democráticas, e que o direito da igualdade é um parâmetro do Estado social, é o guardião de que a efetividade destes direitos sejam respeitados, deixando de ser a igualdade jurídica do Estado liberal, passando a ser a igualdade material do Estado social, uma igualdade através da lei.

Destarte, foi o objetivo do constituinte de 1988 a efetivação dos direitos sociais, ou seja, não há outro caminho senão o de reconhecer a necessidade e dependência do cidadão em relação às prestações positivas pelo Estado, exigindo, portanto, que este último cumpra a tarefa igualitária e distributiva prevista na Constituição democrática brasileira, sem a qual inexistira democracia nem, outrossim, a liberdade.

No que concerne a relação entre igualdade e liberdade, o jurista americano Dworkin, afirma que, em casos extremos, em que esses direitos precisam ceder espaço um ao outro para manter-se em harmonia, a igualdade deve ter primazia sobre a liberdade:

"Nenhuma teoria que respeite os pressupostos fundamentais que definem essa cultura poderia subordinar a igualdade à liberdade, concebidas como ideais normativos, em hipótese alguma. Qualquer disputa genuína entre a liberdade e a igualdade é uma disputa que a liberdade deve perder." (2011, p.168).

Essa primazia sobre o direito de liberdade decorre do "princípio igualitário abstrato", segundo o qual – afirma o autor – a igualdade de consideração e respeito a todos deve ser preservada. Para Dworkin, o princípio igualitário abstrato: "(...) o governo deve agir para tornar melhor a vida daqueles a quem governa, e deve demonstrar igual consideração pela vida de todos." (2011, p.169).

Para o autor existe uma diferença entre dar um tratamento igualitário às pessoas, com relação a uma ou outra oportunidade, ou em face de um ou outro bem, e tratá-las de fato como iguais. O autor traz teorias no que diz respeito as questões básicas de igualdade, ou seja:

> (...) Quem argumenta que as pessoas deveriam ser mais iguais quanto à renda afirma que a comunidade que alcança essa igualdade é a que realmente trata as pessoas como iguais. Quem afirma que as pessoas deveriam ser, pelo contrário, igualmente felizes oferece uma teoria diferente e adversária com relação a qual sociedade merece tal título. (2011, p. 4).

O autor trata de duas teorias gerais da igualdade distributiva, denominado-a de igualdade de bem-estar e igualdade de recursos, onde na primeira igualdade leva em conta as diferenças entre os indivíduos, e na segunda requer a divisão igual da riqueza, nestes termos:

> A primeira que (chamarei de igualdade de bem-estar) afirma que o esquema distributivo trata as pessoas como iguais quando distribui ou transfere recursos entre elas, até que nenhuma transferência adicional possa deixá-la mais iguais em bem-estar. A segunda (igualdade de recursos) afirma que as trata como iguais quando distribui ou transfere de modo que nenhuma transferência adicional possa deixar mais iguais suas parcelas do total de recurso. (2011, p. 4-5).

Para o autor, a igualdade de recursos é a mais atraente, pois a consideração igualitária só pode ser alcançada mediante a redução da desigualdade na distribuição da riqueza. Dworkin sustenta que a sua teoria de "igualdade de recursos" confere às pessoas um status inicial de igualdade, dando-lhes liberdade para realizar suas escolhas, ao passo em que se tornam responsáveis pelas respectivas consequências decorrentes de suas escolhas, de modo que seus destinos estejam, portanto, em suas próprias mãos.

A partir do modelo da justiça distributiva, há uma preservação da liberdade de realizar escolhas, ou seja, que no momento da distribuição dos recursos as escolhas das pessoas sejam feitas com base em todas as informações disponíveis, ou seja, uma escolha consentida e racional.

E nesse entendimento a decisão apertada da nossa Corte Constitucional oprime direitos sociais conquistados com muita luta, pois, na hermenêutica utilizada pela maioria dos ministros, sequer, o papel do Estado fora respeitado, pois qual a razão de sua existência e permanência, senão à proteção do cidadão, do direito a um trabalho com dignidade, o nascimento do Estado deve-se a necessidade de proteção dos direitos do homem em um determinado momento da história e observado este fundamento, ele ganha legitimidade e reconhecimento por nós que imaginamos ter participado de seu nascimento. E Cotzze define bem a premissa de "nós" na origem do Estado, senão vejamos:

> Todo relato sobre as origens do Estado parte da premissa de que "nós" - não nós leitores, mas algum nós genérico, tão amplo a ponto de não excluir ninguém - participamos do seu nascimento. Mas o fato é que o único "nós" que nós conhecemos - nós mesmos e as pessoas próximas a nós - nascem dentro do Estado até onde possamos situar. O Estado existe sempre antes de nós. (Até onde no passado conseguimos situar? No pensamento africano, o consenso é que depois de sete gerações não conseguimos mais distinguir entre história e mito). (2008, p. 7)

E a ideia da formação do Estado presume a criação de uma organização estruturada e irreversível com a finalidade precípua de proteção a pessoa humana, assegurando a liberdade, os direitos, conservando a vida, a justiça, evitando a extorsão, a violência, a escravidão, a barbárie e a exploração. No entanto, não há opção de mudar de idéia após a criação do Estado, o monopólio de sua força muitas vezes não representa mais a pessoa em si, mas justifica a própria existência do Estado. E continua o autor:

> Dificilmente estará em nosso poder mudar a forma do Estado e é impossível aboli-lo porque, diante dele, nós somos, precisamente, impotentes. No mito da fundação do Estado, conforme estabelecido por Thomas Hobbes, nossa descida à impotência foi voluntária: a fim de escapar da violência da guerra mutuamente mortal e sem fim (represália sobre represália, vingança sobre vingança, a vendetta) nós individualmente e separadamente cedemos ao Estado o direito de usar força física (direito é força e força é direito), consequentemente, entrando no reino, na (proteção) da lei. Aqueles que escolheram e escolhem ficar fora do bloco são foras-da-lei. A lei protege o cidadão respeitador das leis.Chega a proteger, até certo ponto, o cidadão que, sem negar a força da lei, mesmo assim usa a força contra o concidadão: a punição prescrita para o criminoso deve ser condigna do crime. Nem mesmo o soldado inimigo, na medida em que é representante de um Estado rival, deve ser morto se capturado. Mas não existe lei para proteger o fora-da-lei, o homem que pega em armas contra seu próprio Estado, isto é o Estado que o considera como seu. (COETZEE, 2008, pg.8)

A dimensão do poder do Estado, a sua força, o seu império normativo tem sido utilizado para a manutenção da sua própria existência, perdendo o real significado da sua criação, pois a sua instituição pressupõe a preservação da dignidade humana, por fim a desordem, ser pacificador, promover a justiça social, implantar a ordem na sociedade, mas ao

contrário, tem se tornado parasita dela, a extorquindo com o falso argumento de proteção, como um novo parasita extrai e explora a coletividade em favor do elevado custo de sua estrutura governamental, mantida não mais para o homem em si, mas para a manutenção de seu monopólio e de sua pertença, o Estado, pertence ao Estado. E segue o autor:

> Fora do Estado (da comunidade, do *statum civitatis),* diz Hobbes, o indivíduo pode sentir que goza de perfeita liberdade, mas essa liberdade não lhe faz nenhum bem. Dentro do Estado, por outro lado, "é conservada por todo súdito tanta liberdade quanto lhe seja suficiente para viver bem e de maneira tranquila e é tirado dos outros aquilo que é preciso para perdermos o medo deles... Fora (do governo civil) assistiremos ao domínio das paixões, da guerra, do medo, da miséria, da imundície, da solidão, da barbárie, da ignorância e da crueldade; nele, ao domínio da razão, da paz, da segurança,das riquezas, da decência da sociedade, da elegância, das ciências e da benevolência. (...) Nascemos sujeitos. Desde o momento do nosso nascimento somos sujeitos. Uma marca dessa sujeição é certidão de nascimento. Ou você recebe (eleva consigo) uma certidão do Estado, adquirindo assim uma *identidade* que no curso da vida permite que o Estado o identifique e o localize (vá em seu encalço) ou você segue em frente sem uma identidade e se condena a viver fora do Estado como um animal (animais não têm documentos de identificação). (... Se o cidadão vive ou morre não é preocupação do Estado. O que importa para o Estado e seus registros é se o cidadão está vivo ou morto. (COETZEE, 2008, pg.9-10)

Sob o argumento da crise assistimos pacificamente a supressão de direitos fundamentais sociais, seja pelo próprio Estado diretamente, por meio de leis e atos normativos, seja indiretamente como no caso dos contratos terceirizados, em que pese o fato da inadimplência por empresa terceirizada pelo próprio Estado gerar prejuízos ao cidadão, com a falta de assinatura de sua CTPS, com a inobservância do pagamento do salário mínimo, com o não cumprimento no pagamento das verbas resilitórias, e tal atuação lesiva ao trabalhador, gerada pela má contratação da administração pública não lhes assegura a segurança jurídica em caso de inadimplência da contratada terceirizada, pelo contrário, o Estado, fiel garantido da proteção social, lava as suas mãos não se responsabilizando na reparação dos malogrados danos provocados à dignidade daquele trabalhador. E aduz o autor:

> Assim se inaugura o dualismo na cultura política moderna, que subverte ao mesmo tempo o padrão absoluto e o padrão relativo de valores.O Estado moderno apela para a moralidade, para a religião e para a lei natural como fundamentos ideológicos à sua existência. Ao mesmo tempo, está preparado para infringir qualquer uma ou todas essas coisas no interesse da autopreservação.(2008, p.25)

Se você questionar a democracia numa época em que todos se titulam democratas de corpo e alma você corre o risco de tornar-se fora da realidade, pois a democracia nas suas vestes atuais tem perdido a sua auto suficiência, e em nome da crise há uma efetiva ameaça a ordem democrática, observemos que a mesma não é mais capaz de proteger o cidadão em face do próprio Estado. E questiona Bauman:

> **“**(...) a presente crise, que afeta todos os aspectos da nossa condição, atinge profundamente “tudo o que criamos para desenvolver e aperfeiçoar o mecanismo da democracia, tendo em vista nos proteger nas nossas vidas em conjunto.” E cita Thomas Paine em um documento *Senso Comum de 1776*: “quando sofremos, ou somos expostos *por um governo* às mesmas misérias que poderíamos esperar de um país *sem governo,* nossa calamidade é ampliada pela reflexão de que nós mesmos suprimos os meios pelos quais sofremos”. E ainda por Thomas Hobbes ter proclamado em seu *Leviatã e afirma:* “outro documento fundador da modernidade – que a garantia e o provimento de segurança são a razão primordial, a tarefa suprema e a obrigação inegável do Estado, portanto, sua *raison d’etre.” (...)* O propósito de ter governo é estar seguro. (...) Contudo, como esses dois valores não são na prática plenamente conciliáveis (para qualquer aumento da segurança é preciso pagar uma parte de liberdade, e vice-versa).” Conforme nos previu Paine, hoje nós estamos *“expostos por um governo* às mesmas misérias que esperaríamos de um país *sem governo”.* (1997, p.14)

Desse modo, nota-se que o papel do Estado é de servir o indivíduo, é de servir a coletividade, afinal fora criado para lhe dar segurança, para resguardar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, no entanto, vemos de forma hodierna a prática de ações positivas tendentes a supostamente combater crise, comprometendo, contudo, a democracia, esvaziando o estado social e extinguindo direitos sociais, os quais foram conquistados a duras penas.

Segundo os autores, a crise invade a democracia de uma forma tão agressiva, e ameaçando no dizer do autor, "tudo o que criamos para desenvolver e aperfeiçoar o mecanismo de democracia" e segue:

> Como um exército invasor num reino adormecido, a crise marcha com facilidade desconcertante por sobre a totalidade do sistema material, institucional e intelectual das estruturas democráticas que o Ocidente erigiu depois da guerra: governos, parlamentos, órgãos intermediários, sujeitos sociais, antagonismos, o Estado de bem-estar social, partidos e movimentos nacionais, internacionais e continentais – vale dizer, tudo o que criamos para desenvolver e aperfeiçoar o mecanismo de democracia, tendo em vista nos proteger nas nossas vidas em conjunto. (...) Nós agora sabemos que esse mecanismo não é capaz de nos proteger. (...) A democracia não é auto suficiente . (Mauro, 1997, p.11)

O Estado tem o dever de respeito e proteção aos direitos fundamentais, contudo, na concepção de um Estado mínimo, a crise exerce uma dimensão exagerada, aproveitando-se para mitigar os direitos sociais com o falacioso argumento da crise, e segue o mesmo autor:

> (...) *autonomia da crise.* A crise é indiferente ao processo democrático, ela atua sob sua linha de sombra projetada, por assim dizer, tirando vantagem das fraquezas desse processo e exagerando-as. (...) trata-se de uma força que afirma sua autonomia sem qualquer teoria perceptível de si mesma e de sua ação, sem projeto, mas com uma força de ação cujas conseqüências são dolorosamente visíveis;(Mauro,1997, p.13)

E aduz Ezio Mauro em um diálogo a respeito da legitimidade do poder político:

> Ezio Mauro: (...) pelo livre desempenho da política, nós havíamos construído um meio comum de legitimar o poder político jurídico e os papeis que dele derivam (...) se esse mecanismo cessa, o Estado cede à crise, as finanças se transformam em variável independente, o trabalho vira mercadoria instável, em vez de meio para estabelecer relação com os outros, a globalização distorce proporcionalmente a arena da crise e, enfim, o papel do cidadão e dos laços de dependência recíproca que ligam os indivíduos ao poder público acaba desmoronando também." Ele esclarece citando então Jacques Julliard: "quando o sistema de representação se torna "mau condutor da vontade geral" num nível mais profundo, a "rejeição da política revela a aspiração cega de autonomia do indivíduo, uma espécie de alergia à própria noção de governo". (...) "a alergia ao governo que o cidadão decepcionado está sofrendo confunde e questiona os conceitos fundamentais da filosofia política moderna; ela se espalha dos governos e partidos para o Estado e suas Instituições, até chegar ao seu estágio final, ao qual nós já chegamos: uma alergia a própria democracia. (...)Eis o novo par da pós-democracia – o Estado e o cidadão -, forçado a conviver sem nenhuma razão para isso, pois toda a paixão de um pelo outro se extinguiu." (1997, p.18)

E aí se encontra o risco trazido pelos autores: "a alergia à própria democracia", pois para que serve o Estado e todo o seu aparato senão para proteger e dar segurança ao seu povo? Bauman sustenta que para salvar a democracia contra o abandono, a vulnerabilidade e as demais doenças sociais correlatas à condição da nossa forma de analisar respeito da democracia e sugere: (...)" *da nossa capacidade e da nossa resolução de olhar, pensar e agir acima das fronteiras dos Estados Territoriais."(1997, p.25).* E continua Ezio Mauro:

> Nós *vivemos num período de interregno, portanto, e isso pode ajudar a explicar a crise de governança, de autoridade, de representação. Estamos suspensos entre o "não existe mais" e o "não existe ainda", e por isso somos necessariamente instáveis – nada à nossa volta é fixo, nem sequer a direção da nossa viagem.* E segue o autor: "*Não confiamos nas instituições que criamos para nós mesmos, em última análise, duvidamos da própria democracia, que parecia a única religião que nos restava – alguns pensavam que ela estava destinada a ser universal – depois da queda dos falsos deuses que criamos no século XX.(...) quando a política não é capaz de ter peso em nossa vida cotidiana, quando não responde às nossas preocupações sobre o futuro dos nossos filhos, para que precisamos dela, qual o valor do seu uso?*(1997,p.25)

Em face da malsinada decisão da mais alta Corte Constitucional por meio do Recurso Extraordinário 760931, que priorizou a preservação financeira e orçamentária do Estado, suprimindo direitos fundamentais sociais, esvaziando o Estado Social implantado pela Constituição de 1988, vemos uma grave ameaça ao estado democrático e social de direito, pois, trata-se de direitos básicos do trabalhador terceirizado que permanecerão à margem da proteção estatal, e pasmem, o Estado gera o dano, e o Estado para conservar o governo age contra a humanidade e na contramão dos princípios morais que regem a ordem democrática.

É imprescindível a harmonia e o equilíbrio entre a conduta da administração pública e o bem estar social de seu administrado, tendo como fundamento basilar o princípio

da dignidade humana e o valor social do trabalho, deste modo, necessário se apresenta, portanto, que o governo submeta todas as suas ações ao escrutínio moral, de modo que nem a necessidade financeira da administração, nem a malograda crise, seja capaz de justificar o sacrifício de direitos fundamentais sociais, especialmente os associados a dignidade do trabalhador.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, nota-se que o Brasil é um país onde o direito fundamental social ao trabalho não vem sendo respeitado, sequer pelo próprio Estado, já que a administração pública que deveria ter uma conduta isenta de qualquer maledicência à dignidade do trabalhador, torna-se indiferente quando da contratação com empresas terceirizadas, entregando estes trabalhadores a própria sorte, pois ao talante destas empresas são explorados e não percebem direitos básicos contidos na carta da República de 1988.

E em meio a inobservância do Estado Social implantado pela Carta Cidadã, assistimos a Corte Suprema através do Recurso Extraordinário 760931, chancelar, ainda que bastante dividida, a ausência de responsabilidade subsidiária e solidária, por inadimplemento nos contratos de trabalho celebrados por empresas terceirizadas com a administração pública, gerando aos trabalhadores em tela, uma exploração de sua mão de obra pelo próprio Estado, a quem incumbiria a sua proteção e guarda de seus direitos constitucionais.

O que presenciamos lamentavelmente é a implantação silenciosa e nociva de um Estado mínimo, que se torna indiferente à violação dos direitos fundamentais sociais, pois, contrata uma empresa terceirizada, ainda que em estrita observância à Lei 8.666/93, mas não se responsabiliza por aqueles trabalhadores lesados por ela, mesmo se utilizando de sua mão de obra, e em caso de inadimplência de suas verbas resilitórias, segue como se não os visse perecer em seus direitos, inerte a administração pública assiste a exploração dos mesmos e se beneficia com o suor de seu labor.

O judiciário tem o papel de garantir a concretização do direito fundamental social a um trabalho digno, de assegurar o fiel cumprimento dos princípios estabelecidos na Constituição, especialmente, no tocante a observância do valor social do trabalho, à moralidade na administração pública, e, sobretudo, o respeito à dignidade humana, estabelecendo limites ao executivo e determinando a sua responsabilidade nos casos em que a sua atuação gerar ao trabalhador efetivo prejuízo a direito fundamental do trabalho.

Prejudicados em seus direitos os trabalhadores terceirizados estão à margem do Estado, entregues a própria sorte, dependentes da boa vontade e ao alvitre de seus empregadores, que pasmem, são contratados, remunerados e fiscalizados pela administração pública, e que, nas situações de inadimplência, que não são poucas, o Estado mesmo beneficiário desta mão de obra, não pode ser responsabilizado pela má contratação, já que fora imunizado pelo Corte Suprema em face do prejuízo financeiro, pelo caos orçamentário que tal decisão de responsabilidade supostamente poderia gerar.

Novamente nos deparamos com um Estado constitucional agindo na condição de um Estado mínimo, que prioriza o seu orçamento em detrimento da pessoa humana, que prestigia as contas públicas, ainda que à marginalização do trabalhador, ignorando os princípios que norteiam a ordem democrática, instituída por meio da Carta da República de 1988, percebendo, portanto, na situação em comento todo o assentimento do Supremo Tribunal Federal, mesmo tendo este o papel de guardião da Constituição.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1989.

BAUMAN, Zygmunt. MAURO, Ezio. **Babel**: Entre a incerteza e a esperança. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Teoria Geral do Estado,** 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

COETZEE, J. M. Diário de Um Ano Ruim. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. Tradução de Jussara Simões. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 12.ª edição, 2010.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos***:* um diálogo com o pensamento de Hannan Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Direito Constitucional**. 30. ed.: São Paulo. Atlas, 2014.

MULLAINATHAN, Sendhul; SHAFIR, Eldar. **Escassez**. Tradução de Bruno Casotti. Rio de Janeiro:Best Business, 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeus, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociaise econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, J.J. Gomes et al. (Coords.). **Direitos Fundamentais Sociais.** São Paulo:Saraiva, 2010.
RAMPAZZO, Lino. **Metodologia Científica**: para alunos dos cursos de graduação e pós-graduação. 8. ed. São Paulo: Loyola, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. A assim designada proibição de retrocesso social e a construção de um direito constitucional comum latinoamericano. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 167-204, jul./set. 2009.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011a.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011b.

SILVA, José Afonso da. **Direitos fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2013.

TAVARES, Ramos, André; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Orgs.). **Estado Constitucional e Organização do Poder**. São Paulo: Saraiva, 2010.

(*http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI253036,21048-Para+Rosa+Weber+administracao+publica+pode+ser+responsabilizada+por)* *dia 03.05.2017*