

LICITAÇÕES E SUSTENTABILIDADE

Sob a Ótica da Terceirização de Serviços Públicos

RAQUEL HOCHMANN DE FREITAS*

SUMÁRIO: Introdução; O novo paradigma do Direito Administrativo; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

Em 24.11.2010, por votação majoritária, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 71 da Lei nº 8.666/93, conhecida como Lei de Licitações, a partir do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC nº 16/DF, iniciado em 10.09.2008. [...]

Referido artigo assim dispõe:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

A relevância do julgamento em questão vincula-se sobremaneira a duas questões fundamentais em termos de Administração Pública, quais sejam, o contrato administrativo e sua natureza, bem como a responsabilidade do Poder Público diante das relações que estabelece para cumprir sua função primordial que pode ser descrita, em última análise, como a realização do bem comum.¹

* Juíza do Trabalho Substituta. Especialista em Direitos Fundamentais e Constitucionalização do Direito. Mestranda em Direito pela PUCRS.

¹ Segundo Lena Barcessat, "o bem comum é um reflexo da filosofia do homem, variando de acordo com o contexto no qual se encontre. Ao se referir ao bem comum, Georges Burdeau observa que em cada Estado há uma concepção do mundo que predomina – durante algum tempo – sobre as demais concepções". BARCESSAT, Lena. Papel do Estado Brasileiro na Ordem Econômica e na Defesa do Meio Ambiente: necessidade de opção por contratações públicas sustentáveis. In: BARKI, Teresa Villac Pineiro; SANTOS, Murillo Giordan (Coord). *Licitações e Contratações Públicas Sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 69.

Os contratos administrativos constituem, se não o principal, um dos mais importantes meios utilizados pela Administração Pública para a realização de sua atividade, ou seja, o modo pelo qual o Estado busca a efetivação de sua atribuição.

O Direito Administrativo tem em sua origem o discurso voltado para o interesse do Estado, enquanto guardião do interesse coletivo, motivo pelo qual, em seus primórdios, sequer haveria cogitar de eventual oposição de direito fundamental individual ante condutas com potencial violador de tais direitos.

Nesse sentido, aliás, cite-se a clássica definição de Hely Lopes Meirelles sobre o Direito Administrativo como sendo o "conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado".²

Do mesmo autor, ainda, a definição de contrato administrativo como sendo "o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração".³

O NOVO PARADIGMA DO DIREITO ADMINISTRATIVO

As pré-compreensões, em termos de Direito Administrativo, mantiveram-se voltadas à concepção de que o interesse público sempre prevalece sobre o interesse privado, numa acepção bastante autoritária do Direito Administrativo, concepção esta que vem sendo, gradualmente, modificada, inclusive pela própria forma como a Constituição pátria contempla o rol de direitos fundamentais e princípios norteadores da função administrativa, a exemplo de seu art. 37.

No dizer de Rafael Maffini:

[...] o Direito Administrativo moderno mostra-se cada vez mais relacionado com uma noção de Administração Pública consensual, na qual tal espécie de função estatal busca no administrado, no cidadão, enfim em todo o conjunto de pessoas que possam ser afetadas pelo Estado, interlocutores que, junto com a Administração Pública, irão construir, de modo consertado, os institutos necessários à consecução dos objetivos do Estado. Embora a noção jurídica de *contrato administrativo* não possa exaurir a consensualidade administrativa, incontestavelmente representa uma espécie de instituto gênese de tal fenômeno.⁴

² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 35.

³ *Ibidem*, p. 188-9.

⁴ MAFFINI, Rafael. *Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 150.

Nesse sentido, torna-se relevante identificar o papel dos direitos fundamentais diante das funções estatais vinculadas à administração da coisa pública. Sob tal ótica, podemos dizer que os direitos fundamentais⁵ são o conjunto de direitos do ser humano institucionalmente reconhecidos e positivados no âmbito do direito constitucional positivo de um Estado.⁶

Ingo Wolfgang Sarlet, fazendo referência à abertura material⁷ dos direitos fundamentais, expressamente consagrada em nosso direito constitucional positivo, insculpida no art. 5º, § 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁸, aduz que são direitos fundamentais as circunstâncias jurídicas atinentes à pessoa, as quais foram incorporadas ao texto constitucional em razão de seu teor e relevância (*fundamentalidade em sentido material*), e, conseqüentemente, extraídas do âmbito de disponibilidade dos poderes constituídos (*fundamentalidade formal*), assim como as circunstâncias jurídicas que por sua substância e acepção possam lhes ser igualadas, reunindo-se à Constituição (sendo concebida, aqui, a *abertura material do catálogo*).⁹

O conjunto dos Direitos Humanos Fundamentais tem por objetivo assegurar ao ser humano o respeito ao seu direito à vida, à liberdade, à igualdade, à dignidade e ao pleno desenvolvimento da sua personalidade. Referidos direitos garantem a não intervenção do Estado na esfera individual, consagrando o princípio da dignidade humana. Por essa razão, sua proteção deve ser reconhecida positivamente pelos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais. As regras que asseguram esses direitos devem ser respeitadas. O Estado está no polo passivo dos direitos fundamentais, mas, da mesma forma, cumpre a todo cidadão respeitá-los, pois referidos direitos são indispensáveis para uma vida digna.¹⁰

O exercício dos direitos fundamentais somente se torna possível a partir da existência de limites e restrições. Ensina Luiz Fernando Calil de Freitas que os limites aos direitos fundamentais encontram-se na própria

⁵ Segundo Alexy, os direitos fundamentais são aqueles oriundos dos *enunciados normativos* de direito fundamental inseridos no texto constitucional vigente. In: *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2007, p. 45.

⁶ De acordo com a doutrina clássica, os direitos fundamentais são o resultado de inúmeros eventos e ideologias influenciados pelas idéias de liberdade e de dignidade humana. In: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 562.

⁷ No que tange à caracterização dos direitos fundamentais em sentido formal e material, alude Robert Alexy que “La importancia de las normas de derecho fundamental para el sistema jurídico resulta de dos cosas: de su fundamentalidad formal e de su fundamentalidad material”. *Op. cit.*, p. 461.

⁸ As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata – artigo 5º, §1º da Constituição da República Federativa do Brasil.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 86-7.

¹⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 3.

norma constitucional, enquanto que as restrições dizem respeito à norma infraconstitucional em relação à Constituição Federal¹¹. Aliás, sob este aspecto, toda legislação ordinária é uma forma de desenvolvimento e aperfeiçoamento do exercício dos direitos fundamentais.¹²

Questão igualmente relevante diz respeito à ascensão da dignidade da pessoa humana¹³ à categoria de princípio/valor, na qualidade de fonte de todos os demais, o qual, em decorrência de sua característica fundante, não admitiria relativização, tratando-se, portanto, de princípio absoluto¹⁴. É evidente, contudo, que não se pode pôr em risco a importância de tal princípio, motivo pelo qual discute-se acerca da possibilidade de figurar a dignidade humana como princípio absoluto, situação esta que difere, em muito, das mais variadas interpretações que podem vir a ser dadas ao instituto no intuito de justificar o não respeito ao seu alcance, de modo a atingir, em última análise, a existência, a validade e a eficácia da própria essência do Estado de Direito.¹⁵

¹¹ Menciona, ainda, referido autor, que ao se estabelecer um direito fundamental no texto constitucional, deve-se levar em consideração os denominados *limites imanes*, inseridos na denominada Teoria Interna, os quais constituem um conjunto de limites sempre presentes nos direitos fundamentais, embora não expressos no Direito Positivo, ou, em outras palavras, todo o direito nasce com uma limitação a ele vinculada pela própria Carta Magna. Por outro lado, quando o legislador ordinário explicita o que está subentendido na norma, então estaremos diante de uma restrição. Exemplo de limite imane seria o da liberdade religiosa, art. 5º, VIII, da CF/88. FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos Fundamentais. Limites e Restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.144-5.

¹² Nesse sentido, cite-se a recente alteração havida no art. 3º da Lei nº 8.666/93, com redação dada pela Lei nº 12.349/2010: "A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos".

¹³ Vide SEGADO, Francisco Fernández. *Constitución y Valores: la dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico*. In *Temas polémicos do constitucionalismo contemporâneo*. SCHÄFER, Jairo (org.). Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 86.

¹⁴ No mesmo sentido, Jorge Miranda, Werner Goldschmidt, Ingo Múch, Lautaro Ríos Álvarez entre outros.

¹⁵ José Joaquim Gomes Canotilho preleciona que "O princípio básico do Estado de direito é o da eliminação do arbítrio no exercício dos poderes públicos com a conseqüente garantia de direitos dos indivíduos perante esses poderes. (...)". Prossegue o renomado autor aduzindo que: "Estado de direito é um Estado ou uma forma de organização político-estadual cuja actividade é determinada e limitada pelo direito. «Estado de não direito» será, pelo contrário, aquele em que o poder político se proclama desvinculado de limites jurídicos e não reconhece aos indivíduos uma esfera de liberdade ante o poder protegida pelo direito." Para Canotilho, portanto, três idéias fundamentais bastam para caracterizar um Estado de não direito, quais sejam: "(1) é um Estado que decreta leis arbitrárias, cruéis ou desumanas; (2) é um Estado em que o direito se identifica com a «razão do Estado» imposta e iluminada por «chefes»; (3) é um Estado pautado por radical injustiça e desigualdade na aplicação do direito." E com relação ao que denomina de *Estado de não direito* conclui referido doutrinador que: "é aquele em que existem leis arbitrárias, cruéis e desumanas que fazem da força ou do exercício abusivo do poder o direito, deixando sem qualquer defesa jurídica eficaz o indivíduo, os cidadãos, os povos e as minorias. Lei arbitrária, cruel e desumana é, por exemplo, aquela que permite experiências científicas

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Feitas tais considerações, importante citar, ainda, a definição dada por Marçal Justin Filho, para o qual,

o contrato administrativo propriamente dito é um acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente e em que uma das partes, atuando no exercício da função administrativa, é investida de competências para inovar unilateralmente as condições contratuais e em que se assegura a intangibilidade da equação econômico-financeira original (...).¹⁶

Releva, assim, perquirir sobre os efeitos da decisão proferida em sede da Ação Declaratória de Constitucionalidade, que num primeiro momento geram a falsa impressão de irresponsabilidade estatal e a verdadeira proposição de sustentabilidade que deve partir da iniciativa estatal ao realizar sua elementar atribuição de contratar, partindo da licitação como forma de garantir o bem-estar em sua acepção ampla, envolvendo o atendimento de necessidades materiais e imateriais¹⁷. A cautela exigida do poder público ao contratar vincula-se diretamente ao quanto disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988 que estabelece a responsabilidade objetiva do Estado pelos atos de seus agentes, aqui incluídos os vencedores das licitações¹⁸, pois tem por finalidade moralizar a contratação pública, primando pela igualdade de competidores, impessoalidade e economicidade.

impostas exclusivamente a indivíduos de outras raças, de outras nacionalidades, de outras línguas e de outras religiões. Estado de não direito (...) é aquele que identifica o direito com a «razão do Estado», com o «bem do povo», com a «utilidade política», autoritária ou totalitariamente impostos. O «direito» é tudo – mas não mais do que isso – o que os «chefes», o «partido», a «falange», decretarem como politicamente correcto.” In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito. Cadernos Democráticos - Coleção Fundação Mário Soares*. Lisboa: Edição Gradiva, 1999, p. 09-12.

Segundo Hans Kelsen “Se se reconhece o Estado como ordenamento jurídico, todo estado é um estado de direito, e este termo torna-se pleonástico”. Hans Kelsen *apud* FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 823.

¹⁶ FILHO, Marçal Justin. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 296.

¹⁷ Segundo o renomado jurista Juarez Freitas, sustentabilidade conceitua-se como “o princípio constitucional que determina, independentemente de regulamentação legal, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar físico, psíquico e espiritual, em consonância homeostática com o bem de todos”. FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 51.

¹⁸ Maria Sylvia Zanella Di Pietro conceitua licitação como o “procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 254.

De referir que a jurisprudência majoritária¹⁹ tem entendido que a responsabilidade subsidiária decorre do fato de ter o contratante o dever de vigiar o bom e fiel cumprimento do contrato, cercando-se das medidas necessárias a evitar sua eventual responsabilização. Tal circunstância inclui a melhor escolha quanto à prestadora dos serviços que contrata e também o acompanhamento da execução do contrato, na forma do disposto no art. 186 do Código Civil pátrio. Comprovada a prestação de serviços pelos trabalhadores, e não tendo estes recebido corretamente seus direitos trabalhistas, tendo o ente público se beneficiado de seus serviços, ainda que inexistente subordinação direta, este é responsável por tais direitos.

Referido entendimento, note-se, funda-se não na declaração de inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 e sim no fato de que o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988 estabelece a responsabilidade objetiva do Estado pelos atos de seus agentes, o que afasta o óbice contido no § 1º do artigo 71, da mencionada lei. Ademais, o procedimento licitatório não elide a responsabilidade trabalhista em face da mão de obra utilizada na execução do contrato, pois tem por finalidade moralizar a contratação pública, primando pela igualdade de competidores, impessoalidade e economicidade.

Sérgio Cavalieri Filho ressalta que:

[...] a *ratio* do § 6º do art. 37 da Constituição Federal foi submeter os prestadores de serviços públicos ao mesmo regime da Administração Pública no que respeita à responsabilidade civil. Em outras palavras, a finalidade da norma constitucional foi estender aos prestadores de serviços públicos a mesma responsabilidade que tem a Administração Pública quando os presta diretamente. Quem tem o bônus deve suportar os ônus. Aquele que participa da Administração Pública, que presta serviços públicos, usufruindo os benefícios dessa atividade, deve suportar seus riscos, deve responder em igualdade de condição com o Estado, em nome de quem atua.²⁰

¹⁹ Nesse sentido, trecho do acórdão proferido no processo nº 0006800-88.2008.5.04.0305/RO, publicado em 03.03.2011, em que foi Relator o Exmo. Sr. Des. Ricardo Tavares Gehling, *verbis*: 'Não importa para o Direito do Trabalho se o tomador dos serviços contratou a empresa prestadora invocando apenas o Direito Civil ou o Direito Administrativo. É relevante, isto sim, que o tomador tenha se beneficiado com a força de trabalho, porquanto não há como deixar de assegurar os direitos trabalhistas ao empregado, sob pena de locupletamento ilícito do ente público. A Lei 8.666/93 invocada pelos recorrentes, não afasta tal entendimento, já consagrado na Súmula nº 11 deste Tribunal (...). Ressalto que o entendimento jurisprudencial firmado no item IV da Súmula 331 do TST está calcado na modalidade de culpa *in vigilando* e culpa *in eligendo*, institutos jurídicos embasados nos arts. 927 do Código Civil, bem ainda na função social do contrato prevista nos arts. 421 e 2.035, parágrafo único, do mesmo Código. Assim, não se trata, no caso, de declarar a inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93. Na realidade, está-se diante de antinomia entre normas de mesma hierarquia, dirimida mediante interpretação sistemática e teleológica do ordenamento jurídico". Íntegra do acórdão disponível em < <http://www.trt4.jus.br> >. Acesso em: 12 jun. 2011.

²⁰ Sustenta, igualmente, referido autor, que a responsabilidade do Estado se dá de forma subsidiária, e não solidária, apontando, para tanto, as seguintes razões: "1) o objetivo da norma

Releva notar que o Enunciado de Súmula 331, IV, do TST, em sua antiga redação²¹, não contrariava a dicção do art. 71 da lei das licitações, já que a culpa exclusiva das empresas contratadas pelo poder público não afasta sua responsabilidade em primar pela lisura do procedimento licitatório, cuja regularidade inclui, sim, a investigação, fiscalização e acompanhamento da empresa vencedora do processo de licitação, como forma de garantir uma contratação sustentável, mormente considerando os efeitos da decisão objeto de estudo no âmbito da realidade vivenciada especialmente pelo trabalhador que se vê diante da negação de seus mais elementares direitos quando do não-adimplemento de seus haveres trabalhistas (alimentares, portanto) e sem a possibilidade de ver o ente contratante responsabilizado, inclusive diante de sua não cautela ao licitar.

De qualquer sorte, a leitura isolada do art. 71 e seu § 1º, da lei de licitações, causa a equivocada idéia de isenção de responsabilidade do Poder Público, cabendo somente ao contratado responder pelos débitos contraídos durante a execução contratual.

Entretanto, a ordem infraconstitucional não pode ser considerada senão em sua interpretação conforme a Constituição Federal, de modo a permitir a maior eficácia possível aos dispositivos constitucionais. No dizer de Juarez Freitas,

impende reiterar a opção constitucional quanto à responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, reforçada pela legislação infraconstitucional (sobretudo pela Lei 8.987/1995), sem que a indeclinável fiscalização estatal da prestação

constitucional, como visto, foi estender aos prestadores de serviços públicos a responsabilidade objetiva idêntica a do Estado, atendendo reclamo da doutrina ainda sob o regime constitucional anterior. Quem tem o bônus deve suportar os ônus; 2) as pessoas jurídicas prestadoras de serviços públicos têm personalidade jurídica, patrimônio e capacidade próprios. São seres distintos do Estado, sujeitos de direitos e obrigações, pelo que agem por sua conta e risco, devendo responder por suas próprias obrigações; 3) nem mesmo de *responsabilidade solidária* é possível falar neste caso, porque a solidariedade só pode advir da lei ou do contrato, inexistindo norma legal atribuindo solidariedade ao Estado com os prestadores de serviços públicos". CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 245.

²¹ A antiga redação da Súmula 331, IV, do TST assim dispunha: "*O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (artigo 71 da Lei nº 8.666/93)*". Em sua nova redação, dada a partir da Resolução nº 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011 consta do novo inciso V que "*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 nº 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*".

do serviço público exclua ou diminua essa responsabilidade, tampouco se confundam as atividades delegadas com as propriamente privadas. Importa é, em face da titularidade do Poder Público no tocante a serviços designadamente essenciais ou universais, sustentar a responsabilidade subsidiária (não solidária) do Estado Administração.²²

A norma constitucional, portanto, ao adotar a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, dispensa a culpa em relação ao evento danoso, bastando, assim, a existência de um nexo causal entre o fato administrativo e o dano sofrido.²³

A máxima eficácia ao dispositivo infraconstitucional em debate não pode violar a intenção do legislador constituinte. De resto, a empresa contratada pelo poder público figura como agente público. O não cumprimento dos encargos, trabalhistas ou não, por parte de tal empresa, atrai a incidência direta do § 6º do art. 37 da Carta Magna (em consonância, ainda, com o disposto no art. 173, § 1º, II, da CF/88), estando presentes o fato administrativo (contratação de obra ou prestação de serviços), o dano (inadimplemento) e o nexo causal, não havendo, assim, espaço interpretativo capaz de afastar a responsabilidade estatal. Aliás, note-se, não há falar em exclusão da culpa *in eligendo* e *in vigilando* frente ao disposto nos próprios artigos 58, III e 67 da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I [...]

III – fiscalizar-lhes a execução.

[...]

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição. (sublinhou-se)

Assim, cabe à Administração comprovar que agiu observando as regras dos artigos acima transcritos, a fim de autorizar o reconhecimento da exclusão

²² FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 4. ed. Malheiros, São Paulo: 2009, p. 132-3.

²³ Segundo Carolina Zancaner Zockun, “a responsabilidade do Estado, contudo, não poder ser considerada, em todos os casos, como objetiva. E isto porque o comando constitucional exige uma atuação comissiva do Estado, quando prescreve que os entes públicos responderão pelos danos que seus agentes *causarem* a terceiros (...). Assim, a responsabilidade do Estado será *objetiva* caso (i) a sua conduta lícita (na produção de atos ou fatos jurídicos) faça dellagarar, no mundo fenomênico, uma situação causadora de lesão ao patrimônio de terceiros; e, ainda, (ii) se o comportamento estatal comissivo ilícito causar dano patrimonial a terceiros. Daí porque o critério aglutinador dessa espécie de responsabilidade é justamente a conduta *comissiva* do Estado causadora de dano a particular”. ZOCKUN, Carolina Zancaner. Da responsabilidade do Estado na omissão da fiscalização ambiental. In: *Responsabilidade Civil do Estado*. FREITAS, Juarez (Org). São Paulo: Malheiros, 2006, p. 79.

de sua responsabilidade, inclusive porque a Lei nº 8.666/93 não autoriza o ente público a se beneficiar de artigos isoladamente, devendo ser observado o contexto da norma (que lhe confere, inclusive, na forma do art. 76 da Lei, a prerrogativa de rejeitar serviço executado ou fornecido em dissonância ao pactuado), sob pena de atentarmos contra a própria manutenção do Estado Democrático de Direito e transformarmos garantias constitucionais em mera retórica. Nesse sentido, a oportuna lição de Juarez Freitas, ao mencionar que:

(...) na hierarquização prudencial dos princípios e objetivos fundamentais e das normas estritas (no sentido de regras), deve-se fazer com que os princípios e objetivos fundamentais ocupem o lugar de destaque, ao mesmo tempo situando-os na base e no ápice do sistema, vale dizer, tornando-os, na prática, como fundamento e cúpula do ordenamento.²⁴

Eventual interpretação da decisão da Corte Constitucional na Ação Declaratória de Constitucionalidade referida no sentido de se presumir a irresponsabilidade estatal, sem a devida análise das situações decorrentes dos casos concretos, conforme reconheceu o próprio Supremo Tribunal Federal²⁵, consubstancia-se danoso ao Estado de Direito, sob pena de agressão, inclusive, à segurança jurídica que deve permear as relações e a boa-fé com que devem ser examinadas tais relações. Sob tal aspecto, e dentro do conceito de licitações sustentáveis²⁶, compete à Administração

²⁴ FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 193.

²⁵ Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=166785> > Acesso em 13 jun. 2011.

²⁶ Segundo Rosa Maria Meneguzzi, licitação sustentável "seria *contratar* (comprar, locar, tomar serviços...), *adequando a contratação* ao que se chama *consumo sustentável*, meta da Agenda Ambiental na Administração Pública (A3P), levando em conta que o governo é grande comprador e grande consumidor de recursos naturais, os quais não são perpétuos: acabam. Como o governo compra muito poderia estimular uma produção mais sustentável, em maior escala, além de dar o exemplo. Em suma, licitações sustentáveis seriam aquelas que levariam em conta a sustentabilidade ambiental dos produtos e processos a elas relativos". MENEGUZZI, Rosa Maria. Conceito de Licitação Sustentável. In BARKI, Teresa Villac Pinheiro e SANTOS, Murillo Giordan (coord). *Licitações e Contratações Públicas Sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 21.

O A3P é o Programa Agenda Ambiental na Administração Pública, sendo uma iniciativa do Ministério do Meio Ambiente cujo objetivo principal é o de promover a internalização dos princípios de sustentabilidade socioambiental nas organizações públicas. A A3P tem por objetivos: a) Combate a todas as formas de desperdício dos bens públicos e recursos naturais; b) Inclusão de critérios sociais e ambientais nos investimentos, compras e contratações públicas; c) Gestão ambiental dos resíduos, incluindo a parceria com cooperativas de catadores de lixo para geração de trabalho e renda; d) Formação continuada dos servidores públicos em relação aos aspectos socioambientais e de melhoria da qualidade do ambiente de trabalho. Para tanto, busca: a) promover a reflexão sobre os problemas ambientais em todas as esferas da Administração Pública; b) estimular a adoção de atitudes e procedimentos que levem ao uso racional dos recursos naturais e dos bens público; c) estimular e promover mudanças de hábitos

Pública contribuir para a melhoria das condições da prestação de serviços em relação a empresas terceirizadas, ao invés de apenas buscar a exclusão de sua responsabilidade no caso de inadimplemento, por exemplo, das obrigações trabalhistas das empresas que contrata, mormente considerando tratarem-se de créditos de natureza alimentar e de indiscutível relevância.

Não é demais salientar que a preocupação da Administração com o cumprimento das obrigações legais por parte de seus contratados representa o primeiro passo para a concreção do direito à boa administração pública²⁷. Nesse diapasão, é indispensável superar-se a falácia²⁸ do interesse público para a exclusão da responsabilidade estatal. O direito administrativo já não mais comporta, diante da fundamentalidade dos princípios que o norteiam, escusar-se de sua máxima responsabilidade no cumprimento de suas atribuições precípuas ao argumento de que o interesse público não é interesse identificável e sim discurso retórico a justificar sua irresponsabilidade no trato da coisa pública.

Assim, deve a Administração efetivamente cumprir os ditames da Lei nº 8.666/93 em sua integralidade, e em consonância com as disposições constitucionais atinentes à sua responsabilidade, fazendo uso dos princípios da prevenção e da precaução também no que se refere à tutela dos direitos elementares daqueles que lhe prestam serviços através de empresas terceirizadas, como forma de promover a concreção do interesse público em sua verdadeira acepção de direito fundamental, sujeito à sindicabilidade não apenas judicial, mas de toda a sociedade, num verdadeiro exercício de cidadania, evitando-se, assim, no dizer de Juarez Freitas, que exista no sistema constitucional liberdade para a perpetração de danos injustos a

dos servidores públicos, e d) reacender a ética e a auto-estima dos servidores públicos. Disponível em < www.mma.gov.br/a3p >. Acesso em 25 jun. 2011.

²⁷ Segundo a oportuna lição de Juarez Freitas, "acolhido o dever de *promoção do núcleo essencial dos direitos fundamentais*, especialmente do direito fundamental à boa administração pública, aperfeiçoa-se lídima mudança paradigmática no controle dos atos administrativos. Tal mudança revela-se, certamente, desafiadora de antigos conformismos, mas é modelo constitucionalmente vinculante. Em função dessa visão, perfeitamente possível a reconceituação do Direito Administrativo como a *rede de princípios e regras disciplinadoras das relações jurídicas internas e externas da Administração Pública ou de quem delegadamente cumpre o seu papel*. Dito de outra maneira, tal ramo passa a ser definido como o *sistema que regula as relações jurídicas, internas e externas, da Administração Pública. Relações compreendidas como aquelas que se orientam não apenas por regras, mas pelo plexo sistemático dos princípios superiores (acima das regras), organicamente articulados e regentes da Administração Pública direta e indireta, de molde a respeitar e a fazer respeitar o primado dos objetivos e dos direitos fundamentais, notadamente do direito fundamental à boa administração pública*". FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 149-50.

²⁸ Sobre falácias argumentativas, ver: FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 149 e seguintes. Segundo referido autor, "falácias são erros lógicos, conscientes ou inconscientes, enganadores e/ou autoenganadores, que servem para ludibriar e forma pré-compreensões equivocadas, conducentes a preconceitos injustos, estereótipos e más decisões".

quem quer que seja, já que toda e qualquer condescendência deve ser inadmissível²⁹. Como menciona referido doutrinador, “como nunca, devem ser valorizadas as políticas responsáveis de Estado, com o desiderato de exorcizar a cultura da inconstitucionalidade solta”.³⁰

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2007.
- BARCESSAT, Lena. Papel do Estado Brasileiro na Ordem Econômica e na Defesa do Meio Ambiente: necessidade de opção por contratações públicas sustentáveis. In BARKI, Teresa Villac Pineiro; SANTOS, Murillo Giordan (coord). *Licitaciones e Contratações Públicas Sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Cadernos Democráticos - Coleção Fundação Mário Soares. Lisboa: Gradiva, 1999.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- FILHO, Marçal Justin. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- _____. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos Fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MAFFINI, Rafael. *Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

²⁹ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 239.

³⁰ Idem, p. 243.

MENEGUZZI, Rosa Maria. Conceito de licitação sustentável. In: BARKI, Teresa Villac Pinheiro e SANTOS, Murillo Giordan (coord). *Licitações e Contratações Públicas Sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SEGADO, Francisco Fernández. Constitución y valores: la dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico. In: SCHÄFER, Jairo (org.). *Temas Polémicos do Constitucionalismo Contemporâneo*. Florianópolis: Concelto Editorial, 2007.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. Da Responsabilidade do Estado na Omissão da Fiscalização Ambiental. In FREITAS, Juarez (org). *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.