

**Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP  
Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito  
Público**

**RODRIGO FERREIRA DIAS**

**Princípios da Legalidade e da Eficiência  
Consustanciada na Inexigibilidade de  
Licitação em Contraponto com Função de  
Fomento Estatal**

**BRASÍLIA - DF  
2009**

Rodrigo Ferreira Dias. Princípios da Legalidade e da Eficiência Consubstanciada na Inexigibilidade de Licitação em Contraponto com Função de Fomento Estatal.

**RODRIGO FERREIRA DIAS**



# **Princípios da Legalidade e da Eficiência Consubstanciada na Inexigibilidade de Licitação em Contraponto com Função de Fomento Estatal**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público, no curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

Orientadora: Professora Julia Maurmann Ximenes

BRASÍLIA - DF  
2009

**RODRIGO FERREIRA DIAS**



## **Princípios da Legalidade e da Eficiência Consubstanciada na Inexigibilidade de Licitação em Contraponto com Função de Fomento Estatal**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público, no curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_, com menção \_\_\_\_\_ (\_\_\_\_\_).

Banca Examinadora:

---

Presidente: Prof.

---

Integrante: Prof.

---

Integrante: Prof.

**RESUMO**



O trabalho que se segue tem como objetivo saber se é possível ou não a realização de procedimento licitatório quando ocorrer alguma das hipóteses previstas no artigo 25 - inexigibilidade de licitação - da Lei nº 8.666/93, também conhecida com lei geral das licitações ou estatuto das licitações, que se consubstancia na concreção do princípio constitucional da legalidade e do princípio constitucional da eficiência em contraponto com a função de fomento público ínsita a atividade estatal previsto de igual forma no texto da Constituição Federal, para se alcançar tal escopo foi utilizado como método de pesquisa a leitura de artigos, periódicos, livros e jurisprudência, de Direito Administrativo, Econômico e Constitucional, buscando definir o que é o Princípio da Legalidade, sua aplicação à Administração Pública, o Princípio da Eficiência, que também se manifesta quando da dispensa da licitação por ser esta inexigível, a Função de Fomento Estatal suas formas e suas classificações, bem como expor no que consiste o instituto da Ponderação e sua aplicação, para de posse de todos estes dados, enfim realizar a ponderação entre o princípio da legalidade, do princípio da eficiência e do função de fomento público e concluir pela possibilidade da realização da licitação, mesmo quando se estiver diante de situações que se enquadrem nas hipóteses previstas na lei de licitações como inexigível, quando esta for realizada com intuito de fomentar determinada atividade econômica.

Palavras-chave: *Princípios da legalidade e eficiência*. Inexigibilidade de Licitação. Fomento Público. Ponderação. Possibilidade.

## SUMÁRIO



INTRODUÇÃO.....	7
1. LICITAÇÃO.....	12
1.1. CONCEITO E FINALIDADE.....	12
1.2. DOS PRINCÍPIOS.....	13
1.2.1. DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	14
1.2.2. DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA.....	16
1.3. DA LICITAÇÃO INEXIGÍVEL.....	17
2. DA FUNÇÃO DE FOMENTO.....	25
2.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	25
2.2. CLASSIFICAÇÃO E FORMAS.....	29
3. DA PONDERAÇÃO.....	37
3.1. DA PONDERAÇÃO.....	37
3.2. DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO E O FOMENTO PÚBLICO.....	44
CONCLUSÃO.....	47
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	50

## **INTRODUÇÃO**



O presente trabalho monográfico abordará os princípios constitucionais que se aplicam à licitação, em especial a legalidade e a eficiência e a função de fomento estatal.

O interesse pelo tema surgiu após a conjugação de vários fatos que foram ocorrendo ao longo da minha vida acadêmica e profissional, dentre eles, podem se destacar a iniciação ao Direito Administrativo nas aulas da disciplina na Universidade Cândido Mendes – Centro, passando pela realização do Trabalho de Conclusão de Curso, monografia, neste ramo do direito, o estágio profissional prestado perante a Procuradoria do Município do Rio de Janeiro, e a atuação no cargo de Advogado da União, junto à Advocacia-Geral da União.

Quando da apresentação da monografia, fui indagado pelo orientador sobre a possibilidade de se realizar uma licitação frente à inexigibilidade da mesma, prevista no art. 25 da Lei nº 8.666/93, tendo em contra o princípio da legalidade que se encontra no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, e a Função de Fomento, que é ínsita à atuação estatal.

Em que pese à pergunta não fosse relevante para a colação de grau ao trabalho apresentado, nas próprias palavras do orientador, não passava de uma pergunta aberta, sem resposta correta ou errada, mas tão somente pelo prazer do debate e pensamento acadêmico, respondi conservadoramente, afirmando não ser possível a realização de procedimento licitatório, frente à observância obrigatória e adstrita que à Administração Pública deve ter ao Princípio da Legalidade, e por essa razão em que pese o Fomento seja uma das Funções Estatais, o estatuto licitatório previa que em determinadas hipóteses a realização do procedimento era inexigível, portanto, inviável a realização do certame.

Contudo, esta indagação continuou a povoar o pensamento, e foi ainda mais aguçada durante a realização da Pós-Graduação em Direito Público, realizada no Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, uma vez que no transcorrer do curso, foram abordadas diversas disciplinas do saber, que contribuíram para lançar luz àquela indagação da época da Graduação, e que agora parece apropriado, decorrido alguns anos, que contribuíram para o amadurecimento e sedimentação do conhecimento, aliado a experiência profissional, o estudo mais aprofundado do assunto, para elucidá-la.

O assunto como se vê é da maior importância, pois trata da vida diária da Administração Pública, frente a situações que exigem do administrador uma postura corretamente técnica e juridicamente plausível e defensável, eis que a mesma pode vir a ser questionada judicialmente e inclusive resultar na responsabilização do mesmo por ato lesivo ao patrimônio público, assim, o presente trabalho tem como escopo a apresentação do tema, bem como apontar solução ao caso quando este se apresentar ao administrador público.

Para tanto, será realizado um estudo de autores do Direito Administrativo, Econômico e Constitucional, buscando definir o que é o Princípio da Legalidade, sua aplicação à Administração Pública, o Princípio da Eficiência, que também se manifesta quando da dispensa da licitação por ser esta inexigível, a Função de Fomento Estatal.

Isto porque, somente é dado a Administração fazer o que a lei permite, ao mesmo tempo, tem que procurar a melhor prestadora de serviço ou bem pelo menor preço, daí existir uma impossibilidade de realizar o procedimento licitatório quando houver umas das hipóteses previstas no art. 25 da Lei nº 8666/93 (Lei de Licitações).

De outro lado, é função do Estado fomentar, incentivar a atividade econômica em suas várias acepções (industrial, comercial, serviços, etc.), através das múltiplas formas de atuação que possui.

E é justamente deste conjunto de princípios e da função a que o Estado está vinculado que surge a indagação de que será possível a realização de licitação, mesmo dentro de umas das hipóteses do art. 25 da Lei nº 8666/93, para promover o fomento de uma determinada atividade econômica?

Para alcançar tal objetivo é possível à mitigação de princípios constitucionais para se alcançar assim, a finalidade esperada pela função fomentadora, também determinada pela Carta Magna, ou seja, essa mitigação à legalidade é cabível para ao fim se alcançar o fomento público?

Tendo de um lado a legalidade, princípio basilar de todo o ordenamento jurídico vigente, e que assegura um dos valores, senão o valor mais precioso do mundo contemporâneo – segurança jurídica, e a eficiência, eis que num panorama em que os recursos são escassos e limitados, deve-se procurar a otimização da aplicação dos mesmos.

E de outro lado, a função de incentivar a atividade econômica, seja para trazer o desenvolvimento ao Estado, da sociedade, seja para melhorar as condições de vida e prestação de serviço, ou seja, até mesmo utilizado como meio de se superar e crises econômicas, através de incentivo de atividades que além de gerarem empregos, e rendas, geram também impostos que acabam por viabilizar essas políticas públicas.

Para tanto, de início, para situar a incidência dos princípios frente à função de fomento do Estado, será feita uma abordagem do que é a inexigibilidade de licitação, bem como a sua finalidade, usando para a elucidação o dispositivo esculpido no art. 25 da Lei nº 8.666/93 (Estatuto das Licitações), que não encerra em si mesmo todas as hipóteses de inexigibilidade.

Após essa contextualização, verificar-se-á em que consiste o Princípio da Legalidade, que está previsto na Constituição Federal que em seu art. 37, *caput*, princípio este, que é basilar para todo o ordenamento jurídico.

Superada a análise e considerações sobre o princípio da legalidade, será analisado o princípio da eficiência.

Princípio este que não constava da redação original da Constituição Federal de 1988, mais que foi introduzido no ordenamento jurídico pátrio vigente, através da Emenda Constitucional nº 19/98, buscando-se conferir ao administrado direitos de serviços prestados pela Administração Pública aos administrados.

Desta forma, dentro desta concepção de prestar o melhor serviço, gerir da melhor maneira possível os recursos públicos, racionalizando o emprego dos mesmos, que vem o referido princípio no bojo da reforma administrativa realizada em 1998, pois não era possível mais se continuar com os ranços e mazelas que acabaram, infelizmente, por marcar o serviço prestado e contratado pela Administração.

E por fim se analisará a Função de Fomento do Estado, o que vem a ser essa função de fomento.

Essa função pouco estudada pela doutrina, mas de extrema importância para a sociedade, em especial nos momentos de crise, como os que agora assolam aos países ao redor do mundo, inclusive o Brasil.

Assim analisar-se na verdade as formas de intervenção do Estado na ordem econômica, sobre tudo na sua função fomentadora, ou incentivadora.

Isto porque o Estado ao atuar na atividade econômica, pode e deve tomar de uso todas as medidas possíveis e legítimas para implantar políticas públicas, e com isto incentivar determinada atividade, o que contemporaneamente e futuramente, servirá para minimiza ou até mesmo para acabar com ciclos de crise econômicas, a exemplo do plano adotado pelo Governo dos Estados Unidos da América, quando para sair da grande depressão implementou a política do *new deal*, como forma de incentivo a determinados segmentos, contribuindo, desta forma para a superação do difícil momento até então vivido.

Ou em outras palavras, o Estado lança mão de série de incentivos para incentivar o desenvolvimento de determinada atividade, sejam através de mecanismos protecionistas, seja através de qualquer outra política deliberada de incentivos, ou fomento.

Contudo, para abordar todos estes assuntos acima mencionados, o presente trabalho conterà quatro capítulos, além desta introdução e das referências bibliográficas.

O primeiro capítulo se destinará a abordar, comentar, conceituar o que vem a ser licitação, os princípios da legalidade e eficiência, bem como apontar e explicar o que vem a ser a inexigibilidade de licitação, uma vez que a questão da aplicação e observância dos princípios passa por saber se esta pode ou não ser mitigada.

O segundo capítulo se destinará ao estudo da função de fomento, suas formas, conceito, aspectos, criação e aplicação.

O terceiro capítulo trará o cotejamento entre os capítulos um e dois, fazendo uma ponderação entre os valores que emanam dos princípios e da função fomentadora ínsita do estado.

Por fim, na conclusão haverá a resposta à pergunta que ensejou a escolha do presente tema “É possível realizar licitação, levando-se em conta a função de fomento do Estado, mesmo diante da hipótese de inexigibilidade de licitação, uma vez que deve a Administração pautar-se pela legalidade e a eficiência dos seus atos?”.

## **1. DA LICITAÇÃO**

Como mencionado na introdução, neste capítulo abordaremos no que consiste a licitação, a incidência dos princípios da legalidade e da eficiência bem como o que é a inexigibilidade de licitação.

### **1.1. conceito e finalidade**

Licitação, segundo Marcos Juruena Villela Souto<sup>1</sup>:

é procedimento administrativo através do qual a Administração seleciona, por meio de habilitação de proponentes e julgamento objetivo de propostas, candidatos que com ela estão aptos a celebrar contratos ou a tornarem-se permissionários de serviços públicos ou do uso de bens públicos.

O professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>2</sup> ensina que “licitação é um processo administrativo vinculado, destinado a selecionar o interessado que proponha contratar nas melhores condições para a Administração”.

Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>3</sup>:

Licitação é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas.

Toshio Mukai<sup>4</sup> entende que licitação significa:

Um cotejo de ofertas (propostas), feitas pelos particulares ao Poder Público, visando à execução de uma obra pública, a prestação de um serviço, um fornecimento, ou mesmo uma alienação pela Administração, donde se há de escolher aquela (proposta) que maior vantagem oferecer, mediante um procedimento administrativo regrado, que proporcione tratamento igualitário aos proponentes, findo o qual poderá ser contratado aquele que oferecer a melhor proposta.

Vejamos ainda o entendimento do professor José dos Santos Carvalho Filho<sup>5</sup>, onde licitação é o “procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre ofertas oferecidas pelos vários interessados”.

No mesmo sentido Hely Lopes Meireles<sup>6</sup> afirma que “licitação é o procedimento administrativo mediante pelo qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato do seu interesse”.

Portanto, após observar diversos ensinamentos, pode-se conceituar licitação como procedimento administrativo, preparatório, que a Administração

---

<sup>1</sup> - SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Licitações Contratos Administrativos*, 3ª ed. 2ª tiragem, Rio de Janeiro: Editora Esplanada, 2001, p. 23.

<sup>2</sup> - MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*, 12ª ed., Rio de Janeiro: editora Forense, 2001, p.174.

<sup>3</sup> - MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 13ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 469.

<sup>4</sup> - MUKAI, Toshio. *Direito Administrativo Sistematizado*, São Paulo: Editora Saraiva, 1999, p. 253.

<sup>5</sup> - CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 9ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Jures, 2002, p. 194.

<sup>6</sup> - MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 254.

realiza para celebrar um contrato com o vencedor deste procedimento, após analisar qual a proposta mais vantajosa aos seus interesses, mas que não gera ao vencedor direito subjetivo ao contrato, mais apenas tão somente a expectativa de direito de celebrá-lo.

E tem por finalidade conforme o *caput* do art.3º da Lei 8.666/93<sup>7</sup>:

art.3º “A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.”.

Possibilitando, assim, as entidades governamentais a contratarem a proposta mais vantajosa e assegurar aos administrados a possibilidade de participarem de negócios jurídicos com a Administração.

Isto é possível, eis que a licitação é anterior à celebração do contrato entre a Administração e o vencedor desta.

Cumprindo ainda ressaltar, que tem o procedimento licitatório a finalidade última, a de realizar o objeto pretendido.

## 1.2 dos princípios

Antes de adentrarmos nos princípios, melhor é definir o que é um princípio. Para isso, utilizamos o ensinamento do professor Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>8</sup>, que definiu:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Celso Ribeiro Bastos<sup>9</sup> expressa sua opinião no sentido de que os “princípios constituem idéias gerais e abstratas, que expressam em maior ou menor escala todas as normas que compõe a seara do direito”.

<sup>7</sup> - BRASIL. Lei n.º 8.666/1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm)>. Acesso em 02/05/2009, 19h32H.

<sup>8</sup> - MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 13ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 771/772.

Segundo José Creatella Junior<sup>10</sup> “princípio é toda preposição, pressuposto de um sistema, que lhe garante validade, legitimando-o. “O princípio é ponto de referência de uma série de preposições, corolário da primeira preposição, premissa do sistema.”.

Pode-se, portanto, definir princípio como mandamento nuclear de um sistema, composto por idéias gerais e abstratas que legitimam e garantem o sistema.

### 1.2.1 do princípio da legalidade

Pode-se considerar o princípio da legalidade como basilar de toda a atividade administrativa. Significa que o administrador tem que cingir ao que a Lei impõe. Na licitação, este princípio, impõe ao administrador observar as regras que a Lei traçou para o procedimento. É a aplicação do devido processo legal, segundo o qual a Administração escolhe a modalidade certa; que seja clara quanto eventuais aos critérios subjetivos; enfim, que se disponha a alcançar os objetivos colimados, seguindo os passos dos mandamentos legais<sup>11</sup>.

Celso Antonio Banderia de Mello<sup>12</sup> diz que:

O princípio da legalidade está concreto no art. 4º<sup>13</sup>, em rigor, podem alegar tal direito ‘todos quantos participem da licitação’, mas todos quantos queiram dela participar e aos quais seja indevidamente negado o acesso, por violação dos princípios e normas que devem presidi-la.

Dispõe ainda Marcos Juruena Villela Souto<sup>14</sup>, que:

A licitação deve atender ao Princípio da Legalidade, traçando-se, na lei, o procedimento a ser adotada, a hipótese de sua obrigatoriedade

---

<sup>9</sup> - BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Editora Saraiva, 1994, p. 23.

<sup>10</sup> - CREATELLA JUNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*, 7ª ed., Revista e atualizada, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983, p.14.

<sup>11</sup> - CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 9ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Jures, 2002, p. 200.

<sup>12</sup> - MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 13ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 447.

<sup>13</sup> - art. 4º “todos quantos participem da licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art.1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta Lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.”

<sup>14</sup> - SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Licitações Contratos Administrativos*, 3ª ed. 2ª tiragem, Rio de Janeiro: Editora Esplanada, 2001, p. 30.

e dispensam, os direitos dos licitantes, as modalidades de licitação e os princípios para contratação. Esclareça-se que a legalidade administrativa mencionada no art.37 da Constituição Federal decifre daquela numerada no art.5º, II da Lei Maior; enquanto este garante ao particular agir sempre que a Lei não proíba, aquela impõe Administração só agir quando a Lei assim o permite.

Portanto, deve a Administração observar os preceitos estabelecidos em Lei, pois só está autorizada a realizar o que a Lei lhe permite e, violar algum dispositivo legal, algum princípio legal, incorre a Administração em ilegalidade, sendo nulo todo ato. Logo, para ter seus atos válidos é importante atender ao que a lei diz.

Neste mesmo sentido ensina o professor Gilmar Ferreira Mendes<sup>15</sup> que:

A supremacia da lei expressa a vinculação da Administração ao Direito, o postulado de que o ato administrativo que contraria a lei é inválido. O princípio da reserva legal exige que qualquer intervenção na esfera individual (restrições ao direito de liberdade ou ao direito de propriedade) seja autorizada por lei.

Por último, ainda neste aspecto da legalidade, vale lembrar que a legalidade tem conotação diferente para o particular e para a Administração Pública, para aquele, o princípio da legalidade significa poder fazer tudo que não lhe seja proibido, para esta, apenas pode fazer o que for permitido pela legislação.

### **1.2.2 do princípio da eficiência**

Este princípio foi introduzido ao *caput* do art. 37 da Carta Constitucional com o advento da Emenda Constitucional - EC nº 19/98.

Frente à morosidade e má qualidade do serviço público ofertado à sociedade, o legislador, criou este dever de presta serviços de boa qualidade à população pelo menor custo, por meio deste princípio a ser observado pela Administração Pública.

Neste sentido o Gilmar Ferreira Mendes<sup>16</sup> expõe

---

<sup>15</sup> - MENDES. Gilmar Ferreira; COELHO. Inocêncio Mártires; BRANCO. Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.785.

<sup>16</sup> - MENDES. Gilmar Ferreira; COELHO. Inocêncio Mártires; BRANCO. Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.788.

esse princípio consubstancia a exigência de que os gestores da coisa pública não economizem esforços no desempenho dos seus encargos, de modo a otimizar o emprego dos recursos que a sociedade destina para a satisfação das suas múltiplas necessidades; numa palavra, que pratiquem a “boa administração”, de que falam os publicistas italianos.

Nos Estados burocrático-cartoriais, o princípio da eficiência configura um brado de alerta, uma advertência mesmo, contra os vícios da máquina administrativa, sabidamente tendente a privilegiar-se, na medida em que sobrevaloriza os meios em que, afinal, ela consiste, sacrificando os fins, em razão e a serviço dos quais vem a ser instituída.

Assim, o que se almeja na verdade é uma maior racionalização e melhor prestação do serviço estatal, aumentando a produtividade, sem, contudo, significar no aumento das despesas.

Marçal Justen Filho leciona ao aplicar o referido princípio sob o prisma do procedimento licitatório que “O ideal vislumbrado pelo legislador é, por via da licitação, conduzir a Administração a realizar o melhor contrato possível: obter a maior qualidade, pagando o menor preço.” .<sup>17</sup>

Importante ainda observar que o princípio não se aplica apenas aos serviços a serem prestados aos administrados, o mesmo se aplica a própria Administração, através da procura de meios mais modernos e eficientes para a execução das atividades administrativas.

Por fim merece destaque a introdução a recente introdução do princípio da eficiência, ainda que não expressamente, no que se refere aos processos judiciais, realizada pela EC nº 45/2004 que dispõe que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”.

Luís Roberto Barroso<sup>18</sup> definiu razoabilidade como o que corresponde ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar.

Em que pese à utilização de razoável, é inegável que quis o legislador constituinte reformador alcançar e ater-se ao princípio da eficiência.

Coaduna este pensamento Jose dos Santos Carvalho Filho<sup>19</sup> que expõe

O novo mandamento, cuja feição é a de direito fundamental, tem por conteúdo o princípio da eficiência no que se refere ao acesso à justiça e estampa inegável reação contra a insatisfação da sociedade

---

<sup>17</sup> - JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 63.

<sup>18</sup> - BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 1ªed., São Paulo: Saraiva, 1996, p. 205.

<sup>19</sup> - CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 19ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Jures, 2008, p. 25.

pela excessiva demora dos processos, praticamente tornando inócuo o princípio do acesso à justiça para enfrentar lesões ou ameaças de lesões a direito (art. 5º, XXXV, CF).

### 1.3 da licitação inexigível

A Lei 8666/93 estabeleceu em seu artigo 25 o caso em que a licitação é inexigível.

Assim dispõe o mencionado dispositivo “É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:”.

É inexigível a licitação quando houver a impossibilidade de competição.

O rol deste artigo, diferentemente da licitação dispensada, é exemplificativo, podendo o administrador usar de analogia e interpretação extensiva.

No mesmo sentido *Celso Antonio Bandeira de Mello*<sup>20</sup> menciona que:

Cumpra salientar que a relação dos casos de inexigibilidade *não é exaustiva*. Com efeito, o art. 25 refere que a licitação é inexigível *quando inviável* a competição. E apenas destaca algumas hipóteses. Por isto disse, em seguida: ‘especialmente quando (...)’. Em suma: o que os incisos I a III do art.25 estabelecem é, simplesmente, uma prévia e já resolvida indicação de hipóteses nas quais ficam antecipadas situações características de inviabilidade, nos termos ali enumerados, *sem exclusão de casos não catalogados, mas igualmente possíveis*.

Importante observação faz Marçal Justen Filho<sup>21</sup> quando analisa a diferença entre inexigibilidade e dispensa onde

A inexigibilidade é um conceito logicamente anterior ao dispensa. Naquela, a licitação não é instaurada por inviabilidade de competição. Vale dizer, instaurar a licitação em caso de dispensa significa deixar de obter uma proposta ou obter proposta inadequada. Na dispensa, a competição é inviável e, teoricamente, a licitação poderia ser promovida. Não o é porque, diante das circunstâncias, a Lei reputa que a licitação poderia conduzir à seleção de solução que não seria a melhor, tendo em vista circunstâncias peculiares.

Em suma a inexigibilidade é uma imposição da realidade extranormativa, enquanto a dispensa é uma criação legislativa.

---

<sup>20</sup> - MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 13ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 489.

<sup>21</sup> - JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 340.

Esta impossibilidade de competição deriva de duas espécies que dizem respeito às características do sujeito a ser contratado ou ainda relacionado ao objeto a ser contratado.

O primeiro caso a competição é inviável, pois somente há um sujeito, aqui pouco importa o objeto do contrato.

Diferentemente, no segundo pode haver vários sujeitos desempenhando a atividade, o problema aqui diz respeito a natureza do objeto a ser executado, da peculiaridade quanto ao desempenho desejado.

O inciso I do artigo 25 da Lei de licitações dispõe

I – para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

Fornecedor exclusivo, a exclusividade pode ser: absoluta, que ocorre quando só há um produtor ou representante comercial exclusivo no país; e relativa, quando a exclusividade se dá apenas na praça em relação a qual vai haver a aquisição do bem<sup>22</sup>.

Outra hipótese dentro da exclusividade absoluta é aventada por Marçal Justen Filho<sup>23</sup> quando lembra o renomado autor, sobre a existência de a necessidade da Administração ir de encontro com produto que por sua especificidade somente pode ser atendida por um único fornecedor, ao qual pedimos *venia* para aqui transcrever a lição.

Alternativa bastante peculiar é da ausência absoluta de pluralidade. São os casos em que o conhecimento tecnológico gerou uma única via de atendimento a certa necessidade. Essa alternativa tanto pode compreender casos em que haja tutela pelo Direito como casos em que a situação é meramente fática. Haverá hipóteses em que a única alternativa disponível está tutelada por privilégio de exclusividade, segundo as regras de propriedade imaterial (direitos autorais, direitos de propriedade industrial). Suponha-se a necessidade de adquirir um certo equipamento que está tutelado por patente de invenção. É óbvio que o Estado não poderá adquirir produto equivalente, fornecido irregularmente por quem não é titular de direitos de comercialização. Mas a ausência de direito de exclusividade não elimina a inviabilidade de competição quando se caracteriza a mera circunstância fática de ausência de outro sujeito em condições de produzir objeto equivalente.

Ressalte-se que a inviabilidade de competição ocorre quando existir um único sujeito em condições de fornecer.

---

<sup>22</sup> - GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, 2ªed., São Paulo: Saraiva, 1992, p. 326.

<sup>23</sup> - JUSTEN FILHO. Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 344/345.

O conceito de praça varia de acordo com a modalidade. Por isso é importante destacar a noção de praça.

Quando a modalidade é *convite*, praça considerar-se-á a exclusividade na localidade da futura contratação; na modalidade *tomada de preços* levar-se-á em consideração a exclusividade no registro cadastral; e se for *concorrência*, exclusivo é o que for único no País<sup>24</sup>.

E se houver fornecedor em outro País, estará a Administração obrigada a licitar? Esta questão é pouco debatida na doutrina, pelo que nos baseamos novamente no entendimento do professor Marçal Justen Filho<sup>25</sup>:

Usualmente, a escolha entre licitação nacional e internacional é visualizada como “ato político”, tal como se passa com todas as manifestações estatais no âmbito do concerto das Nações. Parece-me impossível, no atual estado de pensamento jurídico nacional, determinar uma resposta abrangente para a dúvida sobre o tema. A decisão de contratar com inexigibilidade de licitação o fornecedor nacional único, havendo pluralidade de alternativas no mercado externo, afigura-se válida a depender das circunstâncias e motivos. Deverá ter-se em mente, o princípio da razoabilidade e a preocupação com os princípios fundamentais que norteiam a atividade administrativa. Isso significa que a resposta dependerá, em grande parte, da dimensão econômica da contratação.

A expressão ‘vedada preferência de marca’ comporta exceção, admite-se preferência em três casos: 1) necessidade de padronização; 2) necessidade de continuidade de uso da marca anterior; 3) nova marca mais conveniente, todas evidentemente justificadas pela necessidade da Administração.

No mesmo sentido *José dos Santos Carvalho Filho*<sup>26</sup> adota o mesmo posicionamento no tocante a preferência.

Não há reprovação à utilização da marca como meio de identificação de um objeto escolhido por suas qualificações ou propriedades. O produto deve ser avaliado objetivamente pela Administração, podendo se valer da marca como forma de identificação do objeto escolhido, devendo, contudo, a identificação ter sido feita com base em características pertinentes do próprio objeto.

Em verdade o que se proíbe é a influência da escolha do produto pela publicidade de uma determinada marca. Desta forma o que é vedado é a

---

<sup>24</sup> - GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, 2ªed., São Paulo: Saraiva, 1992, p. 326.

<sup>25</sup> - JUSTEN FILHO. Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 347.

<sup>26</sup> - CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 9ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lúmen Jures, 2002, p. 213.

escolha imotivada ou lastreada em *marketing*, que hodiernamente é muito eficiente.

Pode-se concluir desta forma que a marca pode ser utilizada como elemento acessório, como uma característica específica do produto que levou sua escolha, sendo terminantemente vedado a escolha pela marca.

Importante ainda destacar que qualquer escolha feita pela Administração dentro das hipóteses acima mencionadas deve ser justificada previamente por ela.

Neste mesmo sentido já decidiu o Tribunal de Contas da União consubstanciado no Acórdão nº 636/2006<sup>27</sup>, Plenário, Relator Ministro Valmir Campelo, *verbis*:

PRESTAÇÃO DE CONTAS ORDINÁRIA. IRREGULARIDADES NA APLICAÇÃO DE RECURSOS. INEXIGIBILIDADE INDEVIDA DE LICITAÇÃO. INDICAÇÃO DE MARCA. AUSÊNCIA DE PROJETO BÁSICO E DE COMPROVAÇÃO DA NECESSIDADE E OPORTUNIDADE DO CONTRATO. PAGAMENTO ANTECIPADO. SOLIDARIEDADE DA EMPRESA CONTRATADA. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTA. AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA PARA A PRÁTICA DO ATO. CONTAS REGULARES COM RESSALVA.

1. Julgam-se irregulares as contas e em débito os responsáveis, com aplicação individual de multa, em face da ausência de licitação para a contratação de serviços de consultoria e desenvolvimento, indicação de marca, ausência de projeto básico e da comprovação da necessidade e oportunidade do contrato, insuficiência das especificações técnicas e pagamento antecipado.

2. A indicação de marca na licitação deve ser precedida da apresentação de justificativas técnicas que demonstrem, de forma clara e inafastável, que a alternativa adotada é a mais vantajosa e a única que atende às necessidades da Administração.

3. É solidariamente responsável pelo débito apurado a empresa contratada que recebe indevidamente recursos públicos sem a devida contraprestação de serviços.

O inciso II dispões de serviço técnicos de natureza singular e de notória especialização, estes são executados segundo características do próprio executor<sup>28</sup>.

Assim diz o texto:

II – para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, como profissionais ou empresas de

---

<sup>27</sup> - NACIONAL. Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 636/2006 - Plenário. Número Interno do Documento AC-0636-17/06-P. Grupo/Classe/Colegiado Grupo: I / Classe IV / Plenário. Processo: 008.623/2003-9. Natureza Prestação de Contas (exercício de 2002). Entidade: Coordenação Geral de Recursos Logísticos do Ministério dos Transportes - CGRL/MT .Disponível em: < <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em 08/05/2009, às 19:28h.

<sup>28</sup> - CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 9ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lúmen Jures, 2002, p. 214.

notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

Marçal Justen Filho<sup>29</sup> expõe que

É evidente que interessa à Administração a produção de certo resultado, mas a contratação também é norteadada pela concepção de que esse resultado somente poderá ser alcançado se for possível contar com uma capacidade intelectual extraordinária. O que a Administração busca, então, é o desempenho pessoal de ser humano dotado de capacidade especial de aplicar o conhecimento teórico para a solução de problemas do mundo real.

Natureza singular não significa ausência de pluralidade de sujeitos em condições de desempenhar o objeto, é fundamental verificar que a atividade é complexa ou simples, se pode ser comum, padrão ou não.

A natureza singular caracteriza-se como situação anômala, incomum, impossível de ser enfrentada satisfatoriamente por todo e qualquer profissional “especializado”<sup>30</sup>.

Na verdade, estes casos demandam conhecimentos que ultrapassam os conhecimentos de qualquer profissional especializado, devido as complexidades existentes no caso concreto, que acabam por singularizar a natureza do serviço.

Fala ainda o inciso de notória especialização que é definido como o conceito adquirido no campo da especialidade profissional ou empresarial, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica etc...<sup>31</sup>

Ou nos dizeres de Marçal Justen Filho<sup>32</sup>

A notoriedade significa o reconhecimento da qualificação do sujeito por parte da comunidade. Ou seja, trata-se de evitar que a qualificação seja avaliada exclusivamente no âmbito interno da Administração. Não basta a Administração reputar que o sujeito apresenta qualificação pois é necessário que esse juízo seja exercitado pela comunidade. Não se exige notoriedade no tocante ao público em geral, mas que o conjunto dos profissionais de um certo setor reconheça no contratado um sujeito dotado de requisitos de especialização.

O inciso III assim dispõe “para a contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.”.

---

<sup>29</sup> - JUSTEN FILHO. *Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12<sup>a</sup> ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 349.

<sup>30</sup> - JUSTEN FILHO. *Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12<sup>a</sup> ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 350.

<sup>31</sup> - SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Licitações Contratos Administrativos*, 3<sup>a</sup> ed. 2<sup>a</sup> tiragem, Rio de Janeiro: Ed. Esplanada, 2001, p. 145.

<sup>32</sup> - JUSTEN FILHO. *Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12<sup>a</sup> ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 352.

O conceito de consagrado é variável conforme o tempo e o lugar, mas nem por isso deverá ser descartado de eventual contratação.

Contudo deve contar com o conceito de consagrado, que o sujeito apresenta virtudes no desempenho de sua arte, pela opinião pública ou crítica especializada. Isto para evitar contratações arbitrárias e ao bel prazer dos administradores públicos, para tentar impor determinada preferência pessoal.

Assim dispõe o §2º

Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondendo solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

Merece destaque as observações feitas por Marçal Justen Filho<sup>33</sup> sobre a responsabilização aos envolvidos no prejuízo causado ao erário

A Lei reprime o abuso na contratação direta, seja nos casos de inexigibilidade seja naqueles de dispensa. Deve ter-se em vista que a autorização direta não importa liberação para a Administração realizar contratações desastrosas, não vantajosas ou inadequadas. A Administração tem o dever de buscar, sempre, a maior vantagem para a realização dos interesses protegidos pelo Direito. Esse dever não é afastado nos casos de inviabilidade de competição.

Mesmo nos casos de ausência de pluralidade de alternativas, a Administração tem o dever de buscar o melhor contrato possível. Não se justifica uma contratação com valores abusivos simplesmente porque a única alternativa era aquela. Lembre-se da existência de inúmeros institutos orientados à defesa dos fins buscados pelo Estado.

E continua ao comentar a expressão superfaturamento

O vocábulo não apresenta significado jurídico preciso, constituindo-se em terminologia mais encontrada na linguagem jornalística. Supõe-se que o superfaturamento consiste na contratação por valores superiores aos de mercado, prevalecendo-se o particular da situação de contratar com a Administração Pública para estabelecer condições mais onerosas do que as vigentes no mercado privado. Tem de sublinhar-se que somente há reprovabilidade quando ocorrer uma elevação arbitrária de preços. Se existirem motivos econômicos para a elevação dos preços, não se caracteriza superfaturamento.

Neste mesmo sentido pode destacar trecho do Voto do Ministro Augusto Sherman Cavalcanti no acórdão nº 618/2006 do TCU<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> - JUSTEN FILHO. Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 365.

<sup>34</sup> - NACIONAL. Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 618/2006 – Primeira Câmara. Número Interno do Documento AC-0618-08/06-1. Grupo/Classe/Colegiado Grupo: II / Classe II / Primeira Câmara. Processo: 005.991/2000-7. Tomada de Contas Simplificada (exercício de 1999). Entidade: Unidade: 21ª Superintendência da Polícia Rodoviária Federal/RO. Disponível

O superfaturamento não se caracteriza nem como um preço 'falso' nem como um lucro excessivo, mas como uma elevação injustificada do valor para execução de uma certa prestação. Se o particular pratica certos preços, que lhe asseguram lucro elevado, não se caracteriza um superfaturamento se propuser preço equivalente para contratar com o Estado. O problema reside, então, na prática abusiva prejudicial ao Estado, consistente na alteração das condições usuais de negócio e na oneração injustificada dos cofres públicos.

Desta forma, conclui-se que em se caracterizando o superfaturamento responderão solidariamente todos os envolvidos no dano ao erário, ou seja, o administrador e o contratado.

Contudo a responsabilidade do administrador dependerá da comprovação de sua culpa, pela inobservância de seus deveres funcionais.

Observação acerca da inexigibilidade é a contida no art.26 da Lei que expõe sobre o controle das contratações dispensadas ou inexigíveis, onde deverá ser a autoridade superior comunicada para ratificação, como condição de eficácia.

## 2. DA FUNÇÃO DE FOMENTO

### 2.1. considerações iniciais

Como já mencionado na introdução, neste capítulo abordaremos primeiramente o que consiste a função, passando posteriormente a definir o que é fomento, fazendo para tanto, uma abordagem da intervenção do Estado na coletividade.

Ao apreciarmos o tema função podemos iniciar o assunto nos referindo as funções clássicas a elas atribuídas no que se referem à atuação Estatal, que são a legislativa, executiva e judiciária.

A partir desta visão podemos classificar ainda a função com normativa – a que produz norma jurídica, administrativa – que executa as normas jurídicas, e por fim a jurisdicional – que aplica a norma jurídica ao caso concreto litigioso.

Merece destaque a aceção da palavra função a formulada por Renato Alessi, que é noticiado pelo professor Eros Roberto Grau<sup>35</sup>, onde “a partir da noção de *poder estatal*: este, enquanto preordenado às finalidades de interesse coletivo e enquanto objeto de um dever jurídico, constitui uma *função estatal*.”.

Contudo, necessário precisar o sentido da palavra poder. Poder é um atributo de capacitação concedido para se realizar ou impor a realização de determinada coisa.

Quando referido a poder estatal, vê-se o poder político. Desta forma, sendo o Estado um ser politicamente organizado, o poder estatal é a capacitação para a realização dos fins deste ente.

---

<sup>35</sup> - GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e O Direito Pressuposto*. 7ª Ed. Revista e Ampliada. São Paulo: Malheiros Editoras, 2008, p. 236.

Assim, podemos concluir por função estatal o poder conferido para a realização de determinado fim estatal – que sempre é voltado para o atendimento do interesse público e da coletividade.

Neste mesmo sentido Eros Roberto Grau<sup>36</sup> para quem “Entenda-se por *função estatal* a expressão do poder estatal, enquanto preordenado às finalidades de interesse coletivo e objeto de um *dever jurídico* – tomada a expressão poder estatal, então, no seu aspecto *material*.”.

Com vias a realizar os fins que lhe foram colimados, para atender o interesse coletivo, o Estado intervem na coletividade.

Esta interferência se dá de duas formas distintas. Uma quando a intervenção ocorre na esfera da vida privada, caracterizando-se pela imposição de limitações aos direitos individuais; a segunda quando a intervenção ocorre no domínio econômico, caracterizando-se pela repressão ao abuso do poder econômico, dentre outras maneiras, mais sempre visando o interesse da coletividade frente o interesse individual.

A professora Célia Cunha Mello<sup>37</sup> noticia estudo monográfico sobre a Ordem Econômica na Constituição de 1967, de autoria de Seabra Fagundes, que nos ajuda a situar melhor sobre a intervenção estatal na seara econômica.

A intervenção estatal na ordem econômica, em nosso meio, como alhures, suscita objeções, sobretudo do setor empresarial. Há mesmo os que a têm por totalmente nociva e desnecessária. Ela constitui, porém, uma inelutável realidade, no mundo hodierno, podendo dizer-se que praticamente nenhum Estado a desconhece, variando apenas, de uns e outros, e conforme peculiaridades locais, as modalidades e a intensidade do seu processo.

Isto porque sob uma perspectiva histórica, na qual não nos alongaremos, o Estado sempre interviu na vida da sociedade.

Inicialmente, verifica-se essa intervenção com o absolutismo, onde o Rei dotado do poder absoluto intervinha na vida privada ao seu bel prazer.

Posteriormente com a queda do regime absolutista pela revolução francesa, sobretudo pela fortíssima e fundamental influência da burguesia, passou-se de um período de total intervenção para um onde o Estado limitava-se a garantir a ordem pública, a segurança pública e a fiscalização das atividades privadas.

---

<sup>36</sup> - GRAU. Eros Roberto. *O Direito Posto e O Direito Pressuposto*. 7ª Ed. Revista e Ampliada. São Paulo: Malheiros Editoras, 2008, p. 237.

<sup>37</sup> - MELLO. Célia Cunha. *O Fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.2.

Este Estado, também conhecido por Estado Liberal, que acreditava na auto regulação do mercado por leis próprias ou pela mão invisível, mostrou-se um Estado que injusto, e que não atendia aos interesses da maioria da população, uma vez que o mercado livre somente contribuiu para o aumento das desigualdades sociais, e miséria da grande massa populacional.

Passou-se então ao chamado Estado do bem esta social, ou Estado providência ou ainda *welfare State*, onde a intervenção estatal se deu de forma mais presente.

No Brasil, esta intervenção se deu de maneira longe do desejável, eis que empresas públicas foram sendo criadas sem as mínimas condições de concorrerem em igualdade de condições com as congêneres privadas, limitando-se a sugar os já escassos recursos públicos, sem conceder aos contribuintes os retornos desejados.

Surge então o Estado subsidiário, como uma tentativa de se encontrar o meio termo entre o liberalismo e o intervencionismo, que se mostraram ineficazes e incapazes de atender as demandas sociais.

Na busca por resolver esta incongruência de congregar modelos tão distintos entre si, José Alfredo de Oliveira Baracho propõe, conforme expõe Célia Cunha Mello<sup>38</sup>:

A enunciação da idéia de suplência aponta limite teórico, fundado sobre a concepção do homem e da sociedade, vinculados à ação do Estado, não se trata de idéia absolutamente imprecisa dizer que o Estado não deva intervir, a não ser em caso de insuficiência individual ou social. O Estado não tem somente por missão realizar certas tarefas, deve estimular a ação individual em função do interesse geral, notadamente no que concerne à política econômica. A noção de suplência não implica que, exclusivamente, perante grande número de atividades necessárias, os particulares ou os grupos deixem para o Estado tudo o que sua incapacidade ou negligência deixou de executar. Há diferença entre as obras dos particulares e as realizações do Estado, embasadas no interesse geral. O Estado supre não matematicamente, mas qualitativamente.

Neste vai e vem de tendências e modelos o professor João Bosco Leopoldino da Fonseca<sup>39</sup> expõe

A intervenção do Estado no domínio econômico atua de forma “pendular”. A períodos em que se defende intransigentemente o “absentetismo” do Estado na esfera econômica sucedem outros em que se deseje e se exige que o Estado intervenha, e até mesmo atue, no domínio econômico.

---

<sup>38</sup> - MELLO. Célia Cunha. *O Fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.9.

<sup>39</sup> - FONSECA. João Leopoldino da. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 67.

E é justamente esta necessidade de atuar estatal, que justifica o maior interesse do Estado pelas medidas de fomento.

Em que consistiria este fomento? O que é fomento?

Para responder esta pergunta, não há como não fazer uma pequena retrospectiva na história, eis que o seu conceito varia de acordo com a época e ideologia dominante em determinado período.

No período absolutista, numa visão muito rudimentar, pode-se verificar que o monarca na busca da obter algum resultado que lhe agradasse, como forma de fomentar determinados comportamentos, concedia vantagens – honorárias e prêmios – aos súditos, que se adequassem as suas vontades.

Já no Estado liberal, onde se pregava o Estado mínimo, a função de fomento restou mitigada.

Contudo a professora Célia Cunha Mello<sup>40</sup> nos ensina

Sem embargo da mentalidade liberal que impunha uma ação estatal restritiva, revelando certa antipatia pela intervenção do Estado na economia e nas atividades consideradas provadas, verifica-se que o Estado, já naquela época, se preocupava em manter atividades destinadas a promover o desenvolvimento e riqueza nacionais, posições que, ao menos aparentemente, contrariava as idéias liberais.

Deve-se reconhecer, contudo, que a promoção do desenvolvimento e da riqueza nacionais ficou seriamente comprometida em razão do Estado mínimo, largamente difundida naquela época.

E conclui “No contexto traçado, o fomento era tido como um fim em si mesmo. O fomento era a própria atividade desenvolvida pelo Poder Público, e não a forma pelo qual se manifestava essa atividade.”<sup>41</sup>

Com o fim do Estado liberal, e advento do Estado do bem estar social, verificou-se uma evolução na atividade administrativa, em especial para a atividade de fomento, na medida em que o Estado antes mínimo, agora passou a intervir direta e indiretamente na atividade econômica.

O fomento deixa de ser liberalidade e passa a ser instrumento de intervenção econômica e social. Onde se tem por escopo a satisfação das necessidades públicas, mas sem, contudo, acarretar prejuízos às liberdades dos administrados.

Estas necessidades públicas consubstanciam-se na finalidade estatal, e como ensina Maria Silvia Zanella Di Pietro<sup>42</sup>:

---

<sup>40</sup> - MELLO. Célia Cunha. *O Fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.19.

<sup>41</sup> - MELLO. Célia Cunha. *O Fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.19.

Pode-se falar em “fim” ou “finalidade” em dois sentidos diferentes:

1) em sentido amplo, a finalidade sempre corresponde à consecução de um resultado de interesse público; nesse sentido, se diz que o ato administrativo tem que ter sempre “finalidade pública”;

2) em sentido estrito, finalidade é o resultado específico que cada ato deve produzir, conforme definido na lei; neste sentido se diz que a finalidade do ato administrativo é sempre a que decorre explicitamente ou implicitamente da lei.

Assim a administração age, visando atingir a finalidade que lhe é incumbida, por meio da ação fomentadora, consistente a induzir através de estímulos e incentivos, os particulares a adotarem determinados comportamentos.

Importante a lição sobre essa indução faz o professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto para quem “não é imposto à sociedade, o Estado não obriga ninguém, indivíduo ou empresa, a valer-se dos instrumentos jurídicos de incentivo: relaciona-se com Estado, nesse campo, quem o quer.”<sup>43</sup>.

Assim pode-se conceituar hodiernamente fomento com atividade estatal voltada promover o interesse público, onde o particular adere de forma facultativa.

Uma vez que o particular é levado a colaborar com os propósitos da administração, atraídos pelos incentivos e vantagens que o Estado concede.

Corroborando este conceito temos Célia Cunha Mello<sup>44</sup> para quem

A acepção atual da atividade estatal de fomento caracteriza-se por se tratar de função administrativa, voltada à proteção e/ou promoção de seu objeto, atuando com ausência de compulsoriedade, para satisfazer necessidades públicas.

## 2.2. classificação e formas

Visto no que concerne e conceituado a função de fomento, vamos agora classificar a sua atuação bem como as formas pela qual se ela se dá.

No entanto para classificar as formas pelas quais o Estado introduz o fomento, é preciso ter em mente primeiro as formas pela qual este intervem no

---

<sup>42</sup> - DI PIETRO. Maria Silvia Zanella. *Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1991, p. 21.

<sup>43</sup> - MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 467.

<sup>44</sup> - MELLO. Célia Cunha. *O Fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.33.

domínio econômico, para ai sim, classificar o fomento, que nada mais é que uma das formas pela qual o Estado opera esta intervenção.

Nesta linha de pensar trazemos a baila o ensinamento de Geraldo Vidigal, noticiado pelo professor Eros Roberto Grau<sup>45</sup>:

Anota coexistirem na ordenação constitucional brasileira – refere-se à Emenda Constitucional n. 1/69 – formas de *participação* do Estado na atividade econômica (serviços públicos de definição constitucional, monopólios e exploração competitivas, em suplemento à iniciativa privada) e formas de *ação* do Estado sobre a atividade econômica (ações visando à direção de toda a economia e ações visando à intervenção na atividade econômica privada). Em regra, todavia, classifica-se não as formas de *atuação estatal* em relação ao processo econômico, mas sim as formas de intervenção do Estado no domínio econômico.

Em que pese o texto acima ter se referido a Carta Constitucional preterita, as suas idéias continuam atuais, uma vez que não sofram alteração as formas de intervenção estatal.

Tanto é verdade tal afirmação que o professor Eros Roberto Grau em seu livro *A Ordem econômica na Constituição de 1988*, classifica a intervenção no domínio econômico em três modalidades, diferenciando a intervenção no e sobre o domínio econômico, que são (i) intervenção por absorção ou participação; (ii) intervenção por direção; e (iii) intervenção por indução.

Nesta obra ensina que na intervenção por absorção ou participação “o Estado intervém no domínio econômico, isto é, na *atividade econômica em sentido estrito*. Desenvolve ação, então, como agente (sujeito) econômico.”<sup>46</sup>.

Ou seja, na intervenção por absorção o Estado assume o controle dos meios produtivos agindo como em regime de monopólio. Todavia nos casos de intervenção por participação o Estado assumirá parte dos meios produtivos, atuando de regime de concorrência com a iniciativa privada.

Já quando atua nos demais casos (intervenção por direção ou por indução) a atuação se dá sobre o domínio econômico, uma vez que “o Estado intervirá (...) sobre o campo da *atividade econômica em sentido estrito*. Desenvolve ação, então, como regulador dessa atividade.”<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> - GRAU. Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 12ª Ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Malheiros Editoras, 2007, p. 147.

<sup>46</sup> - GRAU. Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 12ª Ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Malheiros Editoras, 2007, p. 148.

<sup>47</sup> - GRAU. Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 12ª Ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Malheiros Editoras, 2007, p. 148.

Será, portanto, por direção quando “o Estado exercer pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da *atividade econômica em sentido estrito*.”<sup>48</sup>.

E será por indução quando “o Estado manipula os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem os funcionamento dos mercados.”<sup>49</sup>.

Aqui, verifica-se que na atuação por indução não há compulsoriedade na aquiescência do indivíduo. Este adere ou não conforme o seu juízo de vontade, conveniência e oportunidade.

No mesmo sentido Célia Cunha Mello<sup>50</sup> que expõe

O fomento público não é imposto à sociedade, sendo facultativa a relação jurídico-administrativa, sendo o administrado livre para aderir a objetivos de interesse público fixados no plano de desenvolvimento econômico, cujas diretrizes são aprovadas em lei, em troca dos incentivos nela previstos.

Contudo embora seja livre a aderência a vontade estatal por parte do indivíduo, uma vez feita a opção de gozar dos benefícios concedidos pelo Estado, deve o mesmo cumprir as determinações feitas pelo concedente.

É o que nos adverte o professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>51</sup> que

uma vez estabelecida a adesão do administrado, voltam as partes a atuar desigualmente, como é da índole do Direito Administrativo, e o Estado pode obrigar o particular a cumprir a lei e aquilo a que voluntariamente se comprometeu.

Corroborando tal entendimento Eros Roberto Grau<sup>52</sup> alerta que

Ao destinatário da norma resta aberta a alternativa de não se deixar por ela seduzir, deixando de aderir à prescrição nela veiculada. Se a adesão a ela manifestar, no entanto, resultará juridicamente vinculado por prescrições que correspondem aos benefícios usufruídos em decorrência dessa adesão.

Mister se faz destacar que a atuação por indução não se caracteriza apenas em termos positivos, pode se dar de maneira negativa, e indireta, quando, por exemplo é majorado o imposto de determinado bem que se quer desestimular o consumo.

---

<sup>48</sup> - GRAU. Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 12ª Ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Malheiros Editoras, 2007, p. 148.

<sup>49</sup> - GRAU. Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 12ª Ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Malheiros Editoras, 2007, p. 149.

<sup>50</sup> - MELLO. Célia Cunha. *O Fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.84.

<sup>51</sup> - MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 467.

<sup>52</sup> - GRAU. Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 12ª Ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Malheiros Editoras, 2007, p. 150.

Por derradeiro, para melhor elucidar a questão do fomento público, trazemos a baila o julgamento do Supremo Tribunal Federal na ADI N° 3512/ES, Relator Ministro Eros Grau<sup>53</sup>, a qual passa a transcrever a ementa do julgado, bem como os principais trechos do voto condutor, *in verbis*:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.737/2004, DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. GARANTIA DE MEIA ENTRADA AOS DOADORES REGULARES DE SANGUE. ACESSO À LOCIAS PÚBLICOS DE CULTURA ESPORTE E LAZER. COMPETÊNCIA CONCORRENTE ENTRE A UNIÃO, ESTADOS-MEMBROS E DISTRITO FEDERAL PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO ECONÔMICO. CONTROLE DAS DOAÇÕES DE SANGUE E OMPROVANTE DA REGULARIDADE. SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE. CONSTITUCIONALIDADE. LIVRE INICIATIVA E ORDEM ECONÔMICA. ARTIGOS 1º, 3º, 170 E 199, §4º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. É certo que a ordem econômica na Constituição de 1.988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. Muito pelo contrário.
2. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus artigos 1º, 3º e 170.
3. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da "iniciativa do Estado"; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa.
4. A Constituição do Brasil em seu art. 199, §4º, veda todo tipo de comercialização de sangue, entretanto estabelece que a lei infraconstitucional disporá sobre as condições e requisitos que facilitem a coleta de sangue.
5. O ato normativo estadual não determina recompensa financeira à doação ou estimula a comercialização de sangue.
6. Na composição entre o princípio da livre iniciativa e o direito à vida há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário.
7. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

.....  
"1. Trata-se de ação direta na qual se objetiva a declaração de inconstitucionalidade de lei capixaba que instituiu a ½ (meia) entra em locais públicos de cultura, esporte e lazer para doadores regulares de sangue e órgãos.

(...)

3. A ordem econômica pode ser definida, enquanto parcela da ordem jurídica, mundo do dever ser, como o sistema de normas que define, institucionalmente, determinado meio de produção econômica. A ordem econômica diretiva contemplada na Constituição de 1.988 propõe a transformação do mundo do ser. O seu artigo 170 determina que a ordem econômica [mundo do ser] deva estar fundada na valorização do trabalho e da livre iniciativa e deva ter por

---

<sup>53</sup> - NACIONAL. Supremo Tribunal Federal, ADI 3512 / ES - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator: Min. EROS GRAU. Julgamento: 15/02/2006. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJ 23-06-2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=adi%203512&base=baseAcordaos>>. Acesso em 16/06/2009, às 22:19h.

fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados determinados princípios. É Constituição diretiva. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global, normativo para o Estado e para a sociedade, informados pelos preceitos veiculados pelos artigos 1º, 3º e 170. os fundamentos e os fins definidos em seus artigos 1º e 3º são os fundamentos e os fins da sociedade brasileira.

(...)

13. Ora, o § 4º do artigo 199 da Constituição do Brasil estabelece que a lei disporá sobre condições e requisitos que facilitem a coleta de sangue. Veda todo tipo de comercialização, mas admite o estímulo a coleta de sangue. A lei referida pelo preceito será tanto a federal quanto a estadual. Assim, o que o Estado do Espírito Santo fez através da lei atacada é estimular à doação de sangue, atuando sobre o chamado domínio econômico por indução.

(...)

15. A lei estadual hostilizada é expressiva de intervenção por indução, em perfeita coerência com o preceito veiculado pelo mencionado § 4º do artigo 199 da Constituição. Nela não visualizo, destarte, qualquer mácula que a comprometa.”

Assim, fica claro que a atividade de fomento tem como escopo canalizar recursos ou esforços, para determinadas atividades, com o objetivo de lhes tornar mais favorecidas, dentro do contexto das relações econômicas.

Ultrapassada, portanto, o enquadramento do fomento dentro de uma das formas de intervenção estatal na economia, partiremos para a classificação das formas de fomento.

Em que pese não se tenha uma classificação uniforme, não se pretende neste trabalho esgotar, tão pouco afirmar que esta é a melhor classificação, uma vez que há muitos critérios utilizáveis para definir a atividade de fomento do Estado.

No entanto nos valeremos da classificação realizada pela professora Célia Cunha Mello, por nos parecer a mais adequada à compreensão do tema e melhor assimilação para efeitos didáticos.

Desta forma podemos classificar as técnicas de fomento sob o prisma da vontade do sujeito fomentado, considerando-se que a atividade fomentadora pode se exprimir num incentivo a determinado comportamento ou no desestímulo deste comportamento.

A ação segundo esta classificação se dá através de meios positivos, quando se confere vantagens ou bens, buscando a facilitar a consecução de determinada atividade e/ou comportamento, ou através de meios negativos, quando se criam obstáculos ou encargos tendentes a dificultar a atividade e/ou comportamento.

Corroborando este posicionamento Célia Cunha Mello<sup>54</sup>

Tratar-se-á de fomento público sempre que o Estado atuar mediante indução, convencendo o agente fomentado a agir da maneira considerada mais vantajosa para a administração. Mesmo quando cria obstáculos visando impedir, dificultar ou tornar desvantajoso um comportamento contrário ou inconveniente ao que se quer fomentar, o Estado ata despedido de autoridade. Trata-se de uma conduta dirigente, persuasiva.

Pode-se ainda classificar a atividade de fomento quanto às vantagens concedidas aos sujeitos fomentados.

Uma dessas formas de indução é a utilização de meios psicológicos como a propaganda e o *marketing*, uma vez que alcançam milhares de pessoas seja pela televisão, seja por revistas, jornais, internet, ou mesmo por rádio.

Aqui o que se busca através deste meio é induzir as opiniões, valores e atitudes, influenciando assim nas atitudes da população, eis que as utilizações dos veículos de comunicação em massa, mostram-se a cada dia meios bastantes eficientes na formação de opiniões.

Outra forma de fomento é a utilização de meios honoríficos, quando o Estado com o escopo de atingir determinado interesse público, concede honorarias, aos indivíduos.

Contudo adverte Célia Cunha Mello<sup>55</sup>

No entanto, pode-se admitir a inclusão dos meios honoríficos dentro da categoria de fomento público somente quando o Estado, acenando com medidas honoríficas, estimula as pessoas a fazerem aquilo que convém ao Poder Público. O Estado estabelece parâmetros e condições, que, ao serem cumpridas, implicam na concessão da media honorífica prometida, no sentido de recompensar, estimular o exercício daquela atividade ou daquela forma de atuação que o Estado considera necessária ou conveniente, por razões de interesse público.

Por derradeiro trataremos da utilização dos meios econômicos, que se caracterizam quando o Estado concede vantagens de cunho patrimonial que possa se refletir de maneiras diversas, que vão desde o auxílio em espécie (dinheiro), até outras vantagens de cunho econômico oferecidas.

Garrido Falla conforme noticia Célia Cunha Mello<sup>56</sup> classifica as vantagens econômicas em “vantagens de caráter real e vantagens de caráter financeiro”.

---

<sup>54</sup> - MELLO. Célia Cunha. *O Fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.90.

<sup>55</sup> - MELLO. Célia Cunha. *O Fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.91/92.

São vantagens de caráter real toda e qualquer vantagem que não implique em desembolso de recursos financeiros do erário público em favor do sujeito fomentado.

Entre estas formas de fomento podemos citar ilustrativamente o uso de bem público ou serviços técnicos postos à disposição do indivíduo que recebe o incentivo de maneira gratuita ou a preços abaixo do de mercado.

Esta maneira de fomentar a atividade econômica, hodiernamente, consiste num meio bastante interessante de intervenção fomentadora, eis que permite que a atividade estatal ponha a disposição concomitantemente a inúmeros indivíduos fomentados, bens e serviços, a menor custo com a obtenção de resultados melhores.

Essa forma de atuar do Estado se enquadra como de vantagem econômica de caráter real, nos dizeres de Célia Cunha Mello<sup>57</sup>:

Porque traduzem um benefício passível de ser dimensionado economicamente, considerando que o agente fomentado seria obrigado a desembolsar uma quantia em dinheiro para usufruir do bem ou do serviço, não fosse o benefício recebido.

São vantagens de caráter financeiro todo o auxílio econômico concedido aos sujeitos pelo Estado. Estes por sua vez se dividem em diretos e indiretos.

Os primeiro ocorrem quando há um desembolso efetivo de recursos do erário público. Já no segundo não há o desembolso imediato, contudo a sua concessão impele ao Ente fomentador uma diminuição de receita.

Como exemplo de auxílio direto, temos as operações financeiras de qualquer gênero em condições favoráveis ao sujeito fomentado, tais como as subvenções, e outras atividades bancárias que são utilizadas comumente pelo ente fomentador.

Nesta modalidade de atuação fomentadora, fica o indivíduo que recebeu o benefício do Ente fomentador, comprometido a atuar na atividade econômica desejada, sob as formas e condições exigidas, a fim de continuar a receber as vantagens outorgadas.

Ilustrando essa intervenção por meios econômicos de concessão de vantagens financeiras de auxílio direto Célia Cunha Mello<sup>58</sup> leciona que

---

<sup>56</sup> - MELLO. Célia Cunha. *O Fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.94.

<sup>57</sup> - MELLO. Célia Cunha. *O Fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.95.

A administração, de acordo com as prescrições legais, confere ao sujeito fomentado prazos dilatados para pagamento de empréstimos e financiamentos, pratica juros inferiores aos de mercado, renegocia data de vencimento, enfim, mantém condições favoráveis, capazes de tornar atraente a atividade ou região a qual o interesse público exige que seja promovida.

Como forma de auxílio indireto temos, as exonerações de tributos temos a anistia, isenção, imunidade, redução de alíquota, entre outros mecanismos postos ao alcance do ente fomentador para proporcionar o fomento.

Nestes casos o Estado utiliza do tributo com fins extrafiscais, onde a sua atuação, sua vontade, é incentivar ou inibir determinado comportamento ou atividade.

Assim nos dizeres de Célia Cunha Mello<sup>59</sup>

Os incentivos fiscais constituem, se utilizados com essa finalidade, formas estimulantes capazes de persuadir as pessoas que preencherem determinadas condições a praticarem atos ou executarem atividades que gerem o retorno socioeconômico almejado pelo Estado incentivador.

No mesmo sentido corroborando tal pensamento Roque Antônio Carraza<sup>60</sup> ensina que “Por meio de incentivos fiscais, a pessoa política tributante estimula os contribuintes a fazerem algo que a ordem jurídica considera conveniente, interessante ou oportuno (...)”.

Desta forma, pode-se através da atuação estatal transmutar uma atividade econômica antes desprezada e pouco atrativa ao mercado econômico em uma atividade extremamente vantajosa e proveitosa aos que nela se imiscuírem.

Há assim a satisfação pessoal do particular de maneira direta, e indiretamente e simultaneamente satisfação do interesse público expressado pela vontade estatal.

### **3. DA PONDERAÇÃO**

---

<sup>58</sup> - MELLO. Célia Cunha. *O Fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.99.

<sup>59</sup>- MELLO. Célia Cunha. *O Fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.108.

<sup>60</sup> - CARRAZA. Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*, p. 146 *apud* - MELLO. Célia Cunha. *O Fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.109.

Neste capítulo se fará o cotejamento entre os capítulos um e dois, ou seja, entre a observância dos princípios da legalidade e eficiência, que são consubstanciados na inexigibilidade de licitação e a função de fomento público.

Ambos de assento constitucional e de observância obrigatória por parte do Estado.

Desta forma, será necessário realizar uma ponderação entre os valores que emanam dos princípios e da função fomentadora ínsita do estado.

Contudo, antes de iniciar esta ponderação, iremos, primeiramente, expor no que consiste a ponderação, para após realizar o cotejo dos mandamentos de *status* constitucional, a que está obrigado o Estado a observar.

### **3.1. da ponderação**

A nossa Constituição promulgada em 1988, foi escrita por uma Assembléia Constituinte composta por parlamentares que viveram o antigo regime – regime militar – e que representavam os mais variados grupos e tendências políticas existentes à época.

E por conta dessa miscigenação de formas de pensar, de ideologias, emergiu como resultado final um documento, contendo princípios e valores que num primeiro momento são antagônicos entre si, embora pertencentes ao mesmo texto.

Exemplo desta aparente incompatibilidade podemos citar, a liberdade de expressão e informação em contra ponto com a proteção a intimidade e a honra, dentre outros inúmeros casos presentes no texto constitucional.

Como compatibilizar, interpretar esses valores, albergados pelo texto constitucional sem, contudo eliminar por completo a sua incidência no caso concreto?

É neste cenário, para se alcançar a solução frente a casos difíceis em que estão em jogo princípios e valores que detenham o mesmo *status* no mundo jurídico que aparece a técnica da ponderação.

Isto porque, ao apreciar o caso, não basta apenas a utilizar-se do método convencional de subsunção da norma ao caso, utilizando-se de um silogismo, onde a premissa maior é a norma em abstrato, a premissa menor é o fato concreto e a conclusão é a aplicação da norma abstrata ao fato concreto.

Não é incomum, que nestes casos difíceis, mais de um princípio ou valor tenha incidência sobre o caso concreto, e a utilização de um deles em apartado levará a decisões díspares e contraditórias entre si.

Desta forma, como reina em nosso ordenamento jurídico o princípio da unidade constitucional, onde através dele as normas constitucionais possuem a mesma hierarquia e devem ser interpretadas de forma harmônicas entre si.

Ou ainda, na lição do professor Gilmar Ferreira Mendes<sup>61</sup> “a Constituição só pode ser compreendida e interpretada corretamente se nós a entendermos como unidade, do que resulta, por outro lado, que em nenhuma hipótese devemos separar uma norma do conjunto em que ela se integra (...)”.

Bem como também há o influxo do princípio da concordância prática ou da harmonização onde “somente no momento da aplicação do texto, e no contexto dessa aplicação que se pode coordenar, ponderar e, afinal, conciliar os bens ou valores constitucionais em ‘conflito’, dando a cada um o que for seu.”<sup>62</sup>, dentre outros princípios hermenêuticos.

Deve-se buscar uma solução que compatibilize os princípios e valores envolvidos sem lhes retirar por completo a sua força normativa.

Ana Paula Barcellos<sup>63</sup> destaca que

Gradativamente, porém, a ponderação tem se destacado como figura principal, e não só coadjuvante dos princípios. Já é possível identifica-la como uma técnica de decisão jurídica autônoma que, aliás, vem sendo aplicada em diversos outros ambientes que não o do conflito de princípios.

A ponderação passa por três momentos para sua concreção. Num primeiro momento, são identificadas as normas, princípios ou valores em conflito. Para assim, ao realizar a análise se ter um arcabouço de argumentos que irá facilitar o prosseguimento das fases seguintes.

---

<sup>61</sup> - MENDES. Gilmar Ferreira; COELHO. Inocêncio Mártires; BRANCO. Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.107.

<sup>62</sup> - MENDES. Gilmar Ferreira; COELHO. Inocêncio Mártires; BRANCO. Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.107.

<sup>63</sup> - BARCELLOS. Ana Paula. “*Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional*”. In: BARROSO. Luís Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 56.

Num segundo momento se deve examinar as circunstâncias do caso concreto e a repercussão da decisão sobre a norma. Daí poder se falar que “a ponderação de interesses depende substancialmente do caso concreto e de suas particularidades.”.<sup>64</sup>

Por derradeiro, a fase em que se decide, estar-se-á examinando concomitantemente os diferentes grupos normativos e a repercussão dos fatos sobre eles, com o escopo se aferir os pesos a serem atribuídos aos diferentes elementos em disputa.

A partir desta distribuição, que será possível definir qual o grupo de normas que irá prevalecer, o que indicará desta forma a solução a ser adotada.

Contudo, é importante destacar que a ponderação não se dá apenas perante o caso concreto, podendo a mesma ocorrer em abstrato, para se alcançar uma solução.

Esta ponderação em abstrato tem como finalidade a confecção, a criação de parâmetros ou *standarts* para a aplicação da ponderação, para que esta não venha a se transformar numa varinha de condão, ou seja, que as decisões não sejam tomadas de formas casuísticas e ao bel prazer do intérprete.

Assim, a ponderação pode se dar em parâmetros particulares ou gerais, como leciona Ana Paula Barcellos<sup>65</sup>

É possível, primeiramente, examinar em tese, em abstrato, a conveniência dos enunciados normativos e de suas incidências mais comuns ou, em outras palavras, de algumas normas desenvolvidas a partir do texto normativo pela experiência ou pela observação de casos que frequentemente se verificam. A experiência da contínua interpretação e aplicação dos enunciados normativos gera a expectativa de determinadas normas, que se tornam conhecidas mesmo em abstrato e independentemente de qualquer caso em particular. O próximo passo é verificar se essas normas geradas pela experiência convivem confortavelmente ou se apresentam áreas de atrito e, sendo este último o caso, é também possível desenvolver parâmetros que deverão conduzir a solução do conflito: esses são os parâmetros particulares. Também em abstrato é possível formular parâmetros gerais não relacionados com qualquer situação de fato,

---

<sup>64</sup> - SARMENTO. Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000, *apud* BARCELLOS. Ana Paula. “*Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional*”. In: BARROSO. Luís Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 58.

<sup>65</sup> - BARCELLOS. Ana Paula. “*Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional*”. In: BARROSO. Luís Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 66.

mas que decorrem da estrutura do sistema jurídico: são princípios gerais. Se esses parâmetros não se mostrarem perfeitamente adequados para determinado caso concreto, caberá ao aplicador refazer a ponderação, considerando os elementos do caso real.

Quando o interprete estiver diante desta última situação apresentada pela autora, se estará diante da ponderação em concreto, uma vez que as especificidades do caso concreto deverão ser levadas em consideração no momento da realização da ponderação.

Contudo por não haver uniformidade na confecção dos parâmetros por parte da doutrina, tão pouco este seja o objetivo do presente trabalho, citaremos alguns apenas, a título exemplificativo, destacando, entretanto que são unânimes os doutrinadores em afirmar que estes parâmetros ou *standarts* não são absolutos.

Como primeiro parâmetro, temos a preferência das regras sobre os princípios. Ou seja, diante de um conflito que não possa ser superado por meio dos métodos tradicionais de interpretação, o princípio deve ceder, já que as regras não podem ser ponderadas.

Isto não significa negativa ao já mencionado no capítulo primeiro deste trabalho onde colacionamos o ensinamento do professor Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>66</sup>

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Uma vez que princípios e regras são normas que guardam estruturas diversas e estas diferenças podem assim ser precisadas. Os primeiros – princípios – estabelecem objetivos a serem alcançados, sem, contudo, expressarem a maneira pela qual esse objetivo almejado será alcançado. Diversamente nas regras, são estabelecidos os comportamentos desejados, sem se preocupar dos fins que os mandamentos procuram realizar.

Neste sentido Gilmar Ferreira Mendes<sup>67</sup> expõe que

diferentemente das regras de direito, os princípios jurídicos não se apresentam como *imperativos categóricos*, *mandatos definitivo* nem *ordenações de vigência* diretamente emanados do legislador, antes apenas enunciam *motivos* para que o seu aplicador se decida neste ou naquele sentido.

---

<sup>66</sup> - MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 13ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 771/772.

<sup>67</sup> - MENDES. Gilmar Ferreira; COELHO. Inocêncio Mártires; BRANCO. Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.27.

Ana Paula Barcellos<sup>68</sup> ensina ainda que

Uma outra forma de descrever essa distinção estrutural entre princípio e regras é a que se concentra na questão dos efeitos que cada uma dessas espécies normativas pretendem produzir ou, mais precisamente, nos efeitos que elas pretendem produzir e nos meios aptos a alcançar esses efeitos. As regras são normas que estabelecem desde logo os efeitos que pretendem produzir no mundo dos fatos, efeitos determinados e específicos (condutas).

(...)

Os princípios, todavia, funcionam diversamente. Para facilitar a exposição sobre princípios, e tendo em conta razões estruturais, é possível agrupá-los em duas categorias. O primeiro grupo congrega os princípios que descrevem efeitos relativamente indeterminados, cujo conteúdo, em geral, é a promoção de fins ideais, valores ou metas políticas.

(...)

O segundo grupo também pretende produzir efeitos associados a metas valorativas ou políticas, assim como acontece com o primeiro, mas os fins aqui descritos são determinados, o que aparentemente os aproxima das regras.

Contudo, é importante destacar que os princípios também possuem uma parte que é composta por regras, ou seja, é composto de uma parcela que não comporta qualquer espécie de ponderação, e uma parcela que a comporta.

Neste mesmo sentido, Ana Paula Barcellos<sup>69</sup> apara quem

Dito de forma direta, as duas categorias de princípios podem ter sua estrutura descrita, quanto aos efeitos que pretendem produzir, como dois círculos concêntricos. O círculo interior corresponderá a um núcleo mínimo de sentido do princípio que, por decorrer do consenso geral, acaba pô ser tornar determinado e, conseqüentemente, adquirir a natureza de regra. O espaço intermediário entre o círculo interno e externo (a coroa circular) seria o espaço reservado à deliberação democrática;

Com efeito, as regras – aqui inseridas a parte nuclear do princípio – têm aplicação no modelo do tudo ou nada, ou seja, somente admitem uma lógica de aplicação, ou são válidas ou são inválidas. Não permitem ou admitem gradações.

Corroborando este pensamento o professor Gilmar Ferreira Mendes<sup>70</sup>leciona que

Noutras palavras, em se tratando de regras de direito, sempre que a sua previsão se verificar numa dada situação de fato concreta, valerá para essa situação exclusivamente a *sua* consequência jurídica, com o afastamento de quaisquer outras que dispuserem de maneira

---

<sup>68</sup> - BARCELLOS. Ana Paula. “*Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional*”. In: BARROSO. Luís Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 71/72.

<sup>69</sup>- BARCELLOS. Ana Paula. “*Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional*”. In: BARROSO. Luís Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 74/75.

<sup>70</sup> - MENDES. Gilmar Ferreira; COELHO. Inocêncio Mártires; BRANCO. Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.24.

diversa, porque no sistema não podem coexistir normas *incompatíveis*. Se, ao contrário, aqueles mesmos fatos constituírem hipótese de incidência de *outras* regras de direito, estas e não as primeiras é que regerão a espécie, também *integralmente* e com *exclusividade*, afastando-se – por incompatíveis – as conseqüências jurídicas previstas em quaisquer outras regras pertencentes ao mesmo sistema jurídico.

Diversamente os princípios permitem esta gradação, uma vez que podem ser aplicados de maneira mais ou menos ampla conforme as possibilidades existentes, ou nos dizeres de Gilmar Ferreira Mendes<sup>71</sup>

os princípio não são – ou *ainda* não são – regras suscetíveis de aplicação direta e imediata, mas apenas *pontos de partida* ou pensamentos diretores, que sinaliza, - aí se detém o legislador – para a norma a ser descoberta ou formulada por quem irá aplicá-la conforme as exigências do caso.

Contudo este parâmetro pode-se mostra insuficientes frente a um caso concreto, considerando-se as particularidades que não foram previstas pelo legislador quando da confecção da norma.

Diante destas situações surgem então sub-parâmetros, ou nos dizeres de Ana Paula Barcellos<sup>72</sup> “Modelos de exceção ao parâmetro (ou novos parâmetros)”, destacando-se dentre esses a equidade, a teoria da imprevisão e a invalidade de incidência específica da regra.

Por equidade temos a possibilidade de se adaptar as normas e suas conseqüências de acordo com as características próprias do caso, aproximando-se esta forma de decidir com a interpretação conforme a Constituição, na medida em que nesta o interprete utilizando os instrumentos hermenêuticos afasta as possibilidades que colidem com a Constituição, respeitando, contudo, os limites do texto; já na equidade, se dará uma interpretação conforme a justiça do caso, considerando-se os princípios que fundamentam a exigência da justiça.

Ana Paula Barcellos<sup>73</sup> afirma que “respeitado o limite do texto e suas possibilidades, o intérprete poderá empregar uma *interpretação conforme a equidade* da regra, de modo a evitar a incidência iníqua.”.

---

<sup>71</sup> - MENDES. Gilmar Ferreira; COELHO. Inocêncio Mártires; BRANCO. Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.27.

<sup>72</sup> - BARCELLOS. Ana Paula. “*Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional*”. In: BARROSO. Luís Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 90.

<sup>73</sup> - BARCELLOS. Ana Paula. “*Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional*”. In: BARROSO. Luís Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 103.

Outro sub-parâmetro sugerido pela autora é a teoria da imprevisão utilizada quando as relações são atingidas por eventos imprevisíveis e imprevistos pelas partes envolvidas, alterando e desequilibrando-as.

Sempre tendo em vista que no momento da sua utilização estejam presentes os dois elementos, a saber, supor que o legislador não imaginou uma situação como a que se apresenta no caso concreto, e que há uma disparidade grave entre as circunstâncias fáticas e as que caracterizam a aplicação normal da regra ao caso concreto.

Por derradeiro temos como último sub-parâmetro a invalidade de incidência específica da regra, onde nos dizeres de Ana Paula Barcellos<sup>74</sup>

É possível cogitar de situações nas quais um enunciado normativo, válido em tese e na maior parte de suas incidências, ao ser confrontado com determinadas circunstâncias concretas, produz uma normal inconstitucional.

(...)

Por isso, não é de se estranhar que determinadas normas possam ser inconstitucionais em função desse seu contexto particular, a despeito da validade geral do enunciado do qual derivam.

Como segundo parâmetro, temos que os direitos fundamentais têm preferência sobre as demais disposições normativas.

Onde frente a um conflito que necessite da ponderação para a sua resolução, os direitos fundamentais, previstos na Carta Magna, devem preponderar sobre os demais enunciados normativos, assim se estará resguardando a dignidade humana.

Isto porque, quando a utilização de todas as técnicas de hermenêutica jurídica estiverem se esgotado, será necessário se optar por uma forma de decidir, no que implicará no afastamento de alguma norma ou na restrição da aplicação de seu enunciado, devendo, portanto, ter prevalência as que resguarda a dignidade humana, por ser ela o objetivo maior de nossa Constituição.

Neste mesmo sentido Gilmar Ferreira Mendes<sup>75</sup> afirma que

Tratando-se de um método de ponderação de bens *à luz do caso concreto*, é intuitivo que *a priori* não exista hierarquia fixa e abstrata entre os diversos princípios, ressalvada – porque fora de cotejo axiológico – apenas a *dignidade da pessoa humana* como *valor-fonte*

---

<sup>74</sup> - BARCELLOS. Ana Paula. “*Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional*”. In: BARROSO. Luís Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 106/107.

<sup>75</sup> - MENDES. Gilmar Ferreira; COELHO. Inocêncio Mártires; BRANCO. Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.29.

dos demais valores, valor *fundante* da experiência ética ou se preferirmos, *princípio* e *fim* de toda a ordem jurídica.

### **3.2. da inexigibilidade de licitação e o fomento público**

Neste momento iremos analisar o cotejamento entre os princípios da legalidade e eficiência, que são consubstanciados na inexigibilidade de licitação e a função de fomento público. Todos, princípios e valores de assento constitucional.

Para tanto devemos resgatar ainda que maneira breve a finalidade de cada um destes princípios que são a expressão de valores almejados pelo constituinte originário, quando da confecção do texto constitucional.

Assim começamos pela inexigibilidade de licitação que ocorre sempre que houver a impossibilidade de competição.

Este enunciado normativo, expresso no art. 25 da Lei nº 8.666/93, é uma síntese do princípio da eficiência, na medida em que este princípio está íntima e umbilicalmente ligado à idéia de racionalização do emprego dos recursos públicos, e na presteza no seu fornecimento.

Isto sem mencionar que ao seu lado anda o princípio da legalidade, onde a Administração e o administrador somente pode fazer, o que a Lei manda, sob pena de invalidação do ato praticado e responsabilização do autor do ato, que determina que quando a competição for inviável, a licitação será inexigível.

Este princípio – da legalidade – está atrelado por sua vez, ao valor da segurança jurídica, que é fundamental a estabilidade das relações sociais e a publicidade dos atos, na medida em que a lei é de conhecimentos de todos, proporcionando, desta forma, uma reação esperada por parte da sociedade e por parte do Estado.

Em outro giro, nos deparamos com a função de fomento público que é a atividade estatal voltada promover o interesse público, onde o particular adere de forma facultativa.

Esta atividade do Estado está ligado aos ideais de desenvolvimento econômico, tecnológico e industrial do País, que por sua vez reflete diretamente na criação de empregos aos indivíduos, e que por meio destes permite o alcance crescimento pessoal e melhora de condições de vida.

Note-se que o fim alcançado está ligado diretamente a dignidade humana, que em última análise constitui um, senão o mais importante dos escopos da nossa sociedade e que foi esculpido no texto da Constituição Federal.

Desta sorte, parece não haver conflito entre os valores mencionados, sendo perfeitamente possível à convivência harmoniosa e sem interferência de um sobre o outro.

Contudo este convívio harmonioso termina e dá lugar a um conflito de valores quando se está presente uma situação de inexigibilidade de licitação em contraponto com a necessidade de se incentivar a produção de determinada atividade.

Não raras a vezes que a Administração necessita da aquisição de determinado bem, serviço e este somente é fornecido por um indivíduo.

Nestes casos, manda a Lei que a licitação não deve ser realizada, uma vez que é hipótese de licitação inexigível, eis que se trata de fornecedor exclusivo.

Contudo, há interesse administrativo que essa situação deixe de existir – exclusividade de fornecedor – tanto que deseja realizar a licitação para demonstrar a sociedade que necessita daquele determinado bem, ou serviço, e que quem quiser prestá-lo ou produzi-lo encontrará na Administração destinatário à sua atividade econômica.

Assim nestes casos é possível realizar licitação, levando-se em conta a função de fomento do Estado, mesmo diante da hipótese de inexigibilidade de licitação, uma vez que deve a Administração pautar-se pela legalidade e a eficiência dos seus atos?

## **CONCLUSÃO**

Ao longo do presente trabalho, buscamos antes de responder a pergunta que levou a confecção deste, apresentar no que consistia cada instituto abordado, para somente ao fim, após enriquecer o conhecimento sobre o tema abordado, apresentados a resposta.

Analisando tudo que até aqui foi mencionado a resposta à pergunta que ensejou a escolha do presente tema “É possível realizar licitação, levando-se em conta a função de fomento do Estado, mesmo diante da hipótese de inexigibilidade de licitação, uma vez que deve a Administração pautar-se pela legalidade e a eficiência dos seus atos?” nos parece afirmativa.

Com efeito, ao realizar a ponderação, observando os parâmetros apresentados, em especial e de forma preponderante, o que preceitua que os direitos fundamentais têm preferência sobre as demais disposições normativas.

Onde frente a um conflito que necessite da ponderação para a sua resolução, os direitos fundamentais, previstos na Carta Magna, devem preponderar sobre os demais enunciados normativos, assim se estará resguardando a dignidade humana.

Isto porque, quando a utilização de todas as técnicas de hermenêutica jurídica estiverem se esgotado, será necessário se optar por uma forma de decidir, no que implicará no afastamento de alguma norma ou na restrição da aplicação de seu enunciado, devendo, portanto, ter prevalência as que resguardam a dignidade humana, por ser ela o objetivo maior de nossa Constituição.

Verifica-se, portanto, que na hipótese específica a função de fomento prepondera frente à inexigibilidade de licitação, decorrência da aplicação do princípio da legalidade e da eficiência, na medida em que a realização do certame aparentemente é ineficiente e ilegal.

Aparente, pois, em que pese o princípio da legalidade basilar de toda a atividade administrativa, compelindo ao administrador cingir-se ao que a Lei impõe, devendo o administrador observar as regras que a Lei traçou para o procedimento, bem como a aplicação do devido processo legal, exigir a não realização da licitação por ser esta inexigível.

E ainda ser aparentemente ineficiente a realização do procedimento, lembrando que o princípio eficiência consubstancia a exigência de que os gestores da coisa pública não economizem esforços no desempenho dos seus encargos, de modo a aperfeiçoar o emprego dos recursos que a sociedade destina para a satisfação das suas múltiplas necessidades, pois, não há licitantes ou um apenas a concorrer no certame.

Uma vez realizada, concretizada a função fomentadora, surtindo assim os efeitos desejados, as condições de contratação para a Administração

poderão tornar-se muito mais vantajosas do que as que ela possui no momento, e a levaram a tal indagação.

Assim, ao mitigar a legalidade, e realizar a licitação mesmo quando esta é inexigível, lembrando-se que a realização do certame é uma escolha do administrador, estará a Administração sinalizando a sociedade que ela necessita de determinado bem e/ou serviço, lembrando-se que o edital convocatório é público e de livre acesso a qualquer interessado.

Desta forma, bens e serviços que antes não eram ofertados, por não serem produzidos, ou ofertados por fornecedor exclusivo, passam a poder ser fornecidos por mais indivíduos.

Com isso, o Estado proporciona a possibilidade de uma determinada atividade econômica se desenvolver, eis que ou se passará a produzir o bem e/ou serviço desejado, ou se terá um ambiente de concorrência entre os fornecedores, que antes da licitação não seria possível, visto que inimaginada a necessidade estatal daquele bem e/ou serviço.

Assim, poderá contribuir a realização do certame mesmo quando não exigido para uma finalidade estatal que ele não visava especificamente, mas que acaba atendendo reflexamente, a saber, o desenvolvimento e aperfeiçoamento do indivíduo, consequência da concreção do princípio da dignidade humana.

Pois, na medida em que atividades vão sendo realizadas para atender demandas estatais, novas frentes de trabalho vão surgindo, e assim cada vez mais cidadãos vão conseguindo um emprego, que é algo tão importante não só para a auto-estima mais também para o enriquecimento e crescimento do Estado como um todo.

Por esta razão, permitir e privilegiar a dignidade humana, através da geração de empregos, alcançada pelo fomento de alguma atividade pelo Poder Público, que pode e deve – dentro do mérito administrativo (conveniência e oportunidade) – a Administração ao promover a licitação mesmo quando esta for inexigível, mitigando desta forma o princípio da legalidade que determina que ela haja de modo diverso, se apresentará como a melhor solução, eis que se estará com esta decisão privilegiando-se através do fomento público a dignidade humana.

Ademais, como dito acima, ao surtir o efeito desejado pela função de fomento, poderá se verificar que o quadro fático se tornou muito mais vantajoso

para a contratação pela Administração após a realização do certame quando este é inexigível, portanto mais eficiente, uma vez que podem surgir *a posteriori* novos interessados em contratar com a Administração que antes desconheciam sua necessidade em determinada área econômica, oferecendo o que necessita a Administração por um preço e qualidade melhor do que esta possuía antes.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARCELLOS. Ana Paula. “*Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional*”. In: BARROSO. Luís Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 1ªed., São Paulo: Saraiva, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Editora Saraiva, 1994.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 9ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Jures, 2002.

\_\_\_\_\_ *Manual de Direito Administrativo*, 19ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Jures, 2008.

CREATELLA JUNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*, 7ª ed., Revista e atualizada, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983.

DI PIETRO. Maria Silvia Zanella. *Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1991.

FONSECA. João Leopoldino da. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1992.

GRAU. Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 12ª Ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Malheiros Editoras, 2007.

\_\_\_\_\_ *O Direito Posto e O Direito Pressuposto*. 7ª Ed. Revista e Ampliada. São Paulo: Malheiros Editoras, 2008.

JUSTEN FILHO. Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2008.

MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

\_\_\_\_\_ *Curso de Direito Administrativo*, 12ª ed., Rio de Janeiro: editora Forense, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

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

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 13ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MENDES. Gilmar Ferreira; COELHO. Inocêncio Mártires; BRANCO. Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MUKAI, Toshio. *Direito Administrativo Sistematizado*, São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Licitações Contratos Administrativos*, 3ª ed. 2ª tiragem, Rio de Janeiro: Editora Esplanada, 2001.