

# AS LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS COMO MECANISMO DE FOMENTO

## *BIDDING AND CONTRACTING PUBLIC DEVELOPMENT MECHANISMS*

**ALEXANDRE WAGNER NESTER**

Doutorando em Direito pela Universidade de São Paulo.  
Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Advogado.

nester@justen.com.br

### ÁREA DO DIREITO: Administrativo

**RESUMO:** O Direito brasileiro estabelece diversas formas de utilizar as licitações e contratações públicas como mecanismo de fomento, com o objetivo de induzir o comportamento de determinados agentes econômicos privados para a consecução de determinadas finalidades de interesse coletivo. Invariavelmente, esses mecanismos seguem a mesma estrutura normativa, que os diferencia das demais formas de intervenção estatal no domínio econômico (polícia e serviço público). O objetivo do texto é analisar as características desse instrumento específico de fomento.

**PALAVRAS-CHAVE:** Fomento – Mecanismos de fomento – Licitação pública – Contratação pública – Estrutura da norma de fomento.

**ABSTRACT:** Brazilian law provides various ways to use the procurement and contracting as funding mechanism, in order to induce the behavior of certain private economic agents to achieve certain purposes of collective interest. Invariably, these mechanisms follow the same regulatory framework that sets other forms of state intervention in the economic domain. The article's objective is to analyze the characteristics of this particular development instrument.

**KEYWORDS:** Promotion – Promotion mechanisms – Public procurement – Public procurement – Promoting standard structure.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. A atividade de fomento como uma das formas de interferência do Estado na ordem econômica – 3. Um conceito para a atividade de fomento – 4. O ponto comum das definições: a estrutura da norma – 5. Os mecanismos de fomento – 6. O mecanismo específico: licitações e contratações públicas – 7. O Estado exercendo o seu poder de compra – 8. Contratações públicas e externalidades positivas – 9. O revés: as externalidades

---

NESTER, Alexandre Wagner. As licitações e contratações públicas como mecanismo de fomento. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. vol. 27. ano 4. p. 111-131. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2016.



negativas – 10. A Lei geral das licitações – 11. Além da Lei geral: a legislação superveniente sobre licitações e contratações públicas – 12. As modalidades possíveis de fomento nas contratações públicas – 12.1. Incentivo ao desenvolvimento sustentável – 12.2. Favorecimento a produtos e serviços nacionais – 12.3. Favorecimento às microempresas e empresas de pequeno porte – 12.4. Incentivo às práticas que permitem acessibilidade e inclusão de portadores de deficiência – 12.5. Incentivo às práticas que permitem economia de recursos naturais – 12.6. Incentivo à agricultura familiar – 12.7. As hipóteses de dispensa do art. 24 da Lei 8.666 – 13. Conclusão – 14. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

A atividade administrativa de fomento pode se dar de diversas formas. Em que pese a estrutura da norma de fomento seja basicamente a mesma (indução, sem coação), ainda assim há diversos mecanismos possíveis.

Um desses mecanismos consiste na utilização das licitações e contratações públicas como forma de orientar o comportamento de determinados agentes econômicos privados, na consecução de certas finalidades de interesse coletivo.

Por meio do presente trabalho, pretende-se lançar foco sobre essa atividade de fomento específica, explorando algumas de suas modalidades, previstas na legislação.

O objetivo central, para além do passeio sobre essa temática tão relevante, consiste em demonstrar como funciona a dinâmica da regra de fomento dessas hipóteses, revelando que, ao fim e ao cabo, apesar dos diferentes mecanismos existentes, a regra de fomento possui basicamente a mesma estrutura normativa.

## 2. A ATIVIDADE DE FOMENTO COMO UMA DAS FORMAS DE INTERFERÊNCIA DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA

A Constituição de 1988 elege a livre iniciativa não apenas como “fundamento da República” (art. 1.º), mais especificamente como valor “fundamental da ordem econômica” (art. 170), juntamente com a valorização do trabalho humano (que é uma dimensão não excludente, mas, sim, *confirmadora*, da livre iniciativa).<sup>1</sup>

---

1. É o que explica Floriano de Azevedo Marques Neto, ao afirmar que “a valorização do trabalho humano é dimensão que não exclui a livre iniciativa. Muito ao contrário, com ela se coaduna. A valorização do trabalho é fundamento a conformar a livre iniciativa (ou, de outro lado, a impedir que a liberdade seja exercida no sentido de

---

NESTER, Alexandre Wagner. As licitações e contratações públicas como mecanismo de fomento. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. vol. 27. ano 4. p. 111-131. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2016.

Além disso, a Constituição estabelece uma lista de princípios a ser cumpridos pela ordem econômica, inclusive pelo Estado, a fim de assegurar a todos uma *existência digna*, conforme os ditames da justiça social (art. 170).<sup>2</sup>

Essa lista inclui tanto a soberania nacional, a propriedade privada e a função social da propriedade como também outros princípios que demandam uma intervenção estatal mais concreta, como a busca do pleno emprego, a redução das desigualdades regionais e sociais, a proteção ao meio ambiente, a livre concorrência, a defesa do consumidor e o favorecimento de empresas de pequeno porte.

Ou seja, apesar de se tratar de princípios incidentes sobre toda a ordem econômica, o seu efetivo cumprimento (observância) exige a intervenção ou a atuação concreta do Estado. E isso se dá não apenas nos espaços próprios da atuação estatal direta – isto é, onde o Estado é o titular das respectivas competências e, portanto, tem o dever de exercê-las (como os serviços públicos do art. 175 e as atividades de monopólio do art. 177) – mas também nos setores econômicos que são próprios da atuação privada, onde impera a livre iniciativa.

Nesse campo admite-se apenas excepcionalmente a exploração direta de atividades econômicas pelo Estado, nos termos do art. 173. Mais usual é que, no espaço da atuação privada, o Estado intervenha expedindo normas com o objetivo de restringir e conformar o exercício de determinados direitos (poder de polícia), regular o exercício de determinadas liberdades individuais (regulação) ou mesmo induzir a adoção de determinados comportamentos (fomento).<sup>3</sup>

---

negar a valorização do labor) e não afastá-la. Do contrário, teríamos que entender que tal fundamento (a valorização do trabalho) só seria atingido com a intervenção estatal direta, o que seria uma falácia, como demonstra o modelo econômico chinês” (O fomento como instrumento de intervenção estatal na ordem econômica. *Revista de Direito Público da Economia*. ano 8. n. 32. Belo Horizonte: Fórum, out.-dez. 2010, p. 60).

2. Conforme destaca Egon Bockmann Moreira, “cumpre ao Estado dar eficácia ao princípio da função social e estabelecer limites à atuação dos agentes econômicos privados, bem como gerar meios de uma melhor distribuição da riqueza. Isso através da regulação normativa ou da gestão direta – regulando ou agindo, cabe ao Estado o dever de instalar a hipótese da geração de benefícios que o mercado não produz” (Reflexões a propósito dos Princípios da Livre Iniciativa e da Função Social. In: MOREIRA, Egon Bockmann; CUÉLLAR, Leila. *Estudos de Direito Econômico*. vol. 2. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 218-219).
3. Floriano de Azevedo Marques Neto explica: “O Estado dispõe de diversos mecanismos para intervir na ordem econômica, de como a direcioná-la ao cumprimento des-

---

NESTER, Alexandre Wagner. As licitações e contratações públicas como mecanismo de fomento. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. vol. 27. ano 4. p. 111-131. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2016.

Uma das formas de intervenção do Estado no domínio econômico, portanto, consiste na atividade de fomento, que encontra fundamento no art. 174 da Constituição e compreende basicamente a intervenção estatal por indução da atividade privada, por meio de *incentivos*, sem exercício de coerção e sem a criação de serviços públicos.

### 3. UM CONCEITO PARA A ATIVIDADE DE FOMENTO

O objetivo deste trabalho não é explicitar o conceito de fomento ou indicar no que consiste a atividade administrativa de fomento. Porém, a escolha de uma definição é necessária.

Parte-se do conceito tradicional desenvolvido no Direito espanhol por Luis Jordana de Pozas, em que o tema já foi estudado de forma muito mais ampla e aprofundada: “la acción de fomento es una vía media entre la inhibición y el intervencionismo del Estado, que pretende conciliar la libertad con el bien común mediante la influencia directa sobre la voluntad del individuo para que quiera lo que conviene para la satisfacción de la necesidad pública de que se trate. Podríamos definirla como la acción de la Administración encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin utilizar la coacción ni crear servicios públicos”.<sup>4</sup>

Ainda na Espanha, conforme destaca Gaspar Ariño Ortiz: “la actividad de fomento se configura como una actividad de estímulo y presión, realizada de modo no coercitivo, sobre los ciudadanos y grupos sociales, para imprimir un determinado sentido a su actuación. (...) De este modo, el Estado no manda ni impone, sino que ofrece y necesita de la colaboración del particular para que la actividad fomentada se lleve a cabo”.<sup>5</sup>

No Brasil, apesar de o fomento ter sido estudado de forma menos intensa, há autores que já desenvolveram trabalhos bastante elaborados. Floriano de

---

ses fins públicos [descritos no art. 170]. Há instrumentos diversos, que vão desde o enquadramento de uma atividade como monopólio estatal, passam pelo exercício direto de atividades econômicas (por meio de empresas estatais), pela *sujeição da atividade ao regime de serviço público*, pela *normatização e regulação da atividade, até chegar ao fomento público*” (Fomento. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (coord.). *Tratado de Direito Administrativo*. vol. 4. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 406).

4. Ensaio de una Teoría del Fomento en el Derecho Administrativo. *Revista de Estudios Políticos*, n. 48, 1949, p. 46.

5. *Principios de Derecho Público Económico*. 3. ed. Granada: Comares, 2004, p. 345-346.

---

NESTER, Alexandre Wagner. As licitações e contratações públicas como mecanismo de fomento. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. vol. 27. ano 4. p. 111-131. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2016.

Azevedo Marques Neto, por exemplo, destaca em obra específica que “A principal especificidade do fomento em relação a outras formas de intervenção está na estrutura da atuação estatal adotada na busca de tais objetivos [descritos no art. 170 da Constituição]: no fomento o Estado não atua diretamente na economia e nem se utiliza de meios coercitivos. O Estado usa mecanismos de estímulos e desestímulos para incentivar a realização de uma conduta desejada (...) por aqueles que queiram, voluntariamente, executá-la”.<sup>6</sup>

Na mesma linha, Marçal Justen Filho evidencia que uma característica essencial do fomento “reside na manutenção da autonomia dos particulares para a realização de escolhas. O fomento não consiste na imposição de comandos normativos qualificando as condutas dos particulares como obrigatórias ou proibidas. O particular é incentivado a escolher uma conduta reputada como desejável pelo Estado”.<sup>7</sup>

#### 4. O PONTO COMUM DAS DEFINIÇÕES: A ESTRUTURA DA NORMA

Como se vê a partir dos trechos acima transcritos, a essência de todas essas definições reside na estrutura da norma de fomento. Praticamente nenhum dos conceitos oferecidos pela doutrina foge à teoria desenvolvida por Norberto Bobbio, sobre a função promocional do direito e os modelos de estrutura das normas jurídicas.<sup>8</sup> A lição do mestre italiano fornece o substrato teórico adequado para a sistematização da atividade de fomento.

Essa contribuição pode ser resumida na constatação da existência de um *direito repressivo* (modelo tradicional de concepção da norma jurídica e ainda intensamente presente), e de um *direito promocional* (ainda incipiente, mas cada vez mais presente). Nenhum isoladamente é suficiente para gerar resultados satisfatórios, razão pela qual convivem.

O direito repressivo vale-se da técnica do desencorajamento de condutas (omissivas ou comissivas) indesejáveis. Nesse caso, a estrutura da norma está baseada em uma ameaça e na prescrição de sanções punitivas (negativa). Do ponto de vista da função, o direito repressivo visa à conservação social.

Já o direito promocional vale-se da técnica do encorajamento de determinadas condutas (omissivas ou comissivas) socialmente desejáveis. Nesse caso, a

---

6. Fomento. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo*, cit., p. 409.

7. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016, p. 546.

8. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007.

---

NESTER, Alexandre Wagner. As licitações e contratações públicas como mecanismo de fomento. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. vol. 27. ano 4. p. 111-131. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2016.

estrutura da norma está baseada em uma promessa e na prescrição de sanções premiaias (positivas). E a função do direito promocional relaciona-se com mudança da realidade (transformação/inação).

É com base nesse modelo, de função promocional do direito, que se edifica a atividade administrativa de fomento, autônoma e diferenciada das demais modalidades de intervenção/atuação estatal “no caso do fomento, a satisfação dos interesses públicos é produzida de modo indireto, por meio da atuação da iniciativa privada. O fomento se traduz num regime jurídico diferenciado para o desempenho de condutas reputadas como desejáveis pelo Estado. Daí se afirma que o fomento é uma atividade regulatória indireta. Afinal, o fomento se materializa predominantemente em providências normativas, com a peculiaridade de que essa atuação normativa não consiste na emissão de normas compulsórias de cunho proibitivo ou mandatório”.<sup>9</sup>

Em resumo, o que se observa é que invariavelmente a doutrina admite que a atividade de fomento é a que se faz sem coação (sem a imposição de sanção), por meio da consensualidade (uma faculdade concedida a um possível beneficiário), para induzir (incentivar, sugerir, orientar, estimular, promover) um determinado comportamento do agente privado, de modo a atingir uma finalidade de interesse coletivo que, em princípio, não seria atingida sem o incentivo (ou desincentivo).<sup>10</sup>

## 5. OS MECANISMOS DE FOMENTO

Novamente se recorre à doutrina para relacionar, de forma esquemática e sem pretensão de se esgotar o tema, as diferentes técnicas de fomento admitidas no Direito brasileiro.

Conforme expõe Floriano de Azevedo Marques Neto, a atividade administrativa de fomento pode ser desenvolvida por meio de instrumentos que admitem tipos, modulações e combinações diversas, a depender dos objetivos visados e do ambiente em que a intervenção será desenvolvida.<sup>11</sup>

9. JUSTEN FILHO. Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 547, conteúdo extra em meio digital.

10. Sempre lembrando que o fomento pode ser positivo (incentivo) ou negativo (desincentivo) – ver MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Fomento. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (oord.). *Tratado de Direito Administrativo*, cit., p. 416.

11. Fomento. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo*, cit., p. 435.

NESTER, Alexandre Wagner. As licitações e contratações públicas como mecanismo de fomento. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. vol. 27. ano 4. p. 111-131. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2016.

Em síntese, o elenco dos mecanismos de fomento compreende: as transferências de recursos a fundo perdido (incluindo aí as subvenções e as transferências de capital); os empréstimos em condições favoráveis oferecidos pelos bancos públicos e agências de fomento (mais favoráveis do que aqueles oferecidos pelos agentes financeiros privados), as concessões de garantias creditórias para financiamentos; as desonerações tributárias (isenções, reduções de alíquotas, diferimento ou parcelamento de tributos); as participações sociais minoritárias; os privilégios nas contratações públicas; a disponibilização de bens e recursos públicos (imóveis, equipamentos, infraestrutura etc.); o apoio institucional e a capacitação; a simplificação de procedimentos administrativos e trâmites burocráticos; ou o uso de títulos e selos oficialmente atribuídos.

## 6. O MECANISMO ESPECÍFICO: LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Um dos mecanismos da atividade de fomento, portanto, consiste na utilização das licitações e contratações públicas como forma de induzir as atividades privadas.

Isso porque, além de agente normativo e regulador da ordem econômica (art. 174 da Constituição) o Estado é um expressivo consumidor de bens, serviços e obras.

Admite-se que esse instrumento de fomento – “os privilégios concedidos nas contratações públicas” – possa ser aplicado tanto na fase de escolha do contratado, durante o processo licitatório, quanto durante a execução do contrato firmado com o licitante vencedor.<sup>12</sup>

Os privilégios podem ser direcionados a determinados atores econômicos (sujeitos ou grupos de sujeitos), caso em que o benefício será usufruído por aqueles que demonstrem o preenchimento de determinados requisitos, como ocorre com as hipóteses de dispensa previstas no art. 24 da Lei 8.666. Ou, ainda, podem ser dirigidos a objetos específicos, caso em que benefício será usufruído pelos sujeitos que ofertarem um determinado objeto, que atende a determinados requisitos, como se passa com o fornecimento de papel reciclado, por exemplo.

O fomento exercido por meio desse mecanismo, portanto, tem como objetivos: (i) facilitar o acesso de determinados particulares (agentes) ao mercado das contratações públicas – possibilitando assim que uma categoria de sujeitos

---

12. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Fomento. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). *Tratado de Direito Administrativo*, cit., p. 453.

---

NESTER, Alexandre Wagner. As licitações e contratações públicas como mecanismo de fomento. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. vol. 27. ano 4. p. 111-131. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2016.

passa a desenvolver determinadas atividades que não teria condições de desenvolver se não gozasse do benefício; (ii) incentivar o desenvolvimento de determinados setores (objeto) – que não seriam desenvolvidos sem a interferência estatal; e (iii) atingir objetivos específicos gravados pelo ordenamento jurídico como sendo de interesse coletivo – e que também não seriam atingidos se dependessem apenas da escolha privada.

## 7. O ESTADO EXERCENDO O SEU PODER DE COMPRA

Ao se valer da contratação pública como mecanismo de fomento, o Estado utiliza o seu enorme poder de compra para estimular a oferta de determinados bens ou serviços e, com isso, atingir determinados objetivos de interesse coletivo. Estima-se que o volume de dinheiro envolvido em compras públicas represente uma parte bastante significativa do PIB do país.<sup>13</sup>

Analisando o cenário europeu, Ricardo Rivero Ortega ressalta que há setores da economia cuja conformação do mercado é diretamente influenciada pela participação do Estado. Ou, ainda, há setores cuja conformação depende da moldura fixada pelo Estado por meio dos contratos públicos e pela regulação econômica e técnica.<sup>14</sup>

Assim, o contrato administrativo passa a ser não apenas um instrumento jurídico para satisfazer as necessidades diretas e imediatas Administração, isto é, a aquisição do bem, do serviço ou da obra, mas também uma valiosa ferramenta de intervenção no domínio econômico, de cunho redistributivo.<sup>15</sup> Ao

---

13. Há quem afirme que esse poder de compra represente de 10% a 15% do PIB brasileiro, ou seja, algo em torno de R\$ 500 bilhões anuais. Esse dado é divulgado na *Internet*, inclusive pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão ([<http://cpsustentaveis.planejamento.gov.br/compras-sustentaveis>]). Contudo, não é possível localizar com precisão a fonte dessa informação.

14. “Y es que del régimen jurídico de los contratos administrativos dependerá, en gran medida, la estructura de ciertos mercados, que lo son predominantemente de ‘encargos públicos’. Si en determinados sectores de la economía existen más o menos pequeñas y medianas empresas, o son en cambio grandes compañías las que acaparan los mercados, dependerá de factores tales como el presupuesto medio de los contratos de la Administración o de las exigencias de sus normas reguladoras impongan a los contratistas (condiciones económicas y técnicas)” (ORTEGA, Ricardo Rivero. *Derecho administrativo económico*. 5. ed. Madri: Marcial Pons, 2009, p. 182).

15. Nesse sentido: “A Administração possui determinada necessidade e, ao recorrer ao mercado para supri-la, dá preferência a fornecedores com características específicas, selecionadas de acordo com critérios políticos. Esta intervenção possui acentuada

---

NESTER, Alexandre Wagner. As licitações e contratações públicas como mecanismo de fomento. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. vol. 27. ano 4. p. 111-131. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2016.



suprir a sua necessidade imediata o Estado vai ao mercado, mas dá preferência a um determinado sujeito ou grupos de sujeitos, tendo em vista determinadas características objetivamente estabelecidas. E, ao fazer dessa forma, indiretamente estimula a atividade econômica desse mesmo sujeito ou dos grupos a que eles pertençam.

## 8. CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E EXTERNALIDADES POSITIVAS

Toda contratação pública tem como finalidade básica duas coisas: (i) a busca da maior vantagem para o interesse público (interesse público primário), e (ii) o respeito à isonomia entre os potenciais interessados (o maior número possível de interessados) em contratar com o Poder Público (direito-garantia dos licitantes). É para isso que sempre serviu, essencialmente, uma licitação pública.

Mas não é possível admitir, em vista do ordenamento jurídico em vigor, que a finalidade da contratação pública se resuma a isso. A evolução do instituto da licitação pública nas últimas décadas conduziu a um cenário completamente diferente. Atualmente, as contratações públicas também visam à concretização de outros objetivos, de interesse coletivo e de cunho social.

Mais do que isso, esses objetivos devem ser considerados obrigatórios. Trata-se de admitir, em última análise, que a contratação pública (tanto no momento da escolha do contratado quanto da execução do contrato), tenha como finalidade não apenas a escolha do melhor resultado, com respeito à isonomia entre os interessados, mas também a produção de determinadas *externalidades positivas* (efeitos secundários benéficos para determinados sujeitos, interesses ou atividades). Trata-se de utilizar o poder de compra da Administração Pública para produzir essas externalidades.

## 9. O REVÉS: AS EXTERNALIDADES NEGATIVAS

Por outro lado, deve-se tomar em conta as externalidades negativas que a utilização das contratações públicas como mecanismo de fomento pode acarretar.

Primeiro, há o fator de desestímulo à concorrência (entre os potenciais licitantes) decorrente do favorecimento a determinados sujeitos ou categorias de

---

característica redistributiva, veiculando transferência direta de recursos públicos para financiar determinados agentes econômicos” (JUSTEN FILHO, Marçal; JORDÃO, Eduardo Ferreira. A contratação administrativa destinada ao fomento de atividades privadas de interesse coletivo. *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte: Fórum. ano 9. n. 34, jul.-set. 2011, versão eletrônica).

---

NESTER, Alexandre Wagner. As licitações e contratações públicas como mecanismo de fomento. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. vol. 27. ano 4. p. 111-131. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2016.

sujeitos. É certo que o princípio da isonomia entre os interessados continua norteando a contratação pública e, portanto, é um parâmetro a ser preservado. Contudo, haverá casos em que o critério de isonomia aplicável compreenderá o favorecimento de determinada categoria de sujeitos ou de determinado objeto.

Por esse motivo, ainda que se estabeleçam preferências, elas não podem eliminar por completo a competição entre os potenciais interessados. A isonomia deverá ser garantida entre os que cumprirem as exigências ou se encaixarem no mesmo critério de favorecimento.

Outro fator a ser considerado é a busca pela maior vantagem na contratação (economicidade). O favorecimento de determinadas categorias de sujeitos ou de determinados objetos quase que invariavelmente impede que os agentes econômicos se aproveitem das economias de escala, que permitem o oferecimento de preços menores. Consequentemente, o princípio da eficiência será preterido em prol do favorecimento de determinada categoria de sujeitos ou de determinado objeto.

Como se vê, a utilização das contratações públicas como mecanismo de fomento pode gerar externalidade negativas e até mesmo sacrificar os outros objetivos da contratação pública. É praticamente inevitável que a utilização desse instrumento de fomento tenda a encarecer a contratação.

Isso torna indispensáveis, para aferir a adequação da regra de fomento, não apenas uma correta ponderação entre esses interesses (com base no princípio da proporcionalidade e visando ao equilíbrio), como também a transparência dessa análise de custo-benefício (a fim de conferir a essas escolhas a maior objetividade possível e permitir um controle adequado).

Daí a se afirmar que “a solução de equilíbrio deve ser produzida em face das circunstâncias concretas, sem a afirmação apriorística, abstrata e teórica de decisões que ignorem as circunstâncias do mundo real. (...) A pluralidade de finalidades buscadas pela licitação impõe uma composição harmônica, inclusive no tocante às diversas facetas da vantajosidade. Seguindo o princípio da proporcionalidade, (...), caberá escolher a solução apta a produzir o resultado mais satisfatório possível tomando em vista os diversos valores em conflito”.<sup>16</sup>

O raciocínio acima transcrito foi desenvolvido a pretexto da promoção ao desenvolvimento sustentável (que será objeto de tópico específico adiante), mas evidentemente se aplica a qualquer favorecimento promovido por meio das contratações públicas.

---

16. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 17. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016, p. 103-104.

---

NESTER, Alexandre Wagner. As licitações e contratações públicas como mecanismo de fomento. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. vol. 27. ano 4. p. 111-131. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2016.

## 10. A LEI GERAL DAS LICITAÇÕES

A utilização das contratações como mecanismo de fomento remete à evolução da Lei 8.666/1993, que disciplina as licitações e as contratações públicas (compras, alienações, locações, obras e serviços), em quatro modalidades (concorrência, tomadas de preços, convite, concurso e leilão).

A chamada Lei Geral de Licitações e Contratações Pública tem causado muita polêmica, mas, paradoxalmente, revelou-se indispensável para o Direito brasileiro.

Recorde-se que a Lei foi promulgada em período conturbado, no ambiente na recém-promulgada Constituição de 1988, logo após o processo de *impeachment* do Presidente da República, quando o país passava por uma reorganização político-administrativa e ansiava por regras e paradigmas éticos para a atuação da Administração Pública.

Reputa-se que esse contexto tenha permitido que a Lei 8.666 tenha sido marcada pela valorização do formalismo – o apego à burocracia e à análise de documentos, atestados, certidões etc. – criado com o objetivo combater os desvios de verba pública.

A evolução dos fatos demonstrou que esse formalismo não apenas não resolveu o problema dos desvios de dinheiro público, como acabou sendo o principal objeto de crítica da Lei.

Porém, gostemos ou não, o fato é que a Lei 8.666 foi o diploma que traduziu, em norma legal, para aquele contexto histórico, a determinação do art. 37, inc. XXI, da Constituição, que impõe a realização de licitação pública para contratação de obras, serviços, compras e alienações pela Administração Pública.

Ao final, a sua aplicação assistemática gerou distorções, obrigando que fossem implementadas alterações pontuais, além da criação de novos diplomas legais para contemplar a evolução das contratações públicas e, assim permitir a utilização de novas modalidades mais ágeis e eficientes.

## 11. ALÉM DA LEI GERAL: A LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE SOBRE LICITAÇÕES E CONTRATACIONES PÚBLICAS

Além da Lei Geral, portanto, quando se fala de fomento nas contratações públicas também se está a falar de outros diplomas, que representam a evolução do ordenamento jurídico brasileiro a partir do reconhecimento, na prática, das limitações da Lei 8.666.

---

NESTER, Alexandre Wagner. As licitações e contratações públicas como mecanismo de fomento. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. vol. 27. ano 4. p. 111-131. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2016.

Trata-se das Leis que disciplinam as outras formas e modalidades de licitações e contratações do Poder Público no Brasil. São elas, essencialmente: (i) a Lei 8.987/1995 (e a Lei 9.074/1995), que disciplina o regime das concessões e permissões de obras e serviços públicos (previstos no art. 175); (ii) a Lei 10.520/2002, que disciplina a modalidade de pregão (presencial e eletrônico) para aquisição de “bens e serviços comuns”, (iii) a Lei 11.079/2004, que admitiu as Parcerias Público-Privadas, ou seja, as duas modalidades de concessão subsidiada de serviços públicos (patrocinada e administrativa), e (iv) a Lei 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), criando mecanismos inovadores e mais ágeis de licitação e de contratação pública, a pretexto da Copa do Mundo e dos Jogos Olímpicos e Paralímpicos.

Todos esses diplomas legais contêm dispositivos que permitem a utilização da contratação pública como mecanismo de fomento – que funcionam basicamente da seguinte forma: (i) por meio da delimitação do objeto a ser contratado, com a inclusão de preferências para determinadas categorias de sujeitos; (ii) pela inclusão de exigências como critério de classificação dos licitantes; e (iii) mediante a previsão de obrigações a serem cumpridas durante a execução do contrato.<sup>17</sup>

## 12. AS MODALIDADES POSSÍVEIS DE FOMENTO NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Falando concretamente, quais são os tipos de incentivos possíveis de implementar no âmbito de licitações e contratações públicas? Adiante serão relacionados seis mecanismos específicos, além daqueles que configuram hipóteses de dispensa de licitação, previstos no elenco taxativo do art. 24 da Lei 8.666.

### 12.1. Incentivo ao desenvolvimento sustentável

O primeiro mecanismo, de talvez o mais importante deles, está relacionado com o princípio do desenvolvimento nacional sustentável,<sup>18</sup> que foi incluído

---

17. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Fomento. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). *Tratado de Direito Administrativo*, cit., p. 454.

18. Por desenvolvimento sustentável entende-se o progresso econômico que ocorre simultaneamente com a adoção de medidas concretas capazes de suprir as necessidades da atual geração e atender às demandas das gerações futuras, ou seja, sem esgotamento dos recursos naturais disponíveis.

Trata-se de um conceito que vem sendo desenvolvido desde meados da década de 1980, tendo sido utilizado pela primeira vez (ao que se tem notícia) em 1987 pela

---

NESTER, Alexandre Wagner. As licitações e contratações públicas como mecanismo de fomento. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. vol. 27. ano 4. p. 111-131. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2016.

como objetivo da contratação pública por meio da MedProv 495/2010, posteriormente convertida na Lei 12.349/2010.

Esse diploma acrescentou uma profunda modificação no escopo da Lei 8.666, com a nova redação dada ao art. 3.º. Antes, a licitação pública tinha duas finalidades essenciais: obter a contratação mais vantajosa para a Administração, com respeito à isonomia entre o maior número possível de licitantes. A racionalidade da contratação era preponderantemente baseada na eficiência econômica.

A partir de 2010, contudo, o paradigma foi alterado. A alteração da Lei 12.349 introduziu uma nova configuração para a licitação<sup>19</sup> – ou, quando menos, um objetivo a mais para o processo licitatório, pois a proposta mais vantajosa passou ser aquela que também promove o desenvolvimento sustentável – e, mais propriamente, uma nova configuração para a *contratação administrativa*, que tem por objetivo inclusive promover o desenvolvimento sustentável.<sup>20</sup>

---

Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento da ONU, no *Relatório Brundtland (Nosso Futuro Comum)*. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1991).

Juarez de Freitas entende que a sustentabilidade deve ser entendida de forma pluri-dimensional (*Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012). Contudo, para os fins da Lei 8.666, a noção de sustentabilidade envolve apenas e essencialmente os aspectos econômicos e ambientais (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, cit., p. 101).

Ver ainda: TONIN, Mayara Gasparoto. O desenvolvimento sustentável nas contratações administrativas. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. ano 1. vol. 0. São Paulo: Ed. RT, mai.-jun. 2013, p. 141-157; e CARVALHO, Juliane Erthal de. Licitações e contratações públicas como mecanismo de fomento para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*. n. 66. Curitiba, ago. 2012.

19. Nesse sentido (afirmando que a alteração legislativa alterou o conceito de licitação pública): MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação Pública: A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. São Paulo: Malheiros, 2012; e FERREIRA, Daniel. *A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

20. Conforme destaca Marçal Justen Filho, a alteração legislativa confundiu as finalidades da licitação e as finalidades da contratação administrativa. Para o autor, é evidente que “a Lei pretende determinar que a promoção do desenvolvimento nacional sustentável seja uma finalidade buscada por meio da contratação administrativa” (Desenvolvimento nacional sustentável: contratações administrativas e o regime introduzido pela Lei 12.349/2010. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*. n. 50. Curitiba, abr. 2011). No mesmo sentido entende Jessé Torres Pereira Jr. (Desen-

---

NESTER, Alexandre Wagner. As licitações e contratações públicas como mecanismo de fomento. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. vol. 27. ano 4. p. 111-131. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2016.

Não que isso fosse novidade no ordenamento jurídico, pois o desenvolvimento sustentável e a proteção ao meio ambiente constavam de diversos dispositivos constitucionais e legais: (i) art. 23, inc. VI (que estabelece a competência comum da União, Estados e Municípios para proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas); (ii) art. 24, inc. VI (que estabelece a competência concorrente da União, Estados e Municípios para legislar sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição); (iii) art. 170, inc. VI (que estabelece a defesa do meio ambiente como princípio da ordem econômica, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação); (iv) art. 174, § 1.º (segundo o qual a lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento); e (v) art. 225 e seguintes (segundo o qual todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações).

Mais ainda, o tema já era disciplinado em Lei antes mesmo da Constituição de 1988, pela Lei 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente), além de ter sido disciplinado pela Lei 12.305/2010 (Política Nacional de Resíduos Sólidos) e pela Lei 12.651/2012 (Código Florestal).

Ou seja, há muito a Administração Pública tem o dever de se preocupar com o meio ambiente e o desenvolvimento sustentável. A novidade é que as contratações públicas agora (desde 2010) devem, expressamente, ser orientadas por uma racionalidade que combina eficiência econômica e desenvolvimento sustentável.

E isso foi regulamentado em nível federal pelo Dec. 7.746/2012, que estabelece critérios, práticas e diretrizes para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela administração pública federal.

Os exemplos concretos são os mais variados: (i) exigência de comprovação, pelos licitantes, de requisitos especiais – como selos de certificação ambiental (que demonstrem origem ou processo produtivo ambientalmente adequado); (ii) compra de materiais com comprovada sustentabilidade ambiental (materiais reciclados e de maior durabilidade, como lâmpadas LED – *light Emitting*

---

volvimento Sustentável: a nova cláusula geral das contratações públicas brasileiras. *Interesse Público*. ano 13. n. 67. Belo Horizonte: Fórum, mai.-jun. 2011).

---

NESTER, Alexandre Wagner. As licitações e contratações públicas como mecanismo de fomento. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. vol. 27. ano 4. p. 111-131. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2016.

*Diode*) – as chamadas “compras verdes”; (iii) aplicação nas obras e serviços de materiais com comprovada sustentabilidade ambiental (certificados); e (iv) imposição do dever de implementar logística reversa (inversa): a obrigação do contratado não se esgota no fornecimento de um produto (na entrega do bem), mas na adoção de medidas cabíveis para o recolhimento e devido tratamento dos resíduos provenientes do bem fornecido – tais como eletrônicos; pneus; baterias, agrotóxicos, garrafas etc.

Enfim, o desenvolvimento sustentável configura uma externalidade positiva que, por disposição legal expressa, deve obrigatoriamente ser perseguida em qualquer contratação pública. Toda contratação formalizada pela Administração Pública deve se preocupar em criar formas concretas de garantir a proteção ambiental e preocupação com as gerações futuras.

## 12.2. Favorecimento a produtos e serviços nacionais

O segundo mecanismo relevante favorece as empresas que atuam em solo brasileiro. Pela Lei 12.349/2010 também se introduziu na Lei 8.666 um critério que visa a favorecer produtos e serviços nacionais.<sup>21</sup>

A redação do dispositivo da Lei 8.666 (art. 3.º) estabelece que os bens e serviços produzidos ou prestados por empresas brasileiras terão preferência no desempate (§ 2.º), e poderão ter margem de preferência de até 25% sobre o preço dos produtos e serviços estrangeiros (§§ 5.º ao 8.º).

São eles: produtos manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras; e produtos manufaturados e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País (as hipóteses constam da Lei, mas também foram regulamentadas pelo Dec. 7.546/2011).

O objetivo aqui consiste em dar preferência à contratação de empresas que gerem empregos, paguem tributos e mantenham dentro do país as inovações tecnológicas e as riquezas resultantes da atividade empresarial.

---

21. O tema pode ser aprofundado em: CYMBALISTA, Tatiana Matiello; ZAGO, Mariana Fontão; RODRIGUES, Fernanda Esbizaro. O poder de compra estatal e a margem de preferência para produtos e serviços nacionais introduzida na lei de licitações. *Revista de Direito Público da Economia*. ano. 9. n. 35. Belo Horizonte: Fórum, jul.-set. 2011, p. 143-175.

---

NESTER, Alexandre Wagner. As licitações e contratações públicas como mecanismo de fomento. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. vol. 27. ano 4. p. 111-131. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2016.

Para o setor de informática, por exemplo, o tema é disciplinado pela Lei 8.248/1999, que estabelece preferência para produtos desse setor que utilizam tecnologia desenvolvida no Brasil.

### 12.3. Favorecimento às microempresas e empresas de pequeno porte

O terceiro exemplo está no favorecimento tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, que foi disciplinado pela Lei Complementar 123/2006 – que estabelece o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte.

Essa Lei estabelece diversos tipos de privilégios – especialmente em matéria tributária e fiscal – mas também privilégios em licitações públicas, de observância obrigatória, independentemente de previsão no edital da licitação.<sup>22</sup>

Como exemplos, podem ser mencionados a facilitação na apresentação de documentos nos processos licitatórios; bem como a preferência em caso de empate (considerando-se empatada a proposta de ME ou EPP que seja 10% superior à dos demais – e 5% em caso de pregão).

Aqui, portanto, o objetivo da atividade fomentadora consiste em facilitar o acesso dessas empresas ao mercado dos contratos administrativos, ainda que isso acarrete elevação dos custos da contratação. Trata-se de incentivar o empreendedorismo e a livre iniciativa, gerando empregos, tributos etc.

Isso revela uma evidente *função social* do contrato administrativo, que é utilizado como instrumento para atingir indiretamente objetivos de interesse coletivo que não seriam alcançados sem a oportunidade de essas empresas contratarem com a Administração Pública.

Ou seja: “se o Estado não produzisse essas contratações, possivelmente permaneceria uma situação de exclusão social e econômica insuperável por outras vias. Mais precisamente, pode-se reconhecer que as contratações administrativas, nas hipóteses de dispensa de licitação citadas, apresentam uma natureza jurídica de fomento”.<sup>23</sup>

22. Confira-se a obra específica de Marçal Justen Filho: *O estatuto da microempresa e as licitações públicas*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2007.

23. JUSTEN FILHO, Marçal. *O estatuto da microempresa e as licitações públicas*, cit., p. 28-29.

NESTER, Alexandre Wagner. As licitações e contratações públicas como mecanismo de fomento. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. vol. 27. ano 4. p. 111-131. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2016.



#### 12.4. *Incentivo às práticas que permitem acessibilidade e inclusão de portadores de deficiência*

O quarto mecanismo escolhido como exemplo diz respeito ao favorecimento de empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.

A hipótese foi inserida no § 5.º do art. 3.º da Lei 8.666 pela Lei 13.146/2015, estabelecendo a possibilidade de se estabelecer margem de preferência (de até 25%) na contratação de “bens e serviços produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação”.

#### 12.5. *Incentivo às práticas que permitem economia de recursos naturais*

O quinto exemplo está previsto na Lei 12.187/2009, que estabelece os critérios de preferência nas licitações públicas para propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais.

#### 12.6. *Incentivo à agricultura familiar*

E o sexto mecanismo de fomento pode ser encontrado na Lei 11.947/2009, que dispõe sobre a alimentação escolar e prevê que 30% dos recursos repassados pela União para os Estados e Municípios devem ser aplicados na compra de produtos provenientes da agricultura familiar.

#### 12.7. *As hipóteses de dispensa do art. 24 da Lei 8.666*

Por fim, não há como deixar de mencionar as hipóteses legais de dispensa, que afastam o certame licitatório em determinadas circunstâncias expressamente previstas, nas quais se pressupõem que a contratação não é norteadada pelo critério da vantagem econômica, porque o Estado busca a realização e outros fins de interesse coletivo.<sup>24</sup>

Trata-se das seguintes hipóteses estabelecidas no rol taxativo do art. 24 da Lei 8.666: (i) na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou

---

24. Ver: JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 468 e ss.

---

NESTER, Alexandre Wagner. As licitações e contratações públicas como mecanismo de fomento. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. vol. 27. ano 4. p. 111-131. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2016.

estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos (inc. XIII); (ii) para a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão ou entidade (inc. XV); (iii) na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão de obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado (inc. XX); (iv) para a aquisição ou contratação de produto para pesquisa e desenvolvimento, limitada, no caso de obras e serviços de engenharia, a 20% (vinte por cento) do valor de que trata a alínea *b* do inc. I do *caput* do art. 23 (inc. XXI); (v) para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão (inc. XXIV); (vi) na contratação realizada por Instituição Científica e Tecnológica – ICT ou por agência de fomento para a transferência de tecnologia e para o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida (inc. XXV); (vii) na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público, como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública (inc. XXVII); (viii) na contratação de instituição ou organização, pública ou privada, com ou sem fins lucrativos, para a prestação de serviços de assistência técnica e extensão rural no âmbito do Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária, instituído por lei federal (inc. XXX); (ix) nas contratações visando ao cumprimento da Lei 10.973/2004 (que dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo) (inc. XXXI); (x) na contratação em que houver transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde – SUS (inc. XXXII); (xi) na contratação de entidades privadas sem fins lucrativos, para a implementação de cisternas ou outras tecnologias sociais de acesso à água para consumo humano e produção de alimentos, para beneficiar as famílias rurais de baixa renda atingidas pela seca ou falta regular de água (inc. XXXIII); e (xii) para a aquisição por pessoa jurídica de direito público interno de insumos estratégicos para a saúde produzidos ou distribuídos por fundação que, regimental ou estatutariamente, tenha

---

NESTER, Alexandre Wagner. As licitações e contratações públicas como mecanismo de fomento. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. vol. 27. ano 4. p. 111-131. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2016.

por finalidade apoiar órgão da administração pública direta, sua autarquia ou fundação em projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à execução desses projetos, ou em parcerias que envolvam transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde – SUS, nos termos do inciso XXXII, e que tenha sido criada para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado (inc. XXXIV).

### 13. CONCLUSÃO

As regras de fomento analisadas no texto revelam que, apesar das diferentes possibilidades admitidas, a estrutura da norma de fomento é basicamente a mesma. Invariavelmente, a hipótese é prevista na Lei como uma forma de incentivo ao comportamento dos agentes privados, que optam por aderir ou não à hipótese normativa.

Assim, os particulares escolhem em se adequar às regras estabelecidas para o processo licitatório, enquadrando-se às exigências ali previstas e, em o fazendo, se beneficiam das preferências fixadas na regra.

Os exemplos concretos evidenciam, em última análise, situações características do *direito promocional* teorizado por Norberto Bobbio, que utiliza a técnica do encorajamento de condutas desejáveis com o objetivo de atingir finalidades que não seriam obtidas em situação normal.

Na prática, essas finalidades dizem respeito a necessidades de interesse coletivo, relacionados com o desenvolvimento nacional e outros objetivos consagrados pelo ordenamento jurídico (todos condizentes com a garantia de uma existência digna), que são obtidos por meio das contratações públicas (aqui transformada em instrumento), e que não o seriam se não fosse o estímulo previsto na regra de fomento.

### 14. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007.

CARVALHO, Juliane Erthal de. Licitações e contratações públicas como mecanismo de fomento para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*. n. 66. Curitiba, ago. 2012. Disponível em: [[www.justen.com.br//informativo.php?&informativo=66&artigo=678&l=pt#](http://www.justen.com.br//informativo.php?&informativo=66&artigo=678&l=pt#)]. Acesso em: 23 jun. 2016.

---

NESTER, Alexandre Wagner. As licitações e contratações públicas como mecanismo de fomento. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. vol. 27. ano 4. p. 111-131. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2016.

- CYMBALISTA, Tatiana Matiello; ZAGO, Mariana Fontão; RODRIGUES, Fernanda Esbizaro. O poder de compra estatal e a margem de preferência para produtos e serviços nacionais introduzida na lei de licitações. *Revista de Direito Público da Economia*. ano. 9. n. 35. Belo Horizonte: Fórum, jul.-set. 2011, p. 143-175.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Curso de Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- FERREIRA, Daniel. *A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.
- \_\_\_\_\_. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 17. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.
- \_\_\_\_\_. Contornos da atividade administrativa de fomento no direito administrativo brasileiro: novas tendências. In: Celso Antônio Bandeira de Mello (et. al.). *Direito administrativo e liberdade: estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo*. São Paulo: Malheiros, 2014.
- \_\_\_\_\_. Desenvolvimento nacional sustentável: contratações administrativas e o regime introduzido pela Lei 12.349/2010. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*. n. 50. Curitiba, abr. 2011. Disponível em: [www.justen.com.br/informativo.php?&informativo=66&artigo=678&l=pt#]. Acesso em: 23 jun. 2016.
- \_\_\_\_\_; JORDÃO, Eduardo Ferreira. A contratação administrativa destinada ao fomento de atividades privadas de interesse coletivo. *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte: Fórum, ano 9, n. 34, jul.-set. 2011.
- \_\_\_\_\_. *O estatuto da microempresa e as licitações públicas*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2007.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Fomento. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). *Tratado de Direito Administrativo*. vol. 4. São Paulo: Ed. RT, 2015.
- \_\_\_\_\_. O fomento como instrumento de intervenção estatal na ordem econômica. *Revista de Direito Público da Economia*. ano 8. n. 32. Belo Horizonte: Fórum, out.-dez. 2010, p. 57-71.
- MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação Pública: A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. São Paulo: Malheiros, 2012.

---

NESTER, Alexandre Wagner. As licitações e contratações públicas como mecanismo de fomento. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. vol. 27. ano 4. p. 111-131. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2016.

- \_\_\_\_\_. Reflexões a propósito dos Princípios da Livre Iniciativa e da Função Social. In: MOREIRA, Egon Bockmann; CUÉLLAR, Leila. *Estudos de Direito Econômico*: vol. 2. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 209-224.
- ONU – Organização das Nações Unidas. *Nosso Futuro Comum*. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1991.
- ORTEGA, Ricardo Rivero. *Derecho administrativo económico*. 5. ed. Madri: Marcial Pons, 2009.
- ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico*. 3. ed. Granada: Comares, 2004.
- PEREIRA Jr., Jessé Torres. Desenvolvimento Sustentável: a nova cláusula geral das contratações públicas brasileiras. *Interesse Público*. ano 13. n. 67. Belo Horizonte: Fórum, mai.-jun. 2011.
- POZAS, Luis Jordana de. Ensaio de una Teoría del Fomento en el Derecho Administrativo. *Revista de Estudios Políticos*. n. 48, 1949, p. 41-54.
- SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- SOUTO, Marcos Juruena Vilella. *Direito Administrativo da Economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- TONIN, Mayara Gasparoto. O desenvolvimento sustentável nas contratações administrativas. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. ano 1. vol. 0. São Paulo: Ed. RT, mai.-jun. 2013, p. 141-157.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- A concessão de serviços públicos e os direitos reais administrativos, de Egon Bockmann Moreira – RT 898/63-78, *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo* 5/285-301 (DTR\2010\252);
- Apontamentos sobre a operação logística e sua contratação pela Administração Pública, de Mário Saadi | Mauro Mello Neto – ReDAC 17/95-112 (DTR\2015\3548);
- Fomento à pesquisa e agilidade em compras governamentais, de Maria Paula Dallari Bucci – RDE 5/381-394 (DTR\2012\450744); e
- O desenvolvimento nacional sustentável nas contratações administrativas, de Mayara Gasparoto Tonin – ReDAC 0/141-157 (DTR\2013\7807).

