

# A REGULAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO E A CONTRATUALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA<sup>1</sup>

A premente necessidade de reforma do Estado tem desencadeado a necessidade de o Brasil<sup>2</sup> revisitar a regulação estatal, inclusive utilizando a contratualização administrativa como instrumento para o caráter regulatório.

Floriano de Azevedo Marques Neto descreve que regulação estatal envolve “toda a atividade estatal sobre o domínio econômico que não envolva a assunção direta da exploração de atividade econômica (em sentido amplo).”<sup>3</sup> Já Marçal Justen Filho define a regulação econômico-social como a “atividade estatal de intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados, de modo permanente e sistemático, para implementar as políticas de governo e a realização dos direitos fundamentais.”<sup>4</sup>

Insta pontuar que o jurista Marçal Justen Filho qualifica a regulação econômico-social, diferindo de outras definições que se restringem a descrever como regulação econômica. Segundo o autor “toda regulação é concomitantemente econômica e social. Isso significa que a intervenção estatal no âmbito econômico corresponde sempre à promoção de valores sociais. Toda e qualquer atuação regulatória consiste num conjunto de providências econômicas e sociais.”<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> **Luciano Elias Reis**. Advogado. Mestre em Direito Econômico pela PUC-PR. Especialista em Direito Administrativo e Processo Civil, ambos pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Professor do UNICURITIBA e da Universidade Tuiuti do Paraná.

<sup>2</sup> Outros países também estão no mesmo caminho para uma re-análise da regulação estatal.

<sup>3</sup> MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 04, nov/dez 2005, jan. 2006. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br>.> Acesso em 17., jul. 2012, p. 03.

<sup>4</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 637.

<sup>5</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 637. No mesmo sentido, ainda que sob outro enfoque que discordo parcialmente, Arnold Wald expressa que: “A visão realista do mundo contemporâneo considera que não há mais como distinguir o econômico do social, pois ambos os interesses se encontram e se compatibilizam na empresa, núcleo central da produção e da criação da riqueza, que deve beneficiar tanto o empresário como os empregados e a própria sociedade de consumo. Não há mais dúvida, entre os estadistas e os economistas, que são os lucros de hoje que, desde logo, asseguram a melhoria dos salários e que, em seguida, ensejam a criação dos empregos de amanhã, em virtude do reinvestimento dos ganhos obtidos pela empresa.” (WALD, Arnoldo; MORAIS, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. **O direito de parceria e a nova lei de concessões**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 30).

Sobre a importância da regulação, Jacques Chevallier defende que a regulação acarreta uma nova concepção do papel do Estado na economia, advogando favoravelmente ao seu papel de árbitro no processo econômico<sup>6</sup>:

A regulação implica uma nova concepção do papel do Estado na economia. Na teoria geral dos sistemas, a regulação compreende o conjunto dos processos pelos quais os sistemas complexos conseguem manter o seu estado estacionário, preservando os seus equilíbrios essenciais, malgrado as perturbações externas.

Falar da função regulatória do Estado pressupõe que o sistema econômico não possa atingir por si próprio o equilíbrio, que ela tenha necessidade da mediação do Estado para o alcançar. Essa visão se afasta do discurso neoliberal, que opõe à regulação estatal aquela que resulta da lógica do mercado: com efeito, o mercado permitiria atingir, pela confrontação e pela adequação das preferências individuais, a um funcionamento econômico e social ótimo; também conviria deixar operarem tanto quanto possível as disciplinas do mercado, evitando recorrer ao Estado.<sup>7</sup>

Dessa maneira, incontestemente a função regulatória do Estado nos dias atuais, razão pela qual se discorrerá sobre uma ferramenta utilizada para induzir a missão e a mão regulatória do Estado para a implantação e a proteção dos fins colimados constitucionalmente, qual seja, a contratualização administrativa.

Segundo Jacques Chevallier, o procedimento contratual nas sociedades contemporâneas deflue um grande crescimento a ponto de aparecer como emblemático na pós-modernidade. De acordo com o autor, o fortalecimento do contrato é acompanhando *pari passu* da quebra, de um lado, uma concepção tradicionalista e autoritária diante das fronteiras entre contrato e ato unilateral e de outro pelo aparecimento de procedimentos mais flexíveis e informais de cooperação e de regulação

---

<sup>6</sup> “A regulação se distingue dos modos clássicos de intervenção do Estado na economia: ela consiste em supervisionar o jogo econômico, estabelecendo certas regras e intervindo de maneira permanente para amortecer as tensões, compor os conflitos, assegurar a manutenção de um equilíbrio do conjunto; pela regulação, o Estado não se põe mais como ator mas como árbitro do processo econômico, limitando-se a enquadrar a atuação dos operadores e se esforçando para harmonizar as suas ações. A implantação dessa função pressupõe a reunião de diversas condições: uma posição de exterioridade relativamente ao jogo econômico; uma capacidade de arbitragem entre os interesses em jogo; uma ação contínua a fim de proceder aos ajustes necessários.

A regulação pressupõe o recurso a uma panóplia de meios de ação: a regulamentação (rule-making), a fiscalização (monitoring), a alocação dos direitos (adjudication), a composição dos litígios (dispute resolution). Se o seu exercício passa pelo canal do direito e supõe uma formalização jurídica, tal se dará segundo modalidades diferentes da regulamentação clássica: o ‘direito da regulação’ aparece como um direito maleável, pragmático, flexível, elaborado na relação estreita com os destinatários e continuamente revisado em função dos resultados obtidos.” CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 73.

<sup>7</sup> CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 72.

sob variadas denominações.<sup>8</sup> Chevallier ainda aponta o relacionamento entre a função reguladora estatal por intermédio da contratualização:

A contratualização da ação pública implica o reconhecimento do espaço de autonomia de que dispõem os diversos atores sociais com os quais o Estado é obrigado a negociar, na ausência de poder impor a sua vontade. A função de 'regulador' doravante atribuída ao Estado na economia lhe impõe especialmente privilegiar a contratualização em face do enquadramento pela via regulamentar: o Estado não busca mais a impor a sua vontade pela coerção; ele discute com as empresas e se esforça em obter a sua colaboração, que não é jamais adquirida antecipadamente. O movimento de contratualização desborda largamente o domínio econômico para se estender aos diferentes campos de intervenção pública (ação social, meio ambiente, cultura...).

Neste norte, Gustavo Justino de Oliveira também sinaliza que a nova contratualização administrativa é desenvolvida em bases negociais mais amplas se comparadas aos modelos contratuais tradicionais, direcionando-se "(i) para uma maior paridade entre Administração e particular e (ii) uma reforçada interdependência entre as prestações a cargo de ambas as partes".<sup>10</sup> Consequentemente, é inegável dizer que o maior diálogo e a abertura para consenso, evitam condutas arbitrárias ou inapropriadas, as quais por vezes tornam inviável ou sacrificante uma parceira ou contrato administrativo.

Sobre esta mudança de parâmetro e a maior consensualização da Administração Pública em seus contratos, Odete Medauar explica que: "a expansão foi tamanha que surgiram locuções governo por contratos, direito administrativo pactualista, direito administrativo cooperativo, administração por acordos, contratualização das políticas públicas." Posteriormente, a autora ainda referencia historicamente que "na década de 90 do século XX emergiu o termo parceria, vinculado à contratualização, para abranger os diversos ajustes que expressam a colaboração entre entidades públicas ou entre entidades públicas e setor privado, ou, ainda, entre todas estas partes, envolvendo, assim, uma pluralidade de atores."<sup>11</sup>

Compete pontuar também que a Administração consensual ou concertada não pode ser visualizada como um desprestígio ou aniquilamento do ato administrativo,

---

<sup>8</sup> CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 161.

<sup>9</sup> CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 161-162.

<sup>10</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A arbitragem e as parcerias públicos-privadas. In. SUNDFELD, Carlos Ari. (Org) **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 567-606.

<sup>11</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 212-213.

como aponta Almiro Couto e Silva ao escrever que o “progresso da Administração Pública concertada ou consensual, da participação popular nas deliberações administrativas do Estado, que enriquecem o Direito Administração de nossos dias pelo saudável ar democrático que injetam, não pode ser visto como um fato de desprestígio do ato administrativo”, e sim pelo contrário, deve servir como “predicados que lhe permitem, com bons governantes, tornar ágil e eficiente a máquina administrativa do Estado Democrático de Direito.”<sup>12</sup>

Sob a mesma ótica, Pedro Gonçalves propugna a importância da contratualização em sentido lato, alvitrando que os comentários coadunam com a parcerização descrita anteriormente por Odete Medauar:

No início de um importante texto sobre a contratação pública, diz Jody Freeman que o moderno Estado administrativo se apresenta como um ‘contracting state’, isto é, um Estado que interiorizou a ‘cultura do contrato’ como um instrumento ao serviço de realização dos seus fins institucionais. Isso assume particular notoriedade perante a importância que o contrato adquiriu no domínio do estabelecimento de formas de cooperação e de colaboração entre Estado e actores privados na gestão de serviços públicos e na execução de funções públicas. Mas o mesmo deve ainda dizer-se acerca dos chamados ‘contratos regulatórios’, que, em alguns sectores, tendem a substituir as tradicionais regulações unilaterais e autoritárias por uma ideia de ‘contractual governance’.

Embora se apresente com um espectro mais alargado, a contratação pública detém actualmente um relevo decisivo na reconfiguração do papel do Estado e no estabelecimento de pontes de cooperação com as entidades privadas. Neste sentido, o contrato representa um instrumento fundamental ao serviço das medidas de privatização no domínio da execução de tarefas públicas. Além dos clássicos contratos de concessão de obras e serviços públicos, o Estado recorre a outros modelos de *contracting out* e de *outsourcing*, por via dos quais confia a entidades privadas a gestão de missões públicas ou a realização de trabalhos essenciais para o desempenho das tarefas públicas pelo próprio Estado.<sup>13</sup>

Como formas de expressão da Administração consensual, o modo de atuação estatal prima pela concertação administrativa e contratualização administrativa, as quais são explicadas por Gustavo Justino de Oliveira da seguinte forma:<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> SILVA, Almiro do Couto e. Notas sobre o conceito de ato administrativo. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela e OSÓRIO, Fábio Medina (Coords.). **Direito administrativo – Estudos em homenagem a Diogo Figueiredo Moreira Neto**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 271-292, p. 291.

<sup>13</sup> GONÇALVES, Pedro Antonio Pimenta da. **Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas**. Coimbra: Edições Almedina, 2008, p. 330-331.

<sup>14</sup> Segundo Jacques Chevallier, “A esse título, o movimento de contratualização em curso se inscreve bem em um movimento muito mais geral, pois que os métodos de governança se desenvolvem em todos os níveis (local, nacional, internacional) e nas organizações de toda natureza (notadamente, as empresas).” (CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 163). A governança ora dita também é trabalhada sob o signo de nova gestão pública, como dito por Luis Villanueva (VILLANUEVA, Luis F. Aguilar. **Gobernanza e gestión pública**. México: FCE, 2006, p. 144).

Importa destacar que na concertação não há uma relação de subordinação entre a Administração e as entidades parceiras, pois subjacente a ela reside um processo de negociação para a composição de eventuais dissensos entre as partes, aspectos que pressupõe o reconhecimento da autonomia dos parceiros envolvidos. Daí empregar-se comumente a locução Administração paritária para caracterizar esta forma de administrar, fundada em módulos negociais. A contratualização administrativa retrata a substituição das relações administrativas baseadas na unilateralidade, na imposição e na subordinação por relações fundadas no diálogo, na negociação e na troca. (...) É a expansão do consensualismo administrativo que confere novos usos à categoria administrativa jurídica contrato no setor público. E em virtude da amplitude desse fenômeno, defende-se a existência de um módulo consensual da Administração Pública, o qual englobaria todos os ajustes – não somente o contrato administrativo – passíveis de serem empregados pela Administração Pública na consecução de suas atividades e atingimento de seus fins.<sup>15</sup>

Diante destas breves colocações, não se pode dissociar a regulação estatal via contrato administrativo da intervenção do Estado no campo da atividade econômica em sentido estrito. Para tanto, aproveita-se a classificação de Eros Roberto Grau que diferencia esta em três modalidades: (i) intervenção por absorção ou participação quando o Estado intervém diretamente no domínio econômico, mais precisamente na atividade econômica em sentido estrito como agente (sujeito) econômico;<sup>16</sup> (ii) intervenção por direção, “o Estado exerce pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica em sentido estrito”; e (iii) intervenção por indução, “o Estado manipula os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados.”<sup>17</sup>

No presente estudo examinar-se-á a intervenção do Estado sobre o domínio econômico por intermédio da indução, mais precisamente quando se utiliza a regulação via contrato administrativo para a incitação de condutas desejáveis.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito Administrativo Democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 223-224.

<sup>16</sup> A absorção ocorre quando o Estado “assume integralmente o controle dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito; atua em regime de monopólio”; já a participação “o Estado assume o controle de parcela dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito; atua em regime de competição com empresas privadas que permanecem a exercitar suas atividades nesse mesmo setor.” (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 143).

<sup>17</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 143.

<sup>18</sup> “Qualquer ação estatal que repercuta na sociedade, criando, modificando ou extinguindo direitos e situações, pode ser concebida como uma forma de interferência do Estado.” Nesse compasso, Célia Mello Cunha defende que interferência estatal é gênero, compreendendo as espécies interferência em sentido estrito, cuja área de incidência é a vida privada, e intervenção, cuja área de incidência é a ordem econômica. Não se desconhece que existem autores que não distinguem interferência e intervenção, porém para o presente ensaio utilizar-se-á o raciocínio de Célia Mello Cunha. (MELLO, Célia Cunha. **O fomento da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 01-02).

Quanto à constitucionalidade da regulação estatal pela contratualização administrativa a partir da Constituição da República Federativa de 1988, explica-se.

O artigo 174 da Lei Maior prescreve que o Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, exerce, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo que este será determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Desse modo, o Estado poderá atuar tanto na fiscalização, planejamento e incentivo. No caso em debate clama-se pela apreciação do papel do Estado Brasileiro via contrato administrativo para determinar o incentivo de determinadas condutas.

Segundo Eros Roberto Grau, as normas de intervenção por indução estipulam “preceitos que, embora prescritivos (deônticos), não são dotadas da mesma carga de cogência que afeta as normas de intervenção por direção”. Portanto, a norma de intervenção por indução confere ao destinatário a alternativa de aderir ou não à prescrição nela veiculada. Caso haja a sua adesão, resultará em benefícios usufruídos pelo aderente.<sup>19</sup>

Quanto à ação estatal na intervenção por indução, salienta-se que o intuito do Estado é justamente que o aderente da medida estatal possa beneficiar-se ante os demais no mercado. O benefício exsurge como um prêmio àquele que realizada a conduta – seja positiva ou negativa – incitada pelo Estado.

Sobre a possibilidade de a indução externar-se a partir de termos positivos ou negativos, Eros Grau aduz:

A sedução à adesão ao comportamento sugerido é, todavia, extremamente vigorosa, dado que os agentes econômicos por ela não tangidos passam a ocupar posição privilegiada nos mercados. Seus concorrentes gozam, porque aderiram a esse comportamento, de uma situação de donatário de determinado bem (redução ou isenção de tributo, preferência à obtenção de crédito, subsídio, v.g.), o que lhes confere melhores condições de participação naqueles mesmos mercados.

Dois aspectos devo, no entanto, ainda pontualizar.

O primeiro respeita ao fato de nem sempre a indução manifestar-se em termos positivos. Também há norma de intervenção por indução quando o Estado, v.g., onera por imposto elevado o exercício de determinado comportamento, tal como no caso de importação de certos bens. (...)

O segundo aspecto, ao fato de que outras tantas vezes determinados comportamentos econômicos são induzidos não em razão da dinamização, pelo Estado, de normas de intervenção por indução, mas sim em decorrência da execução, por ele, de obras e serviços públicas de infra-estrutura, que tendem a otimizar o exercício da atividade econômica em sentido estrito em certos setores e regiões. Essa prática, de resto, é que também inúmeras

---

<sup>19</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 144-145.

vezes permite ao Estado, nos quadrantes da legalidade, por-se a serviço de interesses privados.<sup>20</sup>

Ressalta-se que o enaltecimento à atividade administrativa de fomento tem aparecido como um dos aspectos mais comentados da reforma estatal das últimas décadas. Sobre o assunto, Diogo Figueiredo Moreira Neto qualifica que se trata de um “direcionamento não coercitivo do Estado à sociedade, em estímulo das atividades privadas de interesse público. É uma atividade que se sistematiza e ganha consistência acoplada ao planejamento dispositivo.”<sup>21</sup>

Por esta relevância, o autor infere que é “inegável que o fomento público, conduzido com liberdade de opção, tem elevado alcance pedagógico e integrador, podendo ser considerado, para um futuro ainda longínquo, a atividade mais importante e mais nobre do Estado”<sup>22</sup> Na mesma diretriz, Maria Sylvia Zanella Di Pietro conduz que diversas alterações têm se destacado em razão do Estado Subsidiário, dentre estas o crescimento de técnicas de fomento e o debate sobre o dever do Estado em fomentar, mais precisamente ajudando, estimulando, criando condições a fim de que os vários grupos de interesses busquem os seus próprios objetivos conciliados com o interesse público. Por tais razões, a autora descreve que com tais modificações:

objetiva-se a “reforma do Estado”, com vistas a fazer reverter os males instaurados pelo Estado intervencionista: de um lado, visto do lado do cidadão, quer-se restaurar e prestigiar a liberdade individual e a livre concorrência; isso leva às idéias de privatização, fomento, parceria com o setor privado; visto do lado do Estado, quer-se alcançar a eficiência na prestação dos serviços públicos, o que leva à idéia de desburocratização.<sup>23</sup>

Carlos Ari Sundfeld sustenta a necessidade de reconstrução da teoria da ação administrativa, a qual perpassa por três grandes setores, quais sejam: a administração de gestão, a administração fomentadora e a administração ordenadora. Desse modo, advoga explicitamente favorável à administração fomentadora como impreterível para uma nova concepção e análise da teoria da ação administrativa, sendo que ela deverá ser compreendida como “a função de induzir, mediante estímulos e

---

<sup>20</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 145.

<sup>21</sup> MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 45.

<sup>22</sup> MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 45.

<sup>23</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 39.

incentivos – prescindindo, portanto, de instrumentos imperativos, cogentes – os particulares a adotarem certos comportamentos.”<sup>24</sup>

Ao seu lado, José Roberto Pimenta Oliveira explana que para o cumprimento dos objetivos constitucionais inerentes à estruturação do Estado Social e Democrático de Direito, desenhado pela Constituição, não há como a função administrativa restringir-se, na atualidade, ao campo ordenador e sancionatório. Via de consequência, o autor descreve que:

Postulou-se da Administração uma crescente e cada vez mais complexa intervenção estatal no domínio social e econômico, formalizada, pela ordem jurídica, com a positivação de dever de prestar serviços públicos nos diversos campos em que o interesse da coletividade mandava uma presença ativa da atividade administrativa, considerados como atividades materiais vinculadas à existência da própria sociedade, passíveis de fruição direta pelos administrados, fornecidos pela Administração, sob regime de direito público.<sup>25</sup>

Para delinear o fomento em si, recorre-se à Silvio Luis Ferreira da Rocha que circunscreve o fomento como uma atividade teleológica, pautando-se pela finalidade a ser perseguida – satisfação das necessidades coletivas. Quanto à definição, o autor define a atividade de fomento de maneira descritiva e excludente, a partir da exposição de que a Administração poderá alcançar a satisfação das necessidades coletivas a partir de sua atuação de modo direto e imediato ou de modo indireto e mediato quando as atividades são prestadas pelos particulares, as quais foram incentivadas pela Administração, e servem para alcançar as necessidades coletivas.<sup>26</sup>

Fernando Garrido Falla descreve a atividade de fomento como “*aquella actividad administrativa que se dirige a satisfacer indirectamente ciertas necesidades consideradas de carácter público protegiendo o promoviendo, sin emplear la coacción, las actividades de los particulares o de otros entes públicos que directamente las satisfacen.*”<sup>27</sup> Ecoando a mesma finalidade, porém pontuando que poderá alcançar os

---

<sup>24</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 16. Em sentido análogo, Célia Cunha conceitua a administração fomentadora “como um complexo de atividades concretas e indiretas que o Estado desempenha despido do poder de autoridade, cujo labor se limita a promover e/ou incentivar atividades e regiões, visando melhorar os níveis de vida da sociedade.” (MELLO, Célia Cunha. **O fomento da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 38). Nos mesmos termos, vide GARCÍA, Jorge Sarmiento. **Derecho público**. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1998, p. 647.

<sup>25</sup> OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 514-515.

<sup>26</sup> ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. **Terceiro Setor**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 23.

<sup>27</sup> FALLA, Fernando Garrido. Apud ZOCKUM, Carolina Zancaner. **Da intervenção do Estado no domínio social**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 187.

estabelecimentos particulares, Roberto Dromi define o fomento administrativo como uma “*acción dirigida a proteger o promover las actividades y establecimientos de los particulares, que satisfagan necesidades públicas o que se estimen de utilidad general.*” O autor argentino posiciona-se ainda que a ideia predominante do fomento é que versa sobre uma atividade persuasiva ou de estímulo, sendo que a sua finalidade será obtida com o convencimento para que se faça algo ou se omita.<sup>28</sup>

No tocante ao fomento instigado pelo Estado a partir do contrato administrativo, tal situação pode ser visualizada a partir de algumas legislações brasileiras nos últimos anos, as quais têm induzido – ou fomentado – a intervenção estatal via contratualização administrativa visando ao desenvolvimento.

Das aludidas leis, chama-se atenção para a Lei nº 12.349/2010 que trouxe algumas inovações na Lei Brasileira de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 8.666/1993)<sup>29</sup>, dentre elas, a possibilidade de estabelecer uma margem de preferência para produtos manufaturas e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras. A referida margem de preferência poderá ser de até 25% (vinte e cinco por cento) e leva em consideração os seguintes fatores: geração de emprego e renda; efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais; desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País; custo adicional dos produtos e serviços; e em suas revisões, análise retrospectiva de resultados. Convém advertir que tal margem poderá ser estendida aos bens e serviços originários dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul- MERCOSUL.

Além disso, restou inserido na Lei nº 8.666 que para os produtos manufaturados e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País, poderá ser estabelecido margem de preferência adicional àquela para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras.

---

<sup>28</sup> DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**. 10. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004, p. 1027.

<sup>29</sup> Convém lembrar sobre a competência para a legislação de licitações no Brasil, para tanto o professor Romeu Felipe Bacellar Filho leciona que a competência em licitações e contratos é de competência concorrente, de acordo com o art. 22, XXVII, sendo que pela legislação, “a delimitação constitucional do tema prevê, ainda, em conformidade com o princípio federativo, que a matéria de licitações e contratos é de competência concorrente, de acordo com o art. 22, XXVII. Destarte, a norma em apreço é nacional somente quanto à emanção de seus preceptivos gerais.” Assim, o autor explica que a Lei nº 8.666 possui normas gerais para todos os entes e também possui legislação específica competente tão só para a seara federal. (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 111).

O Decreto Federal n. 7.546, de 02 de agosto de 2011, disciplinou sobre a margem de preferência normal, a margem de preferência adicional, a medida de compensação industrial, comercial ou tecnológica, o produto manufaturado nacional, o serviço nacional e o produto manufaturado estrangeiro e serviço estrangeiro. Segundo o artigo 3º, parágrafo 2º, o Estados, o Distrito Federal e os Municípios também poderão adotar as margens de preferências estatuídas pela União, ou seja, permitindo que se irradiem efeitos aos demais entes, o que per si configura em assentir que os parágrafos quinto a décimo segundo do artigo 3º da Lei n. 8.666 seria norma especial, e norma geral.

Convém informar que o Governo Federal já estabeleceu a respectiva margem de preferência para aquisição de produtos de confecções, calçados e artefatos (Decreto Federal n. 7.756, de 14 de junho de 2012), aquisição de produtos médicos (Decreto Federal n. 7.767, de 27 de junho de 2012), aquisição de fármacos e medicamentos (Decreto Federal n. 7.713, 03 de abril de 2012) e aquisição de produtos de confecções, calçados e artefatos (Decreto Federal n. 7.601, de 07 de novembro de 2011).<sup>30</sup>

Toda esta preocupação do Estado Brasileiro na regulação estatal por intermédio do contrato administrativo encontra amparo na Constituição da República de 1988. Quando se aborda a preocupação estatal no incentivo ao desenvolvimento científico, pesquisa e capacitação tecnológica, alvitra-se do artigo 218 da Constituição que prescreve que “o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas”.

Justificando o caput do artigo 218, a Constituição também preceitua em seus parágrafos: (i) que a pesquisa científica receberá tratamento prioritário do Estado em razão do bem comum e o progresso das ciências; (ii) que a pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional; (iii) que o Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa e tecnologia, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho; e (iv) que a lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que

---

<sup>30</sup> O regime de origem para compras governamentais, para efeitos de aplicação da margem de preferência, está regulamentado em ato infralegal, mais precisamente pela Portaria n.º 279, de 18 de novembro de 2011, subscrita pelo Ministro de Estado do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. A referida portaria, inclusive, preceitua o modelo de declaração a ser apresentado para quem se enquadrar.

praticuem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho.

Para auxiliar na guarida constitucional desta indução estatal, insta recordar do artigo 219 o qual propugna que o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

Luciano Ferraz em precioso artigo leciona a função regulatória da licitação pública enfocando inclusive que as medidas de regulação não precisam ser necessariamente via legislativa, mas também há a plena factibilidade de ocorrer a regulação por meio de “medidas administrativas, todas as vezes que a satisfação do interesse público por meio da licitação (e do contrato) estiver em jogo. A utilização dessas medidas atenderá basicamente a duas finalidades: a) garantia de competição no mercado, estímulo, portanto à concorrência leiga; b) garantia de qualidade nas contratações da administração pública.”<sup>31</sup>

Na mesma esteira, Carlos Pinto Coelho Motta explica sobre a diferença de raciocínio e a interpretação nas finalidades da licitação, visto que “a consciência do momento em que vivemos pleiteia uma nova concepção da licitação, a ser doravante entendida como um procedimento que resguarde o mercado interno – integrante do patrimônio nacional – e que incentive o desenvolvimento cultural e socioeconômico do País, nos termos do art. 219 da Constituição Federal. É um conceito que incorpora a variável de ‘fomento’, decisiva para o tempo econômico atual.”<sup>32</sup>

Fora estes preceitos constitucionais, anuvia-se que toda e qualquer interpretação constitucional no Brasil deve prezar pelos fundamentos e pelos objetivos fundamentais prescritas na Lei Maior. Sob este fluxo, a Constituição estabelece em seu artigo 1º que a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa constituem-se como fundamentos da República Federativa do Brasil, já o artigo 3º galga como objetivos fundamentais, dentre outros, a garantia do desenvolvimento nacional, a promoção do bem de todos sem qualquer preconceito e a

---

<sup>31</sup> FERRAZ, Luciano. FUNÇÃO REGULATÓRIA DA LICITAÇÃO. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 19, ago.set.out., 2009. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br>.> Acesso em 12. jul. 2012, p. 13.

<sup>32</sup> MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos**. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 104.

erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais.

Posto isso, percebe-se claramente que a regulação realizada pela mudança suscitada nos contratos administrativos atende os fundamentos e os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, o que per se caracteriza mais uma ratificação da constitucionalidade de todas as medidas que sejam tomadas neste rumo.

Entrementes, além da margem da preferência, recorda-se que a mesma Lei n. 12.349 incluiu a possibilidade de as contratações com esteio no artigo 24, inciso XXXI (dispensa de licitação), possam ser ajustadas pelo prazo de até 120 (cento e vinte) meses. O inciso XXXI versa sobre contratos com amparo na Lei de Inovação Tecnológica do Brasil (Lei n. 10.973/2004).

No mesmo sentido que se discorreu sobre a intervenção do Estado por indução, não se pode esquecer a intervenção estatal por meio das licitações públicas e contratos sustentáveis. A defesa do meio ambiente, como direito da terceira geração, inclusive possui peculiaridades no âmbito constitucional pátrio, isto porque um tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços de seus processos de elaboração e prestação constitui um princípio da ordem econômica constitucional brasileira (art. 170). Desta maneira, no momento em que se fala de comportamentos estimulados para o respeito ao meio ambiente e de resguardar o impacto ambiental dos objetos licitados, reflete-se a concreção e efetivação da Constituição.<sup>33</sup>

Até porque, o artigo 225 da Lei Maior também prescreve que 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. Nesta diretriz, a necessidade e adequação das licitações brasileiras à sustentabilidade socioambiental é uma medida imprescindível para o respeito e harmonia dos atos infralegais – como é o caso de um instrumento convocatório e de um contrato administrativo – à norma maior de validade do sistema jurídico pátrio.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> Sobre a regulação para o incentivo de condutas que visam à proteção ambiental e práticas de consumo e produção sustentável, vide DROMI, Roberto. **La revolución del desarrollo: innovaciones en la gestión pública**. Buenos Aires, Madrid, México: Ciudad Argentina – Hispania Libros, 2007, p. 114-118.

<sup>34</sup> Não esquecendo dos fundamentos e dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil nos artigos 1º e 3º da Lei Maior que também servem de guarida para a interpretação constitucional desta regulação.

No âmbito brasileiro, sem desconhecer a existência de outros atos normativos importantes para o dever de licitações e contratos administrativos sustentáveis (v. g. Lei n. 6.938/1981, Lei n. 112.187/2009 e Lei n. 12.305/2010), houve a inserção pela Lei n. 12.349/2010 da expressão “promoção do desenvolvimento nacional sustentável” como finalidade da licitação pública no Brasil e a regulamentação no âmbito federal das licitações e contratos sustentáveis pela Instrução Normativa SLTI/MPOG n. 01, de 19 de janeiro de 2010.<sup>35 36</sup>

Neste ano de 2012, o Governo Federal publicou o Decreto n. 7.746, de 05 de junho de 2012 que regulamenta o art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para estabelecer critérios, práticas e diretrizes gerais para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável por meio das contratações realizadas pela administração pública federal direta, autárquica e fundacional e pelas empresas estatais dependentes, e institui a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública – CISAP. Nos termos do Decreto nº 7.746, a administração pública federal direta, autárquica e fundacional e as empresas estatais dependentes poderão adquirir bens e contratar serviços e obras considerando critérios e práticas de sustentabilidade objetivamente definidos no instrumento convocatório, sendo que a adoção de critérios e práticas de sustentabilidade, com especificação técnica do objeto ou como obrigação da contratada, deverá ser justificada nos autos e preservar o caráter competitivo do certame.

Além disso, o Governo Federal ressaltou que são diretrizes de sustentabilidade, entre outras: (i) menor impacto sobre recursos naturais como flora, fauna, ar, solo e água; (ii) preferência para materiais, tecnologias e matérias-primas de origem local; (iii) maior eficiência na utilização de recursos naturais como água e energia; (iv) maior geração de empregos, preferencialmente com mão de obra local; (v) maior vida útil e menor custo de manutenção do bem e da obra; (vi) uso de inovações que reduzam a

---

<sup>35</sup> Convém observar que existiam diversos decretos e regulamentações estaduais que já disciplinavam ou inseriam algumas ferramentas para colimar a sustentabilidade das contratações públicas no Brasil. Por exemplo, Lei do Estado de São Paulo n. 11.878, de 19 de janeiro de 2005, Decreto Estadual do Paraná n. 6.2.52/2006, etc..

<sup>36</sup> Sobre a função social da licitação pública e o desenvolvimento sustentável, vide: FERREIRA, Daniel. Função Social da licitação pública: o desenvolvimento nacional sustentável (*no e do* Brasil, antes e depois da MP 495/2010). In: **Fórum de contratação e gestão pública – FCGP**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, ano 9, n. 107 nov. p. 49-64. Ademais, rememora-se da passagem de Jacques Chevallier que: “O conceito de desenvolvimento sustentável (sustainability) significa que o crescimento econômico não poderá se fazer em detrimento do ecossistema: o meio ambiente é considerado doravante como um ‘patrimônio comum’, que convém salvaguardar para o bem-estar das gerações presentes e futuras; a consolidação do direito internacional do meio ambiente traduziu um reequilíbrio do direito da globalização.” (CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 41).

pressão sobre recursos naturais; e (vii) origem ambientalmente regular dos recursos naturais utilizados nos bens, serviços e obras.

Como se verifica a regulação estatal via contratos administrativos tem demonstrado a sua incidência e a sua necessidade para que os próprios comandos constitucionais possam ser efetivados, mormente no aspecto de fomento (indução) de determinadas atividades que sejam de manifesto interesse público.<sup>37</sup>

Como muito bem ministrado por Floriano de Azevedo Marques Neto, a regulação é “imperativa sempre que a capacidade dos atores econômicos ou põe em risco um valor de natureza coletiva (o meio ambiente, o uso de um bem escasso, um serviço de relevância social), ou se mostra insuficiente para se atingir uma finalidade de interesse geral da coletividade (a universalização de um serviço, a acessibilidade de uma comodidade, o incremento da competição, a satisfação dos usuários de um bem essencial, etc..).”<sup>38</sup> Até porque, Chevallier pontua que “o novo papel desempenhado pelo Estado na economia não se reduz, no entanto, a uma simples função de regulação: ele se traduz também por uma intervenção ativa no jogo econômico, tomando em conta o contexto de interdependência ligado ao processo de globalização.”<sup>39</sup>

Ante o breve arrazoado para que se possa refletir os meios e instrumentos utilizados pelo Estado Brasileiro para a regulação estatal, principalmente via contratos administrativos, deve-se lembrar sempre que o Estado na busca do desenvolvimento deverá efetivar, com a devida cautela e planejamento, todas as medidas possíveis e existentes no sistema jurídico para o alcance e satisfação do interesse público.<sup>40</sup>

---

<sup>37</sup> Além destas medidas, lembra-se da intervenção estatal nos contratos administrativos pela Lei Complementar n. 123 a qual concede um tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte. Sobre este estímulo à contratação de microempresas e empresas de pequeno porte na América do Sul, vide a obra **Segurança jurídica: os aspectos políticos, legais e econômicos no Brasil e na América do Sul**. São Paulo: FIESP, 2010.

<sup>38</sup> MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 04, nov/dez 2005, jan. 2006. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br>.> Acesso em 17., jul. 2012, p. 13.

<sup>39</sup> CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 73.

<sup>40</sup> O planejamento é fator indispensável para o sucesso do Estado em suas missões, razão pela qual Daniel Gómez manifesta-se que “la planeación y la programación son factores de trascendencia e importancia en la administración puesto que establecen las líneas de política y las acciones concretas que el gobierno debe realizar para satisfacer las necesidades colectivas.” (GÓMEZ, Daniel Márquez. **Calidad en la Administración Pública**. México: Fondo Editorial Jurídico, 2007, p. 15.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**. 10. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004.

\_\_\_\_\_ **La revolución del desarrollo: inovaciones en la gestión pública**. Buenos Aires, Madrid, México: Ciudad Argentina – Hispania Libros, 2007.

FERRAZ, Luciano. FUNÇÃO REGULATÓRIA DA LICITAÇÃO. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 19, ago.set.out., 2009. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br>.> Acesso em 12. jul. 2012, p. 13.

FERREIRA, Daniel. Função Social da licitação pública: o desenvolvimento nacional sustentável (*no e do Brasil, antes e depois da MP 495/2010*). In: **Fórum de contratação e gestão pública – FCGP**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, ano 9, n. 107 nov. p. 49-64.

GÓMEZ, Daniel Márquez. **Calidad en la Administración Pública**. México: Fondo Editorial Jurídico, 2007.

GONÇALVES, Pedro Antonio Pimenta da. **Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas**. Coimbra: Edições Almedina, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 04, nov/dez 2005, jan. 2006. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br>.> Acesso em 17., jul. 2012.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Célia Cunha. **O fomento da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos**. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A arbitragem e as parcerias públicos-privadas. In. SUNDFELD, Carlos Ari. (Org) **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 567-606.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito Administrativo Democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006.

ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. **Terceiro Setor**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Almiro do Couto e. Notas sobre o conceito de ato administrativo. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela e OSÓRIO, Fábio Medina (Coords.). **Direito administrativo – Estudos em homenagem a Diogo Figueiredo Moreira Neto**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 271-292.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003

VILLANUEVA, Luis F. Aguilar. **Gobernanza e gestión pública**. México: FCE, 2006.

WALD, Arnoldo; MORAIS, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. **O direito de parceria e a nova lei de concessões**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.